

**WYROK**  
**z dnia 13 sierpnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:           Paweł Trojan**

**Protokolant:                Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 30.07.2010 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **Konsorcjum: WARBUS Spółka z o.o., Al. Prymasa Tysiąclecia 102, 01-424 Warszawa oraz MPK Warszawa Spółka z o.o., Al. Prymasa Tysiąclecia 102, 01-424 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Swarzędz, ul. Rynek 1, 62-020 Swarzędz** w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie usług publicznego transportu zbiorowego na terenie Gminy Swarzędz wraz z terenem gmin objętych porozumieniem międzygminnym z Gminą Swarzędz oraz połączenia Gminy Swarzędz z miastem Poznaniem z wykorzystaniem pojazdów należących do Zamawiającego oraz bazy transportowej Zamawiającego”

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe **WIRAŻ-BUS Spółka z o.o., ul. Transportowa 1, Garby, 62-020 Swarzędz** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WARBUS Spółka z o.o., Al. Prymasa Tysiąclecia 102,**

**01-424 Warszawa oraz MPK Warszawa Spółka z o.o., Al. Prymasa Tysiąclecia 102, 01-424 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WARBUS Spółka z o.o., Al. Prymasa Tysiąclecia 102, 01-424 Warszawa oraz MPK Warszawa Spółka z o.o., Al. Prymasa Tysiąclecia 102, 01-424 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 990 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset dziewięćdziesiąt złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WARBUS Spółka z o.o., Al. Prymasa Tysiąclecia 102, 01-424 Warszawa oraz MPK Warszawa Spółka z o.o., Al. Prymasa Tysiąclecia 102, 01-424 Warszawa** na rzecz **Gminy Swarzędz, ul. Rynek 1, 62-020 Swarzędz** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu i noclegu.

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

**Przewodniczący:**

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gminę Swarzędz, ul. Rynek 1, 62-020 Swarzędz prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie usług publicznego transportu zbiorowego na terenie Gminy Swarzędz wraz z terenem gmin objętych porozumieniem międzygminnym z Gminą Swarzędz oraz połączenia Gminy Swarzędz z miastem Poznaniem z wykorzystaniem pojazdów należących do Zamawiającego oraz bazy transportowej Zamawiającego”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 26.05.2010 r. Zamawiający przekazał do publikacji ogłoszenie Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Ogłoszenie zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE z dnia 29.05.2010 r. Nr ogłoszenia 2010/S 40-058700.

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte przez Zamawiającego w dniu **29.05.2010 r.** poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego oraz na stronie internetowej.

Zamawiający pismem z dnia **14.07.2010 r.** zwrócił się na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do Odwołującego o uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący w dwóch kolejnych pismach datowanych na dzień **19.07.2010 r.** uzupełnił szereg dokumentów, w tym wypełniony załącznik nr 2 do SIWZ (wykaz wykonywanych w ciągu ostatnich trzech lat zamówień) oraz listy referencyjne wystawione przez ZTM w Gdańsku, ZTM w Gdyni, UMiG Murowana Goślina.

W dniu **20.07.2010 r.** Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wskazując w uzasadnieniu, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W dniu **30.07.2010 r.** wykonawca Konsorcjum: WARBUS Spółka z o.o., Al. Prymasa Tysiąclecia 102, 01-424 Warszawa oraz MPK Warszawa Spółka z o.o., Al. Prymasa

Tysiąclecia 102, 01-424 Warszawa wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wskazując jako czynności stanowiące podstawę jego wniesienia:

- (i) wykluczenia Odwołującego z prowadzonego, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług publicznego transportu zbiorowego na terenie Gminy Swarzędz wraz z terenem gmin objętych porozumieniem międzygminnym z Gminą Swarzędz oraz połączenia Gminy Swarzędz z miastem Poznaniem z wykorzystaniem pojazdów należących do Zamawiającego oraz bazy transportowej Zamawiającego”;
- (ii) wyboru najkorzystniejszej oferty w powyższym postępowaniu.

Czynnościom Zamawiającego polegającym na wykluczeniu Odwołującego z prowadzonego postępowania oraz wyborze najkorzystniejszej oferty Odwołujący zarzucił naruszenie dyspozycji:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez wykluczenie z prowadzonego postępowania Odwołującego jako nie spełniającego warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, pomimo iż spełnia on postawione warunki, co wykazał zgodnie z wymogami SIWZ;
- art. 91 ustawy Pzp - poprzez wybór oferty nie będącej najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów ustawy i SIWZ
- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez wybór oferty z naruszeniem przepisów ustawy w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

1. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego z prowadzonego postępowania;
2. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, którą to zgodnie z warunkami SIWZ jest oferta Odwołującego.

Odwołujący poinformował, iż o okolicznościach stanowiących podstawę odwołania uzyskał wiedzę w dniu 20.07.2010 roku z treści pisma Zamawiającego opublikowanego na stronie internetowej Zamawiającego oraz następnie przesłanego Odwołującemu faksem, w którym informował on wykonawców o wykluczeniu z prowadzonego postępowania Odwołującego oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Zdaniem Odwołującego jego interes prawny doznał uszczerbku na skutek niezgodnego z przepisami ustawy wykluczenia go z prowadzonego postępowania, co w efekcie uniemożliwiło ocenę i wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że w dniu 20.07.2010 roku Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z przedmiotowego postępowania oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty, którą, według Zamawiającego, po wykluczeniu Odwołującego, okazała się być druga ze złożonych ofert, tj. oferta Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „WIRAŻ - BUS” Sp. z o.o. Garby, ul. Transportowa 1, 62-020 Swarzędz.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z postanowieniami Rozdziału 1 pkt 4.1. b) SIWZ o udzielenie zamówienia ubiegać się mogą wykonawcy, którzy: „Posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie do wykonania przedmiotu zamówienia: w wciągu ostatnich 3 lat, tj. 2007-2009, wykonywali co najmniej 1 usługę tożsamą z przedmiotem zamówienia (publiczny transport zbiorowy na terenie miasta lub gminy), nieprzerwanie przez okres nie krótszy niż 1 rok o wartości brutto nie mniejszej niż 6.000.000,00 zł średniorocznie i średniorocznej pracy przewozowej 1.800.000 km”.

Ocena spełniania tych warunków następować miała na podstawie złożonych przez wykonawcę dokumentów i oświadczeń, których wykaz zawierał Rozdział 3 SIWZ, o czym informował stosowny zapis Rozdziału 1 pkt 4 SIWZ: „Zamawiający oceni spełnianie warunków udziału w postępowaniu na podstawie dokumentów/oświadczeń złożonych wraz z ofertą, w skali spełnia/nie spełnia (złożonych przez Wykonawców a wymaganych przez zamawiającego dokumentów i oświadczeń - zgodnie z SIWZ - Rozdział 3 SIWZ: Wykaz wymaganych dokumentów)”.

Zgodnie ze stosownym zapisem Rozdziału 3 SIWZ, w celu udokumentowania posiadanego doświadczenia, wykonawca obowiązany był załączyć do oferty odpowiednie oświadczenie (wykaz) o wykonanych/wykonywanych usługach wg przygotowanego przez Zamawiającego wzoru (formularzu). Dodatkowo oświadczenie to winno zostać uzupełnione poprzez przedłożenie referencji potwierdzających należyte wykonanie wskazanych w oświadczeniu/wykazie usług. Zamawiający zażądał więc od wykonawców: „Wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych

usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców (zgodnie z ZAŁĄCZNIKIEM NR 2), oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie".

Wypełniając powyższe wymogi Odwołujący wskazał, iż załączył do swej oferty odpowiednie oświadczenie zawierające wykaz wykonanych/wykonywanych usług, które zostało sporządzone, zgodnie z postanowieniami SIWZ, na przygotowanym przez Zamawiającego formularzu (Załącznik nr 2) i zawierało wszystkie wymagane przez Zamawiającego informacje dotyczące powyższych usług, a więc ich wartość, przedmiot, daty wykonania oraz odbiorców. Na powyższym formularzu Odwołujący w celu wykazania swego doświadczenia wskazał trzy wykonywane usługi na rzecz: Zarządu Transportu Miejskiego w Gdańsku, Zarządu Komunikacji Miejskiej w Gdyni oraz Gminy Murowana Goślina. Ponadto w celu potwierdzenia należytego wykonania wskazanych w wykazie usług Odwołujący załączył do swej oferty referencje wystawione przez powołane powyżej podmioty, które potwierdzały ich należyte wykonanie.

Odwołujący stanowczo stwierdza, iż przytoczone przez Zamawiającego okoliczności skutkujące wykluczeniem z postępowania nie znajdują odzwierciedlenia w zaistniałym stanie faktycznym i prawnym, a zatem należy uznać, że czynność wykluczenia Odwołującego została dokonana z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Jak wskazał Odwołujący w związku z faktem, iż pierwotny wykaz usług faktycznie nie potwierdzał, iż spełnia warunek on doświadczenia w zakresie przejechanych 1 800 000 km średniorocznie, Zamawiający wezwał go do uzupełnienia dokumentów o dodatkowe referencje, z których miałyby wynikać średnioroczna wartość każdej usługi określonej w „Wykazie usług” oraz rzeczywista ilość przejechanych kilometrów dla każdej z wykazanych usług. Zdaniem Odwołującego warto zauważyć, iż już przedłożone pierwotnie wraz z ofertą referencje potwierdzały należyte wykonanie usług wskazanych w „Wykazie usług”.

