

Sygn. akt: KIO 741/17

Sygn. akt: KIO 746/17

WYROK
z dnia 12 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Członkowie: Ewa Sikorska
Robert Skrzyszewski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 maja 2017 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 14 kwietnia 2017 r. przez wykonawcę **Europa Express City sp. z o.o. z Warszawy (02-305)** (sygn. akt KIO 741/17),

B. w dniu 14 kwietnia 2017 r. przez wykonawcę **M. sp. z o.o. z Radomia (26-600)** (sygn. akt KIO 746/17),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Transportu Miejskiego z Warszawy (00-848)**

przy udziale:

A. wykonawcy **Mobilis sp. z o.o. z Mościsk (05-080)** oraz wykonawcy **M. sp. z o.o. z Radomia (26-600)**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (sygn. akt KIO 741/17),

B. wykonawcy **Mobilis sp. z o.o. z Mościsk (05-080)**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (sygn. akt KIO 741/17)

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 741/17 w zakresie zarzutów dotyczących naruszenia następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 ze zm.):

- art. 24 ust. 1 pkt 17, poprzez jego zastosowanie jako podstawy wykluczenia odwołującego z postępowania podczas gdy nie zachodzą okoliczności wskazane w przepisie, co nie dozwala na wykluczenie odwołującego,
- art. 24 ust. 5 pkt 4, poprzez jego zastosowanie jako podstawy wykluczenia odwołującego z postępowania podczas gdy nie zachodzą okoliczności wskazane w przepisie, co nie dozwala na wykluczenie odwołującego,
- art. 89 ust. 1 pkt 5, poprzez odrzucenie oferty odwołującego, mimo iż nie zachodzi przesłanka jej odrzucenia,
- art. 91, poprzez wybór oferty, która nie może być w świetle przepisów ustawy i postanowień SIWZ wybrana jako najkorzystniejsza

i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowienie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego Europa Express City sp. z o.o. z Warszawy;

zarzut dotyczący naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 ze zm.), poprzez brak podania uzasadnienia faktycznego i prawnego dla przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 nie potwierdził się

oraz

oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 746/17,

2. kosztami postępowania obciąża **Zarząd Transportu Miejskiego z Warszawy (00-848)** (sygn. akt KIO 741/17) oraz wykonawcę **M. sp. z o.o. z Radomia (26-600)** (sygn. akt KIO 746/17) i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców: **Europa Expres City sp. z o.o. z Warszawy (02-305)** (sygn. akt KIO 741/17) oraz **M. sp. z o.o. z Radomia (26-600)** (sygn. akt KIO 746/17) tytułem wpisów od odwołań,
- 2.2. zasądza od **Zarządu Transportu Miejskiego z Warszawy (00-848)** na rzecz wykonawcy **Europa Expres City sp. z o.o. z Warszawy (02-305)** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (sygn. akt KIO 741/17),
- 2.3. zasądza od wykonawcy **M. sp. z o.o. z Radomia (26-600)** na rzecz wykonawcy **Mobilis sp. z o.o. z Mościsk (05-080)** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (sygn. akt KIO 746/17).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Sygn. akt KIO 741/17

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi przewozu regularnego wykonywanej w ramach lokalnego transportu zbiorowego na liniach autobusowych nadzorowanych przez ZTM, funkcjonujących w ramach systemu komunikacji miejskiej łączącego obszar aglomeracji warszawskiej, prowadzonym przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego na nr 74/2016 wykonawca Europa Express City sp. z o.o. z Warszawy (dalej „odwołujący II”) wniósł odwołanie wobec czynności oceny ofert i wykluczenia z postępowania odwołującego II.

Odwołujący II zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17, poprzez jego zastosowanie jako podstawy wykluczenia odwołującego II z postępowania podczas gdy nie zachodzą okoliczności wskazane w przepisie, co nie dozwala na wykluczenie odwołującego II,
2. art. 24 ust. 5 pkt 4, poprzez jego zastosowanie jako podstawy wykluczenia odwołującego II z postępowania podczas gdy nie zachodzą okoliczności wskazane w przepisie, co nie dozwala na wykluczenie odwołującego II,
3. art. 89 ust. 1 pkt 5, poprzez odrzucenie oferty odwołującego II, mimo iż nie zachodzi przesłanka jej odrzucenia,
4. art. 91, poprzez wybór oferty, która nie może być w świetle przepisów ustawy i postanowień SIWZ wybrana jako najkorzystniejsza,
5. art. 92 ust. 1 pkt 2, poprzez brak podania uzasadnienia faktycznego i prawnego dla przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17.

Odwołujący II wniósł o unieważnienia czynności oceny ofert w tym czynności wykluczenia odwołującego II z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz o dokonanie powtórnej oceny ofert i poddanie ocenie oferty odwołującego , a nadto o dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odwołujący II podniósł, że przepis ten odnosi się do sytuacji, w której wykonawca jest wykluczony z postępowania w chwili składania oferty, co może mieć miejsce w trybach

z prekwalfikacją nie zaś w przetargu nieograniczonym – przepis nie odnosi się do sytuacji, w której wykonawca zostaje wykluczony już po złożeniu oferty.

Stwierdził, że w przetargu nieograniczonym w okolicznościach wykluczenia wykonawcy z postępowania stosowana wobec wykonawcy wykluczanego jest norma art. 24 ust. 4, tj. uznawanie jego oferty za odrzuconą. Wskazał, że przepis ten nie został jednak wskazany jako podstawa nie poddania oferty odwołującego II ocenie.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołujący II stwierdził, że okoliczności, które zamawiający wskazał dokonując czynności wykluczenia go na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 to przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego mogące mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego podejmowane w postępowaniu. Podniósł, że zamawiający wyłącznie przytoczył treść normy bez jakiegokolwiek argumentacji jakie informacje wprowadzające w błąd zamawiającego zostały podane przez odwołującego II i jaki mogły one wywrzeć wpływ na decyzje zamawiającego. Uzupełnił, że na potwierdzenie swej decyzji zamawiający wskazał dwa pisma PKP Intercity załączone do informacji o wyborze oferty, przez co można odwołujący II wnioskuje, że wg zamawiającego te pisma podają uzasadnienie faktyczne wykluczenia czyli dowodzą wprowadzenia zamawiającego w błąd przez odwołującego II i wpływu tej czynności na decyzje zamawiającego.

W ocenie odwołującego II ze wspomnianych pism nie wynika, by dowodziły one, że jakiegokolwiek informacje podawane przez wykonawcę wprowadzają w błąd zamawiającego, a w konsekwencji, że wpływają na decyzje zamawiającego w postępowaniu.

Odwołujący II wskazał, że pierwsze z pism PKP Intercity SA z 24 stycznia 2017 r. zawiera załącznik zawierający liczbę umów odwołującego II z PKP Intercity wraz z oceną czy zdaniem tego zamawiającego umowy te są wykonywane należycie. Dodał, że w stosunku do części z nich PKP Intercity wskazuje, że umowy nie są realizowane należycie.

Odwołujący II stanął na stanowisku, że taki fakt, nawet gdyby kontrfaktycznie przyjąć, że jest prawdziwy nie był przedmiotem informacji składanej przez odwołującego II w ofercie. Stwierdził, że SIWZ, a także formularz JEDZ nie zawierają miejsca na wskazanie czy wszystkie dotychczasowe umowy o zamówienie publiczne były wykonywane należycie – JEDZ zawiera jedynie pozycję w której należy wskazać, czy:

1. „*wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego*” (część, III lit C pozycja 4),

2. „wykonawca może potwierdzić, że nie jest winny poważnego wprowadzania w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia”

Odnosząc się do pkt. 1 podniósł, iż sama ocena, iż wykonawca nienależycie wykonywał umowy o wcześniejsze zamówienie nie stanowi w żadnym razie podstaw do uznania że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego. Podał, że w piśmie PKP Intercity z 24 stycznia 2017 r. w wykazie umów w pozycji 6 zawarto umowę nr UM BPR 15-900-0022 [umowa o przewóz osób rzeczy i małych zwierząt na trasie Warszawa – Małkinia – Warszawa] z informacją, że została ona rozwiązana przez zamawiającego ze względu na jej nienależyte wykonywanie.

Zdaniem odwołującego II taka okoliczność nie wypełnia przesłanki winy poważnego wykroczenia zawodowego, ponieważ w szczególności brak jest wiedzy o przyczynach [istnieniu lub braku winy wykonawcy] będących faktyczną podstawą rozwiązania umowy.

Odnosząc się do pkt 2 podniósł, że wskazał, że nie jest winien poważnego wprowadzania w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia, gdyż ani w postępowaniach wcześniejszych ani, w przedmiotowym postępowaniu nigdy nie działał z zamiarem wprowadzenia w błąd zamawiającego.

Podał, że drugie z pism PKP Intercity z dnia 13 marca 2017 dotyczy wyłącznie umowy z pozycji 6 wykazu załączonego do pierwszego pisma i PKP Intercity informuje w nim, że w jego ocenie umowa ta była wykonywana nienależycie i z tego powodu została rozwiązana, a także że kwestia ta jest sporna i toczy się postępowanie sądowe. Dodał, że do pisma załączono kopię wypowiedzenia umowy, a nadto, że PKP Intercity poinformowało o złożeniu zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa, które – uznał odwołujący (sądząc z ostatniego akapitu wypowiedzenia umowy z dnia 22 czerwca 2015 r.) – zostało złożone przed tą datą.

Odwołujący II przyznał, że złożony dokument potwierdza rozwiązanie umowy i tego odwołujący II nie kwestionuje.

Oświadczył, że wskutek starannej analizy okoliczności sprawy nie zakwalifikował jednak tego rozwiązania umowy jako okoliczności skutkującej powstaniem przesłanek do wykluczenia z postępowania i tym samym podał w JEDZ informację, iż w jego ocenie nie zachodzą okoliczności skutkujące wystąpieniem podstaw do wykluczenia z postępowania. Odwołujący II oświadczył także, że neguje zasadność twierdzeń PKP Intercity SA o nienależytym wykonywaniu umowy i to z powództwa odwołującego II toczy się spór sądowy o dopuszczalność wypowiedzenia umowy przez PKP Intercity SA.

Stanął na stanowisku, że fakt wypowiedzenia umowy i pogląd PKP Intercity o tym, że wypowiedzenie to nastąpiło ze względu na nienależyte wykonywanie umowy przez odwołującego II nie może być utożsamiany z nienależytością wykonywania umowy.

Podniósł, że oświadczenie PKP Intercity jako dokument prywatny w rozumieniu Kpc stanowi dowód jedynie na to, że składający oświadczenie je złożył, dokument ten nie korzysta natomiast z domniemania, iż okoliczności w nim wskazane, tj. nienależytość świadczenia miała miejsce. Wskazał, że zamawiający nie przeprowadził i nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu, że nienależytość ta miała miejsce. Co więcej, wywodził odwołujący II, nienależytość ta jest co najmniej poddana w wątpliwość przez brak reakcji organów powiadomionych prawie dwa lata temu przez PKP Intercity o podejrzeniu popełnienia przestępstwa, poprzez takie działania odwołującego II, które stało się podstawą wypowiedzenia spornej umowy.

Stwierdził, że zgodnie ze swą najlepszą wiedzą oświadczył na ww. podstawie i podtrzymuje oświadczenie, że nie jest winny poważnego wykroczenia zawodowego i nie jest winny poważnego wprowadzania w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia z postępowania.

