

**WYROK**  
**z dnia 20 lutego 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kawa**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lutego 2014 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lutego 2014 r. przez wykonawcę **Autobusowe Konsorcjum Lubelskie A. M..... i Wspólnicy Sp. j., ul. Piłsudskiego 22, 20-011 Lublin** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie, Aleja Kraśnicka 25, 20-718**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Zielona Góra Sp. z o.o., ul. Jana z Kolna 2a, 65-014 Zielona Góra** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie;**

**2. kosztami postępowania obciąża Autobusowe Konsorcjum Lubelskie A. M..... i Wspólnicy Sp. j., ul. Piłsudskiego 22, 20-011 Lublin i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Autobusowe Konsorcjum Lubelskie A. M..... i Wspólnicy Sp. j., ul. Piłsudskiego 22, 20-011 Lublin** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Autobusowego Konsorcjum Lubelskiego A. M..... i Wspólnicy Sp. j., ul. Piłsudskiego 22, 20-011 Lublin** na rzecz **Zarządu Transportu Miejskiego w Lublinie,**

**Aleja Kraśnicka 25, 20-718** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

## **UZASADNIENIE**

Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie, Aleja Kraśnicka 25, 20-718, zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest usługa regularnego przewozu osób w gminnych przewozach pasażerskich na liniach komunikacyjnych przebiegających na obszarze Gminy Lublin i gmin sąsiadujących, z którymi Gmina Lublin zawarła stosowne porozumienie w zakresie organizacji publicznego transportu zbiorowego (Nr sprawy DZ.381-1-4/13).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 14 listopada 2013 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2013/S 221-385254.

Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej zostało przekazane wykonawcom faksem w dniu 28 stycznia 2014 r. oraz w tym samym dniu zamieszczone na stronie internetowej zamawiającego.

W związku z wyborem jako najkorzystniejszej oferty, oferty złożonej przez wykonawcę PKS Zielona Góra Sp. z o. o., ul. Jana z Kolna 2a, wykonawca Autobusowe Konsorcjum Lubelskie A. M..... i Wspólnicy Sp. j., ul. Piłsudskiego 22, 20-011 Lublin, zwane dalej „odwołującym” wniósł odwołanie od tej czynności zamawiającego, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (KIO).

We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy PKS Zielona Góra Sp. z o. o., z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania
2. art. 90 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie przez zamawiającego wezwania wykonawcy PKS Zielona Góra Sp. z o. o., ul. Jana z Kolna 2a, 65 - 014 Zielona Góra, do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów, które miały wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy złożona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez zaniechanie przez zamawiającego czynności wezwania do uzupełnienia przez wykonawcę PKS Zielona Góra Sp. z o. o., ul. Jana z Kolna 2a, 65 - 014 Zielona Góra, dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie legitymowania się wymaganym doświadczeniem.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Wykonawcę

PKS Zielona Góra Sp. z o. o., ul. Jana z Kolna 2a, 65 - 014 Zielona Góra;

3. dokonania powtórnej oceny ofert, wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy wykonawcy PKS Zielona Góra Sp. z o. o., ul. Jana z Kolna 2a, 65 - 014 Zielona Góra i wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

4. przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym:

1) wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy wykonawcy PKS Zielona Góra Sp. z o. o., ul. Jana z Kolna 2a, 65 - 014 Zielona Góra do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów, które miały wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy złożona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2) wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy wykonawcy PKS Zielona Góra Sp. z o. o., ul. Jana z Kolna 2a, 65 - 014 Zielona Góra do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie legitymowania się wymaganym doświadczeniem, w sposób wskazany w treści uzasadnienia niniejszego odwołania.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów wskazał iż zamawiający w rozdziale V- warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, punkt 4.2 SIWZ wskazał, iż jako spełniający warunki udziału w postępowaniu będą uznani wykonawcy, którzy wykażą, *„że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy w tym okresie, zrealizowali należycie usługę w zakresie przewozu regularnego osób roku o publicznym transporcie drogowym w liczbie minimum 500 000 wozokilometrów”*.