W ocenie Odwołującego podkreślić należy, iż Zamawiający nie był uprawniony do żądania takich dokumentów a Odwołujący z przyczyn obiektywnych nie był w stanie zdobyć w zakreślonym terminie referencji wymaganych pod to konkretne postępowanie. W ocenie Odwołującego żaden wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji w związku z niezpełnieniem dokumentów do żądania których Zamawiający nie był uprawniony.

Odwołujący wskazał, iż powyższe stanowisko zostało ugruntowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, np. wyrok KIO z dnia 09.10.2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 1220/09, wyrok KIO z dnia 27.01.2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 51/09.

Ponadto Odwołujący wskazał, iż w odniesieniu do ww. żądań Zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14.05.2009 r. stwierdziła wprost, iż:

1. Dokumenty (np. referencje) potwierdzające należyte wykonanie robót mogą być wymagane wyłącznie na potwierdzenie faktu, iż dane roboty zostały wykonane należycie. Żaden przepis ustawy lub rozporządzeń wykonawczych do p.z.p. nie upoważnia zamawiającego do żądania referencji na potwierdzenie wartości wykonanych robót, w tym również uszczegółowienia zakresu prac i odpowiednio uszczegółowienia wartości poszczególnych elementów robót. Referencje zawierają najczęściej nazwę zrealizowanego zadania, terminy, określenie rodzaju robót itp., ale informacje te należy traktować pomocniczo.
2. Należałoby uznać za nieracjonalne żądanie od wykonawców pozyskiwania referencji o szczególnej treści wymaganej przez zamawiającego tylko na potrzeby danego postępowania.

Ponadto, Odwołujący podnosi, iż z treści uzasadnienia przekazanej jemu informacji o wykluczeniu, wynika pewna rozbieżność pomiędzy treścią warunku doświadczenia określonego w SIWZ, a rzeczywistymi oczekiwaniami Zamawiającego w stosunku do Odwołującego. Treść przywołanego uzasadnienia, zwłaszcza stwierdzenie, iż „w opinii Zamawiającego (Odwołujący) nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykonania min jednej usługi o średniorocznej pracy przewozowej min. 1.800.000,00 km.”, pozwala przypuszczać („daje się czytać”), iż obecnie Zamawiający na potwierdzenie doświadczenia oczekuje aby jedna usługa obejmowała swoim zakresem 1.800.000,00 km.

W związku z powyższym, z ostrożności procesowej, wskazał właściwe, w ocenie Odwołującego, rozumienie („czytanie”) przedmiotowego warunku. Rozumienie to, zgodnie z zasadami nałożonymi przez ustawę uwzględnia konkretne właściwości niniejszego przedmiotu zamówienia, a także jedną z naczelnych zasady ustawy wyrażoną w art. 7 ustawy Pzp zobowiązującą Zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W ocenie Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu warunek w zakresie doświadczenia został sformułowany w sposób niejasny i nieprecyzyjny, który przecież winien być skonstruowany w sposób jasny i nie budzący jakichkolwiek wątpliwości. Już sam ten fakt powoduje, iż w praktyce wszelkie wątpliwości w tym zakresie, zgodnie z zasadą wynikającą

z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, winny być interpretowane raczej na rzecz poszerzania, a nie ograniczania konkurencji.

Szczególne wątpliwości, w ocenie Odwołującego, budzi użyte przez Zamawiającego stwierdzenie „co najmniej” oraz jego znaczenie w odniesieniu do średniorocznej pracy przewozowej 1.800.000,00 km. Według Uniwersalnego słownika języka polskiego PWN sformułowanie „co najmniej” oznacza: „nie mniej niż, przynajmniej”. Oznacza to, i co do tego nie może być żadnych wątpliwości, że spełnić wskazany warunek można poprzez wykonywanie więcej niż jednej usługi. To jest np. poprzez wykonywanie dwóch, czy też trzech usług.

Oznacza to także, iż wstawiając w miejsce sformułowania „co najmniej 1 usługę” mieszczące się w nim sformułowanie np. „trzy usługi” warunek skonstruowany przez Zamawiającego winien być dalej jasnym i sensowym dla wykonawców oraz oznaczać w praktyce to samo. W takim jednak przypadku mamy do czynienia z sytuacją, iż warunek ten brzmi: *wykonywali trzy usługi tożsame z przedmiotem zamówienia (publiczny transport zbiorowy na terenie miasta lub gminy), nieprzerwanie przez okres nie krótszy niż 1 rok o wartości brutto nie mniejszej niż 6.000.000,00 zł średniorocznie i średniorocznej pracy przewozowej 1.800.000 km*. Zamawiający w drugiej części warunku określającej wartość usług oraz ilość wymaganych wozokilometrów nie doprecyzował w jakikolwiek sposób, iż w przypadku większej ilości usług warunek ten należy odnosić samodzielnie do każdej z wykonanych usług, tym samym nie może on dziś twierdzić, iż właśnie to on oznacza. Z treści ww. warunku nie wynika aby to jedna usługa miała obejmować 6.000.000,00 zł średniorocznie i 1.800.000 km średniorocznie.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Odwołującego, jasnym jest, iż spełnić wskazany warunek *średniorocznej pracy przewozowej 1.800.000 km* można także poprzez wskazanie więcej niż jednej usługi, także poprzez ich zsumowanie. Gdyby było inaczej, to jest gdyby Zamawiający wymagałby tak jak teraz twierdzi, jednej usługi o ilości 1.800.000 km użycie sformułowanie „co najmniej” nie miałoby sensu, bowiem wskazanie większej ilości takich usług, skoro wystarczyłaby tylko jedna, nie byłoby Zamawiającemu potrzebne, a ich wykazanie jako usług ponad warunek doświadczenia jest uprawnieniem Wykonawcy, którego Zamawiający nie powinien dodatkowo podkreślać poprzez używanie sformułowań zmieniających sens zdania

Kolejnym potwierdzeniem takiego rozumienia tego warunku jest, w ocenie Odwołującego, sam tytuł wzoru wykazu usług - Załącznika nr 2 - który zatytułowano „Wykaz



wykonywanych w ciągu ostatnich trzech lat zamówień", z którego jasno wynika, iż chodzi o większą liczbę usług (wskazuje na to choćby liczba mnoga rzeczownika „zamówienie”).

Co więcej rozumienie tego warunku, jako okoliczności, iż to pojedyncza usługa (umowa) winna spełniać postawione wymogi nie byłoby racjonalnym z punktu widzenia samego Zamawiającego oraz niezgodnie z przepisami ustawy ograniczałoby konkurencję. Jest przecież cały szereg miast w Polsce gdzie z jednym wykonawcą podpisuje się odrębne umowy (traktowane jako odrębna usługa) na każdą z obsługiwanych linii. Jest tak np. w Bydgoszczy. Istotnym z punktu widzenia Zamawiającego, w świetle obowiązujących przepisów ustawy, jest stwierdzenie, czy dany Wykonawca jest w stanie w tym samym czasie świadczyć usługi o określonym wolumenie wozokilometrów. Wymóg aby wolumen ten wynikał tylko i wyłącznie z jednego kontraktu byłby nieracjonalny i niezgodny z przepisami ustawy oraz ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, na potwierdzenie powyższego stanowiska Odwołujący wskazał orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 czerwca 2009 roku, sygn. akt: KIO/UZP 653/09.

Ponadto, mając na uwadze prawidłowość prowadzonego postępowania, Odwołujący stwierdził, iż postawiony przez Zamawiającego warunek wymaganego doświadczenia obarczony jest kolejną wadą. Zgodnie z treścią ww. warunku o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy *„wykonywali co najmniej jedną usługę tożsamą z przedmiotem zamówienia (publiczny transport zbiorowy na terenie miasta lub gminy), (...)*”.

Odwołujący podnosi, iż zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie KIO ugruntowany został pogląd wynikający z określenia „odpowiadających swoim rodzajem”, że w żadnym z aspektów, które mogą być brane do porównania doświadczenia wykonawcy z zadaniem stanowiącym przedmiot zamówienia, żądania nie mogą być tożsame (identyczne). Przykładowo, takie stanowisko potwierdziła KIO orzeczeniem z dnia 29.04.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 489/09. Tak sformułowany zapis narusza uczciwą konkurencję i ogranicza dostęp do zamówienia.

Odwołujący poinformował, iż posiada świadomość, że upłynął już termin na wnoszenie w tym zakresie środków ochrony prawnej, niemniej jednak fakt ten ma znaczenie dla oceny prawidłowości „czytania” warunku doświadczenia, określonego w pkt II niniejszego uzasadnienia. Zamawiający dokonując czynności badania złożonych ofert wykluczył wykonawcę - Konsorcjum firm: WARBUS Sp. z o.o., MPK Warszawa Sp. z o.o., czym wyrządził Odwołującemu szkodę pozbawiając go uzyskania zamówienia.