Zdaniem odwołującego II, skoro w jego nie wystąpiły wszystkie okoliczności wskazane w treści art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp (nienależyte wykonanie w istotnym stopniu), to nie miał on obowiązku wskazywania w treści oświadczenia wystąpienia jednej z tych okoliczności (tj. faktu rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego) i tym samym nie doszło do naruszenia art. 24 ust 1 pkt 17 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp odwołujący II wskazał, że zdaniem zamawiającego okoliczności wykluczenia zachodzą, gdyż odwołujący II nienależycie wykonał dla PKP Intercity SA tą samą umowę, tj. umowę UM BPR 15-900-0022 o przewóz osób rzeczy i małych zwierząt na trasie Warszawa – Małkinia – Warszawa.

Wskazał, że zgodnie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający może wykluczyć z postępowania wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Odwołujący II podniósł, że z treści ww. regulacji wynika, iż warunkiem koniecznym ziszczenia się tej przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, jest przede wszystkim ziszczenie się okoliczności nienależytego wykonania lub niewykonania umowy o zamówienie publiczne, jednak żadne inne z przyczyn rozwiązania umowy nie powodują

powstania podstaw do wykluczenia. Podkreślił, że ciężar dowodu, tj. wykazanie, że miało miejsce nienależyte wykonanie umowy obciąża zamawiającego, gdyż to on dokonując wykluczenia z postępowania na podstawie analizowanej przesłanki musi wykazać, że została całkowicie spełniona. Podniósł, że nie można domniemywać, iż wypowiedzenie umowy, w którym jako przyczynę wypowiedzenia podano jej nienależyte wykonanie, może równać się udowodnionemu faktycznie nienależystemu wykonaniu – wskazanie tych okoliczności w oświadczeniu woli o wypowiedzeniu umowy jest jedynie poglądem strony wypowiadającej i nie stanowi dowodu na nienależytość wykonania.

Zauważył, że zamawiający w objętym odwołaniem przypadku oparł się wyłącznie na oświadczeniu PKP Intercity SA, pomijając brak reakcji prokuratury, istniejący spór sądowy między odwołującym II a PKP SA, nie uwzględnił także zamawiający wyjaśnień odwołującego II złożonych w piśmie z dnia 10 lutego 2017 r. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 6 lutego 2017 r. (znak: ZTM.NZ.2610.72.2017.DMA).

Podniósł, że bez jakiegokolwiek dowodu zamawiający dał wiarę jednej stronie umowy, tj. PKP Intercity, pomijając argumentację drugiej ze stron. Zauważył, że w przypadku, gdy strony znajdują się w sporze oświadczenia jednej z nich na temat zachowań drugiej należy traktować z daleko posuniętą ostrożnością, a ich bezkrytyczne przyjmowanie nie może zastępować obowiązku uzyskania dowodów na okoliczność, z których wywodzi się skutek prawny.

Uznał, że taki sposób postępowania zamawiającego doprowadził do wykluczenia odwołującego II z postępowania, mimo iż nie spełniła się podstawowa część przesłanki, tj. nienależytość wykonania spornej umowy.

Podniósł nadto, że wiarygodność wszelkich oświadczeń PKP Intercity co do należytości wykonywania umów przez odwołującego II jest co najmniej wątpliwa, gdyż są to oświadczenia sprzeczne i różnie oceniające ten sam stan faktyczny.

Wedle odwołującego II przykładem niewiarygodności i sprzeczności ocen PKP Intercity jest ocena sposobu realizacji umowy wskazanej w pozycji 2 Załącznika do pisma z 24 stycznia 2017 r., w odniesieniu do której PKP Intercity wskazuje, że umowa ta została wykonana nienależycie, podczas gdy jednocześnie wydało referencje o należyтым wykonaniu umowy (i zamawiającemu znany jest ten fakt).

Uzupełnił, że dla wypełnienia w całości przesłanki wykluczenia niezbędne jest i to, aby skutek udowodnionego nienależytego wykonania umowy wystąpiło, co najmniej jedno z dwóch zdarzeń wskazanych *in fine* tego przepisu, tj. rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Odwołujący II podał, że w przypadku umowy z dnia 19 lutego 2015 r. nr UM-BPR-15-900-0022 w istocie nastąpiło jej rozwiązanie, jednakże przyczyną wypowiedzenia tej umowy nie było jej nienależyte wykonanie w istotnym stopniu, lecz rozbieżności pomiędzy

stronami w interpretacji postanowień umowy dotyczących rozliczeń. Zauważył, że wskazał to PKP Intercity (oświadczenie woli o wypowiedzenie umowy) i wskazywał na to także odwołujący II w wyjaśnieniach z 10 lutego 2017 r. Dodał, że dowód na powyższe stanowi także pozew złożony przez odwołującego II przeciw PKP Intercity, o którym zamawiający wiedział.

Odwołał się do wyjaśnień z 10 lutego 2017 r., wskazując że postanowienia spornej umowy z PKP Intercity, jak i dotychczasowa praktyka realizacji tego typu umów dla tego klienta, potwierdza, że odwołujący II, wystawiając faktury z tytułu realizacji umowy rozliczał wszystkie zamówione kursy z pasażerami oraz tzw. „kursy puste”, tj. kursy konieczne do wykonania celem zamknięcia obiegu pojazdów i pełnej realizacji kursów zamówionych. Podkreślił, że takie zasady obowiązywały w ramach wszystkich wykonywanych dotychczas umów, których stroną było PKP Intercity i nigdy nie zgłaszał żadnych zastrzeżeń, co do stosowanego sposobu rozliczeń pomiędzy stronami. Stwierdził, że w zgodzie z umową i w zaufaniu do przyjętego między stronami sposobu rozumienia takich umów wykonywał swoje obowiązki umowne.

Stwierdził również, że takie zgodne dokonywanie wykładni umów między przewoźnikami a PKP Intercity uległo zmianie w trakcie realizacji umowy z dnia 19 lutego 2015 r. nr UM-BPR-15-900- 0022. Podał, że w związku z niewywiązaniem się przez PKP Intercity z zapłatą wystawionych faktur, kilkakrotnie zwracał się o uregulowanie powstałych zaległości w płatnościach, na co w odpowiedzi PKP Intercity zainicjowało prowadzenie z odwołującym II rozmów dotyczących w szczególności zmiany sposobu rozliczeń kursów oraz zaistniałych po stronie zamawiającego trudności finansowych i spowodowanych tym zaległości w zapłacie wykonawcy wynagrodzenia z tytułu realizacji umowy. Oświadczył, że do zawarcia pomiędzy stronami aneksu do umowy w przedmiocie zmiany zasad rozliczania kursów ostatecznie nie doszło, gdyż – niespodziewanie i bez uprzedzenia – przedstawicielowi odwołującego II zostało wręczono wypowiedzenie umowy, w którym wskazano, że przyczyną dokonanego wypowiedzenia było: zawyżanie ilości kursów autobusowych skutkujące zawyżeniem wynagrodzenia oraz związane z tym wypełnienie kart drogowych w sposób nierzetelny i stwierdzający okoliczności niezgodne z prawdą.

W ocenie odwołującego II z powyższego wynika, iż okolicznością, która doprowadziła do rozwiązania umowy z dnia 19 lutego 2015 r. nr UM-BPR-15-900-0022, były rozbieżności stron, co sposobu rozliczania umowy, który był stosowany przez odwołującego II.

Podsumował, że na gruncie ww. umowy nie doszło zatem do nienależytego świadczenia usług stanowiących przedmiot tejże umowy, lecz do nieporozumień, co do

sposobu jej rozliczania, wobec czego nie można mówić o nienależytym wykonaniu umowy w sposób istotny, co jest konieczne do stwierdzenia zaistnienia podstawy wykluczenia wykonawcy na podstawie przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.

Uznał, że podobnie powyższa kwestia została oceniona przez PKP Intercity, ponieważ w dniu 27 listopada 2015 r. spółka ta zawarła umowę z odwołującym II na świadczenie usługi zastępczej komunikacji autobusowej (podał, że kopia tej umowy została przekazana zamawiającemu przy wyjaśnieniach z dnia 10 lutego 2017 r. i stanowi dowód w sprawie zawarty w dokumentacji postępowania). W ocenie odwołującego II nie sposób przyjąć, że PKP Intercity uznaje, że mimo istnienia przesłanek wykluczenia i wątpliwości co do rzetelności wykonawcy, zawiera z nim kolejne umowy o udzielenie zamówienia.

Uzupełnił, że wspomniana umowa jest zawarta bez zastosowania przepisów o zamówieniach publicznych, wobec czego PKP Intercity mógł bez trudu ukształtować warunki jej zawarcia w sposób, który pozwalałby odmówić zawarcia umowy z odwołującymi – nie prowadził do tego, a zawierając umowę potwierdził, że nie ocenia dotychczasowego wykonywania usług przez odwołującego II za obarczone wadą nienależytego wykonania w stopniu istotnym.

Zdaniem odwołującego II fakt zawarcia umowy potwierdza raczej, że mimo wypowiedzenia poprzedniej umowy pomiędzy stronami nie jest sporne, iż wykonawca jest wykonawcą rzetelnym i wartym powierzania kolejnych usług przewozowych.

Stwierdził, że dla ustalenia, czy okoliczność nienależytego wykonania w istotnym stopniu umowy z dnia 19 lutego 2015 r. nr UM-BPR-15-900-0022 miała miejsce, a tym samym czy zachodzi podstawa do wykluczenia z postępowań o udzielenie zamówienia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp znaczenie przesądzające będzie miało orzeczenie sądu w sporze pomiędzy odwołującym II a PKP Intercity S.A., w związku czym wniósł o odroczenie rozprawy do czasu orzeczenia sądu, tj. co najmniej do daty wyznaczonej rozprawy 12 czerwca 2017 r. lub do daty wydania postanowienia sądu o zabezpieczenie powództwa, tj. ustanowienie zakazu wykluczania z postępowań o udzielenie zamówienia przed rozstrzygnięciem sporu między PKP Intercity S.A. a odwołującym II. W ocenie odwołującego „stosowne odroczenie wynika z art. 1166 Kodeksu postępowania cywilnego w związku z art. 185 ust. 7 ustawy Pzp”.

Sygn. akt KIO 746/17

W tym samym postępowaniu (oznaczonym przez zamawiającego jako 74/2016) wykonawca M. Sp. z o.o. z Radomia (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegających na dokonaniu oceny złożonych ofert oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty spółki Mobilis Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Mobilis Sp. z o.o., który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
2. art. 89 ust. 1 pkt 5, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Mobilis Sp. z o.o., pomimo zaistnienia przesłanek obligujących zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy, jako że oferta została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Mobilis Sp. z o.o., w sytuacji gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ,
4. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Mobilis Sp. z o.o., podczas gdy oferta ta nie kwalifikuje się do oceny pod względem kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ przez niezapewnienie realizacji celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest wybór oferty gwarantujący prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego postawionymi w SIWZ,
5. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne przyznanie wykonawcy Mobilis Sp. z o.o. punktów w ramach kryterium „alternatywne źródła zasilania autobusów”, podczas gdy zaoferowany przez Mobilis Sp. z o.o. model autobusu VOLVO 8900 nie jest modelem oferowanym w wersji hybrydowej, a jedynie z napędem konwencjonalnym, a zatem w ogóle nie powinien być punktowany w zakresie kryterium „alternatywne źródła zasilania autobusów”,
6. art. 7 ust. 1 i 3, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. przez zaniechanie wykluczenia, a następnie zaniechanie odrzucenia oferty Mobilis Sp. z o.o. oraz przyjęcie przez zamawiającego, że zaoferowane przez w/w firmę autobusy VOLVO 8900 są zgodne z treścią SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności, polegającej na wyborze oferty Mobilis Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej,
2. dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert oraz:
 - 2.1. wykluczenia spółki Mobilis Sp. z o. z postępowania na podstawie 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, gdyż wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
 - 2.2. odrzucenia oferty Mobilis Sp. z o.o. jako że oferta została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
 - 2.3. odrzucenia oferty Mobilis Sp. z o.o. jako że treść oferty złożonej przez w/w wykonawcę nie odpowiada treści SIWZ,
 - 2.4. dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu
 - 2.5. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentu, tj. wydruku ze strony internetowej producenta <http://www.volvobuses.pl/pl-pl/our-offerina/buses/volvo-8900/specifications.html> zawierającego dane techniczne pojazdu Volvo 8900 na okoliczność ustalenia, że oferowany przez Mobilis Sp. z o.o. model autobusu nie jest modelem występującym w wersji hybrydowej, a jedynie z napędem konwencjonalnym.

