

Sygn. akt: KIO 406/13

**WYROK**

**z dnia 7 marca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk**

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 marca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2013 r. przez **wykonawcę DELUX Turystyczno-Pasażerskie Handel-Uslugi D..... K..... Sp. J., ul. Marksa 61, 11-200 Bartoszyce** w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd Miasta Bartoszyce, ul. Boh. Monte Cassino 1, 11-200 Bartoszyce**

przy udziale **wykonawcy Mobilis Sp. z o.o., Mościska 4a, 05-080 Izabelin**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę DELUX Turystyczno-Pasażerskie Handel-Uslugi D..... K..... Sp. J., ul. Marksa 61, 11-200 Bartoszyce** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę DELUX Turystyczno-Pasażerskie Handel-Uslugi D..... K.....f Sp. J., ul. Marksa 61, 11-200 Bartoszyce** tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Urząd Miasta Bartoszyce (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Świadczenie usług komunikacji miejskiej na terenie Bartoszcyc”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 28 września 2012 r. pod nr 2012/S 187-308197.

W postępowaniu tym wykonawca DELUX Turystyczno-Pasażerskie Handel-Uслуги D..... K..... Sp. J. z siedzibą w Bartoszczycach (dalej: „Odwołujący”) w dniu 22 lutego 2013 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Złożone odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej. Informacja o tej czynności została przekazana Odwołującemu w dniu 13 lutego 2013 r. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 22 lutego 2013 r.

Zamawiający o złożonym odwołaniu poinformował wykonawców pismem z dnia 22 lutego 2013 r., przekazując im jego kopię. Wykonawca Mobilis Sp. z o.o. z siedzibą w Izabelinie (dalej: „Przystępujący”) w dniu 25 lutego 2013 r. złożył zgłoszenie przystąpienia do przedmiotowego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Kopie przystąpienia zostały przekazane stronom postępowania odwoławczego.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalno prawnych związanych z wniesionym odwołaniem postanowieniem z dnia 5 marca 2013 r. skierowała odwołanie do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 6 marca 2013 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego:

## I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez brak wykluczenia Przystępującego z postępowania, pomimo braku spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez brak odrzucenia oferty Przystępującego, gdyż została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez brak odrzucenia oferty Przystępującego, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 i art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez brak odrzucenia oferty Przystępującego ze względu na rażąco niską cenę,
- 5) art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu tj. oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty Przystępującego, wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty,
2. nakazanie ponowne badanie i ocenę ofert oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej jaką jest oferta Odwołującego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący zwrócił uwagę na zapisy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), gdzie Zamawiający w rozdziale V ust. 1 pkt 3 opisał warunek udziału w postępowaniu co do wymaganego potencjału technicznego o tym, że wymagane jest wykazanie się przez wykonawcę sześcioma pojazdami przystosowanych do przewozu osób w komunikacji miejskiej nie starszymi niż 15 lat z czego trzy o ilości miejsc powyżej 50. Wskazał, że Zamawiający w dniu 3 października 2012 r. dokonał zmiany SIWZ w zakresie tego warunku, podając ostatecznie, że wymaga dysponowania sześcioma pojazdami przystosowanymi do przewozu osób w komunikacji miejskiej, których średni wiek nie przekracza 15 lat z czego trzy o ilości miejsc powyżej 80. Na potwierdzenia spełniania tego warunku należało złożyć wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia. Podkreślił, że Przystępujący do oferty przedłożył wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych, w którym to wykazie wskazała 6 autobusów, określając ich rok produkcji, markę oraz wskazując, że trzy

autobusy stanowią własność Przystępującego, a trzy są z leasingu. Podniósł, że Zamawiający w dniu 14 stycznia 2013 r. w związku z wykazami pojazdów zaproponowanych do realizacji zamówienia, wezwał wykonawców do przedstawienia czytelnej kserokopii dowodów rejestracyjnych pojazdów wymienionych w ofercie i Przystępujący zgodnie z wykazem wskazanym w ofercie przedłożył kserokopie dowodów rejestracyjnych dla 6-ciu autobusów. Odwołujący zwrócił uwagę na to, że dowody rejestracyjne jako dokumenty znormalizowane oprócz daty produkcji zawierają także informację o ilości miejsc siedzących i stojących, a informacja ta znajduje się w polach oznaczonych lit. S1 (miejsca siedzące) i S2 (miejsca stojące). Zgodnie z dołączonymi kserokopiami dowodów rejestracyjnych przez Przystępującego tylko dwa autobusy posiadały liczbę miejsc powyżej 80 - dowód rej. nr 2759618 - i nr 2759617 o liczbie miejsc – S1 - 31 i S2 -75, natomiast 3 (trzy) autobusy posiadały liczbę miejsc 59 - dowód rej. nr 2983994, nr 2983973 i nr 2527325, gdzie S1 wynosi 31 a S2 - 28 oraz 1 (jeden) autobus dowód rej. nr 2848311 o liczbie miejsc 31 (S1) i braku miejsc stojących (S2 —).