Na potwierdzenie spełniania przedmiotowego warunku zamawiający zażądał w rozdziale VI: wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, w punkcie 2.2: wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również **wykonywanych, głównych usług**, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Według odwołującego każdy wykonawca aby mógł wykazać się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu winien wykazać się wykonaniem usługi w zakresie przewozu regularnego osób w rozumieniu ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U z 2011 r. Nr 5 poz. 13 z późn. zm.) w liczbie minimum 500 000 wozokilometrów, natomiast **złożone poświadczenia winny potwierdzać należyte wykonanie usług** polegających na: zrealizowaniu należycie usługi w zakresie przewozu

regularnego osób w rozumieniu ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U z 2011 r. Nr 5, poz. 13 z późn. zm.) w liczbie minimum 500 000 wozokilometrów w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy w tym okresie.

W ocenie odwołującego, zamawiający celowo i słusznie użył liczby pojedynczej dla jednej usługi regularnego przewozu osób. Odwołujący rozumiał jedną usługę jako jedną umowę, w taki też sposób udokumentował swoje doświadczenie. Przyjęcie innego rozumienia usługi prowadziłoby do wypaczenia sensu warunku udziału w postępowaniu określonego przez zamawiającego. Ponadto stwierdził, że żadna z usług którymi wykazał się PKS nie była usługą dotyczącą regularnego przewozu osób, gdyż wykonawca który nie ma zawartej umowy na świadczenie usługi regularnego przewozu osób nie ma możliwości zweryfikowania ilości wozokilometrów zrealizowanych przez przewoźnika.

Wykonawca PKS Zielona Góra, złożył ofertę, do której dołączył wykaz głównych usług wykonanych w terminie 3 lat przed upływem terminu składania ofert, w którym to dokumencie wykonawca wskazał usługi komunikacji na terenie gminy świadczone na rzecz odbiorców: Gminy Świebodzin, Gminy Czerwieńsk oraz Gminy Świdnica.

Na potwierdzenie spełniania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu przedłożył wystawione w dniu 7 stycznia 2014 r. poświadczenia przez Wójta Gminy Świdnica, Burmistrza Gminy Czerwieńsk oraz Burmistrza Świebodzina. Wszystkie poświadczenia zawierają informację, iż Wykonawca PKS Zielona Góra realizował w terminie od dnia 9 stycznia 2011 r. do dnia 31 grudnia 2013 r. usługi w zakresie regularnego przewozu osób w rozumieniu ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U z 2011 r. Nr 5, poz. 13 z późn. zm.) w ilości przekraczającej 500 000 wozokilometrów, a usługi te zostały wykonane w sposób należyty. Ponadto zamawiający żądał usługi regularnego przewozu osób, a wykonawca PKS Zielona Góra wykazał jedynie komunikację na terenie gminy. Odwołujący zwrócił również uwagę na fakt, iż wykonawca PKS Zielona Góra wskazał jako odbiorcę świadczonych przez siebie usług Gminy: Świebodzin, Czerwieńsk oraz Świdnica, tj. świadczył usługi na rzecz wskazanych jednostek, co by sugerowało iż PKS miał z tym Gminami zawarte umowy na przewóz osób. Jest to jednak według odwołującego nieprawda, gdyż dysponuje dokumentem wystawionym przez Urząd Gminy Świdnica z którego jednoznacznie wynika, iż umowy pomiędzy tą Gminą, a Wykonawcą PKS Zielona Góra nie istnieją.

Podkreślił, że wskazanie przez wykonawcę jako odbiorcę usług gminy Świdnica w okresie od dnia 9 stycznia 2011 r., a 31 grudnia 2013 r. jest informacją nieprawdziwą. Nawet jeśli wykonawca PKS Zielona Góra świadczył usługi przewozu w ilości przekraczającej 500000 wozokilometrów na rzecz innych podmiotów, niż wykazał w przedmiotowym postępowaniu, to posługiwanie się poświadczeniami podmiotów z którymi nie zostały zawarte umowy o

świadczenie usług stanowi złożenie nieprawdziwych informacji, które mają wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Natomiast w przypadku dwóch pozostałych Gmin, tj. Czerwieńsk i Świebodzin, z poświadczeń dołączonych do oferty wynika, iż wykonawca PKS Zielona Góra realizował usługi w zakresie regularnego przewozu osób w rozumieniu ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U z 2011 r. Nr 5, poz. 13 z późn. zm.). Odwołujący zwrócił uwagę, iż z wnikliwej analizy strony internetowej obu Gmin, na których zamieszczane są informacje o zakończonych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, jak również z dokumentów źródłowych przekazanych przez Gminę Czerwieńsk w postaci pisma wraz z kopią umowy oraz poświadczeń dołączonych do oferty, wystawionych przez Gminę Czerwieńsk i Świebodzin wynika, iż usługi świadczone przez PKS Zielona Góra dotyczyły przewozu dzieci i młodzieży uczniów do i ze szkół i przedszkoli, a nie przewozu regularnego.