Odwołujący wniósł także o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania i nakazanie zamawiającemu wypłaty na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania według norm przypisanych, w tym kosztów poniesionych przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp odwołujący podał, że zamawiający w pkt 4 załącznika nr 1 do SIWZ określającego wymagania techniczne dla autobusów wskazał możliwe źródła zasilania autobusów, tj. rodzaj: konwencjonalny – olej napędowy, alternatywny – np. biopaliwa (biodiesel (m.in. B80), biogaz, bioetanol), CNG, LNG, napęd elektryczny, ogniwa paliwowe (wodór); hybrydowy – połączenie różnych źródeł zasilania z napędem elektrycznym w układ hybrydowy.

Podał także, że zamawiający w rozdziale XIII ust. 5 SIWZ zaznaczył, że najniższa możliwa liczba autobusów o alternatywnym źródle zasilania nie może być niższa niż 15 oraz przewidział ocenę punktową w kryterium „alternatywne źródła zasilania autobusów”

na podstawie liczby autobusów zgłoszonych w formularzu ofertowym, których źródła zasilania będą alternatywne w stosunku do oleju napędowego, tj. pochodzące z biopaliw, CNG, LNG, napędu elektrycznego, ogniw paliwowych (wodoru) lub łączyły różne źródła zasilania w napęd hybrydowy.

Odwołujący wskazał, że zamawiający wprowadził współczynnik efektu ekologicznego (W), który przyjął wartość 1,0 dla jednego z alternatywnych rodzajów napędu autobusów: elektrycznego, hybrydowego ograniczającego emisję w strefie przystanku na trasie (brak emisji zanieczyszczeń w trakcie postoju i obsługi podróżnych) lub ogniw paliwowych (wodór).

Odwołujący podał nadto, że wykonawca Mobilis Sp. z o.o. w formularzu ofertowym wskazał, że zobowiązuje się wykonywać zamówienie autobusami o parametrach technicznych określonych w SIWZ, tj. w kolumnie „marka i typ autobusu” wpisał – VOLVO 8900, MAN Lion's City A37 Hybrid, w kolumnie „liczba sztuk” – 61, a w kolumnie „źródło napędu” – hybrydowe ograniczające emisję w strefie przystanku na trasie (brak emisji zanieczyszczenia w trakcie postoju i obsługi podróżujących).

Odwołujący uznał, że z informacji o wyborze oferty z dnia 4 kwietnia 2017 roku wynika, iż wykonawca Mobilis Sp. z o.o. w zakresie kryterium nr 2, tj. „źródło napędu” uzyskał maksymalną ilość punktów – 40 pkt – przy obliczeniu wskazanej pozycji zamawiający użył współczynnika efektu ekologicznego (W) o wartości 1,0.

Podniósł, że model autobusu Volvo 8900 zaproponowany przez Mobilis Sp. z o.o. nie jest modelem oferowanym w wersji hybrydowej, a jedynie z napędem konwencjonalnym – jednostką napędową jest silnik VOLVO D8K, 6 cylindrów diesel, co potwierdzają specyfikacje techniczne oraz dostępne powszechnie materiały producenta.

Stwierdził, że wobec powyższego niezasadne było przyznanie przez zamawiającego punktów dla w/w modelu autobusu w zakresie kryterium „alternatywne źródła zasilania autobusów”.

Podkreślił, że wskazany w ofercie wykonawcy Mobilis Sp. z o.o. model autobusu Volvo 8900 nie jest tożsamy z modelem autobusu Volvo 7900 Hybrid zaproponowanym, przez odwołującego oraz Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. – model VOLVO 7900 Hybrid spełnia wymogi określone w załączniku nr 1 do SIWZ określającym wymagania techniczne dla autobusów oraz spełnia kryterium dodatkowo punktowane w zakresie napędów alternatywnych, w tym przypadku napędu hybrydowego.

Zauważył, że wykonawca Mobilis Sp. z o.o. w formularzu ofertowym zaproponował dwa modele autobusów, tj. VOLVO 8900 oraz MAN Lion's City A37 Hybrid.

Stanął na stanowisku, że zasadnym jest uznanie, iż wykonawca Mobilis Sp. z o.o., poprzez oddzielenie w/w modeli przecinkiem zaoferował oba modele autobusów, a nie jeden z nich zgodnie z wyborem z bowiem spójnikami koniunkcji są głównie wyrażenia

„oraz”, „lecz”, „a także”, „i”, natomiast w tekstach odpowiednikiem koniunkcji jest przecinek (tak: A. Malinowski (red.), Logika dla prawników, Wydawnictwo Prawnicze Lexis Nexis, Warszawa 2002, s. 97).

Uznał, że konieczne jest zweryfikowanie obu modeli autobusów zaoferowanych przez Mobilis Sp. z o.o. pod kątem zgodności z wymaganiami technicznymi wskazanymi w SIWZ.

Stwierdził, że z przeprowadzonej przez niego analizy wynika, że model autobusu VOLVO 8900 nie odpowiada wymogom SIWZ, wobec czego oferta wykonawcy Mobilis Sp. z o.o. winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ:

1. w modelu autobusu VOLVO 8900 dostępny układ drzwi wejściowych do autobusu to 2+2+1 lub 1+1+0 co jest sprzeczne z wymogami określonymi w pkt 1 podpunkt 1.8 załącznika nr 1 do SIWZ określającego wymagania techniczne dla autobusów, gdzie jedyny dopuszczalny układ drzwi to 2+2+2,
2. model autobusu VOLVO 8900 nie występuje jako wersja całkowicie niskopodłogowa a jedynie niskowejściowa, co jest sprzeczne z wymogami określonymi w pkt 2 podpunkt 2.1 - 2.3 załącznika nr 1 do SIWZ.

W ocenie odwołującego zasadne jest przyjęcie, że wykonawca Mobilis Sp. z o.o. oświadczając w formularzu ofertowym, iż autobusy VOLVO 8900 mają hybrydowe źródło napędu ograniczające emisję w strefie przystanku na trasie (brak emisji zanieczyszczeń w trakcie postoju i obsługi podróżnych) w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wobec czego winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Wskazał, że zgodnie z nowym brzmieniem przesłanki wykluczenia wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Podniósł, że ustawodawca przesądził, iż podanie bądź zatajenie informacji wprowadzającej zamawiającego w błąd, godzi w rzetelność wykonawcy, a w konsekwencji uniemożliwia udzielenie temu podmiotowi zamówienia. Podkreślił, że nie jest obecnie konieczne działanie celowe, wystarczy, że wykonawca wykaże się lekkomyślnością lub niedbalstwem.

Zdaniem odwołującego w zakresie przesłanki wykluczenia zawartej w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp mieści się również sytuacja manipulowania sposobem przekazu

prawdziwych informacji, które przekazane w sposób prawidłowy wywołałyby zupełnie inny skutek w zachowaniu zamawiającego, w tym wywołują u zamawiającego mylne wrażenie, że oświadczenia wykonawcy są zgodne z oczekiwaniami zamawiającego.

Podał: „(...) Przykładowo, informacje zawarte w ofercie mogą wpływać na decyzję zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej czy też decyzję o odrzuceniu oferty. Jeżeli zatem w ramach udzielonych w ofercie informacji dotyczących proponowanego przedmiotu transakcji wykonawca wskaże nieprawdziwe informacje tak, by spełnić wymagania względem nabywanego świadczenia postawione w SIWZ, to takie zachowanie wpłynie na decyzję zamawiającego o odrzuceniu oferty (art. 89 ust. i pkt 2 p.z.p.) (...)” (za: K. Różowicz, Wykluczenie wykonawcy, który wprowadził zamawiającego w błąd, Komentarz Praktyczny ABC LEX).

Powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 6 listopada 2009 roku wydanym w sprawie oznaczonej sygn. akt XII Ga 317/09, zgodnie z którym „(...) określenie przez zamawiającego norm jakie spełniać mają stosowane przez oferentów środki techniczne ma za zadanie umożliwienie dokonanie oceny faktycznej możliwości spełnienia przez oferentów wymogów zamawiającego, a tym samym umożliwienie mu wybranie najbardziej korzystnej z ofert. Nie wolno przy tym zapominać, iż celem przetargu pozostaje wybór najkorzystniejszej oferty, spośród tych, które już na starcie będą spełniały podstawowe wymogi określone w SIWZ. Nie można zatem przyjąć, iż niezgodność, czy też nie spełnienie wymogów zamawiającego w tym to zakresie mogłaby być usunięta czy uzupełniana bądź to w drodze wzywania (art. 26 ust. 3 ZamPublU) oferenta do dostarczenia nowych charakterystyk środków, a więc w rzeczywistości drogą podmiiany tego środka, bądź też uznanie zaoferowania środka nie spełniającego wymogu z projektu umowy jako omyłki podlegającej sprostowaniu w oparciu o dyspozycję z art. 87 ust 2 pkt 3 ZamPublU, bowiem stanowiłoby to, w tym konkretnym przypadku, naruszenie zasady uczciwej konkurencji (art. 7 ZamPublU) poprzez dopuszczenie do dowolnej modyfikacji wybranych jednostronnie przez zamawiającego ofert i wpływanie na ich treść, co wypaczało by całą istotę przedmiotowego przetargu(...)”.

Zauważył, że podmioty biorące udział w postępowaniu to profesjonaliści, od których wymaga się większej staranności oraz wiedzy merytorycznej na temat składanych ofert – przy ocenie adekwatności treści oferty do wymagań zamawiającego określonych w SIWZ i innych dokumentach składających się na dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, uwzględnia się również zawodowy charakter działalności wykonawcy i zwiększone w związku z tym oczekiwania, co do jego profesjonalizmu, obejmującego znajomość przepisów prawa i warunków prowadzenia działalności, w tym realiów danego segmentu rynku.