Biorąc powyższe pod uwagę oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp Odwołujący podniósł, że Zamawiający winien był wykluczyć z postępowania Przystępującego, gdyż nie wykazał on – w ocenie Odwołującego - spełniania warunków udziału w postępowaniu. Według Odwołującego Zamawiający powinien był jednocześnie, działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, ofertę Przystępującego odrzucić.

Odwołujący podniósł również, że Przystępujący złożył ofertę z rażąco niską ceną (ceną brutto 1.810.769,04 zł w tym cena netto: 1.676.638,00 zł i podatek VAT w kwocie 134.131,04 zł), a tym samym dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zwrócił uwagę na to, że Zamawiający w trakcie prowadzonego postępowania, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w dniu 14 listopada 2012 r. wezwał wykonawców do złożenia wyjaśnień związanych z ceną jednego wozokilometra, której kalkulację należało przedstawić w układzie tabelarycznym. Przedstawiona kalkulacja miała obowiązek zawierać m.in.: koszty osobowe (pracowników i zarządu), koszty eksploatacyjne (paliwo, oleje, smary, naprawy i przeglądy, leasing pojazdów, ogumienie) i koszty dodatkowe (baza sprzętu, oznakowanie tras i pojazdów, wydruk biletów, ubezpieczenie, amortyzacja). Podniósł, że Przystępujący, przedstawiając kalkulację ceny 1 wozokilometra określił ją na kwotę ok. 4,36 zł, zaznaczając w kosztach leasingu pojazdów tylko część odsetkową, nie uwzględniając rat leasingowych. Tymczasem zgodnie z dołączonymi do oferty umowami leasingowymi koszt rat (bez odsetek) za 3 autobusy (wskazane ww. wykazie) za rok 2013 i do 31 sierpnia 2014 r. wynosi łączną kwotę netto 364.050,60 zł, co stanowi ok. 22% zaproponowanej przez Przystępującego ceny netto. Odwołujący podniósł, że w kalkulacji Przystępującego wyodrębniono też pozycję, która

dotyczyła kosztów nie ujętych powyżej + zysk + rezerwę na ewentualne odchylenia pozycji zawartych w tabeli. Kwotę tę określono na ok. 0,30 zł za 1 wozokilometr, co – według Odwołującego - nie pokryje kosztów związanych z ratami i częścią odsetek. Odwołujący zwrócił też uwagę, że w dniu 12 lutego 2013 r. Zamawiający ponownie wezwał tylko Przystępującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień związanych z ceną jednego wozokilometra, zapytując jaka jest rzeczywista cena jednego wozokilometra z uwagi na różnice pomiędzy ceną jednego wozokilometra wynikającą z oferty przetargowej i przedstawionej w formularzu ofertowym a ceną przedstawioną w wyjaśnieniu Przystępującego. W odpowiedzi na powyższe Przystępujący wyjaśnił, że cena podana w ofercie przetargowej jest zsumowaną ceną dopłaty Zamawiającego do jednego wozokilometra, a w wyjaśnieniach z 19 listopada 2012 r. przedstawiono kalkulację całkowitego kosztu przewozów objętych przetargiem i zakładanym zyskiem odniesionym do jednego wozokilometra (kalkulacja stawki). Ponadto stwierdzono, że w ofercie nie występuje wartość dopłaty odniesiona do 1 wozokilometra, natomiast założono, że dopłata ta wynosić będzie ok. 2,18 zł netto a pozostałe ok. 2,18 będą stanowiły przychody z biletów.

Takie działanie – według Odwołującego - jest niezgodne z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w którym określono, że niedopuszczalne jest poroderzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonych ofert, w wyniku żądania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Zdaniem Odwołującego Zamawiający winien odrzucić ofertę Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Podejście Zamawiającego, że Przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz brak zarzucenia rażąco niskiej ceny według Odwołującego ogranicza go w zakresie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, a tym samym łamie podstawową zasadę zawartą w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko i wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika. Złożył także jako dowód w sprawie fakturę nr 390/2012 z tytułu badań technicznych pojazdu MAN SL223 o nr rejestracyjnym WZ 0270E na okoliczność wykazania, że pojazd ten wykazywany przez Przystępującego nie przechodził badań technicznych w zakresie dopuszczenia do wykonywania usługi w komunikacji miejskiej. Na powyższe według Odwołującego wskazuje wartość wykonanej

usługi badań technicznych w kwocie 200,00 zł. Kwota ta wskazuje na przeprowadzenie podstawowych badań technicznych, tymczasem, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 29 września 2004 r. w sprawie wysokości opłat związanych z prowadzeniem stacji kontroli pojazdów oraz przeprowadzeniem badań technicznych pojazdów (Dz. U nr 223 poz. 22.61) opłata za badanie podstawowe wynosi 199,00 zł (poz. 1.5 tabeli) zaś za badania dodatkowe wymagane dla autobusu miejskiego, używanego w komunikacji miejskiej lub miejskiej i podmiejskiej opłata wynosi 41,00 zł (poz. 7.4 tabeli). Odwołujący podkreślił, że wskazane dodatkowe badanie powinno być przeprowadzane przy każdorazowym badaniu technicznym pojazdu na co wskazuje także przywołane rozporządzenie.