Odwołujący wskazał, iż przewóz dzieci (uczniów) do i ze szkoły nie stanowi przewozu regularnego w rozumieniu przepisów ustawy o transporcie drogowym (nawet jeśli prowadzony jest z zachowaniem zasad określonych w ustawie o publicznym transporcie publicznym). Podkreślenia bowiem wymaga, iż przewóz uczniów, zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 9 ustawy o transporcie drogowym jest w istocie przewozem regularnym - specjalnym, który rozumiany jest jako niepubliczny przewóz regularny określonej grupy osób, z wyłączeniem innych osób.

Wykonawca zatem wskazując, iż zrealizował usługi regularnego przewozu osób w rozumieniu ustawy o transporcie zbiorowym podał nieprawdziwą informację, która ma wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W zakresie kolejnego zarzutu odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy wykonawcy PKS Zielona Góra do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów, które miały wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia, czy złożona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Podniósł, że zamawiający jako gospodarz postępowania winien mieć na względzie wszystkie elementy związane z wyceną zamówienia, nie tylko stosunek ceny całkowitej do przedmiotu zamówienia do szacunkowej wartości zamówienia, ale także ceny obowiązujące na danym rynku, możliwość realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy w ramach danego zadania. Wskazał, że w okolicznościach niniejszego postępowania wykonawca PKS Zielona Góra zaproponował cenę jednostkową za jeden wozokilometr świadczony autobusami klasy maxi (12m) w wysokości 5,05 zł/wzkm, co za szacowaną maksymalną ilość 1080 392 wzkm stanowi kwotę 5 455 979,60 zł netto. Natomiast w odniesieniu do ceny za jeden wozokilometr autobusami klasy mega (18m) w wysokości 5,32 zł/wzkm, co za szacowaną maksymalną ilość 1047 242 wzkm stanowi kwotę w wysokości 5 571327,44 zł netto.

Powyższe kwoty dają w sumie 11027 307,04 zł netto oraz kwotę 11909 491,60 zł brutto (już po poprawce dokonanej przez Zamawiającego, o której poinformował Wykonawcę PKS Zielona Góra w piśmie z dnia 15 stycznia 2014 r.).

Podkreślił, iż realizacja przedmiotu zamówienia za ceny zaoferowane przez PKS Zielona Góra jest niemożliwa. Innymi słowy, stawki zaoferowane za realizację zamówienia są całkowicie nieadekwatne do realnych kosztów działalności.

PKS Zielona Góra wystawił cenę 5,05 zł netto na autobusy Maxi i 5,32 zł netto na autobusy Mega. Różnica w porównaniu do dotychczasowego kontraktu wynosi -0,47 zł/wzkm (maxi) oraz -0,48 zł/wzkm (mega). Po przeliczeniu różnicy wzkm przez planowaną liczbę wzkm w obecnym postępowaniu dla autobusów mega i maxi otrzymujemy kwotę -1010 460,40 zł netto. Kwota brutto różnicy w stosunku do obecnego operatora wynosi aż -1091297,23 zł. Ponadto obecna obsługa na tożsamyh trasach przez inną firmę realizowana jest dużo starszymi pojazdami z wymogiem Euro II bez kosztownego wyposażenia (wyświetlacze, monitoring, itd.). Ponadto poprzedni przetarg dotyczył świadczenia usług przewozu osób przez okres 4 lat a obecny tylko około 2 lat, w związku z czym koszty ponoszone przez wybranego oferenta będą zapewne wiele większe

Powołał się na złożony wraz z odwołaniem załącznik w którym dokonał oszacowania rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia i różnica w cenie oferty PKS od ceny rynkowej wynosi aż **-2 543 866** zł, słownie dwa miliony pięć set czterdzieści trzy tysiące osiemset sześćdziesiąt sześć złotych.