W dniu **02.08.2010** r. swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania wniósł wykonawca

PRZEDSIĘBIORSTWO WIELOBRANŻOWE "WIRAŻ-BUS" Sp. z o.o. Garby,  
ul. Transportowa 1, 62-020 Swarzędz. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

W dniu **10.08.2010** r. Zamawiający wniósł do Prezesa KIO odpowiedź na odwołanie zawartą w piśmie z dnia 10.08.2010 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, przeprowadzenie dowodów zgłoszonych przez Zamawiającego, uwzględnienie twierdzeń i dowodów przywołanych przez Przystępującego oraz obciążenie kosztami postępowania Odwołującego.

W powyższym piśmie Zamawiający wskazał m.in. w uzasadnieniu, że: „(...) podnosi, iż zgodnie z ugruntowanym poglądem, Zamawiający może tylko jednokrotnie wystosować żądanie do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń, względnie do złożenia wyjaśnień odnośnie danej okoliczności. Wobec zatem wystosowania już przez Zamawiającego do Konsorcjum WARBUS Spółka z o.o. i MPK Warszawa Spółka z o.o. z wezwaniem do złożenia uzupełnienia dokumentów i oświadczeń dnia 14 lipca 2010 r. dotyczących w szczególności wielkości średniorocznej pracy przewozowej w wykonaniu usługi na rzecz innych zamawiających, w tym ZTM w Gdańsku i udzielenia wyjaśnień przez wykonawcę, w sposób niedostateczny, wskazany wykonawca winien zostać przez Zamawiającego bezwzględnie wykluczony z postępowania, a Jego oferta winna zostać uznana za odrzuconą, do czego doszło. Zamawiający zwraca uwagę, iż na gruncie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych przeważa pogląd jednorazowego wezwania do uzupełnienia poszczególnego wadliwego dokumentu lub braku dokumentu, niezależnie od tego czy Zamawiający wskazał w sposób prawidłowy czy nieprawidłowy kierunek uzupełnienia dokumentu. Zdaniem Zamawiającego odnosząc powyższe do stanu faktycznego niniejszej sprawy, należy stwierdzić, iż Zamawiający występując z żądaniem o uzupełnienie dokumentów i oświadczeń dnia 14 lipca 2010 r. do Odwołującego Konsorcjum, w tym w szczególności mając na względzie opisany wyżej sposób wykładni tego wezwania przez Odwołującego Konsorcjum oraz Zamawiającego, wynikający z czynności podjętych przez te podmioty, wyczerpał formalne możliwości dalszego wzywania Konsorcjum WARBUS Spółka z o.o. i MPK Warszawa Spółka z o.o. do przedłożenia tak referencji, jak i załącznika nr 2 do SIWZ tj. „Wykazu usług”. Zamawiający wobec nie przedłożenia przez Odwołującego dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu (wykonania co najmniej jednej usługi o średniorocznej pracy przewozowej 1.800.000 wozokilometrów) nie mógł ponownie żądać przedmiotowych dokumentów.

W dalszej części odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podniósł, iż powziął wiadomość, iż dotychczas wykonana, średnioroczna praca przewozowa Odwołującego Konsorcjum na rzecz ZTM w Gdańsku jest niższa niż wymagana dla co najmniej 1 usługi

wielkość 1.800.000 wozokilometrów. Zamawiający wskazuje przy tym, iż nawet w razie korzystnej dla Odwołującego wykładni, nie sposób przyjąć, by jakikolwiek dokument, potwierdzał, że średnioroczna praca przewozowa Odwołującego na rzecz innych podmiotów, które wskazał w "Wykazie Usług", czyli Zakładu Komunikacji Miejskiej w Gdyni lub gminy Murowana Goślina spełnia samodzielnie lub nawet łącznie (z którą to kwalifikacją Zamawiający się nie zgadza) warunek wielkości średniorocznej pracy przewozowej na poziomie 1 800 000 wozokilometrów. Wielkość ta w odniesieniu do usługi świadczonej na rzecz Zakładu Komunikacji Miejskiej w Gdyni wynosi 128.528 wozokilometrów (przy czym zgodnie z treścią referencji wielkość ta jest wielkością planowaną). W odniesieniu natomiast do usługi świadczonej na rzecz Gminy Murowana Goślina, wielkość ta wynosi: 586.610,6 wozokilometrów i to jeśli uwzględnić treść referencji w tym zakresie, czego dopuszczalność neguje sam Odwołujący.

W ocenie Zamawiającego zasadnicze znaczenie zatem dla obiektywnej oceny, czy Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu w postaci wykonania co najmniej 1 usługi o średniorocznej pracy przewozowej minimum 1.800.000 wozokilometrów ma ocena wielkości średniorocznej pracy przewozowej świadczonej na rzecz ZTM w Gdańsku. Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 sierpnia 2008 roku nr 2008/S-219297, Zarząd Transportu Miejskiego w Gdańsku przeprowadził postępowanie, którego przedmiot opisano w Sekcji II pkt 1.5) „Krótki opis zamówienia lub zakup(ów)” w sposób następujący: „Przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest świadczenie regularnych usług przewozowych na terenie Miasta Gdańska oraz gmin ościennych w okresie od 1.1.2009 do 31.12.2016 pojazdami będącymi w dyspozycji Wykonawcy zgodnie z niniejszą SIWZ oraz rozkładami jazdy będącymi załącznikiem nr 2 do umowy, a także Ustawą z dnia 15.11.1984 r. Prawo Przewozowe (Dz. U. z 2000 r. Nr 50, poz. 601 z późn. zmianami). 2. Zgodnie z ww. rozkładami przedmiot zamówienia (w poszczególnych pakietach) obejmuje obsługę; a) pakiet 1: Świadczenie regularnych usług przewozowych na terenie Miasta Gdańska oraz gmin ościennych, na liniach: 174, 205, 207, 209. 232. 256. 255. 574. N5. RT1; b) pakiet 2: Świadczenie regularnych usług przewozowych na terenie Miasta Gdańska oraz gmin ościennych, na Uniach: 117, 122, 126, 143, 171, 622, RT2. (...) 5. Szacunkowa liczba wozokilometrów objętych niniejszym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego w okresie obowiązywania umowy (w poszczególnych pakietach): a) pakiet 1: 1 211 001,80 wozokm/1 rok x 8 lat - 9 688 014,4 wozokm b) pakiet 2: 1 293 084,50 wozokm/ 1 rok x 8 lat - 10 344 676,0 wozokm 6. Zamawiający dopuszcza składaniu ofert częściowych w dwóch pakietach. W każdym pakiecie Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę.” Na dowód powyższego wskazał suplement do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej Dz.U. S 162; 22/08/2008 r., 219297-2008-PL, zawierający ogłoszenie o zamówieniu.

Zamawiający wskazał, że postępowanie, o którym mowa w powoływanym ogłoszeniu zostało rozstrzygnięte, a w wyniku rozstrzygnięcia na świadczenie usług w ramach pakietu 2 o opisanym wyżej przedmiocie wybrano WARBUS sp. z o.o. Powyższe potwierdzają zapisy ogłoszenia o udzieleniu zamówienia (Dz. U. UE z dnia 30 grudnia 2008 r. roku nr 2008/S-252-337433,).

W odniesieniu do wykładni warunku Zamawiający wywodzi, że sugerowanie jakoby Zamawiający dopiero obecnie oczekiwał, aby dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykonawcy wykazali należyte wykonanie jednej usługi o średniorocznej pracy przewozowej 1.800.000 wozokilometrów nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia i jest powoływane aktualnie jedynie dla próby odparcia spodziewanego przez Odwołującego ze strony Zamawiającego zarzutu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu z uwagi na niewykazanie wymaganego doświadczenia usługą świadczoną na rzecz ZTM w Gdańsku.

Zamawiający stwierdził, iż od samego początku rozumiał identycznie jak Przystępujący - WIRAŻ BUS Spółka z o.o. warunek wykonania co najmniej 1 usługi o średniorocznej pracy przewozowej 1.800.000 wozokilometrów, jako konieczność wykazania przez wykonawcę dla udziału w postępowaniu należytego wykonania minimum jednej usługi o średniorocznej pracy przewozowej 1.800.000 wozokilometrów lub większej liczby takich usług, z których choć jedna osiągnęła wartość średniorocznej pracy przewozowej minimum 1.800.000 km. Jeżeli Odwołujący miał wątpliwości w zakresie interpretacji opisywanego warunku, miał możliwość weryfikacji swego stanowiska zwracając się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ na podstawie dyspozycji art. 38 ustawy Pzp albo składając odwołanie od treści SIWZ - czego w terminach ustawowych ani Odwołujący ani Przystępujący nie uczynili. Wszelkie zarzuty w tym zakresie należy uznać, zdaniem Zamawiającego, za spóźnione.