Odwołujący dodatkowo podniósł, że pojazd wykazany przez Przystępującego, jak wynika z przedłożonego dokumentu dowodu rejestracyjnego, podlegał 5 badaniom technicznym, a przy prowadzonych badaniach technicznych diagnosta powinien zweryfikować dane zawarte w dowodzie rejestracyjnym. Skoro zaś tego diagnosta nie stwierdził nie można tu mówić o żadnej omyłce w dokumencie urzędowym. Wskazał również – na zadane mu pytanie – że wymóg w tym zakresie został zapisany w pkt III A ppkt 1 postanowień SIWZ, gdzie Zamawiający wymagał, aby przy świadczeniu usługi objętej przedmiotem zamówienia respektowany był przepis art. 18b ustawy z dnia 6 września 2004 r. o transporcie drogowym.

Co do dokumentów załączonych przez Przystępującego do zgłoszenia przystąpienia Odwołujący wskazał, że karta pojazdu dotycząca przywołanego pojazdu MAN SL223 wystawiona w 2001 r. faktycznie potwierdza 105+1 miejsc. Powyższe jednak – w jego ocenie - nie oznacza, iż aktualnie wskazany pojazd dysponuje taką ilością miejsc, ponieważ od 2001 r. w pojeździe mogły być dokonywane zmiany i jak wynika z przedłożonych dokumentów rejestracyjnych, aktualnie tej liczby miejsc pojazd nie posiada.

Co do dodatkowego dokumentu – zaświadczenia o przeprowadzonym badaniu technicznym pojazdu, załączonym do zgłoszenia przystąpienia - Odwołujący wskazał, że badanie to zostało przeprowadzone dodatkowo przez Przystępującego dopiero na skutek złożonego odwołania w dniu 23 lutego 2013 r. Z badania tego wynika tylko liczba miejsc stojących w ilości 75, a ponadto badanie to wskazuje na inną masę własną pojazdu (10 500kg) niż wskazana w dowodzie rejestracyjnym, przedłożonym na wniosek Zamawiającego (9 870kg).

Odwołujący wskazał również na § 6 projektu umowy, stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ, gdzie Zamawiający ustalił oprócz ceny ryczałtowej także cenę jednostkową za jeden wozokilometr. Tym samym - w ocenie Odwołującego - w tym zakresie powstają u

Przystępującego różne kalkulacje ceny jednostkowej, co będzie miało znaczenie dla przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, rozliczanej za jeden wozokilometr.

## II. Stanowisko Zamawiającego

W toku rozprawy Zamawiający co do zarzutu związanego z rażąco niską ceną wskazał, iż jest on niezasadny.

Podkreśla, że ustalił wartość szacunkową przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu na poziomie 1 806 932, 13 zł i obydwie oferty złożone w postępowaniu oscylowały w granicach tej kwoty. W związku z czym Zamawiający nie uznał, aby którykolwiek z wykonawców złożył ofertę z rażąco niską ceną. Podniósł, że zapytania, które w tym zakresie Zamawiający skierował do obu wykonawców, dotyczyły ceny jednego wozokilometra, co było dla Zamawiającego konieczne do weryfikacji i porównania ze złożonymi przez wykonawców referencjami. Podkreślił, że cenę jednego wozokilometra Zamawiający był w stanie wyliczyć w oparciu o postanowienia SIWZ, gdzie wskazano liczbę dni powszednich i świątecznych i ilość wozokilometrów w tych poszczególnych dniach. W związku z tym, że Zamawiający w ofercie Przystępującego stwierdził rozbieżność pomiędzy ceną łączną z oferty, a wskazaną przez Przystępującego w wyjaśnieniach z dnia 19 listopada 2012 r. ceny wozokilometra na poziomie 4,36 zł wystąpił do Przystępującego o dodatkowe wyjaśnienia, które otrzymał w piśmie z dnia 12 lutego 2013 r. Wskazywały one, iż Przystępujący nie brał pod uwagę przy obliczeniu kosztów jednego wozokilometra, kosztów uzyskanych ze sprzedaży biletów. W tym zakresie Zamawiający uznał, że Przystępujący w dostateczny sposób wyjaśnił wątpliwości Zamawiającego.