Odwołujący stwierdził, że nowe przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp są następcami uchylonego nowelizacją z dnia 22 czerwca 2016 roku przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, na podstawie którego, wykluczeniu podlegali wykonawcy, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 stycznia 2017 roku wydanym, w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 2384/16, zgodnie z którym: „(...) *Odnosnie stosowania art. 26 ust. 3 ZamPubl w kontekście podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 3 ZamPubl skład orzekający Izby w pełni podziela stanowisko, wyrażone uprzednio wielokrotnie w orzecznictwie Izby, że nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania nie można w trybie art. 26 ust. 3 ZamPubl zastępować inną informacją, choćby była prawdziwa i również wskazywała na spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Jeżeli wykonawca przedstawia nieprawdziwe informacje, które są podstawą pozytywnej weryfikacji, nie można jednocześnie twierdzić, że wymagają one uzupełnienia. W takim przypadku oświadczenie lub dokument wręcz potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu, tyle że za pomocą informacji, która okazała się nieprawdziwa, a nie niepełna czy błędna. Tymczasem przesłanką zastosowania art. 26 ust. 3 ZamPubl jest sytuacja, w której oświadczenia lub dokumenty zawierają tego rodzaju błędy, że z ich treści nie wynika potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Należy ponadto zauważyć, że ZamPubl w art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 statuuje odrębne / niezależne od siebie podstawy wykluczenia z postępowania, a zatem wykluczenie za złożenie nieprawdziwych informacji w dokumentach złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie zawsze musi się wiązać z wykluczeniem za niewykazanie spełniania tych warunków, co również wskazuje na to, że wyłącznie w tym drugim przypadku konieczne jest uprzednie wezwanie do uzupełnienia dokumentów, jeżeli z treści pierwotnie złożonych nie wynika takie potwierdzenie. Stanowisko przeciwne oznaczałoby, że w ramach przesłanki wpływu na wynik postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ZamPubl, mieści się badanie, czy wykonawca składający nieprawdziwą informację był już wzywany do uzupełnienia dokumentów. W konsekwencji prowadziłyby to do takiej wykładni normy art. 24 ust. 2 pkt 3 ZamPubl, zgodnie z którą nie podlega wykluczeniu wyłącznie wykonawca, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, jeżeli uczynił to po raz pierwszy tzn. nie był wzywany do zastąpienia nieprawdziwej informacji potwierdzającej spełnianie warunku udziału prawdziwą informacją potwierdzającą spełnianie tego warunku. Zdaniem Izby taka interpretacja wpływu na wynik postępowania (poważnego wprowadzenia w błąd zamawiającego) jest nie do zaakceptowania z punktu widzenia naczelných zasad, o których mowa w art. 7 ust.*

1 ZamPubl, zgodnie z którym zamawiający ma przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Prowadziłaby to również do odmiennego traktowania wykonawców, którzy są winni poważnego wprowadzenia w błąd Zamawiającego, w zależności od tego, czy dotyczyło to treści oferty, czy też warunków udziału w postępowaniu, względnie potwierdzenia zgodności dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami zamawiającego. Wyłącznie w tym drugim przypadku mogłoby dojść do zastąpienia nieprawdziwej informacji zupełnie inną ale prawdziwą informacją, gdyż co do zasady zmiana treści oferty nie jest dopuszczalna w ogóle”

Powołał się także na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lipca 2015 roku wydanym w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 1472/15, zgodnie z którym: *„(...) zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty należy rozumieć jako merytoryczną zawartość oświadczenia woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego - co do zasady - porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z przedmiotem zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z., - jest z nią zgodna. Art. 82 ust 3 P.z.p. zastrzega przy tym dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności, natomiast samo rozumienie terminu oferta należy przede wszystkim wywodzić z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Nie budzi przy tym wątpliwości, że z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia czy innymi wymaganiami precyzującymi zakres świadczenia oczekiwanego przez zamawiającego. Nie ulega również wątpliwości, że niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 P.z.p. musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi postanowieniami s.i.w.z.”*

Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lutego 2013 roku, sygn. akt KIO 354/13) wskazał, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone powinno być w celu wyłonienia wykonawcy, który złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego opisanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a następnie uzyskał największą liczbę punktów zgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia; weryfikacji powołanych okoliczności służy procedura badania i oceny ofert, przy wykorzystaniu instrumentów, w które ustawodawca wyposażył zamawiającego, aby zagwarantować z jednej strony wykonawcom rzetelną ocenę złożonych ofert, a drugiej – zamawiającemu wybór oferty najkorzystniejszej spełniającej artykułowane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oczekiwania.

Podniósł, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeżeli oferta jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia; niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy, usługi lub roboty budowlanej nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia (za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 sierpnia 2014 roku, sygn. akt KIO 1543/14).

W ocenie odwołującego treść oferty Mobilis Sp. z o.o. nie odpowiada treści SIWZ, oferta ta nie zapewnia realizacji przedmiotu zamówienia w całości zgodnie z wymaganiami zamawiającego odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, którego zamawiający oczekuje dla spełnienia jego uzasadnionych określonych w specyfikacji potrzeb i jako taka winna być odrzucona.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp odwołujący wskazał, że zasada uczciwej konkurencji jest jedną z naczelných (podstawowych) zasad obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i zgodnie z jej treścią, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zapewnienie przestrzegania tej zasady należy zatem do zamawiającego.

Podniósł, że zamawiający przygotowując i prowadząc postępowanie, powinien dążyć do udzielenia zamówienia, unikając działań mogących skutkować ograniczeniem dostępu do postępowania; wszyscy wykonawcy powinni mieć umożliwiony dostęp (równy) do udziału w postępowaniu, a zamawiający nie może zarówno faworyzować, jak i uniemożliwiać, czy utrudniać udziału w postępowaniu niektórych wykonawców, gdyż

stanowi to oczywiste naruszenie dwóch podstawowych zasad prawa zamówień publicznych: zasady równości i zasady konkurencji.

Uznał, że nie ulega wątpliwości, że zamawiający dokonując wyboru oferty wykonawcy, który winien być wykluczony, oraz którego oferta powinna zostać odrzucona, postępuje w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 24 kwietnia 2017 r., w tym:

1. Specyfikacji Istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami,
2. Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego (Druk ZP-PN),
3. Pism PKP Intercity S.A. z Warszawy z dnia: 24 stycznia 2017 r., 13 marca 2017 r. i z dnia 3 kwietnia 2017 r.,
4. Pisma zamawiającego do wykonawcy Europa Express City sp. z o.o. z Warszawy z dnia 6 lutego 2017 r.,
5. Odpowiedzi wykonawcy Europa Express City sp. z o.o. z Warszawy z dnia 10 lutego 2017 r. na ww. pismo zamawiającego,
6. Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej – pismo zamawiającego z dnia 4 kwietnia 2017 r.,

oraz Formularzy ofertowych wraz z załącznikami wykonawców: Europa Express City sp. z o.o. z Warszawy, Mobilis sp. z o.o. z Mościsk oraz Mi. sp. z o.o. z Radomia,

złożonych na posiedzeniu:

1. Pisma odwołującego Europa Express City sp. z o.o. z Warszawy z dnia 8 maja 2017 r. wraz z załącznikiem,
2. Odpowiedzi zamawiającego na odwołanie z dnia 8 maja 2017 r. wraz z załącznikami (sygn. akt KIO 741/17),
3. Pisma odwołującego M. sp. z o.o. z Radomia z dnia 8 maja 2017 r. wraz z załącznikami (z wyłączeniem dowodu B – homologacji – z uwagi na jego złożenie wyłącznie w języku angielskim),
4. Pisma przygotowawczego przystępującego Mobilis sp. z o.o. z Mościsk z dnia 8 maja 2017 r. wraz z załącznikami (1-11),
5. Wyjaśnień przystępującego M. sp. z o.o. z Radomia z dnia _____ 8 maja 2017 r.

złożonych na rozprawie:

- przez odwołującego Europa Express City sp. z o.o. z Warszawy: Pozwu o zapłatę z dnia 24 listopada 2015 r. do Sądu Okręgowego w Warszawie XVI Wydział Gospodarczy (pozwany: PKP Intercity S.A. z Warszawy, powód: odwołujący), Postanowienia Sądu okręgowego w Warszawie z dnia 20 kwietnia 2017 r. (sygn. akt XVI GC 1176/15), referencji z dnia 10 kwietnia 2015 r. wraz ze sprostowaniem z dnia 25 czerwca 2015 r., korespondencji e-mail z dnia 27 kwietnia 2017 r. pomiędzy osobą ze strony PKP Intercity S.A. z Warszawy a osobą ze strony wykonawcy Europa Express City sp. z o.o. z Warszawy (godz.7:33 i 17:34)
- przez odwołującego M. sp. z o.o. z Radomia: Formularza ofertowego wykonawcy Mobilis sp. z o.o. z Mościsk z postępowania ZTM-przetarg nieograniczony nr 27/2015.
- przystępującego Mobilis sp. z o.o. z Mościsk: pisma Volvo Bus Corporation (Szwecja) z dnia 25 kwietnia 2017 r. wraz z załącznikiem, korespondencji e-mail z dnia 29 grudnia 2016 r. pomiędzy osobą ze strony Volvo Polska sp. z o.o. a osobą ze strony wykonawcy M. sp. z o.o. (godz.13:21) z dnia 8 maja 2017 r. oraz pomiędzy osobą ze strony Volvo Polska sp. z o.o. a osobą ze strony wykonawcy Mobilis sp. z o.o. (godz. 10:43).

a także stanowisk stron i przystępujących zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważyła, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołania do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawcy wnoszący odwołania posiadają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Na rozprawie zamawiający oświadczył, że uwzględni w całości odwołanie wykonawcy M. sp. z o.o. z Radomia (sygn. akt KIO 746/17).

Wobec uwzględnienia odwołania sprzeciwnie wniósł wykonawca Mobilis sp. z o.o. z Mościsk – przystępujący po stronie zamawiającego (sygn. akt KIO 746/17).

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, poprzez jego zastosowanie jako podstawy wykluczenia odwołującego z postępowania podczas gdy nie zachodzą okoliczności wskazane w przepisie, co nie dozwala na wykluczenie odwołującego potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Pismem z dnia 4 kwietnia 2017 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu, uzasadniając to w następujący sposób: *„Wykonawca oświadczył w Części III Sekcji C Jednolitego Dokumentu Zamówienia, złożonego w przedmiotowym postępowaniu, iż NIE znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie, bądź porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową. Natomiast, informacje uzyskane w PKP Intercity S.A. potwierdzają podanie przez Europa Express City Sp. z o.o. w tym zakresie nieprawdziwych informacji. Zgodnie z cytowanym wyżej przepisem, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. W załączeniu: 1. Pismo PKP Intercity S.A. z dnia 24.01.2017 r. 2. Pismo PKP Intercity z dnia 13.03.2017 r.”*

W pierwszym ze wskazanych pism PKP Intercity S.A. *„informuje w zawartym załączniku nr 1 do niniejszego pisma, o ilości zawartych umów z Przewoźnikiem Europa Express City Sp. z o.o. Nadmieniamy, że w chwili obecnej nadal prowadzona jest sprawa w sądzie dotycząca nienależycie wykonywanej usługi ZKA, niemniej jednak Spółka Europa Express City kwestionuje stanowisko PKP IC o nienależytym świadczeniu usług”*.

Wskazany załącznik ujmuje w zestawieniu tabelarycznym 10 umów, w przypadku 5 z nich (UM-BBO-14-900-0050, UM-BPR-15-900-0002, UM-BPR-15-900-0012, UM-BPR-15-900-0022, UM-BPR-15-900-0036) w kolumnie tabeli *„Jakość świadczonych usług (należycie / nienależycie)”* PKP Intercity S.A. podało: *„nienależycie”*, dodatkowo wskazując w odniesieniu do 3 pierwszych umów: *„(sprawa w sądzie)”*.

Dodatkowo, w odniesieniu do umowy UM-BPR-15-900-0022, w kolumnie tabeli *„Czy została rozwiązana? Z jakiego powodu?”* PKP Intercity S.A. podało: *„umowa została rozwiązana przez zamawiającego ze skutkiem natychmiastowym z uwagi na naruszenie*

przez EEC umowy. Rekomendujemy, że wykonawca kwestionuje zasadność rozwiązania umowy w trybie natychmiastowym i stoi na stanowisku, że wykonywał umowę w sposób należyty. Między stronami toczy się spór sądowy.”