Opisany warunek stanowi: „ W ciągu ostatnich 3 lat, tj. 2007-2009 wykonywali, co najmniej 1 usługę tożsamą b przedmiotem zamówienia (publiczny transport zbiorowy na terenie miasta lub gminy), nieprzerwanie przez okres nie krótszy niż 1 rok a wartości brutto nie mniejszej niż 6 000 000,00 zł średniorocznie i średniorocznej pracy przewozowej 1.800 000 km ". Zdaniem Zamawiającego, żadnych wątpliwości nie budzi posłużenie się przez Zamawiającego w treści opisu cytowanego warunku sformułowaniem: „co najmniej". Sformułowanie to jak wskazuje sam Odwołujący oznacza „nie mniej niż, przynajmniej". Nie oznacza to jednak, w ocenie Zamawiającego, jak chciałby wykazać Odwołujący, że spełnić wskazany warunek można poprzez wykonywanie więcej niż jednej usługi o średniorocznej pracy przewozowej mniejszej niż 1.800.000 wozokilometrów. To jest np. poprzez

wykonywanie dwóch, czy też trzech usług. Po pierwsze, Odwołujący uważa, że wykładnia językowa neguje łączne spełnianie warunków wartościowych i wielkościowych przez dowolną liczbę przedstawionych usług, co ma sugerować znaczenie zwrotu „co najmniej”. Nie można jednak pominąć faktu, że gdyby Zamawiający nie uwzględnił zwrotu „co najmniej” formułując warunek, wyeliminowałby z postępowania wszystkie podmioty, które wykazałyby więcej niż jedną usługę, nawet jeśli wszystkie te usługi spełniałyby jego oczekiwania. Zwrot „wykonali jedną” nie jest bowiem tożsamy z „wykonali co najmniej jedną” a ograniczanie dostępu bardziej doświadczonych Wykonawców do postępowania łamałoby podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, a tym samym byłoby niedopuszczalne.

Po drugie, w ocenie Zamawiającego, wykładnia opisywanego warunku proponowana przez Odwołującego, kłóci się z literalnym jego brzmieniem. Zamawiający wskazuje, iż gdyby chciał dopuścić dla potwierdzenia spełnienia opisanego warunku udziału w postępowaniu wykonanie większej liczby usług o łącznej pracy przewozowej równej lub większej 1.800.000 wozokilometrów, posłużył się sformułowaniem: „o łącznej wielkości pracy przewozowej nie mniejszej niż...”, jak zrobiła to Gmina Wrocław w stanie faktycznym powołanym w uzasadnieniu orzeczenia KIO z dnia 2 września 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 856/08).

Po trzecie, zdaniem Zamawiającego, należy zwrócić uwagę, iż mając już choćby na względzie z zasady prawidłowego rozumowania i doświadczenia życiowego, oczywistym pozostaje, iż Zamawiający żądając wykazania minimum 1 usługi o średniorocznej pracy przewozowej 1.800.000 wozokilometrów, mając na celu zabezpieczenie interesu publicznego, chciał by do postępowania przystąpili jedynie wykonawcy dający rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia i mający doświadczenie w realizacji „dużych” usług przewozowych. Już choćby ze względów technicznych i organizacyjnych znacznie łatwiej wykonywać kilka usług „mniejszych” np. 6 o średniorocznej pracy przewozowej 300.000 wozokilometrów niż jedną usługą o tej wielkości wyższej lub równej 1.800,000 wozokilometrów.

Po czwarte Zamawiający podniósł, iż chybionym jest argument Odwołującego, że rozumienie komentowanego warunku w sposób, który proponuje Zamawiający tj.: „jako okoliczności, iż to pojedyncza usługa (umowa) winna spełniać postawione wymogi nie byłoby racjonalnym z punktu widzenia samego Zamawiającego oraz niezgodne z przepisami ustawy ograniczałoby konkurencją”. Zamawiający w odniesieniu do powyższego wskazuje, iż przy określeniu tego warunku kierował się adekwatnością (współmiernością) jego ciężaru gatunkowego w stosunku do usługi, na której wykonanie ma być udzielone zamówienie. W tym kontekście wskazać należy, że zgodnie z treścią Rozdziału 2, pkt. 1. 7) SIWZ, planowana całkowita ilość wozokilometrów w okresie wykonywania zamówienia, tj. w okresie 17 miesięcy wynosi 2.701.437,70, co daje średniorocznie ok.: 1.906.896 wozokilometrów. Nie

sposób zatem wywodzić, iż przedmiotowy warunek jest szczególnie wygórowany. O naruszeniu zasady uczciwej konkurencji można mówić w sytuacji, gdy opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia zaoferowanie przez podmiot produktu, który będzie spełniał wszystkie wymagania zamawiającego, a niemożliwość ta ma charakter obiektywny i nieprzemijający, co w przedmiotowym przypadku nie nastąpiło. Określenie warunków udziału w postępowaniu zależy od rodzaju prowadzonego postępowania, stopnia jego skomplikowania, zakresu wymaganych wiadomości, czy umiejętności specjalnych i jest konkretyzowane przez zamawiających w poszczególnych postępowaniach. Jak podnosi się w orzecznictwie, warunki udziału w postępowaniu winny być formułowane w sposób odpowiadający co do wielkości, charakteru, złożoności oraz rodzaju przedmiotowi zamówienia, objętego postępowaniem. Mając na względzie powyższe kryteria, biorąc pod uwagę wielkość świadczonej usługi, na którą w toku postępowania Zamawiający ma udzielić zamówienia, należy przyjąć, iż ustalenie przez Zamawiającego kryterium udziału w postępowaniu na poziomie wykonania co najmniej 1 usługi o średniorocznej pracy przewozowej 1.800.000,00 wozokilometrów było jak najbardziej racjonalne i uzasadnione i wobec pozostałych okoliczności nie powinno budzić wątpliwości, iż właśnie taki pułap doświadczenia w niniejszym postępowaniu został przyjęty.

W dniu **10.08.2010 r.** wykonawca PRZEDSIĘBIORSTWO WIELOBRANŻOWE "WIRAŻ-BUS" Sp. z o.o. wniósł pismo zawierające uzupełnienie przystąpienia wnosząc o oddalenia odwołania.

W powyższego pisma uzasadnieniu wskazał m.in., iż Odwołujący niesłusznie zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 91 ustawy Pzp, oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Nie doszło, zdaniem Przystępującego, do nie zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców. Wykluczenie Odwołującego zostało dokonane prawidłowo, a co za tym idzie - wybrano najkorzystniejszą (jedyną) ofertę spełniającą wymagania ustawy Pzp oraz SIWZ. Wbrew temu, co pisze Odwołujący, Zamawiający żądał wprost dokumentu, który określałby wartość pieniężną wykonanych usług oraz ich wymiar w wozokilometrach, którego Odwołujący jednak nie dostarczył. Brak wzoru dokumentu nie oznacza, że załączenie tego dokumentu nie było konieczne, ale jedynie że Zamawiający nie narzuca żadnego formularza, o ile tylko oświadczenie będzie zawierać całą wymaganą treść. Tym samym należy stwierdzić, że Odwołujący nie spełnił wymogu przedłożenia wymaganego dokumentu i nie wykazał spełnienia warunku uczestnictwa w postępowaniu, a zatem powinien zostać wykluczony z postępowania.

Przystępujący wskazał, że jeśli zdaniem Odwołującego Zamawiający nie był uprawniony do żądania określonych dokumentów, Odwołujący powinien był

zwrócić na to uwagę i skorzystać ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp z zachowaniem ustawowych terminów, aby zakwestionować czynności niezgodne z przepisami ustawy. Ponieważ Odwołujący nie skorzystał z przewidzianych prawem środków ochrony prawnej w momencie, kiedy zakwestionowanie żądania określonych dokumentów było jeszcze możliwe, należy uznać, że jego uprawnienie w tym zakresie wygasło i wyraził zgodę na żądania Zamawiającego. Dlatego należy stanowczo stwierdzić, że na obecnym etapie postępowania Odwołujący utracił prawo do kwestionowania wykazu żądanych przez Zamawiającego dokumentów, ponieważ nie zakwestionował ich w terminie 10 dni od dnia kiedy mógł powziąć wiadomość o rzekomym naruszeniu przepisów ustawy - tj. od ukazania się ogłoszenia o przetargu lub od otrzymania wezwania do uzupełnienia dokumentów, a zatem zaakceptował treść SIWZ i wyraził zgodę na żądania Zamawiającego co do dokumentów, które należało przedłożyć. Pomimo tego - nie przedłożył on żądanych dokumentów, składając w ten sposób ofertę niezgodną z treścią SIWZ. Trudno zgodzić się ze stwierdzeniem i uznać, że Zamawiający nie dał Wykonawcom wystarczająco dużo czasu na zdobycie wymaganych dokumentów. Przystępujący podniósł, że od chwili ogłoszenia o przetargu (kiedy to Odwołujący mógł poznać oczekiwania Zamawiającego co do dokumentów) do upływu terminu składania ofert upłynął ponad 1 miesiąc. Tak długi czas jest wystarczający na zdobycie referencji pod konkretne postępowanie, a zatem Odwołujący prawdopodobnie nie dołożył należytej staranności przygotowując ofertę.