Co do drugiego zarzutu, dotyczącego nie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania 6 pojazdami przystosowanymi do przewozu osób w komunikacji miejskiej, których średnik wiek nie przekracza 15 lat, z czego 3 o ilości miejsc powyżej 80 Zamawiający wskazał, że na skutek wezwania skierowanego w tym zakresie przy zachowaniu zasady równego traktowania wykonawców do obydwu wykonawców Przystępujący przedłożył dowody rejestracyjne pojazdów wykazanych w wykazie pojazdów załączonym do oferty. Zamawiający miał w tym zakresie na celu weryfikację nr WIN, roku produkcji i liczby miejsc oferowanych pojazdach. Podkreślił jednak, że niestety okazało się, że członkowie komisji przetargowej nie zwrócili uwagi, iż przedłożone rejestracyjne pojazdów nie potwierdzają spełnienia warunku powyżej 80 miejsc dla 3 pojazdów. Tym samym Zamawiający podkreślił, że zarzutu odwołania w tym zakresie jest zasadny.

### III. Stanowisko Przystępującego

Przystępujący złożył swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wskazując na niezasadność zarzutów odwołania.

Ponadto wskazał, że zgodnie z wymogami SIWZ trzy wskazane przez niego autobusy mają pojemność 106 osób a trzy kolejne pojemność 59 osób. Te większe autobusy o pojemności 106 osób są to typowe autobusy miejskie marki MAN SL223, wszystkie identyczne, kupowane jednocześnie i posiadające 31 miejsc siedzących oraz 75 miejsc stojących. Podkreślił, że wiadomym jest, że autobusy miejskie podlegają badaniom technicznym co 6 miesięcy i dlatego co pewien czas trzeba wymieniać druk dowodu rejestracyjnego ze względu na brak miejsca na stemple badania technicznego. Wyjaśnił, że przy kolejnej wymianie dowodu rejestracyjnego w jednym autobusie MAN SL 223 pracownik Wydziału Komunikacji w pozycji S2 (miejsca stojące) zamiast wpisać 75 wpisał poziomą kreskę. Przystępujący podkreślił, że jest to typowy błąd popełniany przez pracowników Wydziałów Komunikacji przy rejestracji autobusów miejskich, ponieważ raz na około 1500 wystawianych dowodów rejestracyjnych wypełniają pozycję S2. Większość rejestrowanych pojazdów to samochody osobowe, dostawcze, ciężarowe lub autobusy międzymiastowe, które nie mają miejsc stojących, a więc w pozycji S2 jest pozioma kreska. Przystępujący podkreślił, że w przypadku jednego z autobusów miejskich Przystępującego pracownik Wydziału Komunikacji w Powiecie Warszawskim-Zachodnim popełnił ten typowy błąd (oczywistą pomyłkę, która podlega automatycznej korekcie) i taki błąd, który nie ma żadnego praktycznego znaczenia i nie zawsze jest natychmiast wychwycony, tym bardziej, że mamy do czynienia z trzema identycznymi autobusami. Jako dowody w sprawie załączył kopię karty pojazdu z 2001 r. oraz aktualne badania techniczne, które potwierdzają pojemność tego autobusu na 106 osób.

Co do zarzutu rażąco niskiej ceny wskazał na jego niezasadność. Podkreślił, że w jego kalkulacji stawki w pozycji kosztu leasingu przedstawił część odsetkową trzech umów leasingowych odniesionych do przewidywanego czasu trwania kontraktu, czyli do 5-ciu lat. Zwrócił uwagę, że Odwołujący nie rozróżnia leasingu operacyjnego, gdzie cała rata leasingowa netto zaliczana jest w jednej pozycji do kosztu działalności operacyjnej firmy, od leasingu finansowego, który stosują duże firmy, takie jak Przystępujący, gdzie rozdziela się ratę leasingowa netto na część kapitałową i część odsetkową, a obydwa te składniki są również zaliczone do kosztu, ale jeden jako odsetki, a drugi jako amortyzacja. Zwrócił uwagę na okoliczność, iż umowy leasingowe kończą się 31 sierpnia 2014, a koniec kontraktu na przewozy miejskie kończy się za 5 lat (31.12.2017), tak więc w jego kalkulacji stawki koszt odsetek od autobusów leasingowanych są odniesione do całego okresu realizacji kontraktu,



czyli do okresu 5 lat. Natomiast całkowity koszt amortyzacji, zarówno autobusów leasingowanych, jak i własnych, jest zgodny z polityką rachunkowości obowiązującą u Przystępującego, czyli autobusy są amortyzowane przez 15 lat, pomimo, że jak wynika nawet z warunków SIWZ okres użytkowania autobusów w Polsce wynosi około 20 lat. Z tych też względów według Przystępującego jego kalkulacja uwzględnia do dnia 31 sierpnia 2014 r. łączny koszt odsetek i amortyzacji na kwotę około 90 000 zł. Resztę odsetek Przystępujący rozłożył w kosztach do końca kontraktu (do 31 grudnia 2017 r.), a resztę amortyzacji rozłożył zgodnie z 15 letnim okresem amortyzacji obowiązującym w firmie. Podkreślił, że łączny koszt odsetek i amortyzacji przyjęty w jego kalkulacji i odniesiony do okresu 5-ciu lat stanowi kwotę około 270 000 zł, czyli jest zgodny z czasem trwania kontraktu w Bartoszycach, jak również z okresem amortyzacji obowiązującym u Przystępującego.