W zakresie trzeciego z zarzutów wskazał iż w przypadku nieuwzględnienia żądania określonego w punkcie 1, Odwołujący żąda nakazania zamawiającemu wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy wykonawcy PKS Zielona Góra do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie legitymowania się wymaganym doświadczeniem.

Wskazał podobnie jak przy zarzucie pierwszym, że wykonawca PKS Zielona Góra w złożonej ofercie dołączył wykaz usług, w którym powołuje się na 3 usługi komunikacji na terenie gminy, w ten sposób, iż usługa nr 1 to komunikacja na terenie gminy Świebodzin, usługa nr 2 to komunikacja na terenie gminy Czerwieńsk, a usługa nr 3 to komunikacja na terenie gminy Świdnica. W poświadczeniach nie ma natomiast mowy o jednej usłudze, lecz usługi pojawiają się w liczbie mnogiej. W ocenie Odwołującego oznacza to, że wystawcy poświadczeń zsumowali we wskazanych dokumentach ewentualne usługi świadczone przez wykonawcę PKS Zielona Góra, co świadczy o braku wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu i winno stanowić samoistną podstawę do wezwania do uzupełnienia przez Wykonawcę dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Ponadto jego zdaniem w żaden sposób z przedłożonego wykazu nie można wywieść, iż są to usługi spełniające wymagania zamawiającego w zakresie regularnego przewozu

osób.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie, dodatkowo uzupełnionej pismem procesowym złożonym na rozprawie, wniósł o oddalenie całości odwołania jako niezasadnego. Zgłosił opozycje przeciwko zgłoszonemu przystąpieniu do postępowania przez Konsorcjum: Meteor Sp. z o.o., IREX-1 Sp. z o.o., ul. Farna 2, 43-600 Jaworzno oraz wnioski o oddalenie odwołania, z powodu braku interesu odwołującego w złożeniu odwołania, gdyż cena oferty odwołującego przekracza kwotę jaką zamawiający zamierza przeznaczyć i może przeznaczyć, na realizację tego zamówienia.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Zielona Góra Sp. z o.o., ul. Jana z Kolna 2a, 65-014 Zielona Góra, który skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zwany dalej „przystępującym PKS”, w zgłoszonym przystąpieniu stwierdził, że podniesione zarzuty odwołania są niezasadne, nieudowodnione, a prezentowane stanowisko odwołującego jest sprzeczne z brzmieniem postanowień SIWZ i tym samym winno być oddalone.

**Rozpatrując zarzuty odwołania Krajowa Izba Odwoławcza biorąc pod uwagę dowody z dokumentacji postępowania, oraz złożone w toku rozprawy pisma i wyjaśnienia: odwołującego, zamawiającego a także przystępującego do postępowania odwoławczego wykonawcy uznała, iż zarzuty odwołania nie potwierdziły się w przedstawionym przez odwołującego materiale dowodowym i tym samym odwołanie podlega oddaleniu.**

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

Odnosząc się do wniosku zamawiającego o oddalenie odwołania z powodu braku legitymowania się przez odwołującego spełnianiem przesłanek z art. 179 ust.1 ustawy Pzp wynikających z tego, że odwołujący nie mógłby uzyskać przedmiotowego zamówienia, gdyż wykluczenie wykonawcy wybranego lub odrzucenie jego oferty nie prowadziłyby do zawarcia z odwołującym umowy, ale do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp ponieważ cena oferty odwołującego jest wyższa od kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Izba odnosząc się do tego wniosku stwierdza, że oferta odwołującego zawiera cenę, przewyższającą kwotę, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 13 429 860,91 zł brutto , tymczasem oferta wykonawcy PKS Zielona Góra opiewała na kwotę 11 909 491,60 zł. Z kolei wartość oferty Odwołującego wynosiła: 17 305 700,07 zł.



Zgodnie z treścią art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy PZP.