Przystępujący podniósł, iż Zamawiający żądał określenia zakresu, wartości i wymiaru wykonanych usług w oświadczeniu (Rozdział 3, punkt II 1. 3) SIWZ), a nie w referencjach i jeśli Odwołujący nie zgadzał się z żądaniem określonych dokumentów, winien był zakwestionować tę czynność, tj. żądanie, za pomocą dostępnych środków ochrony prawnej. Skoro żądanie dokumentu nie zostało zakwestionowane za pomocą środków ochrony prawnej, Odwołujący wyraził zgodę na ocenę ofert na podstawie dokumentów ustalonych przez Zamawiającego i nie powinien teraz jej kwestionować.

W ocenie Przystępującego założyć należy, że Zamawiający oceniając spełnianie warunków musiał oprzeć się na załączonych do oferty dokumentach, a te - jak wykazuję w niniejszym piśmie - były dalece niekompletne. Być może trafniejsze byłoby sformułowanie „dokumenty załączone przez Odwołującego nie pozwalają na potwierdzenie, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu w zakresie wykonania min jednej usługi o średniorocznej pracy przewozowej min. 1 800 000 km", jednak nie ma to wpływu na rozstrzygnięcie Zamawiającego. Gdyby Zamawiający oczekiwał wykazania robót, które łącznie miałyby wartość brutto nie mniejszą niż 6.000.000,00 zł średniorocznie i średnioroczną prace przewozową 1.800.000 km, to przed słowami „o wartości” umieściłby przecinek, lub też napisałby „o łącznej wartości brutto” i „łącznej średniorocznej pracy” czy też „o wartości brutto

nie mniejszej niż 6.000.000,00 zł średniorocznie łącznie i średniorocznej pracy przewozowej 1.800.000 km łącznie". Tymczasem żaden zapis przywołanego wymogu nie sugeruje łącznego traktowania wykazanych robót pod kątem spełniania warunków wielkościowych i wartościowych.

Ponadto oczywistym jest, w ocenie Przystępującego, że w przypadku zamawiania usługi polegającej na świadczeniu usług transportu publicznego na terenie gminy, Zamawiający chciał mieć pewność, że Wykonawcy będą posiadali doświadczenie w wykonywaniu usług o zbliżonym zakresie. Z pewnością wymagał on wykazania robót, z których choć jedna miałaby podobną wielkość do zamawianej usługi, a to w celu upewnienia, że Wykonawca potrafi niezawodnie i jednolicie świadczyć tak dużą usługę. Umiejętność wykonania wielu mniejszych usług nie miała dla Zamawiającego prawdopodobnie żadnego znaczenia, stąd też oczywistym jest, że oczekiwał on wykazania choć jednej usługi spełniającej określone parametry, tj. podobnej do zamawianej. Z tego względu takie zachowanie należy uznać za racjonalne i wskazane z punktu widzenia Zamawiającego, a także dopuszczalne z punktu widzenia ustawy Pzp. Nie sposób dostrzec tu ograniczania uczciwej konkurencji, a jedynie potwierdzenie, że dany podmiot posiada doświadczenie w wykonywaniu usług odpowiadających zamawianej usłudze.

Zdaniem Przystępującego Zamawiający jasno określił na jakiej podstawie weryfikuje posiadane doświadczenie i potencjał Wykonawców. Warunki sprecyzowane w SIWZ (pkt 4.1. b) rozdziału 1 SIWZ) jednoznacznie mówią o średniorocznej wartości brutto oraz średniorocznej ilości wozokilometrów wykonywanej usługi - jednej usługi, co miało pozwolić na ocenienie doświadczenia i potencjału technicznego Wykonawców w zakresie organizacji przedsiębiorstwa do wykonywania dużych zadań przewozowych. Do wykazania posiadania stosownego doświadczenia i potencjału technicznego najlepiej nadaje się wykorzystanie wskaźników średniorocznych w odniesieniu do jednego (dużego) przedsięwzięcia - usługi. Przywołanie przez Odwołującego umów o wieloletnim okresie nie jest wystarczająco precyzyjne, o ile nie zostanie określony ich średnioroczny wymiar. Powszechne jest stosowanie umów o różnym (często: narastającym) rozkładzie ciężaru świadczeń w poszczególnych latach, a biorąc pod uwagę, że niektóre z przywołanych przez Odwołującego umów obejmowały także lata przyszłe, to trudno traktować, zdaniem Przystępującego, zaprezentowane dane jako porównywalne z tym, czego oczekiwał Zamawiający. Posiadanie doświadczenia i potencjału technicznego pozwalającego na świadczenie kilku usług o mniejszym wymiarze nie musi, w ocenie Przystępującego, oznaczać posiadania możliwości należytego wykonania jednej dużej usługi o spójnym i jednolitym charakterze. Biorąc pod uwagę wielomilionową wartość i wielkość majątku, jaki powierza Wykonawcy w zarządzanie Zamawiający (w szczególności floty autobusowej i bazy) oraz znaczenie sprawnej i



niezawodnej realizacji nie można uznać, aby żądania Zamawiającego były nadmierne i niezasadne. Zdaniem Przystępującego nie można pozbawiać Zamawiającego prawa dążenia do wyłonienia w postępowaniu Wykonawcy, który potrafi wykazać doświadczenie w realizacji zbliżonego zadania, aby zaufać, że potrafi należycie zorganizować przedsiębiorstwo na potrzeby realizacji istotnego dla gminy zamówienia.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z ogłoszeniem o zamówieniu, treścią SIWZ, ofertą złożoną w postępowaniu przez Odwołującego, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby w przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz nakazania powtórnego badania i oceny ofert, jak również dokonania powtarzanej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwagi na złożenie przez

Odwołującego oferty najkorzystniejszej ekonomicznie ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści SIWZ, treści oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, treści ogłoszenia o zamówieniu, korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami prowadzonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy. Izba postanowiła uwzględnić wnioski dowodowe zgłoszone przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie oraz zgłoszone w toku rozprawy. Wobec powyższego Izba dopuściła jako dowód treść ogłoszenia o zamówieniu (suplement do Dz. U. UE z dnia 22.08.2008 r. Nr ogłoszenia 2008/S 162-219297) oraz ogłoszenia o udzieleniu zamówienia (suplement do Dz. U. UE z dnia 30.10.2008 r. Nr ogłoszenia 2008/S 252-337433). Izba dopuściła również jako dowód pisma Zamawiającego z dnia 03.08.2010 r. oraz 06.08.2010 r. skierowane do Zarządu Transportu Miejskiego w Gdańsku wraz z odpowiedzią udzieloną przez ZTM w Gdańsku zawartą w piśmie z dnia 09.08.2010 r. Izba uwzględniła również dowód w postaci kalkulacji ilości wozokilometrów sporządzonej przez Odwołującego.

Izba postanowiła w oparciu o art. 190 ust. 6 ustawy Pzp nie uwzględnić wniosków dowodowych zgłoszonych przez Odwołującego w toku rozprawy w zakresie uwzględnienia jako dowód z dokumentu fragmentów SIWZ postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie. Izba stwierdziła, iż zgromadzony w niniejszym postępowaniu odwoławczym materiał dowodowy umożliwia ocenę, czy Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia. Ponadto powyższe dowody dotyczą zarzutu nieadekwatności sformułowanego przez Zamawiającego warunku w zakresie doświadczenia, który to zarzut jest zarzutem spóźnionym i nie jest on powiązany z kwestionowaną przez Odwołującego czynnością Zamawiającego polegającą na wykluczeniu go z postępowania i wyborze oferty najkorzystniejszej. Wobec powyższego należy uznać, iż powyższe dowody zostały przywołane przez Odwołującego jedynie dla zwłoki, nie są one związane z czynnością stanowiącą przedmiot zaskarżenia, zaś fakty będące przedmiotem dowodzenia zostały już stwierdzone innymi dowodami stosownie do treści art. 190 ust. 6 ustawy Pzp.

W odniesieniu do stanu faktycznego będącego przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia Izba jako zasadniczy dowód uznała dokumentację przedmiotowego postępowania w postaci ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, treści oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego,

korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami prowadzonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

I. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskutek wykluczenia Odwołującego z prowadzonego postępowania jako nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu Izba uznała, iż nie zasługuje on na uwzględnienie. Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

Po pierwsze Izba ustaliła, iż Zamawiający w następujący sposób określił w treści SIWZ warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia: o udzielenie zamówienia ubiegać się mogą wyłącznie wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki: „Posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie do wykonania przedmiotu zamówienia: w wciągu ostatnich 3 lat, tj. 2007-2009, wykonywali co najmniej 1 usługę tożsamą z przedmiotem zamówienia (publiczny transport zbiorowy na terenie miasta lub gminy), nieprzerwanie przez okres nie krótszy niż 1 rok o wartości brutto nie mniejszej niż 6.000.000,00 zł średniorocznie i średniorocznej pracy przewozowej 1.800.000 km" (Rozdziału 1 pkt 4.1. b) SIWZ).

Po drugie Izba ustaliła, iż Zamawiający w Rozdziale 3 SIWZ w pkt II.1. pkt 2) wskazał, iż w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków żąda m.in.: „Wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców (zgodnie z ZAŁĄCZNIKIEM NR 2) oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie".