W odniesieniu do umowy UM-BPR-15-900-0036, w kolumnie tabeli „Czy została rozwiązana? Z jakiego powodu?” PKP Intercity S.A. podało: „Wykonawca kwestionuje stanowisko zamawiającego i twierdzi, że wykonywał umowę w sposób należyty”

W drugim ze wskazanych pism PKP Intercity S.A. podało, że przesyła dokument „wypowiedzenie wraz z wezwaniem do zapłaty” oraz poinformowało (odpowiadając na pytania ZTM zawarte w piśmie z dnia 20 lutego 2017 r.), że „zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa zostało złożone. Ponadto, w chwili obecnej między stronami toczy się spór sądowy mający za przedmiot w szczególności to, czy umowa na trasie Warszawa-Małkinia-Warszawa była wykonywana należyście i czy liczba kursów była zawyżona. W odpowiedzi na pytanie dotyczące rozliczenia umów, zawiadamiamy, że kwestia rozliczeń między stronami jest sporna. Nadmieniamy, że Spółka Europa Express City kwestionuje stanowisko PKP IC o nienależytym świadczeniu usług.”

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp brzmi: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: (...) 17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu”.

Jak wynika z zawiadomienia o wykluczeniu odwołującego, za informację wprowadzającą w błąd zamawiający uznał nieprawdziwą informację, iż odwołujący nie znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie, bądź porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową.

Dostrzeżenia wymaga, że z treści samego zawiadomienia nie wynika, czy chodzi o:

- wcześniejsze rozwiązanie umowy w sprawie zamówienia publicznego przed czasem,
- wcześniejsze rozwiązanie umowy z podmiotem zamawiającym przed czasem,
- wcześniejsze rozwiązanie umowy w sprawie koncesji przed czasem,
- wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, w której nałożone zostało odszkodowanie, bądź porównywalne sankcje w związku z tą umową (jakie ?)

- wcześniejszą umowę z podmiotem zamawiającym, w której nałożone zostało odszkodowanie, bądź porównywalne sankcje w związku z tą umową (jakie ?)
- wcześniejszą umowę w sprawie koncesji, w której nałożone zostało odszkodowanie, bądź porównywalne sankcje w związku z tą umową (jakie ?),

a odwołujący, co najwyżej na podstawie załączonego do zawiadomienia pisma PKP Intercity S.A. z 24 stycznia 2017 r. oraz z 13 marca 2017 r. mógł przyjąć, że chodzi o umowę UM-BPR-15-900-0022, ponieważ w przypadku tej jedynie umowy w zestawieniu tabelarycznym PKP Intercity S.A. podało, że została przez ten podmiot rozwiązana oraz wypowiedzenie tej umowy stanowiło załącznik do pisma (odwołujący w odwołaniu – na str. 5, akapit ostatni – potwierdził, że kopię wypowiedzenia umowy załączono do pisma z dnia 13 marca 2017 r.).

Odwołujący nie kwestionował faktu rozwiązania z nim przez PKP Intercity S.A. umowy nr UM-BPR-15-900-0022.

Potwierdził to już w piśmie z dnia 10 lutego 2017 r. (na wezwanie zamawiającego z dnia 6 lutego 2017 r.): *„W przypadku drugiej z powołanych umów (tj. umowy z dnia 19 lutego 2015 r. nr UM-BPR-15-900-0022) w istocie nastąpiło jej rozwiązanie, jednakże przyczyną wypowiedzenia tej umowy przez zamawiającego nie było (...)”*.

Potwierdził to także w odwołaniu *„Do pisma załączono kopię wypowiedzenia umowy. (...). Bez wątplenia złożony dokument potwierdza rozwiązanie umowy. Jednakże Odwołujący nie kwestionuje tego faktu.”*

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że podana przez zamawiającego przyczyna, tj. przedstawienie przez odwołującego nieprawdziwej, a tym samym wprowadzającej zamawiającego w błąd informacji nie uzasadniała wykluczenia odwołującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Przyjmując nawet, że rzeczywiście odwołujący przedstawił zamawiającemu informację wprowadzającą w błąd (co w tym przypadku oznaczałoby automatyczne utożsamienie informacji nieprawdziwej z informacją wprowadzającą w błąd), to zamawiający w żaden sposób nie wykazał, więcej – w ogóle nie odniósł się, co jest niezbędne dla zastosowania przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, do tego, czy przedstawienie informacji nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa i, co nie mniej istotne, czy jest to informacja mogąca mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w tym postępowaniu i to wpływ istotny.

Podkreślić należy, że wyłącznie zacytowanie brzmienia przepisu, co zamawiający uczynił w zawiadomieniu z dnia 4 kwietnia 2017 r. w zakresie dotyczącym przedstawienia

informacji w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa i tego, że jest to informacja mogąca mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w tym postępowaniu nie może zostać uznane za wykazanie podstawy wykluczenia.

Skład orzekający Izby w ramach tego postępowania odwoławczego poddał ocenie czynność zamawiającego, o której zamawiający zawiadomił odwołującego pismem z dnia 4 kwietnia 2017 r., polegającą na wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu, opartym na wskazanych podstawach prawnych i faktycznych. I tylko od tak dokonanej czynności mógł złożyć i złożył odwołanie odwołujący (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp) – z zarzutem opartym na wskazanych przez zamawiającego podstawach. Fakt ujęcia przez odwołującego argumentacji w zakresie szerszym niż odnosząca się do będących podstawą wykluczenia okoliczności pozostaje bez znaczenia dla oceny czynności zamawiającego.

Skład orzekający Izby nie mógł przy orzekaniu uwzględnić innych okoliczności faktycznych wykluczenia odwołującego niż wskazane w zawiadomieniu z 4 kwietnia 2017 r.

Okoliczności faktyczne wykluczenia odwołującego podane w zawiadomieniu z dnia 4 kwietnia 2017 r., o czym była mowa powyżej, nie uzasadniały podjętej przez zamawiającego czynności.

Niezależnie od powyższego skład orzekający Izby wskazuje, że dopiero w swoim stanowisku pisemnym – Odpowiedzi zamawiającego na odwołanie z dnia 8 maja 2017 r. – zamawiający podał (na tym zresztą poprzestając), że uznał, iż „*Złożenie ww. oświadczenia w JEDZ, mimo rozwiązania wskazanej wyżej umowy, należy uznać co najmniej za rażące niedbalstwo, które skutkowało wprowadzeniem Zamawiającego w błąd*” (str. 2, drugi akapit).

Nie odniósł się jednak nawet w ww. odpowiedzi do tego, dlaczego jest to informacja mogąca mieć wpływ, i to istotny, na decyzje podejmowane przez zamawiającego w tym postępowaniu.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że zarzut się potwierdził.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp , poprzez jego zastosowanie jako podstawy wykluczenia odwołującego z postępowania podczas gdy nie zachodzą okoliczności wskazane w przepisie, co nie dozwala na wykluczenie odwołującego potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zamawiający w SIWZ przewidział wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp (Rozdział Va pkt 1 ppkt 3).

W toku postępowania zamawiający (po skierowaniu pism z dnia: 13 stycznia 2017 r., 20 lutego 2017 r. oraz 24 marca 2017 r.) uzyskał od PKP Intercity S.A. trzy pisma:

1. pismo z dnia 24 stycznia 2017 r.,
2. pismo z dnia 13 marca 2017 r.,
3. pismo z dnia 3 kwietnia 2017 r.

W piśmie z dnia 24 stycznia 2017 r. PKP Intercity S.A. „*informuje w zawartym załączniku nr 1 do niniejszego pisma, o ilości zawartych umów z Przewoźnikiem Europa Express City Sp. z o.o. Nadmieniamy, że w chwili obecnej nadal prowadzona jest sprawa w sądzie dotycząca nienależycie wykonywanej usługi ZKA, niemniej jednak Spółka Europa Express City kwestionuje stanowisko PKP IC o nienależytym świadczeniu usług*”.

Wskazany załącznik ujmuje w zestawieniu tabelarycznym 10 umów, w przypadku 5 z nich (UM-BBO-14-900-0050, UM-BPR-15-900-0002, UM-BPR-15-900-0012, UM-BPR-15-900-0022, UM-BPR-15-900-0036) w kolumnie tabeli „*Jakość świadczonych usług (należycie / nienależycie)*” PKP Intercity S.A. podało: „nienależycie”, dodatkowo wskazując w odniesieniu do 3 pierwszych umów: „*(sprawa w sądzie)*”.

Dodatkowo, w odniesieniu do umowy UM-BPR-15-900-0022, w kolumnie tabeli „*Czy została rozwiązana? Z jakiego powodu?*” PKP Intercity S.A. podało: „*umowa została rozwiązana przez zamawiającego ze skutkiem natychmiastowym z uwagi na naruszenie przez EEC umowy. Rekomendujemy, że wykonawca kwestionuje zasadność rozwiązania umowy w trybie natychmiastowym i stoi na stanowisku, że wykonywał umowę w sposób należyty. Między stronami toczy się spór sądowy.*”

W odniesieniu do umowy UM-BPR-15-900-0036, w kolumnie tabeli „*Czy została rozwiązana? Z jakiego powodu?*” PKP Intercity S.A. podało: „*Wykonawca kwestionuje stanowisko zamawiającego i twierdzi, że wykonywał umowę w sposób należyty*”

W piśmie z dnia 13 marca 2017 r. PKP Intercity S.A. podało, że przesyła dokument „*wypowiedzenie wraz z wezwaniem do zapłaty*” oraz poinformowało (odpowiadając na

pytania ZTM zawarte w piśmie z dnia 20 lutego 2017 r.), że „zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa zostało złożone. Ponadto, w chwili obecnej między stronami toczy się spór sądowy mający za przedmiot w szczególności to, czy umowa na trasę Warszawa-Małkinia-Warszawa była wykonywana należycie i czy liczba kursów była zawyżona. W odpowiedzi na pytanie dotyczące rozliczenia umów, zawiadamiamy, że kwestia rozliczeń między stronami jest sporna. Nadmieniamy, że Spółka Europa Express City kwestionuje stanowisko PKP IC o nienależytym świadczeniu usług.”

W „Wypowiedzeniu wraz z wezwaniem do zapłaty” z dnia 22 czerwca 2015 r. PKP Intercity S.A. uzasadniła: „(...) niniejszym wypowiadamy umowę (...), bez zachowania okresu wypowiedzenia, z uwagi na rażące naruszenie Umowy, polegające na zawyżeniu ilości kursów autobusowych skutkującym zawyżeniem wynagrodzenia w postaci różnicy pomiędzy wartością za kursy na fakturze a wartością za kursy wykonane, skutkujące powstaniem po stronie Spółki szkody w wysokości 1 969 630,00 zł (...) oraz na przekazaniu Spółce kart drogowych sporządzonych na podstawie § 14 pkt 13 Umowy, wypełnionych w sposób nierzetelny i stwierdzających okoliczności niezgodne z prawdą.”

W piśmie z dnia 3 kwietnia 2017 r. PKP Intercity S.A. poinformowała, że „Spółka Europa Express City nie wypowiadała umowy nr UM-BPR-15-900-0022 z dnia 19.02.2017r. Spółce PKP Intercity.”