Przystępujący podtrzymał prezentowaną w zgłoszeniu przystąpienia argumentację w piśmie z dnia 28 lutego 2013 r. skierowanym do Izby (wpływ: 5 marca 2013 r.), w którym dodatkowo wskazywał na niespełnienie wymogów SIWZ przez ofertę Odwołującego.

W toku rozprawy Przystępujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko w sprawie i dodatkowo przedłożył jako dowód kserokopię dowodu rejestracyjnego spornego pojazdu z adnotacją urzędową o masie własnej pojazdu 10 500 kg i ilości miejsc stojących 75 pozyskaną w dniu 25 lutego 2013 r. Co do rozbieżności w masie własnej pojazdu wskazał, iż aktualnie po wejściu Polski do UE obowiązują inne przepisy, dotyczące homologacji pojazdów i różnica w masie pojazdu może dotyczyć ważenia pojazdu z paliwem lub bez paliwa.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania w całości.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia po stronie Zamawiającego dokonanego przez wykonawcę Mobilis Sp. z o.o. z siedzibą w Izabelinie. Izba zweryfikowała wypełnienie w tym względzie wymogów formalnych skutecznego zgłoszenia przystąpienia, określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp i stwierdziła ich wypełnienie przez wskazanego wykonawcę.

Izba ustaliła również, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W tym przypadku Odwołujący, podnosząc zarzuty wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wobec zaniechania wykluczenia wykonawcy, którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą, w dostateczny sposób wykazał swój uszczerbek w uzyskaniu zamówienia, stosownie do regulacji art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zaskarżone czynności Zamawiającego bowiem w sposób bezpośredni pozbawiały Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za niezasadne.

W tym zakresie Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy złożone odwołanie w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu w dniu 28 września 2012 r.

Wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na poziomie: 1 806 932,13 zł, tj. 449 530,33 euro.

Zamawiający w SIWZ - rozdział V ust. 1 pkt 3 opisał warunek udziału w postępowaniu co do wymaganego potencjału technicznego, wskazując, że wymagane jest wykazanie się przez wykonawcę sześcioma pojazdami przystosowanymi do przewozu osób w komunikacji miejskiej nie starszymi niż 15 lat, z czego trzy o ilości miejsc powyżej 50. W dniu 3 października 2012 r. dokonał zmiany tego warunku, podając ostatecznie, że wymaga dysponowania sześcioma pojazdami przystosowanymi do przewozu osób w komunikacji miejskiej, których średni wiek nie przekracza 15 lat z czego trzy o ilości miejsc powyżej 80. Na potwierdzenia spełniania tego warunku – zgodnie z pkt VI lit. C ppkt 3 SIWZ należało złożyć wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia (załącznik nr 6 do SIWZ).

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w terminie na składanie ofert, tj. do dnia 5 listopada 2013 r., wpłynęły dwie oferty: oferta Odwołującego i oferta Przystępującego.

Zamawiający pismami z dnia 14 listopada 2012 r. zwrócił się do obydwóch wykonawców z wezwaniem złożonym w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień co do przedstawienia ceny jednego wozokilometra. Poprosił w tym zakresie wykonawców o wskazanie szczegółowej kalkulacji ceny jednego wozokilometra ze wskazaniem:

- 1) kosztów osobowych (pracowników i zarządu)
- 2) kosztów eksploatacyjnych (paliwo, oleje, smary, naprawy i przeglądy, leasing pojazdów i ogumienie)
- 3) kosztów dodatkowych (baza sprzętu, oznakowanie tras i pojazdów, wydruk biletów, ubezpieczenie i amortyzacja).

Przystępujący w odpowiedzi na to wezwanie pismem z dnia 19 listopada 2012 r. udzielił stosownych wyjaśnień, przedstawiając kalkulację w oczekiwanym przez Zamawiającego ujęciu i wskazując na totalny koszt 1 wozokilometra na poziomie: ok. 4,36 zł.

Zamawiający pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu dokonał w dniu 23 listopada 2012 r. i był to wybór oferty aktualnego Odwołującego. W tej informacji Zamawiający jednocześnie wskazał na wykluczenie z postępowania aktualnego Przystępującego. Wybór ten został zakwestionowany w trybie odwołania złożonego przez aktualnego Przystępującego (sygn. akt: KIO 2648/12). Odwołanie to zostało przez Izbę uwzględnione wyrokiem Izby z dnia 17 grudnia 2012 r., którym Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania Przystępującego i odrzucenia jego oferty oraz nakazała Zamawiającemu dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

W trakcie ponownej oceny i badania ofert złożonych w postępowaniu Zamawiający pismem z dnia 14 stycznia 2013 r. zwrócił się do obydwu wykonawców, wskazując jako podstawę prawną wezwania art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – do przedłożenia czytelnych kserokopii dowodów rejestracyjnych pojazdów wymienionych w ofercie. Na skutek tego wezwania obydwaj wykonawcy przedłożyli żądane dowody rejestracyjne.