W przedmiotowym postępowaniu interes (*sensu stricte*) odwołującego w uzyskaniu zamówienia jest niewątpliwy, natomiast wątpliwości budzi możliwość wykazania szkody o której stanowi przepis art.179 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Takie wykazanie miałoby miejsce, gdyby po rozstrzygnięciu tego postępowania na korzyść odwołującego wystąpiłaby możliwość zawarcia umowy z odwołującym. Nieuwzględnianie tej kwestii może prowadzić do pewnej patologii we wnoszeniu odwołań, gdyż wykonawca który praktycznie nie ma szans na uzyskanie tego zamówienia za zaoferowaną cenę, wniesieniem odwołania w sposób znaczny tylko przedłuży jego postępowanie.

Jednakże wskazać należy, że na mocy art. 172 ust. 1 Pzp Krajowa Izba Odwoławcza jest powołana do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp przedmiotem rozpoznania w postępowaniu odwoławczym jest **wyłącznie czynność zamawiającego lub zaniechanie czynności**, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Izba ocenia zgodność czynności zamawiającego z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba nie jest uprawniona do tego, aby w postępowaniu odwoławczym dotyczącym wyboru najkorzystniejszej oferty dokonywać oceny sytuacji finansowej zamawiającego, celem ustalenia czy może zwiększyć kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia. Takie ewentualne badanie wydaje się możliwe dopiero na etapie odwołania od unieważnienia postępowania z tego powodu. Ponadto niezależnie od jego sytuacji finansowej zamawiającego, to jaką kwotę zamawiający przeznaczy na sfinansowanie zamówienia, jest zazwyczaj suwerenną decyzją dysponenta środków - nie może to być tylko kwota niższa niż podał na otwarciu ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzić należy jednak, że zamawiający może w niektórych sytuacjach w sposób jednoznaczny wykazać, że zwiększenie kwoty jest niemożliwe i wtedy brak jest przesłanek do uwzględnienia takiego odwołania np. załączając stosowną uchwałę dysponenta budżetu.

W tym postępowaniu taka sytuacja w sposób bezsporny nie została wykazana. Ponadto możliwość ewentualnego unieważnienia postępowania na tym etapie tego postępowania jest tylko hipotetyczna, a jak wyżej wskazano przedmiotem odwołania jest konkretna czynność zamawiającego lub jej zaniechanie, a więc zachowanie które nastąpiło w postępowaniu, a nie takie które ewentualnie dopiero może nastąpić.

Tym samym Izba uznała, że odwołujący legitymuje się interesem do wniesienia odwołania zgodnym z wymogami art. 179 ust.1 ustawy Pzp.

Zamawiający również zgłosił opozycje przeciwko zgłoszonemu przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przez Konsorcjum: Meteor Sp. z o.o., IREX-1 Sp. z o.o., ul. Farna 2, 43-600 Jaworzno. W uzasadnieniu podniósł, że podmiot ten z uwagi na brak wniesienia prawidłowego wadium został z prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp. Od czynności wykluczenia nie wniósł odwołania, a ponadto dąży jedynie do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 i swoją szansę upatruje w nowym postępowaniu.

Izba uwzględniła opozycje, gdyż zgodnie z treścią art. 185 ust. 2 Pzp przystąpienie zgłosić może tylko podmiot będący wykonawcą- zgodnie z przepisem art. 2 pkt 11 Pzp. Natomiast Konsorcjum Meteor utraciło status wykonawcy, gdyż zostało z postępowania prawomocnie wykluczone (upłynął termin na wniesienie odwołania), a ponadto każdy podmiot może mieć interes- czy to w uzyskaniu zamówienia, czy to w rozstrzygnięciu na rzecz innego podmiotu, tylko w toczącym się postępowaniu, a nie w innym przyszłym, niepewnym - czy w ogóle takie postępowanie zostanie ponownie wszczęte.

Przechodząc do oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu, na wstępie należy zauważyć, że odwołujący podniesiony zarzut dotyczący złożenia przez przystępującego PKS nieprawdziwych informacji, wiąże w sposób bezpośredni z niespełnianiem warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, a także z zarzutem nie wezwania wybranego wykonawcy w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów. Z tego też powodu powyższy zakres odwołania zostanie przez Izbę omówiony w uzasadnieniu łącznie.