Pismem z dnia 6 lutego 2017 r, zamawiający, informując odwołującego: „iż posiada dowody uzasadniające wykluczenie Państwa z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 a także art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy (...)” wskazał, że „W związku z powyższym Zamawiający umożliwia Państwu złożenie wyjaśnień wraz z dowodami stosownie do treści art. 24 ust. 8 ustawy Pzp.”

Odwołujący udzielił zamawiającemu odpowiedzi w piśmie z dnia 10 lutego 2017 r., potwierdzając fakt rozwiązania umowy nr UM-BPR-15-900-0022, jednocześnie jednak wskazując, iż przyczyną jej rozwiązania były „rozbieżności pomiędzy Wykonawcą a zamawiającym w interpretacji postanowień umowy dotyczących rozliczeń” nie zaś „jej nienależyte wykonanie w istotnym stopniu” (str. 4).

Odwołujący wskazał: „W treści pisma z dnia 6 lutego 20:17 r. Zamawiający wskazuje, iż okoliczności związane z realizacją ww. umów stanowią podstawę wykluczenia Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.

Zgodnie z przywołanym przepisem zamawiający może wykluczyć z postępowania wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależyte

wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Jak wynika z treści ww. regulacji, warunkiem koniecznym ziszczenia się tej przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania jest wystąpienie, co najmniej jednego z dwóch zdarzeń wskazanych *in fine* tego przepisu, tj. rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Żadne z tych zdarzeń nie wystąpiło w odniesieniu do umowy z dnia 9 kwietnia 2015 r. na Świadczenie regularnych usług przewozu osób, rzeczy i małych zwierząt na trasie: Poznań – Piła – Poznań, a zatem okoliczności z nią związane nie mogą stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Umowa nie została wypowiedziana ani rozwiązana, ani nie doszło do odstąpienia od niej przez zamawiającego. Nie doszło też do zasądzenia odszkodowania.

W przypadku drugiej z powołanych umów (tj. umowy z dnia 19 lutego 2015 r. nr UM-BPR-15-900-0022) w istocie nastąpiło jej rozwiązanie, jednakże przyczyną wypowiedzenia tej umowy przez zamawiającego nie było jej nienależyte wykonanie w istotnym stopniu, lecz rozbieżności pomiędzy Wykonawcą a zamawiającym w interpretacji postanowień umowy dotyczących rozliczeń.

Wskazać, bowiem należy, iż mając na uwadze zapisy ww. umowy, jak i dotychczasową praktykę realizacji tego typu umów, Wykonawca wystawiając faktury z tytułu realizacji umowy rozliczał wszystkie zamówione kursy z pasażerami oraz tzw. „kursy puste”, tj. kursy konieczne do wykonania celem zamknięcia obiegu pojazdów i pełnej realizacji kursów zamówionych. Takie zasady obowiązywały w ramach wszystkich wykonywanych dotychczas umów, których stroną był ten sam zamawiający (PKP Intercity S.A.). Należy podkreślić, iż nigdy ten zamawiający nie zgłaszał żadnych zastrzeżeń, co do stosowanego sposobu rozliczeń pomiędzy stronami.

Powyższe uległo zmianie w trakcie realizacji umowy z dnia 19 lutego 2015 r. nr UM-BPR-15-900-0022. W związku z niewywiązaniem się przez PKP Intercity S.A. z zapłatą wystawionych przez Wykonawcę faktur, Wykonawca kilkakrotnie zwrócił się do ww. zamawiającego o uregulowanie powstałych zaległości w płatnościach. W odpowiedzi na powyższe PKP Intercity S.A. zainicjowało prowadzenie z Wykonawcą rozmów dotyczących w szczególności zmiany sposobu rozliczeń kursów oraz zaistniałych po stronie zamawiającego trudności finansowych i spowodowanych tym zaległości w zapłacie Wykonawcy wynagrodzenia z tytułu realizacji umowy. Do zawarcia pomiędzy stronami aneksu do umowy w przedmiocie zmiany zasad rozliczania kursów ostatecznie nie doszło, gdyż niespodziewanie i bez uprzedzenia przedstawicielowi Wykonawcy zostało wręczono wypowiedzenie umowy przez zamawiającego. Jak wskazał

zamawiający w treści oświadczenia o wypowiedzeniu umowy przyczyną dokonanego wypowiedzenia było: zawyżanie ilości kursów autobusowych skutkujące zawyżeniem wynagrodzenia oraz związane z tym wypełnienie kart drogowych w sposób nierzetelny i stwierdzający okoliczności niezgodne z prawdą.

Z powyższego wynika, zatem, iż okolicznością, która doprowadziła do rozwiązania umowy z dnia 19 lutego 2015 r. nr UM-BPR-15-900-0022, były rozbieżności stron, co sposobu rozliczania umowy, który był stosowany przez Wykonawcę. Należy jeszcze raz podkreślić, iż przyjęte przez Wykonawcę zasady rozliczeń były dokładnie takie same, jak stosowane w trakcie realizacji poprzednich umów z tym samym zamawiającym, na tej samej trasie i nigdy nie były przez niego kwestionowane.

Na gruncie ww. umowy nie doszło, zatem do nienależytego świadczenia usług stanowiących przedmiot tejże umowy, lecz do nieporozumień, co do sposobu jej rozliczania. Nie można, zatem mówić o nienależytym wykonaniu umowy w sposób istotny, co jest konieczne do stwierdzenia zaistnienia podstawy wykluczenia wykonawcy na podstawie przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.

Należy wskazać, iż podobnie powyższa kwestia została oceniona przez PKP Intercity S.A. jeżeli w dniu 27 listopada 2015 r. spółka ta zawarła umowę z Wykonawcą na świadczenie usługi zastępczej komunikacji autobusowej (w załączeniu). Jest to umowa zawarta bez zastosowania przepisów o zamówieniach publicznych, a więc PKP Intercity mógł bez trudu w oparciu jedynie o prawo do ustalenia warunków udzielenia zamówienia odmówić zawarcia umowy z Europa Express City. Nie doprowadził do tego, a zawierając umowę potwierdził, że nie ocenia dotychczasowego wykonywania usług przez Europa Express City za obarczone wadą nienależytego wykonania w stopniu istotnym. Nie wskazuje na to także korespondencja pomiędzy ZTM a PKP Intercity SA”.

Pismem z dnia 4 kwietnia 2017 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu, uzasadniając to w następujący sposób: „Wykonawca Europa Express City Sp. z o.o. wykluczony został z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, w związku z informacją otrzymaną z PKP Intercity S.A., z której wynika rozwiązanie umowy z dnia 19.02.2015 nr UM-BPR-15-900-0022 na świadczenie regularnych usług przewozu osób, rzeczy i małych zwierząt na trasie: Warszawa – Małkinia – Warszawa (19.02.2015-30.11.2015) z uwagi na rażące naruszenia tej umowy, polegające na zawyżaniu ilości kursów autobusowych skutkujących powstaniem po stronie PKP Intercity S.A. szkody w wysokości 1 969 630,00 zł. W załączeniu: Wypowiedzenie umowy PKP Intercity S.A. z dnia 22.06.2015 r.”

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp brzmi: „Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: (...) 4) który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania;”

Jak już wskazano w odniesieniu do zarzutu poprzedniego odwołujący nie kwestionował faktu rozwiązania z nim przez PKP Intercity S.A. umowy nr UM-BPR-15-900-0022.

Odwołujący konsekwentnie prezentuje jednak stanowisko (w swoim piśmie z 10 lutego 2017 r., odwołaniu oraz w toku rozprawy), że umowa nr UM-BPR-15-900-0022 z dnia 19 lutego 2015 r. nie była wykonywana nienależycie i to w istotnym stopniu.

Zamawiający, wykluczając odwołującego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, oparł się wyłącznie na ocenie sposobu realizacji umowy nr UM-BPR-15-900-0022 z dnia 19 lutego 2015 r. dokonanej przez PKP Intercity S.A., traktując ową ocenę jako wystarczający dowód nienależytego wykonania tejże umowy – „Zamawiający uzyskał i przedstawił wystarczające dowody na nienależyte wykonanie wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, które doprowadziło do jej rozwiązania. Zgodnie z poglądami doktryny „Odnośnie fakultatywnej przesłanki określonej w art. 24 ust. 5 pkt 4 PrZamPubl (...) Zamawiający powinien posiadać dowody na potwierdzenie powyższych przesłanek i w tym zakresie powinien współpracować z zamawiającym, z którym została podpisana wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego. Dowodem na rozwiązanie umowy jest oświadczenie poprzedniego zamawiającego lub zasądzenie odszkodowania (...) (Komentarz do ustawy Pzp, Art. 24 PZP Granecki 2016, wyd. 5)”.

Podnieść jednak należy, że załączone do zawiadomienia z 4 kwietnia 2017 r. wypowiedzenie ww. umowy mogło być – jako oświadczenie poprzedniego zamawiającego, o czym mowa w przywołanym przez zamawiającego komentarzu, dowodem „jedynie” na rozwiązanie umowy, nie zaś jednocześnie dowodem na nienależyte wykonanie umowy przez odwołującego i to w stopniu istotnym. Jak wskazano dalej w ww. komentarzu „Zamawiający powinien posiadać dowody na potwierdzenie powyższych przesłanek i w tym zakresie powinien współpracować z zamawiającym” – współpraca ta winna prowadzić do uzyskania dowodów na potwierdzenie trafności prezentowanej przez rozwiązującego umowę zamawiającego oceny.

Podkreślenia wymaga, że wskazanie przyczyn wypowiedzenia umowy przez PKP Intercity S.A. nie sposób zakwalifikować inaczej niż jako oceny tego zamawiającego sposobu realizacji umowy, a sam fakt uzyskania takiej oceny i staranność zamawiającego w pozyskaniu tej oceny (trzech pism i wypowiedzenia) nie uzasadnia wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.

Tym bardziej w sytuacji, jak przedmiotowa, gdy kwestia oceny, czy umowa była, czy nie była realizowana należycie jest pomiędzy stronami umowy sporna i była to informacja prezentowana przez PKP Intercity S.A. zarówno w piśmie z 24 stycznia 2017 r., jak i 13 marca 2017 r. (pismo z 3 kwietnia 2017 r. stanowiło jedynie odpowiedź na pytanie dotyczące tego, czy umowa nie została wypowiedziana (także) przez odwołującego).

Zwraca przy tym uwagę zdanie PKP Intercity S.A. z pierwszego pisma (z 24 stycznia 2017 r.) zawarte w tabeli, odnoszące się do spornej umowy, tj. *„Rekomendujemy, że wykonawca kwestionuje zasadność rozwiązania umowy w trybie natychmiastowym i stoi na stanowisku, że wykonywał umowę w sposób należyty. Między stronami toczy się spór sądowy”*.

W języku polskim rekomendować to *„wystawiać komuś pochlebne świadectwo; zachwalać, polecać kogoś lub coś”*. W realiach niniejszej sprawy ww. „rekomendacji” PKP Intercity S.A. należałoby nadać takie znaczenie, iż rekomendujący zwraca zamawiającemu uwagę (poleca uwadze zamawiającego) fakt, że ocena PKP Intercity S.A. co do realizacji umowy jest kwestionowana i sporna.

Prezentowany przez zamawiającego pogląd, iż wystarczającym dowodem nienależytego wykonania umowy w istotnym stopniu, które doprowadziło do jej rozwiązania jest oświadczenie wcześniejszego zamawiającego jest w ocenie składu orzekającego Izby nie do zaakceptowania. Oznaczałoby bowiem paradoksalnie albo brak możliwości wykluczenia wykonawcy w postępowaniu prowadzonym przez takiego zamawiającego (ten bowiem nie może odwołać się do „wcześniejszego zamawiającego”) albo oznaczałoby sprowadzenie przesłanki wykluczenia do negatywnej oceny uprzednio wykonywanej dla tego zamawiającego umowy (arbitralnej oceny nienależytego wykonania umowy, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, w istotnym stopniu, co doprowadziło do rozwiązania umowy).