Pismem z dnia 12 lutego 2013 r. Zamawiający, powołując się również na art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do Przystępującego o wyjaśnienie, jaka jest rzeczywista cena jednego wozokilometra, ponieważ ta cena wynikająca z oferty Przystępującego jest inna niż cena przedstawiona w wyjaśnieniach Przystępującego z dnia 19 listopada 2012 r. W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący w piśmie z dnia 12 lutego 2013 r. wyjaśnił, że cena podana w ofercie jest - zgodnie z SIWZ - zsumowaną ceną dopłaty Zamawiającego do

jednego wozokilometra. W wyjaśnieniach tych Przystępujący wskazał również, iż przedstawił – zgodnie z żądaniem Zamawiającego – kalkulację całkowitego kosztu przewozów objętych przetargiem i zakładanego zysku odniesionych do jednego wozokilometra. Podkreślił, że ten całkowity koszt wozokilometra związanych jest z wykonywaniem przetargu Przystępujący zamierza sobie zrekompensować przychodami z dopłaty, czyli ceną oferty przedstawioną w formularzu ofertowym oraz przychodami ze sprzedaży biletów. Wyjaśnił, że pomimo tego, że w ofercie nie występuje wartość dopłaty odniesiona do 1 wozokilometra to kalkulacja ceny Przystępującego obejmowała dopłatę Zamawiającego do 1 wozokilometra na poziomie 2,18 zł netto oraz zakładała przychody ze sprzedaży biletów na poziomie ok. 2,18 zł netto na 1 wozokilometr (ok. 50% przychody z biletów i ok. 50% dopłata Zamawiającego). W związku z powyższym stwierdził, że jego cena kalkulowana na poziomie zakładanych kosztów całkowitych i niezbędnego zysku na poziomie 4,36 zł netto za 1 wozokilometr.

Zamawiający w dniu 13 lutego 2013 r. poinformował o wynikach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Wskazana czynność została zaskarżona w trybie odwołania aktualnie rozpoznawanego przez Izbę.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia faktyczne Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Co do pierwszego zarzutu, odnoszącego się do zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania z powodu niewykazania spełniania warunku w zakresie potencjału technicznego, Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Odwołujący zasadność swojego zarzutu wywodzi z czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu wykonawców, w tym Przystępującego, do przedłożenia dokumentów rejestracyjnych samochodów wykazanych w ofercie w wykazie narzędzi. Odwołujący wskazuje, że przedłożone na wezwanie Zamawiającego przez Przystępującego dokumenty nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu co do potencjału technicznego wymaganego w tym postępowaniu.

Odnosząc się do powyższego w pierwszym rzędzie Izba stwierdziła, że Zamawiający, występując do wykonawców pismem z dnia 14 stycznia 2013 r. o przedłożenie dokumentów - dowodów rejestracyjnych pojazdów na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego potencjału technicznego, przekroczył swoje uprawnienia. Żądanie tych dokumentów w niniejszym postępowaniu na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu było nieuprawnione w świetle postanowień SIWZ oraz przepisów ustawy Pzp. Zgodnie z art.

25 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający w postępowaniu o zamówienie publiczne może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Mają to być dokumenty potwierdzające spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, które zamawiający wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu, czy SIWZ. Na potwierdzenie spełniania warunków podmiotowych udziału w postępowaniu ustawodawca w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), mającego zastosowanie do niniejszego postępowania o zamówienie publiczne, przewidział zamknięty katalog dokumentów, których zamawiający może żądać w postępowaniu od wykonawcy. Zgodnie z tymi wymogami w przedmiotowej sprawie Zamawiający w postanowieniach SIWZ na potwierdzenie spełniania warunku odnoszącego się do potencjału technicznego żądał od wykonawców przedstawienia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z załącznikiem nr 3 do SIWZ (pkt VI lit. A ppkt 2) oraz wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu realizacji zamówienia, według załącznika nr 6 do SIWZ (pkt VI lit. C ppkt 3 SIWZ). Żądane w SIWZ dokumenty na potwierdzenie spełniania wskazanego warunku zostały przez Przystępującego złożone w jego ofercie i potwierdzają spełnianie spornego warunku udziału w postępowaniu. Żądanie od wykonawców innych dokumentów niż wskazane w SIWZ na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu było niedopuszczalne. Tym samym też ewentualna czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu z postępowania wykonawcy w oparciu o dokumenty, których przedłożenie w postępowaniu nie było obowiązkowe, byłaby niedopuszczalna.