Nie powielając zaprezentowanego powyżej stanowiska odwołującego wskazać należy, że zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podał iż wybrany wykonawca na potwierdzenie spełniania warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia przedłożył do oferty sporządzony w dniu 9 stycznia 2014 r. wykaz wykonanych głównych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, z którego wynika, iż w okresie od dnia 9 stycznia 2011 r. do dnia 31 grudnia 2013 r. zrealizował na rzecz Gmin: Świdnica, Czerwieńsk oraz Świebodzin usługi w liczbie wymaganej przez Zamawiającego. Na potwierdzenie wykonania wskazanych usług załączył referencje wystawione przez Wójta Gminy Świdnica, Burmistrza Gminy Czerwieńsk oraz Burmistrza Świebodzina, z których w sposób oczywisty wynika, iż Wykonawca PKS Zielona Góra realizował w terminie od dnia 9 stycznia 2011 r. do dnia 31 grudnia 2013 r. usługi w zakresie regularnego przewozu osób w rozumieniu ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U z 2011 r. Nr S, poz. 13 z późn. zm.) w ilości przekraczającej 500 000 wozokilometrów, a usługi tę zostały wykonane w sposób należyty.

Ponadto dodał, że nie sposób zgodzić się z odwołującym, jakoby należało wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie legitymowania się wymaganym doświadczeniem, gdyż dokumenty przedstawione w ofercie odpowiadały warunkom jakie były wymagane w treści SIWZ i nie budziły żadnych wątpliwości zamawiającego.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu dokonał dogłębnej analizy tj. badania oferty wykonawcy PKS Zielona Góra Sp. z o.o. jak również pozostałych wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu w oparciu o zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz przepisy ustawy prawo zamówień publicznych i wydanych aktów wykonawczych do ustawy.

W ocenie zamawiającego załączone do oferty przez wykonawcę PKS Zielona Góra Sp. z o.o. dokumenty tj.: wykaz głównych usług oraz inne dowody potwierdzały, że usługi wymienione w wykazie usług głównych zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Odnosząc się do zarzutu w zakresie wiedzy i doświadczenia stwierdził, że nie zgadza się z stanowiskiem jakoby zamawiający w rozdziale V SIWZ pkt. 4.2. wymagał wykazania się doświadczeniem, jak twierdzi odwołujący używając liczby pojedynczej dla jednej usługi regularnego przewozu osób. Zamawiający nie żądał od wykonawców udokumentowania tego faktu za pomocą wykazania ilości ewentualnie zawartych umów, czy uzyskanych zezwoleń na świadczenie przewozów regularnych, a tym bardziej załączania tychże dokumentów do składanej oferty.

Natomiast w zakresie wykazania się ilością przejechanych wozokilometrów podał iż wykonawcy nie mieli przeszkód aby dokonać zsumowania wykonanych wozokilometrów świadczonych na podstawie kilku umów. Z SIWZ opracowanej dla przedmiotowego postępowania nie wynikało, że usługa, o której mowa w spornym warunku, obejmować musi jedną tylko umowę, że jest z nią utożsamiana. Zamawiający nie wprowadził postanowienia SIWZ, które by pozwalało przyjąć konkretną definicję usługi na użytek tego postępowania, nawiązującą do jednej umowy.

Odnosząc się do powyższych stanowisk zarówno stron jak i przystępującego stwierdzić należy, że osiã sporu pomiędzy stronami jest kwestia czy wykonawca mógł dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wykazać się wykonaniem przewozów na podstawie wielu czy też tylko jednej umowy, spełniającej wszystkie wymagania zamawiającego w tej kwestii.

Odnosząc się do tak postawionego zagadnienia Izba zwraca uwagę na fakt, że treść warunku należy odczytywać przez pryzmat przedmiot zamówienia, czyli jak wymagane doświadczenie wykonawca miał uzyskać, aby dać zamawiającemu rękojmię należytego wykonania zamówienia.