Dostrzeżenia nadto wymaga, że ani w treści samego zawiadomienia z 4 kwietnia 2017 r., ani w wypowiedzeniu z 22 czerwca 2015 r. nie odniesiono się w ogóle do kwestii nienależytego wykonania umowy z przyczyn leżących po stronie odwołującego. Wątek ten wymagał szczególnej uwagi ze względu na podnoszoną przez

odwołującego (pismo z 10 lutego 2017 r., str. 4, 4 akapit) dotychczasową praktykę wystawiania i akceptowania faktur z tytułu realizacji tzw. „kursów pustych”.

Skład orzekający Izby ponownie wskazuje, że w ramach tego postępowania odwoławczego poddał ocenie czynność zamawiającego, o której zamawiający zawiadomił odwołującego pismem z dnia 4 kwietnia 2017 r., polegającą na wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu, opartym na wskazanych podstawach prawnych i faktycznych. I tylko od tak dokonanej czynności mógł złożyć i złożył odwołanie odwołujący (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp) – z zarzutem opartym na wskazanych przez zamawiającego podstawach. Fakt ujęcia przez odwołującego argumentacji w zakresie szerszym niż odnosząca się do będących podstawą wykluczenia okoliczności pozostaje bez znaczenia dla oceny czynności zamawiającego.

Skład orzekający Izby nie mógł przy orzekaniu uwzględnić innych okoliczności faktycznych wykluczenia odwołującego niż wskazane w zawiadomieniu z dnia 4 kwietnia 2017 r.

Okoliczności faktyczne wykluczenia odwołującego podane w zawiadomieniu z 4 kwietnia 2017 r., o czym była mowa powyżej, nie uzasadniały podjętej przez zamawiającego czynności.

Niezależnie od powyższego skład orzekający Izby wskazuje, że dopiero w swoim stanowisku pisemnym – Odpowiedzi zamawiającego na odwołanie z dnia 8 maja 2017 r. – zamawiający poruszył kwestię „przyczyn leżących po stronie wykonawcy”, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. (str. 2 do „*Zamawiający uzyskał i przedstawił (...)*”).

Zamawiający nie zaprezentował, nawet w Odpowiedzi na odwołanie, argumentów przemawiających za uznaniem, że umowa nr UM-BPR-15-900-0022 z dnia 19 lutego 2015 r. nie była wykonywana przez odwołującego nienależycie i to w istotnym stopniu.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że zarzut się potwierdził.

Zarzut odrzucenia oferty odwołującego, mimo iż nie zachodzi przesłanka jej odrzucenia potwierdził się.

W konsekwencji uznania, że braku było podstaw do wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz art. 24 ust. 5

pkt 4 ustawy Pzp skład orzekający Izby uznał brak podstaw do odrzucenia oferty odwołującego.

Skład orzekający Izby podzielił przy czym stanowisko odwołującego, iż prawidłowym przepisem odrzucenia oferty wykonawcy, który został wykluczony w przetargu nieograniczonym jest art. 24 ust. 4 ustawy Pzp (nie zaś art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, który ma zastosowanie w sytuacji – jak wskazał odwołujący – „w której wykonawca jest wykluczony z postępowania w chwili składania oferty, co może mieć miejsce w trybach z prekwalifikacją”.

Zarzut wyboru oferty, która nie może być w świetle przepisów ustawy i postanowień SIWZ wybrana jako najkorzystniejsza potwierdził się.

W konsekwencji potwierdzenia się zarzutu braku podstaw do wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i w następstwie tego do odrzucenia złożonej przez odwołującego oferty, skład orzekający Izby uznał, że wybór oferty wykonawcy Mobilis sp. z o.o. nie był prawidłowy, ponieważ zamawiający nie poddał ocenie, z zastosowaniem kryteriów oceny ofert (rozdział XIII SIWZ), oferty odwołującego, która w świetle treści oferty odwołującego i tych kryteriów ma szansę zostać uznana za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu (interes w uzyskaniu zamówienia odwołującego nie był zresztą przez innych uczestników kwestionowany).

Zarzut braku podania uzasadnienia faktycznego i prawnego dla przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby odwołuje się do ustaleń poczynionych w odniesieniu do zarzutu bezpodstawnego wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp (zarzut pierwszy).

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołujący podniósł w odwołaniu, że zamawiający wykluczając go z udziału w postępowaniu wyłącznie przytoczył treść normy prawnej bez jakiegokolwiek argumentacji, jakie informacje wprowadzające w błąd zamawiającego zostały podane przez odwołującego i jakie mogły one wywrzeć wpływ na decyzje zamawiającego oraz, że z pisma zamawiającego (zawiadomienia z 4 kwietnia 2017 r. i pism do niego załączonych) „nie wynika, by dowodziły one, że jakiegokolwiek informacje podawane przez wykonawcę wprowadzają w błąd zamawiającego, a w konsekwencji, że wpływają na decyzje zamawiającego w postępowaniu”.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że zamawiający, jak wymaga tego przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poinformował, pismem z 4 kwietnia 2017 r., wykonawców, w szczególności odwołującego o tym, że odwołujący został wykluczony z postępowania, podał podstawę prawną tej czynności (art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp) oraz faktyczną (o czym była mowa w odniesieniu do zarzutu pierwszego – przedstawienie przez odwołującego nieprawdziwej, a tym samym wprowadzającej zamawiającego w błąd informacji).

Fakt, że uzasadnienie to nie było wystarczające do zastosowania przez zamawiającego art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp wobec odwołującego nie oznacza jednak, że zamawiający w ogóle uzasadnienia faktycznego podjętej czynności nie podał.

Potwierdzeniem, że uzasadnienie czyniło zadość wymogom ustawy Pzp, jest złożenie przez odwołującego odwołania, popartego szeroką i – przede wszystkim – adekwatną do okoliczności wykluczenia argumentacją.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Sygn. akt KIO 746/17

Zarzuty naruszenia:

- art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Mobilis sp. z o.o., który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
- art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Mobilis sp. z o.o., pomimo zaistnienia przesłanek obligujących zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy, jako że oferta została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Mobilis sp. z o.o., w sytuacji gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ,
- art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Mobilis sp. z o.o., podczas gdy oferta ta nie kwalifikuje się do oceny pod względem kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ przez niezapewnienie realizacji celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest wybór oferty gwarantujący prawidłowe wykonanie

przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego postawionymi w SIWZ.

- art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne przyznanie wykonawcy Mobilis sp. z o.o. punktów w ramach kryterium „alternatywne źródła zasilania autobusów”, podczas gdy zaoferowany przez Mobilis Sp. z o.o. model autobusu VOLVO 8900 nie jest modelem oferowanym w wersji hybrydowej, a jedynie z napędem konwencjonalnym, a zatem w ogóle nie powinien być punktowany w zakresie kryterium „alternatywne źródła zasilania autobusów”
nie potwierdziły się.

W odwołaniu odwołujący zaprezentował argumentację dotyczącą ww. zarzutów łącznie.

W takż sam sposób odniesienie się do tych zarzutów skład orzekający Izby.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Wymagania techniczne dla autobusów zamawiający zawarł w Załączniku nr 1 do SIWZ, w tym zażądał:

- układ drzwi pasażerskich: 2-2-2- (pkt 1.8.)
- autobus całkowicie niskopodłogowy (pkt 2.1.),
- rodzaj zasilania:
 - konwencjonalny – olej napędowy,
 - alternatywny – np. biopaliwa (biodiesel (m.in. B80), biogaz, bioetanol), CNG, LNG, napęd elektryczny, ogniwa paliwowe (wodór),
 - hybrydowy – połączenie różnych źródeł zasilania z napędem elektrycznym w układ hybrydowy (pkt 4)..

Zamawiający przewidział ocenę ofert w dwóch kryteriach (rozdział XIII SIWZ):

- „cena” o znaczeniu 60 %,
- „alternatywne źródła zasilania autobusów” o znaczeniu 40 %, przy czym doprecyzował, że:
 - ocena punktowa zostanie dokonana na podstawie liczby autobusów zgłoszonych w formularzu ofertowym, których źródła zasilania będą alternatywne w stosunku do oleju napędowego, tj. pochodzące z biopaliw, CNG, LNG, napędu elektrycznego, ogniwo paliwowych (wodoru) lub będą łączyły różne źródła zasilania w napęd hybrydowy,
 - liczba zaoferowanych pojazdów zostanie skorygowana współczynnikiem efektu ekologicznego (W), który przyjmie wartość 1,0 dla autobusów o napędzie elektrycznym lub hybrydowym ograniczającego emisję w strefie przystanku na trasie (brak emisji

zanieczyszczeń w trakcie postoju i obsługi podróżnych) wytwarzanym z ogniw paliwowych (wodoru)

Zamawiający oczekiwał złożenia wypełnionego formularza ofertowego, sporządzonego według wzoru stanowiącego Załącznik nr 3 do SIWZ (Rozdział X pkt 1.1) SIWZ).

W pkt. 3 wzoru formularza ofertowego, obejmującym zobowiązanie wykonawcy do wykonywania zamówienia autobusami o parametrach technicznych określonych w SIWZ zamawiający zawarł także tabelę, którą wypełnić miał wykonawca – wykonawca podać miał: „Markę i typ autobusu” (kolumna 1), „Liczbę sztuk” (kolumna 2), „Źródło napędu” (kolumna 3).

Wykonawca Mobilis Sp. z o.o. w Formularzu ofertowym podał:

- kolumna 1: „VOLVO 8900, MAN Lion’s City A37 Hybrid”,
- kolumna 2: „61”,
- kolumna 3: „hybrydowe ograniczające emisję w strefie przystanku na trasie (brak emisji zanieczyszczeń w trakcie postoju i obsługi podróżnych”.

Odwołujący w Formularzu ofertowym podał:

- kolumna 1: „MAN Lion’s City Hybrid lub VOLVO 7900 Hybrid”,
- kolumna 2: „54”,
- kolumna 3: „hybrydowe z ograniczeniem emisji spalin w strefie przystanku na trasie”.

W postępowaniu złożono cztery oferty, z których 3 (ofertę wykonawcy Europa Express City Sp. z o.o. z Warszawy zamawiający odrzucił) zamawiający poddał ocenie z zastosowaniem wskazanych w Rozdziale XIII SIWZ kryteriów oceny.

Oferta Mobilis sp. z o.o. została oceniona w kryterium „alternatywne źródła zasilania autobusów” najwyżej, uzyskując maksymalną w tym kryterium liczbę punktów, tj. 40 (zamawiający uwzględnił 61 autobusów). Uzyskała też maksymalną w liczbę punktów w kryterium „cena”, tj. 60 i została uznana za najkorzystniejszą (Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 4 kwietnia 2017 r.).

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby zauważył, że eksponowany przez odwołującego fakt uwzględnienia odwołania przez zamawiającego nie stanowi dowodu na zasadność podniesionych zarzutów. Oznacza to jedynie, iż zamawiający podzielił stanowisko odwołującego (wymagające udowodnienia przed Izbą).

Odwołujący twierdził, że Volvo 8900 to model autobusu, który nie jest oferowany w wersji hybrydowej, a jedynie z napędem konwencjonalnym (str. 6 odwołania, drugi akapit) oraz nie jest tożsamy z modelem autobusu Volvo 7900 Hybrid, zaproponowanym zarówno przez odwołującego, jak i wykonawcę Arriva Bus Transport Polska sp. z o.o. (str. 6 odwołania, trzeci akapit).