Po trzecie Izba ustaliła, iż Odwołujący w złożonej ofercie dołączył wykaz wykonywanych w ciągu trzech lat zamówień (według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ), w którego treści wskazał 3 usługi (usługi transportu publicznego dla mieszkańców

Gminy Murowana Goślina, usługi transportu publicznego na terenie Miasta Gdańska oraz usługi transportu publicznego na terenie Miasta Gdyni) - wskazując jednocześnie ich wartości oraz terminy realizacji. W dołączonym do oferty wykazie Odwołujący nie przedstawił dla poszczególnych usług średniorocznej wielkości pracy przewozowej. Na potwierdzenie, że wskazane w wykazie usługi zostały wykonane w sposób należyty Odwołujący przedłożył wraz z ofertą listy referencyjne. Izba ustaliła, iż jedynie w przypadku referencji wystawionych dla WARBUS Spółka z o.o. przez Gminę Murowana Goślina została określona szacowana roczna praca eksploatacyjna w wysokości 586.610,6 wozokilometrów. Drugi list referencyjny wystawiony przez Zarząd Transportu Miejskiego w Gdańsku nie określa nazwy usługodawcy (posługuje się jedynie zwrotem „przewoźnik”) oraz nie określa wielkości usługi. Tym samym powyższy dokument nie pozwala na identyfikację usługodawcy. Dla wskazanej w wykazie usługi obejmującej czynności transportu publicznego na terenie Miasta Gdyni Odwołujący nie przedstawił żadnego dokumentu wskazującego, że usługi te zostały wykonane należyście.

W ramach uzupełnienia dokumentów Odwołujący w dwóch pismach datowanych na dzień 19.07.2010 r. przekazał Zamawiającemu m.in.: wypełniony załącznik nr 2 do SIWZ oraz wraz z drugim pismem przekazał referencje wystawione przez Zarząd Transportu Miejskiego w Gdańsku, Zarząd Komunikacji Miejskiej w Gdyni oraz Urząd Miasta i Gminy Murowana Goślina. W przekazanym załączniku w kolumnie pierwszej (przedsięwzięcie, lokalizacja) Odwołujący przytoczył treść warunku zawartego w SIWZ oraz wskazał nazwy usług (świadczenie usług w komunikacji miejskiej w Gdańsku, Sopocie i Żukowie; świadczenie usług w komunikacji miejskiej w Gdyni oraz świadczenie usług przewozowych w komunikacji miejskiej i gminnej w Murowanej Goślinie), jak również w następnych kolumnach wskazał nazwy zamawiających, wartość zrealizowanych usług oraz daty ich realizacji. W zakresie uzupełnionych referencji Izba stwierdziła, iż referencje wystawione przez Urząd Miasta i Gminy Murowana Goślina (z dnia 15.06.2010 r.) oraz wystawione przez Zarząd Transportu Miejskiego w Gdańsku (z dnia 07.07.2010 r.) są tożsame z przedłożonymi przez Odwołującego wraz z ofertą w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jedynie referencje wystawione przez Zarząd Komunikacji Miejskiej w Gdyni (z dnia 05.07.2010 r.) stanowią dokument nowy – nie przedłożony pierwotnie wraz z ofertą. Jednakże z powyższego dokumentu wynika, iż w ramach podpisanej umowy planowane wozokilometry do wykonania przez firmę WARBUS Spółka z o.o. wynoszą 128.528,00, zaś przewidywane wynagrodzenie netto wynosi 649.066 zł.

Istniejący pomiędzy stronami spór dotyczy w szczególności interpretacji zawartego w treści SIWZ warunku dotyczącego doświadczenia oraz kwestii, czy Odwołujący wykazał na podstawie przekazanych Zamawiającemu dokumentów jego spełnienie. Zamawiający

wskazuje, iż powyższy warunek zostanie spełniony w przypadku, gdy wykonawca wykaże się przynajmniej jedną usługą o określonej średniorocznej wartości i ilości wozokilometrów. Zdaniem Odwołującego rozumienie powyższego warunku prowadzi do wniosku, iż uznany on zostanie za spełniony w przypadku, gdy zakładana średnioroczna wartość oraz ilość wozokilometrów będzie wynikała łącznie ze wszystkich usług wykazanych przez wykonawcę w ofercie.

W ocenie Izby nie stanowi pomiędzy Stronami spornej kwestii, iż instytucja uregulowana w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp może być stosowana jednokrotnie w odniesieniu do poszczególnych dokumentów. Tym samym Izba uznała, iż w odniesieniu do dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp czynność ta została już wyczerpana przez Zamawiającego w odniesieniu do złożonej przez Odwołującego w postępowaniu oferty, czego żadna ze Stron nie kwestionowała.

Izba wskazuje, iż literalna analiza warunku określonego w Rozdziale 1 pkt 4.1. litera b) SIWZ pozwala na sformułowanie dwóch zasadniczych wniosków. Po pierwsze, zdaniem Izby, zwrot „usługę tożsamą z przedmiotem zamówienia” został w treści powyższego warunku doprecyzowany poprzez użyty w nawiasie zwrot „publiczny transport zbiorowy na terenie miasta lub gminy”. Tym samym za usługę tożsamą z przedmiotem zamówienia należy w ramach tego warunku uważać w szczególności usługę obejmującą czynności związane z publicznym transportem zbiorowym na terenie miasta lub gminy. Po drugie w treści powyższego warunku zostało wskazane, iż w ostatnich 3 latach (2007 – 2009) wykonawca winien wykonywać, co najmniej 1 usługę tożsamą z przedmiotem zamówienia (...), nieprzerwanie przez okres nie krótszy niż 1 rok o wartości brutto nie mniejszej niż 6.000.000,00 zł średniorocznie i średniorocznej pracy przewozowej 1.800.000 km. Ten ostatni zapis wskazujący na zakres wartościowy i ilościowy wykonywanych czynności odnosi się wprost (jest następnikiem) zwrotu określającego, iż warunek zostanie spełniony, gdy wykonawca będzie posiadał wiedzę i doświadczenie obejmujące co najmniej 1 usługę o wskazanych parametrach. W ocenie Izby gdyby Zamawiający formułując powyższy warunek chciał, aby średnioroczna wartość usługi oraz ilość wozokilometrów były oceniane łącznie dla większej ilości usług, nie zaś jednej kompleksowej usługi, użyłby zwrotu wskazującego na takie rozumienie tego zapisu. Jednakże w treści warunku mamy do czynienia z „jedną usługą”, realizowaną w danym okresie (w ciągu ostatnich 3 lat, tj. 2007-2009), tożsamą z przedmiotem zamówienia (publiczny transport zbiorowy na terenie miasta lub gminy), realizowaną w określony sposób pod względem terminowym (nieprzerwanie przez okres nie krótszy niż 1 rok), o określonej dla niej wartości średniorocznej (nie mniejszej niż

6.000.000,00 zł brutto) oraz o określonej wielkości średniorocznej pracy przewozowej (1.800.000 km). Tym samym Izba nie podziela argumentacji Odwołującego, iż analiza zawartego w SIWZ (Rozdział 1 – instrukcja dla wykonawców, pkt 4 – wymagania stawiane wykonawcom, pkt 4.1. lit. b) postanowienia prowadzi do jednoznacznego wniosku, iż użycie w treści powyższego zapisu SIWZ zwrotu „co najmniej” budzi wątpliwości, w szczególności w przypadku odniesienia tego zapisu do średniorocznej pracy przewozowej 1.800.000 km. Zdaniem Izby literalne brzmienie tego warunku nie prowadzi do prezentowanego przez Odwołującego wniosku, iż w treści warunku nie zostało doprecyzowane w jakikolwiek sposób, iż w przypadku większej ilości usług warunek ten należy odnosić samodzielnie do każdej z wykonywanych usług, tj. z jego treści nie wynika aby to jedna usługa miała obejmować 6.000.000 zł średniorocznie i 1.800.000 km średniorocznie. Izba ustaliła, iż przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest pojedyncza i jednorodna usługa obejmująca świadczenie czynności publicznego transportu zbiorowego na terenie Gminy Swarzędz wraz z terenem gmin objętych porozumieniem międzygminnym z Gminą Swarzędz oraz połączenia Gminy Swarzędz z miastem Poznaniem z wykorzystaniem pojazdów należących do Zamawiającego oraz bazy transportowej Zamawiającego w okresie 17 miesięcy od udzielenia zamówienia. Odnosząc powyższe do postawionego przez Zamawiającego warunku należy wskazać, iż dotyczy on usługi o charakterze zakreślonym i uwarunkowanym przez przedmiot niniejszego zamówienia (publiczny transport zbiorowy na terenie miasta lub gminy) i o parametrach wartościowych oraz przedmiotowych określonych dla tejże usługi. Użyty w treści warunku zwrot „tożsamą” wskazuje, iż ustalenie treści tego warunku zostało dokonane w oparciu o zakres przedmiotowy i wielkość usługi stanowiącej przedmiot zamówienia i w takim znaczeniu Izba dopatruje się użycia tego zwrotu. W kontekście całej treści warunku powyższy zwrot należałoby raczej odczytywać na zasadzie wykazania adekwatności postawionego warunku do przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający nie postawił bowiem wymagań wyższych niż wynikające z zakresu przedmiotowego zamówienia, co wynika jednoznacznie ze sporządzonej przez Odwołującego i przywołanej w toku rozprawy jako dowód kalkulacji ilości wozokilometrów. Odwołujący wyliczył, iż średnioroczna ilość wozokilometrów w oparciu o zakładany czas realizacji wynosi 1.906.897,20. W ocenie Izby w tym wypadku nie ma wpływu na proporcjonalność postawionego warunku przewidziana przez Zamawiającego możliwość zmian ilości wozokilometrów w ramach tolerancji +/- 10%, gdyż na etapie prowadzenia postępowania ilość ta stanowi pewien szacunek, co jednoznacznie spełnia zawarty w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp warunek proporcjonalności opisu warunku do przedmiotu zamówienia.