W tym zakresie Izba w całości podziela stanowisko zamawiającego. Na uzasadnienie

takiego stanowiska podaje iż nie jest prawdą, aby w SIWZ opisany warunek udziału, dotyczył spełniania wszystkich wymagań zrealizowanych tylko w ramach jednej umowy. Przemawia za tym sformułowanie SIWZ iż zamawiający oczekuje, aby wykonawca złożył „wykaz wykonanych głównych usług”- nie jednej usługi, nie wszystkich usług, ale głównych- czyli największych. Ten zwrot jednoznacznie wskazuje, że zamawiający nie warunkował wykazania się doświadczeniem w ramach jednej usługi, ale dopuścił wykazanie się wykonawcy w oparciu o szereg „głównych usług”. Zauważyć należy, że sam odwołujący zdaje się też tak rozumieć treść wymagania zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału, ale dla potrzeb postępowania odwoławczego prezentuje inne stanowisko. Na str. 4 uzasadnienia odwołania podał iż zamawiający wymagał aby - „*złożone poświadczenia winny potwierdzać należyte wykonanie usług*”. Co jednoznacznie wskazuje na odpuszczalne wykazanie się spełnianie warunku w oparciu o wiele umów i wielość wykonanych w ich realizacji usług. Wobec tego niewątpliwie jest również iż wykonawcy mieli prawo dokonać zsumowania w ramach wykonanych usług przewozowych ilości przejechanych wozokilometrów. Przy takim odczytywaniu wymagań SIWZ wykonawca PKS w pełni spełnił stawiane w tym zakresie wymagania zamawiającego.

Izba stwierdza również, że nie potwierdził się także zarzut iż wykazane wozokilometry nie dotyczyły regularnego przewozu osób. W tej materii istotną jest odpowiedź zamawiającego na pytanie nr 7 dotyczące kwestii - *co należy rozumieć przez pojęcie „przewozu regularnego osób”*. Zamawiający w odpowiedzi w sposób jednoznaczny stwierdził, że „*Zgodnie z art. 4 ust. 7 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (Dz.U. z 2012 r., poz. 1265 ze zm.) przez przewóz regularny należy rozumieć publiczny przewóz osób i ich bagażu w określonych odstępach czasu i określonymi trasami, na zasadach określonych w cytowanej ustawie i ustawie z dnia 15 listopada 1984 r. Prawo przewozowe. Zamawiający dopuszcza usługi przewozu regularnego osób wykonywane na różnych liniach komunikacyjnych*”. Zauważyć należy, że wyjaśnienia udzielane wszystkim oferentom w trybie odpowiedzi na pytania każdego z nich w zakresie odnoszącym się do SIWZ stanowią rodzaj wykładni autentycznej wiążącej zamawiającego i uczestników postępowania, stanowią też rodzaj zmiany, jeżeli nie ma konieczności odmiennego lub uzupełniającego zmodyfikowania SIWZ - wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2002 r, sygn. akt V Ca 1311/02.

Zamawiający wraz z przystępującym PKS w sposób jednoznaczny wykazali, że wybrany wykonawca wykazał się doświadczeniem w wykonywaniu przewozu osób na liniach regularnych, jak również to, że przewóz dzieci i młodzieży nie był przewozem specjalnym. Dokonywano przewozu dzieci w ramach przewozów regularnych, co oznacza, że oprócz dzieci i młodzieży z tych kursów przewoźnika mógł korzystać każdy zainteresowany przejazdem. Na potwierdzenie tego faktu zamawiający złożył między innymi dowód w postaci

- pisma Urzędu Marszałkowskiego Woj. Lubuskiego, potwierdzającego iż PKS Zielona Góra wykonywał regularny przewóz osób.

Zauważenia wymaga, że odwołujący zakres odwołania dotyczący niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu łączył - i taki sformułował zarzut, ze złożeniem przez wybranego wykonawcę nieprawdziwych informacji o których mowa w treści przepisu art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba stwierdza, że zarzut nieprawdziwych informacji nie potwierdził się. Odwołujący nie wykazał, aby zostały w tym zakresie spełnione przesłanki ustawowe. Dla dokonania wykluczenia wykonawcy na podstawie ww. przepisu nie jest wystarczające wykazanie nieprawdziwości przekazanych informacji. Dla zaistnienia przesłanki wykluczenia wynikającej z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp niezbędne jest dodatkowo wykazanie, za pomocą dostępnych przez ustawę Pzp środków, że w danych okolicznościach złożenie nieprawdziwych informacji miało lub mogło mieć wpływ na wynik tego postępowania. Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19.07.2012r. sygn.akt IVCa 63/12 w stwierdzić należy, że *przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp ma zastosowanie tylko w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu do uzyskania zamówienia publicznego. Należy uzyskać pewność, że złożenie nieprawdziwych informacji nie było skutkiem omyłki.*