Twierdził także, że w modelu Volvo 8900 dostępny układ drzwi wejściowych to 2+2+1 lub 1+1+0 (str. 6 odwołania, ostatni akapit) oraz, że model ten występuje jedynie jako wersja niskowejściowa (nie jest całkowicie niskopodłogowa) – str. 7 odwołania, pierwszy akapit.

W opinii z dnia 2 maja 2017 r. sporządzonej na zlecenie odwołującego przez członka Stowarzyszenia Rzeczoznawców Motoryzacyjnych i Maszynowych POLEKSMOT w Katowicach (skład orzekający Izby opinię uznał za stanowisko własne odwołującego) odwołujący zaprezentował stanowisko, że zaoferowane przez wykonawcę Mobilis sp. z o.o. autobusy to Volvo 8900 B4SC Low Entry – nr świadectwa homologacji typu pojazdu: e11*2007/46*0008*14.

Skład orzekający Izby, opierając się na złożonych przez wykonawcę Mobilis sp. z o.o., zastrzeżonych przez tegoż wykonawcę dokumentach, stanowiących załączniki nr 1-3 do Pisma przygotowawczego przystępującego z dnia 8 maja 2017 r.: świadectwie homologacji typu nr e11*2007/46*0008*15 wydanym 18 listopada 2016 r., piśmie Volvo Bus Corporation z siedzibą w Goeteborgu (Szwecja) z dnia 24 kwietnia 2017 r., formularzu ofertowym Volvo Bus Corporation z siedzibą w Goeteborgu (Szwecja) – oferta dla Mobilis sp. z o.o. z dnia 9 stycznia 2017 r. dotycząca przedmiotowego postępowania 74/2016, a także piśmie Volvo Bus Corporation z siedzibą w Goeteborgu (Szwecja) z dnia 25 kwietnia 2017 r. stwierdził, że wykonawca Mobilis sp. z o.o. zaoferował wykonywanie zamówienia autobusami marki Volvo typ B4SC typ nadwozia 8900 w wariantcie hybrydowym o nazwie handlowej 7900.

W ocenie składu orzekającego Izby oznaczenie przez wykonawcę Mobilis sp. z o.o. autobusów w Formularzu ofertowym jako „VOLVO 8900” oraz wskazanie ich źródła napędu jako „hybrydowe ograniczające w strefie przystanku na trasie” było wystarczające i prawidłowe.

Wystarczające, ponieważ tylko podania marki i typu (nie precyzując jak typ rozumieć) autobusu żądał zamawiający w kolumnie 1 tabeli, ujętej w Formularzu ofertowym oraz z tego względu, że zamawiający nie wprowadził żadnych wymogów co do stopnia szczegółowości określenia źródła napędu w przypadku kolumny 3 ww. tabeli

(określenie źródła napędu jako „hybrydowe ograniczające w strefie przystanku na trasie” było przy tym zrozumiałe).

Prawidłowe, ponieważ tożsame oznaczenie co do marki i typu autobusów jak w Formularzu ofertowym wykonawcy Mobilis sp. z o.o. zastosował producent tych autobusów [Volvo Bus Corporation z siedzibą w Goeteborgu (Szwecja)] w ofercie dla Mobilis sp. z o.o. – producent oznaczył autobusy jako Volvo 8900, uzupełniając to oznaczenie informacją w nawiasie: „nazwa handlowa 7900”. Prawidłowe dlatego także, iż w świadectwie homologacji typu nr e11*2007/46*0008*15 wskazano pojazd: Volvo (marka) oraz jako jeden ze sposobów identyfikacji typu: 8900 (nadwozie – karoseria) – wariant obejmujący nazwy handlowe: 7900 i 8900.

Dostrzeżenia wymaga, że odwołujący na rozprawie sam powoływał się na fakt, iż w homologacji w tabeli 0.2.1. podano „7900” jako nazwę komercyjną (handlową).

W ocenie składu orzekającego Izby na podstawie informacji zawartych w świadectwie homologacji typu nr e11*2007/46*0008*15 oraz ofercie dla Mobilis sp. z o.o., wskazujących iż autobus Volvo 8900 to pojazd o nazwie handlowej 7900, a nadto na podstawie oświadczenia Volvo Bus Corporation z siedzibą w Goeteborgu (Szwecja) z dnia 24 kwietnia 2017 r. (załącznik nr 5 do Pisma przygotowawczego przystępującego z 8 maja 2017 r.), zgodnie z którym zarówno wykonawcy Mobilis sp. z o.o., odwołującemu, jak i wykonawcy Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. producent zaoferował takie same autobusy marki Volvo o typie 8900 o nazwie handlowej „7900”, przyjęć należy, że w szczególności Mobilis sp. z o.o. i odwołujący ujęli w tabeli Formularza ofertowego takie same, choć inaczej oznaczone, autobusy.

Skład orzekający Izby uznał przy tym, że odwołującemu producent zaoferował autobusy oznaczone jako „VOLVO 8900 (nazwa handlowa 7900)” (nie zaś „VOLVO 7900 (nazwa handlowa 7900)”. Wynika to z przedłożonego na rozprawie przez wykonawcę Mobilis sp. z o.o. Formularza ofertowego Volvo Bus Corporation z siedzibą w Goeteborgu (Szwecja) – Oferta dla M. Sp. z o.o. z dnia 29 grudnia 2017 r. na dostawę 54 autobusów hybrydowych VOLVO” (załącznik do korespondencji elektronicznej z dnia 29 grudnia 2016 r. pomiędzy osobą ze strony wykonawcy M. Sp. z o.o. a osobą ze strony producenta) oraz z dodatkowego oświadczenia Volvo Bus Corporation z siedzibą w Goeteborgu (Szwecja) z dnia 24 kwietnia 2017 r. (załącznik nr 5 do Pisma przygotowawczego przystępującego z dnia 8 maja 2017 r.), w którym producent potwierdził, że w szczególności Mobilis sp. z o.o. i odwołującemu zaoferował (dedykowane dla zamówienia 74/2016) *autobusy „marki VOLVO o typie 8900, będące autobusami miejskimi (klasa I), niskopodłogowymi, z napędem hybrydowym*

(tj. wyposażonymi w 5-litrowy silnik konwencjonalny diesla oraz silnik elektryczny) o nazwie handlowej „7900”

Podkreślić należy, że choć producent w ofertach dla Mobilis sp. z o.o. i odwołującego (wstępna część oraz wiersz poprzedzający tabelę) posłużył się także oznaczeniem „VOLVO 7900 z napędem hybrydowym”, to jednak wskazując w tabeli markę i typ pojazdu podał „VOLVO 8900 (nazwa handlowa 7900)”.

Zauważenia nadto wymaga, w kontekście zarzutu zaofierowania przez wykonawcę Mobilis sp. z o.o. autobusów, które nie odpowiadają wymogom SIWZ, iż w uwagach do oferty dla Mobilis sp. z o.o. producent oświadczył, iż *„Oferowane autobusy spełniają wymagania techniczne dotyczące pojazdów określonych wymogami SIWZ nr sprawy 74/2016 w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego ogłoszonego przez ZTW Warszawa”* (pkt. 1), a nadto, iż odwołujący sam uznał, że wskazane przez niego pojazdy spełniają wymagania SIWZ (str. 4 odwołania, trzeci akapit). Skoro zaś obaj wykonawcy wskazali te same autobusy (choć inaczej oznaczone) to uznać należało, że wskazany przez Mobilis sp. z o.o. autobus odpowiada oczekiwaniom zamawiającego tak co do układu drzwi (2+2+2), jak i ukształtowania podłogi (całkowicie niskopodłogowy).

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że wykonawca Mobilis sp. z o.o. nie przedstawił zamawiającemu informacji wprowadzających zamawiającego w błąd co do rodzaju napędu, tj. ujął w Formularzu ofertowym prawidłowo oznaczony co do marki i typu autobus Volvo 8900 z hybrydowym źródłem napędu wobec czego wykluczenie Mobilis sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp jest niezasadne.

W konsekwencji braku było podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy Mobilis sp. z o.o. (ze względu na brak podstaw do wykluczenia), przy czym skład orzekający Izby zauważa, że podstawą odrzucenia oferty wykonawcy, który został wykluczony jest art. 24 ust. 4 ustawy Pzp (*„Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą”*), nie zaś – jak wskazał odwołujący – art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, którego zastosowanie (co jednoznacznie wynika z jego brzmienia) dotyczy złożenia oferty przez wykonawcę już wykluczonego (uprzednio, przed złożeniem oferty), co może nastąpić w tzw. postępowaniach dwuetapowych (przetarg ograniczony).

Skład orzekający Izby uznał także, że brak było podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy Mobilis sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ wykonawca Mobilis sp. z o.o. ujął w Formularzu ofertowym taki sam jak odwołujący, spełniający wymagania zamawiającego autobus.

Skład orzekający Izby zauważa, że odwołujący, kwestionując ujęty w Formularzu ofertowym Mobilis sp. z o.o. autobus Volvo 8900, nie kwestionował jednocześnie ujętego także w Formularzu ofertowym tego wykonawcy autobusu MAN Lion's City A37 Hybrid, stąd pozytywna weryfikacja „*pod kątem zgodności z wymaganiami technicznymi wskazanymi w SIWZ*” autobusu Volvo jest wystarczająca do uznania, że zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy Mobilis sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W konsekwencji uznania braku podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy Mobilis sp. z o.o. skład orzekający Izby uznał, że zamawiający miał obowiązek poddać ofertę tego wykonawcy ocenie z zastosowaniem kryteriów oceny ofert wskazanych w SIWZ (Rozdział XIII SIWZ) oraz, że zasadnie przyznał temu wykonawcy punkty (60 pkt) w kryterium „*alternatywne źródła zasilania autobusów, ponieważ zaoferował autobusy z hybrydowym źródłem napędu*”.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. przez zaniechanie wykluczenia, a następnie zaniechanie odrzucenia oferty Mobilis sp. z o.o. oraz przyjęcie przez zamawiającego, że zaoferowane przez w/w firmę autobusy VOLVO 8900 są zgodne z treścią SIWZ nie potwierdził się.

Odwołujący podniósł ten zarzut jedynie jako konsekwencja dokonania przez zamawiającego „*wyboru oferty wykonawcy, który winien być wykluczony, oraz którego oferta powinna zostać odrzucona*” (str. 11 odwołania, przedostatni akapit), wobec czego – w konsekwencji uznania przez skład orzekający Izby, że nie potwierdził się żaden z ww. zarzutów – skład orzekający Izby uznał, że i ten zarzut nie jest zasadny.

Ponieważ nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania orzeczono jak w sentencji, oddalając odwołanie.

Skład orzekający Izby nie uwzględnił wniosku o przystępującego z 10 maja 2017 r. o otwarcie rozprawy na nowo, ponieważ skład orzekający Izby uznał w wyroku (na podstawie innych złożonych przez przystępującego dowodów), że Volvo Bus Corporation (Goeteborg, Szwecja) zaoferował zarówno odwołującemu, jak i przystępującego takie same autobusy oznaczone przez producenta w ofertach dla tych wykonawców: Volvo 8900 (nazwa handlowa Volvo 7900).

Na podstawie art. 192 ust. 8 ustawy Pzp skład orzekający Izby wydał w sprawach o sygn. akt KIO 741/17 i KIO 746/17 orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....