Izba wskazuje, iż Odwołujący dokonując odmiennej interpretacji rozumienia powyższego warunku czyni próby wykazania, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, gdyż wskazane przez niego 3 usługi łącznie potwierdzają spełnienie wymagań dotyczących średniorocznej wartości i łącznie potwierdzają wielkość średniorocznej ilości wozokilometrów. Odwołujący w treści odwołania nie dowodzi, iż którakolwiek ze wskazanych usług samodzielnie spełnia wymagania Zamawiającego pod względem średniorocznej wartości oraz ilości wozokilometrów.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż wszelkie argumenty Odwołującego dotyczące zasadności oraz poprawności sformułowanego przez Zamawiającego warunku w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia są zarzutami spóźnionymi, gdyż dotyczą one treści SIWZ. Jak wskazał sam Odwołujący w treści odwołania nie skorzystał on ze środków ochrony prawnej w odniesieniu do postanowień treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ. Tym samym argumentacja Odwołującego wraz z przytoczonymi na jej potwierdzenie wnioskami dowodowymi w zakresie adekwatności warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia oraz poprawności jego sformułowania została przez Izbę pominięta, ze względu na brak związku z zarzutami sformułowanymi w treści odwołania i ze względu na upływ terminu wniesienia środka ochrony prawnej w tym zakresie.

Izba wskazuje ponadto, iż nie podziela reprezentowanego przez Odwołującego na str. 7 odwołania poglądu, że: „W treści wzoru wykazu (załącznik nr 2 do SIWZ) Zamawiający nie przewidział możliwości wykazania przez wykonawców średniorocznej ilości przejechanych kilometrów, którą z kolei precyzował na 1.800.000 km. Przy tak skonstruowanym wzorze dokumentu, którego Zamawiający żądał na potwierdzenie warunku uczestnictwa, nie można uznać inaczej niż, że zapisy SIWZ nie zobowiązywały wykonawców do aż tak szczegółowego określenia ilości przejechanych średniorocznie kilometrów w odniesieniu do każdej z wykazanych usług, jak tego żądał Zamawiający w treści wezwania do uzupełnienia dokumentów”. W ocenie Izby liczona w kilometrach wielkość usługi publicznego transportu zbiorowego stanowi dookreślenie jej zakresu przedmiotowego i tym samym winna zostać w niniejszym postępowaniu na potwierdzenie warunku udziału w zakresie doświadczenia wykazana w kolumnie nr 1 załącznika nr 2 do SIWZ zatytułowanej (przedsięwzięcie, lokalizacja). Wszakże ilość przejechanych wozokilometrów jest, w przypadku tego typu usług, istotnym elementem i parametrem określającym wielkość zadania realizowanego przez wykonawcę. Określa zatem zakres przedsięwzięcia obrazując jednocześnie jego rangę i skomplikowanie. Wobec powyższego treść złożonych przez Odwołującego dokumentów winna jednoznacznie wskazywać, iż wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu i winna odnosić się wprost do treści postawionego warunku,

w tym średniorocznej wartości usługi oraz jej średniorocznej ilości liczonej w wozokilometrach.

Izba zwraca uwagę na fakt, że Odwołujący przyznał na str. 6 odwołania, iż zawarty pierwotnie w ofercie wykaz usług faktycznie nie potwierdzał, iż Odwołujący spełnia warunek doświadczenia w zakresie przejechanych 1.800.000 km średniorocznie. Na skutek uzupełnienia dokumentów Odwołujący wraz z kolejnym pismem z dnia 19.07.2010 r. przekazał Zamawiającemu powtórnie wykaz wykonanych lub wykonywanych usług sporządzony zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ. Uzupełniony przez Odwołującego wykaz, zdaniem Izby, również nie umożliwia oceny, czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Należy wskazać, iż sposób sformułowania warunku determinuje w sposób istotny sposób wykazania jego spełnienia przez wykonawcę. W zasadzie forma, w jakiej dojdzie do wykazania przez wykonawcę tego faktu nie ma znaczenia, pod warunkiem iż będzie to forma pisemna. Izba podziela ugruntowany w orzecznictwie pogląd, iż z treści przedkładanych w toku postępowania dokumentów i oświadczeń ma niezbitnie wynikać, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Informacje zawarte w przedłożonych lub uzupełnionych przez wykonawcę dokumentach i oświadczeniach powinny jednoznacznie potwierdzać, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Charakter tychże dokumentów, ich forma oraz pochodzenia i rodzaj nie mają znaczenia. W tym wypadku każdy z wykonawców w dozwolonej w ustawie formie może dążyć do wykazania braku podstaw do wykluczenia oraz wykazania, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu. Ustawa Pzp ograniczenia w zakresie formy i rodzaju dokumentów formułuje jedynie w odniesieniu do Zamawiającego i wskazuje, jakie dokumenty mogą być żądane od wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ograniczenie powyższe nie obejmuje jednak wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Wykonawcy celem wykazania, iż spełniają warunki udziału w postępowaniu mogą przedkładać oświadczenia oraz potwierdzać zawarte w nich informacje dowolnymi dokumentami.

W ocenie Izby niezależnie od zakresu żądania uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zawartego w piśmie Zamawiającego z dnia 14.07.2010 r. Odwołujący miał możliwość wykazania w każdej dopuszczalnej formie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Izba nie kwestionuje faktu, iż żądanie Zamawiającego przedstawienia referencji o żądanej w sposób szczegółowy treści jest niedopuszczalne. Jednakże z treści pisma z dnia 14.07.2010 r. wynika jednoznacznie, iż Zamawiający wezwał Odwołującego „do uzupełnienia błędnych lub brakujących oświadczeń/dokumentów w złożonej ofercie przetargowej w terminie do dnia 19.07.2010 r.”. Odwołujący nie uczynił



zadość powyższemu wezwaniu w taki sposób, aby wykazać, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu.

Izba wskazuje ponadto, iż żądanie szczegółowego wykazania przez poszczególnych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego faktu, iż nie podlegają oni wykluczeniu z postępowania oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu stanowi wynik jawności i przejrzystości postępowania. Sama forma przeprowadzenia dowodu w tym zakresie (przedkładanie dokumentów i oświadczeń woli oraz wiedzy) jest następstwem zasady pisemności wyrażonej w art. 9 ust. 1 ustawy Pzp. Wszakże obowiązek wykazania, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu spoczywa zawsze na podmiocie zainteresowanym udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. To na wykonawcy spoczywa ciężar dowodzenia w tym zakresie. Jak słusznie zauważył Przystępujący w toku rozprawy ustawa Pzp w art. 24 ust. 2 pkt 4 jako jedną z przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania wskazuje nie wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Norma prawna zawarta w powyższym przepisie wskazuje w sposób bezsprzeczny, iż ciężar udowodnienia faktu spełnienia warunków udziału w postępowaniu spoczywa na wykonawcy ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym w oparciu o powyższe uznać należy, iż wykluczeniu podlegają także wykonawcy spełniający warunki udziału w postępowaniu, lecz którzy na skutek braku wymaganej staranności w postaci błędnego sporządzenia oferty lub błędnego uzupełnienia dokumentów oraz oświadczeń nie wykazali Zamawiającemu w dopuszczalnej formie powyższego faktu.