Za wyrokiem KIO z dnia 23.09.2013 roku stwierdzić należy także, iż nie jest dopuszczalne przyjęcie założenia, że podanie przez wykonawcę oświadczeń wiedzy nie wykazujących spełniania warunku udziału w postępowaniu, może być utożsamiane z nieprawdziwą informacją mającą wpływ na jego wynik. Przepis art. 24 ust. 2 pkt. 3 p.z.p. nie może w takiej sytuacji zastosowania, gdyż niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu / art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pz.p./ stanowi odrębną podstawę wykluczenia.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba stwierdza, że postawione zarzuty dotyczące nie wykazania przez wykonawcę PKS Zielona Góra spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak i złożenia nieprawdziwych informacji nie znalazły potwierdzenia w materiale dowodowym przedstawionym Izbie przez odwołującego, a to skutkuje ich oddaleniem. Wobec takiego ustalenia Izby, również podniesiony zarzut - żądanie wezwania wykonawcy PKS w trybie art. 26 ust.3 do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń jest niezasadny.

W zakresie kolejnego zarzutu nie wezwania wykonawcy PKS w trybie art. 90 ust.1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów ceny ofertowej, które miały wpływ na wysokość ceny, celem ustalenia czy złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia wskazać należy, że również w zakresie tego zarzutu zamawiający jak i przystępujący wnieśli o jego nieuwzględnienie.

Zamawiający odnosząc się do zarzutów odwołania w tym zakresie podał iż zamawiający podczas badania ofert ustalił, że wykonawca PKS zaproponował cenę jednostkową za jeden wozokilometr świadczony autobusami klasy maxi (12m) w wysokości 5,05 zł/wzkm, co za szacowaną maksymalną ilość 1080 392 wzkm stanowi kwotę 5 455 979,60 zł netto. Natomiast w odniesieniu do ceny za jeden wozokilometr autobusami klasy mega (18m) w wysokości 5,32 zł/wzkm, co za szacowaną maksymalną ilość 1047 242 wzkm stanowi kwotę w wysokości 5 571 327,44 zł netto. Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 13 429 860,91 zł brutto, a oferta PKS Zielona Góra była na kwotę 11 909 491,60 zł.

Nadto zamawiający wskazał na brak konsekwencji w stanowisku odwołującego, który dotychczas jeszcze świadczy usługę przewozu dla zamawiającego, a ceny po jakiej obecnie wykonuje te usługi są znacznie niższe od cen, które zaproponował w swojej ofercie wykonawca PKS - na tą okoliczność złożył aneksy do zawartych pomiędzy zamawiającym a odwołującym. Jako przykład wskazać należy iż za przewozy na liniach 9; 29; 34; 42; 78 autobusami o dł 12 m odwołujący świadczy usługi za cenę 4.72 zł, a PKS Zielona Góra zamierza wykonywać tą usługę przewozu za kwotę jw. 5,05, a więc wyższą o 0,33 zł za jeden wozokilometr.

Izba odnosząc się do powyższych ustaleń i porównań, a także dowodów złożonych w tym zakresie przez odwołującego stwierdza, że odwołujący nie przedłożył Izbie jakiegokolwiek dowodu który mógłby wykazać, że wykonawca PKS Zielona Góra nie będzie w stanie wykonać. Przedłożony wraz z odwołaniem załącznik nr 6 nie może zostać uznany za analizę możliwości przewozowych przystępującego PKS. To właśnie brak możliwości danego wykonawcy wykonania za zaoferowaną cenę zamówienia, jest podstawą do uznania iż zachodzą przesłanki wystąpienia w ofercie tego wykonawcy rażąco niskiej ceny. Uprawdopodobnienie tego faktu może być podstawą zobowiązania przez Izbę zamawiającego, do wystąpienia do wykonawcy o złożenie wyjaśnień czy zaoferowana cena nie jest rażąco niską.

Izba stwierdza, że odwołujący tych okoliczności nie wykazał dlatego też zarzut ten zostaje oddalony.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów, nie miało miejsca w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

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

Przewodniczący .....