Niezależnie od powyższego w drugiej kolejności, odnosząc się do wskazanego zarzutu odwołania i rozpatrując go w kontekście weryfikacji spełniania warunku udziału w postępowaniu w oparciu o przedłożone przez Przystępującego dowody rejestracyjne wykazanych w wykazie narzędzi samochodów, stwierdzić należało, że dokumenty te nie potwierdzały niespełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wpisanie w dowodzie rejestracyjnym jednego z pojazdów (MAN o nr rejestracyjnym WZ 0270E) w pozycji S2, tj. liczba miejsc stojących, poziomej kreski co najwyżej może świadczyć o niewypełnieniu tego pola. Powyższe wymagałoby co najwyżej doprecyzowania, wyjaśnienia z wykonawcą w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, przy ewentualnym powzięciu wątpliwości co do ilości miejsc (łącznie siedzących i stojących) w liczbie co najmniej 80 wykazywanych w odniesieniu do pojazdu wskazanego przez Przystępującego w swojej ofercie. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które potwierdzałyby, że na dzień składania ofert wykazany w ofercie Przystępującego sporny pojazd MAN o nr rejestracyjnym WZ 0270E nie posiadał minimum

80 miejsc. Wywodzenie braku spełniania tego wymogu, tj., że autobus w ogóle nie posiada miejsc stojących, jedynie z braku wpisu w pozycji S2 dowodu rejestracyjnego jakichkolwiek danych, było – w ocenie Izby – nieuprawnione. Przedstawiony w toku rozprawy przez Odwołującego dowód w postaci faktury nr 390/1012 r. z tytułu badań technicznych pojazdu MAN SL223 o nr rejestracyjnym WZ 0270E przedłożony był na okoliczność wykazania, że pojazd ten nie przechodził badań technicznych w zakresie dopuszczenia do wykonywania usługi w komunikacji miejskiej. Odwołujący opierał się w tym zakresie – jak wyjaśnił w toku rozprawy - na zapisach pkt III A ppkt 1 postanowień SIWZ dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, gdzie Zamawiający wymagał, aby przy świadczeniu usługi objętej przedmiotem zamówienia respektowany był przepis art. 18b ustawy z dnia 6 września 2004 r. o transporcie drogowym. Podkreślić należy, że powyższa okoliczność mogłaby co najwyżej stanowić podstawę do odrzucenia oferty Przystępującego jako sprzecznej z SIWZ, a nie wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący jednak tego zarzutu w odwołaniu nie postawił zatem – zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp – Izba jest ograniczona w rozpoznawaniu tego zarzutu. Okoliczność przeprowadzania w określonym zakresie badań technicznych pojazdu nie może stanowić podstawy do uznania, że stacja diagnostyczna, przeprowadzając takie badania, powinna była zweryfikować dokument dowodu rejestracyjnego wydany przez Starostę Warszawsko Zachodniego w Ożarowie Mazowieckim co do wykazanej ilości miejsc stojących w pojeździe, jeśli ta była nieprawidłowa w dowodzie rejestracyjnym. Jeśli zaś stacja ta nie zweryfikowała danych zawartych w dowodzie rejestracyjnym we wskazanym zakresie to – według Odwołującego – należało uznać, że dane tam zawarte są prawidłowe i potwierdzają zerową ilość miejsc stojących w badanym pojeździe.

Taki kierunek rozumowania Izba uznała za nieuprawniony. Zdaniem Izby wszelkie okoliczności w sprawie potwierdzają, że sporny pojazd dysponował na dzień składania ofert określoną ilością miejsc stojących (75), co łącznie dawało 105 + 1 miejsce dla kierowcy w autobusie i potwierdzało spełnianie warunku udziału w postępowaniu minimum 80 miejsc w pojeździe. Powyższe potwierdza przedłożona przez Przystępującego karta pojazdu, jak również kopia dowodu rejestracyjnego z adnotacją urzędową Starostwa z dnia 25 lutego 2013 r. o ilości miejsc siedzących w liczbie 75. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że wskazana liczba miejsc stojących we wskazanym pojeździe na dzień składania ofert była inna na skutek jakichś działań Przystępującego. Odwołujący - a to na nim spoczywa ciężar dowodowy w postępowaniu odwoławczym – nie przedstawił w tym zakresie żadnych wiarygodnych dowodów. Podstawą zarzutu odwołania są jedynie twierdzenia Odwołującego i niczym nie poparte jego przypuszczenia. Tymczasem przedłożone przez Przystępującego w toku postępowania odwoławczego dowody na odparcie zarzutów odwołania w sposób

wystarczający potwierdzają, że Przystępujący na dzień składania ofert dysponował co najmniej 3 pojazdami o ilości miejsc powyżej 80.

Odnosząc się do drugiego zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu podania przez niego ceny rażąco niskiej i dopuszczenia się tym samym popełniania czynu nieuczciwej konkurencji Izba uznała zarzut za niezasadny.