Zdaniem Izby Zamawiający nie jest uprawniony do podjęcia decyzji, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w oparciu o swoje domniemania i przypuszczenia. Nie jest także uprawniony i tym bardziej zobowiązany do zastępowania w tym zakresie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zadaniem Zamawiającego nie jest prowadzenie postępowania wyjaśniającego i ustalanie faktów, które mogłyby wskazać, iż wykonawca warunki spełnia. Powyższe przesądza o tym, iż to ze złożonych przez wykonawcę dokumentów i oświadczeń winno niezbitnie wynikać, iż wykonawca ten spełnia określone przez Zamawiającego warunki. Ustawodawca przerzucił na wykonawców konieczność podjęcia działań zmierzających do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W przypadku istnienia jakichkolwiek wątpliwości w tym zakresie przemawiają one na niekorzyść wykonawcy, gdyż zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp to na nim spoczywa obowiązek wykazania, że warunki te spełnia. Odwołujący w żaden dopuszczalny sposób nie wykazał, iż spełnia postawiony w treści SIWZ warunek w zakresie posiadanie wiedzy i doświadczenia. Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku nie

przedstawił żądanych przez Zamawiającego dokumentów i oświadczeń (listów referencyjnych, wykazów), jak również nie przedstawił innych dokumentów, które mogłyby zostać uznane jako wystarczające środki dowodowe w tym zakresie (faktury, rachunki, protokoły odbioru, listy polecające, umowy i aneksy do umów). Nie złożył również samoistnie w tym zakresie żadnych wyjaśnień. Przedstawione w dwóch załączonych wykazach (pierwotnym oraz uzupełnionym na wezwanie) oraz w załączonych trzech listach referencyjnych (dwóch załączonych wraz z ofertą oraz jednym dostarczonym dodatkowo w wyniku uzupełnienia dokumentów) dane i informacje nie umożliwiają dokonanie oceny spełnienia określonego w treści SIWZ warunku w zakresie doświadczenia. W ocenie Izby powyższe wynika z faktu, iż wskazane w wykazach usługi są usługami realizowanymi w okresach wieloletnich, znajdujących się w trakcie realizacji i nie zawierających określonej średniorocznie wartości oraz wielkości pracy przewozowej. Tym samym to Odwołujący winien dokonać wyliczenia i uśrednienia tychże wartości, co powinno znaleźć swoje miejsce w treści złożonego wraz z ofertą lub uzupełnionego wykazu. Wyliczenie samodzielnie przez Odwołującego średniorocznych wartości i ujęcie ich w uzupełnionym wykazie stanowiłoby dopuszczalny w ustawie Pzp oraz rozporządzeniu wykonawczym wydany na podstawie art. 25 ust. 2 ww. ustawy środek dowodowy potwierdzający, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Odwołujący, co potwierdza treść dwóch kolejnych wykazów usług, nie zawarł w ich treści takich danych.

Izba, wbrew twierdzeniom zawartym w odwołaniu, ustaliła w oparciu o włączony w poczet materiału dowodowego dowód z dokumentu w postaci treści SIWZ, oferty złożonej przez Odwołującego i dokumentów oraz oświadczeń uzupełnionych wraz z dwoma pismami datowanymi na dzień 19.07.2010 r., iż powyższe dokumenty nie potwierdzają, że wykonawca Konsorcjum: WARBUS Spółka z o.o. oraz MPK Warszawa Spółka z o.o. spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Tym samym Izba, biorąc pod uwagę zasadniczy zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp uznała, iż Odwołujący podlegał wykluczeniu z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do stanowiska Odwołującego zaprezentowanego w toku rozprawy, w którym zostało wskazane, że jeżeli Zamawiający powziął jakiegokolwiek wątpliwości w zakresie spełnienia tego warunku przez Odwołującego mógł skorzystać z instytucji uregulowanej w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp Izba wskazuje, że co prawda procedura wynikająca z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny, ale do skorzystania z niej muszą zaistnieć uzasadnione okoliczności faktyczne. Z popartych dowodami wyjaśnień udzielonych przez

Zamawiającego na rozprawie wynika, że w jego ocenie brak było podstaw do zastosowania art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, co zdaniem Izby zostało przez niego wykazane.

Biorąc pod uwagę fakt, iż Zamawiający poczynił w sposób samodzielny ustalenia dotyczące zakresu usług, wskazanych w przedłożonych wraz z ofertą Odwołującego oraz uzupełnionych przez niego dokumentach i oświadczeniach, które to usługi zostały przez Odwołującego wskazane na potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie doświadczenia Izba uznała, iż w odniesieniu do oferty Odwołującego brak jest podstaw do zastosowania instytucji uregulowanej w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Załączony pierwotnie wraz z ofertą Odwołującego wykaz zrealizowanych usług oraz uzupełniony na skutek wezwania dokonanego przez Zamawiającego pismem z dnia 14.07.2010 r. nie wskazują średniorocznych ilości wozokilometrów dla wskazanych usług. Ponadto Zamawiający ustalił, iż usługa dotycząca regularnych przewozów na terenie miasta Gdańska realizowana dla Zarządu Transportu Miejskiego w Gdańsku w pakiecie 2 obejmowała 1.293.048,5 wozokilometrów/1 rok i powyższe zamówienie zostało udzielone Odwołującemu. W powyższym zakresie Zamawiający samodzielnie ustalił, jaki podmiot był wykonawcą tejże usługi i jaki był jej zakres liczony w wozokilometrach, gdyż w dokumentach dostarczonych przez Odwołującego brak było powyższych informacji. Z listu referencyjnego z dnia 05.07.2010 r. wystawionego przez Zarząd Komunikacji Miejskiej wynika, iż w ramach podpisanej umowy planowane wozokilometry do wykonania przez firmę WARBUS Spółka z o.o. wynoszą 128.528 wozokilometrów a przewidywane wynagrodzenie netto wynosi 649.066 zł. W przypadku referencji wystawionych dla WARBUS Spółka z o.o. przez Gminę Murowana Goślina określona szacowana roczna praca eksploatacyjna wynosi 586.610,6 wozokilometrów. W odniesieniu do powyższych ustaleń, w ocenie Izby, zastosowanie przez Zamawiającego instytucji uregulowanej art. 26 ust. 4 ustawy Pzp byłoby nieuprawnione. Wyjaśnienia składane przez wykonawców w oparciu o wezwanie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp mają na celu usunięcie istniejących wątpliwości wynikających z treści złożonych przez wykonawcę dokumentów i oświadczeń. Jednakże pomiędzy poszczególnymi dokumentami i oświadczeniami złożonymi wraz ofertą przez Odwołującego, jak również uzupełnionymi przez niego w oparciu o wezwanie wystosowane przez Zamawiającego nie ma rozbieżności i nieścisłości nakazujących ich wyjaśnienie. Zastosowanie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w przypadku, gdy takich wątpliwości brak nie znajduje uzasadnienia. Tym samym w odniesieniu do Odwołującego brak jest jakichkolwiek wątpliwości, że nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia określonego przez Zamawiającego.

Działania podejmowane w toku postępowania przez Odwołującego wskazują, iż nie dochował on należytej staranności w przygotowaniu złożonej ofert, jak również nie podjął

działań aby w ramach uzupełnienia dokumentów i oświadczeń ich treść potwierdzała, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego w SIWZ doświadczenia. Tym samym Odwołujący wskutek swoich zaniechań nie wykazał, iż nie podlega wykluczeniu z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wobec powyższego Izba ustaliła, iż Zamawiający był uprawniony do wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie określonym w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i doprecyzowanym w Rozdziale 1 pkt 4.1. b) SIWZ. Odwołujący na skutek wezwania nie uzupełnił oświadczeń i dokumentów, które mogłyby w sposób nie budzący wątpliwości potwierdzać, iż spełnia on warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia. Izba ustaliła także, iż w związku z powyższym Zamawiający był obowiązany do wykluczenia odwołującego się wykonawcy - Konsorcjum: WARBUS Spółka z o.o. oraz MPK Warszawa Spółka z o.o. z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Izba uznała, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie potwierdził się.

**II.** W zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ustawy Pzp poprzez wybór oferty nie będącej najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów ustawy Pzp i SIWZ Izba uznała, iż powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Wobec uznania przez Izbę, iż nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i tym samym uznania, iż Odwołujący podlegał wykluczeniu z postępowania Zamawiający nie miał prawa uwzględnienia oferty złożonej przez Odwołującego w toku czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Tym samym oferta wykonawcy wykluczonego z postępowania nie podlega badaniu i ocenie w oparciu o kryteria oceny ofert, jak również nie jest brana przez Zamawiającego pod uwagę w toku czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Wobec powyższego Izba uznała, iż nie doszło w przedmiotowym postępowaniu do naruszenia art. 91 ustawy Pzp.

**III.** W zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty z naruszeniem przepisów ustawy w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców Izba uznała, iż powyższy zarzut również nie zasługuje na uwzględnienie. Po pierwsze Izba, wbrew twierdzeniom Odwołującego zawartym w treści odwołania uznała, iż dokonana przez

Zamawiającego ocena spełniania warunków w postępowaniu nie została dokonana w sposób subiektywny i nie stała w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej bez uwzględnienia oferty odrzuconej - stosownie do treści art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Tym samym wobec uznania przez Izbę, iż nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający był zobligowany w oparciu o zasadę równego traktowania wykonawców do wykluczenia każdego wykonawcy z postępowania, jeżeli wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z treścią art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą i oferty takiej Zamawiający nie uwzględnia w toku czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Wobec powyższego Izba uznała, iż nie doszło w przedmiotowym postępowaniu do naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec uznania przez Izbę, iż nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w treści odwołania w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 4. Izba uwzględniając koszty strony Zamawiającej uznała za uzasadnione koszty pobytu w hotelu, ze względu na odległość siedziby Zamawiającego i wyznaczenie terminu posiedzenia w godzinach popołudniowych, koszty dojazdu koleją oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

**Przewodniczący:**

.....