Podkreślić należy, że Odwołujący stawiając powyższe zarzuty Zamawiającemu jednocześnie wywodząc, że prowadzone z Przystępującym wyjaśnienia co do wyceny jednego wozokilometra prowadziły do niedopuszczalnych negocjacji z wykonawcą w toku czynności badania i oceny ofert, w żaden sposób nie wykazuje, że wywodzona przez Przystępującego z treści oferty cena jednego wozokilometra została ujęta na poziomie rażąco niskim. Odwołujący podnosił tylko, że Przystępujący w kwocie jednego wozokilometra nie uwzględnił rat leasingu pojazdów a jest to określony koszt, który stanowi 22% zaproponowanej przez Przystępującego ceny netto. Wskazywał też, że w kwocie jednego wozokilometra ujęto koszty zysku i rezerwy w wysokości 0,30 zł za 1 wozokilometr co nie pokryje kosztów związanych z ratami i częścią odsetek.

Powyższa argumentacja Odwołującego w żadnej mierze nie uzasadnia najistotniejszej przesłanki uznania, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną, a mianowicie, że cena zaproponowana w ofercie Przystępującego znacząco odbiega od wartości przedmiotu zamówienia. Przede wszystkim zwrócić należy uwagę, że Zamawiający w postanowieniach SIWZ nie oczekiwał od wykonawców na etapie składania ofert wskazania ceny za jeden wozokilometr. Wykonawcy zgodnie z treścią formularza ofertowego i postanowieniami pkt XII SIWZ (Opis sposobu obliczenia ceny) mieli podać w swoich ofertach cenę netto oferty za całość zamówienia oraz odrębnie wartość podatku VAT i cenę brutto. Zamawiający nie oczekiwał od wykonawców wyodrębniania w ofercie części ceny ofertowej za 1 wozokilometr. Wskazał co prawda, że cena ofertowa powinna uwzględniać cenę za jeden wozokilometr x ilość kilometrów dni robocze (wskazana w pkt III lit. A ppkt 1 SIWZ liczba 552 km) x 1260 dni + cenę za jeden wozokilometr x ilość kilometrów w dni świąteczne (wskazana w pkt III lit. A ppkt 1 SIWZ liczba 130 km) x 566 dni. W oparciu o powyższe dane zatem istniała – zdaniem Izby możliwość ustalenia, na jakim poziomie wykonawcy określili cenę za jeden wozokilometr w swojej ofercie. Zamawiający w tym zakresie przeprowadził określoną procedurę wyjaśnienia wątpliwości w obydwu ofertach złożonych w postępowaniu. Co prawda Zamawiający, żądając od wykonawców stosownych wyjaśnień, posługiwał się w tym zakresie jako podstawa prawna art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Jednakże z całokształtu okoliczności w przedmiotowej sprawie należy wnioskować, że wskazane działania Zamawiającego miały na celu wyjaśnienie treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający zresztą, żądając przedłożenia przez wykonawców określonych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu wskazanego powyżej co do potencjału technicznego – również posługiwał się podstawą prawną wynikającą z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe świadczy o pewnym niezrozumieniu przez Zamawiającego czemu mają służyć poszczególne procedury przewidziane w przepisach ustawy Pzp. Powyższe jednak nie może dyskwalifikować w ogóle działań podejmowanych ze strony Zamawiającego w postępowaniu. Działania te należy rozpatrywać w kontekście całokształtu podejmowanych czynności i ich skutków, a nie wyłącznie w granicach błędnie wskazanej przez Zamawiającego podstawy prawnej tych działań.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba, oceniając wezwania Zamawiającego z dnia 14 listopada 2012 r. oraz z dnia 12 lutego 2013 r. stwierdziła, że dotyczyły one wyjaśniania treści oferty, a nie były to wezwania podejmowane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp co do podejrzenia ceny rażąco niskiej. Jak słusznie w toku rozprawy wskazał Zamawiający, że ustalona przez niego wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia na poziomie 1 806 932,13 zł netto i wartość obydwu ofert złożonych w postępowaniu (oferta Odwołującego: 2 408 821, 20 zł brutto i oferta Przystępującego: 1 810 769,04 zł) oscylowały wokół siebie, stąd też nie było podstaw do powzięcia domniemania o rażąco niskiej cenie złożonej w postępowaniu, tak w odniesieniu do oferty Przystępującego, jak i do oferty Odwołującego. Odwołujący w swoim odwołaniu także takich okoliczności nie wykazywał. Tymczasem co do wyjaśnień Przystępującego w zakresie ceny jednego wozokilometra to - w ocenie Izby - wiarygodne było tłumaczenie Przystępującego o tym, iż kalkulacja ceny wozokilometra na poziomie 4, 36 zł obejmowała także dopłatę Zamawiającego za 1 wozokilometr oraz zakładała przychody ze sprzedaży biletów. Nie można w tym zakresie dopatrzeć się działań, które wskazywałyby na nieuprawnione działanie Przystępującego w świetle ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Żadnych dowodów ani też argumentacji w tym zakresie Odwołujący nie przedstawił. Tym samym zarzut należało uznać za niezasadny.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że przywołane w odwołaniu naruszenie określonych przepisów ustawy Pzp nie potwierdziło się.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.



Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł.

**Przewodniczący:** .....