

Sygn. akt: KIO 1275/17

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 30 czerwca 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ewa Kisiel**  
**Magdalena Grabarczyk**  
**Marek Koleśnikow**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 30 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania z dnia 22 czerwca 2017 r., wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1. Ursus Bus S.A. z siedzibą w Lublinie, 2. Ursus S.A. z siedzibą w Lublinie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miejską Bolesławiec z siedzibą w Bolesławcu**

**postanawia:**

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1. Ursus Bus S.A. z siedzibą w Lublinie, 2. Ursus S.A. z siedzibą w Lublinie** kwoty **15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych)**, stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

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

.....

.....

.....

## Uzasadnienie

Gmina Miejska Bolesławiec z siedzibą w Bolesławcu (dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” na „Zakup niskoemisyjnego taboru autobusowego na potrzeby komunikacji miejskiej w Bolesławcu”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 27 stycznia 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2017/S 019-032492.

W dniu 22 czerwca 2017 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. Ursus Bus S.A. z siedzibą w Lublinie, 2. Ursus S.A. z siedzibą w Lublinie (dalej: „Odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na:

1. wykluczeniu Odwołującego z postępowania z uwagi na zaistnienie przesłanek określonych w przepisach art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 i art. 24 ust. 5 pkt. 2 i 4 ustawy;
2. odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na treść art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy;
3. zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, przez jego błędne zastosowanie i uznanie, że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania, pomimo że nie zaistniały określone w tym przepisie przesłanki do wykluczenia, w szczególności poprzez:
  - a) błędne i nieuzasadnione przyjęcie, iż w treści Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej: „JEDZ”) Odwołujący winien był zawrzeć informację o okolicznościach innych, niż wyłącznie okoliczności aktualne na dzień jego złożenia;

- b) błędne i nieuzasadnione przyjęcie, iż odmienna kwalifikacja stanu faktycznego przez Odwołującego może stanowić podstawę do zakwalifikowania informacji jako wprowadzającej w błąd;
  - c) błędne i nieuzasadnione przyjęcie, iż wszystkie informacje zawarte w treści JEDZ są istotne z punktu widzenia podstaw do wykluczenia określonych w przepisach ustawy, w tym w szczególności informacja o samym fakcie nałożenia kary umownej za zwłokę, z którym to faktem ustawa nie łączy bezpośrednio obowiązku wykluczenia wykonawcy z postępowania;
  - d) błędne i nieuzasadnione przyjęcie, iż Odwołujący składając informację działań z zamiarem lub w warunkach rażącego niedbalstwa, pomimo, iż Zamawiający w żaden sposób nie ustalił tych okoliczności.
2. art. 24 ust. 1 pkt.17 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, przez jego błędne zastosowanie i uznanie, że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania, pomimo że nie zaistniały określone w tym przepisie przesłanki do wykluczenia, w szczególności poprzez:
- a) błędne i nieuzasadnione przyjęcie, iż przepis ten znajduje zastosowanie również do informacji, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania i spełnia warunki udziału w postępowaniu, podczas gdy znajduje on zastosowanie do informacji innych, niż określone w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy;
  - b) błędne i nieuzasadnione przyjęcie, iż w treści JEDZ Odwołujący winien był zawrzeć informację o okolicznościach innych, niż okoliczności wyłącznie aktualne na dzień jego złożenia;
  - c) błędne i nieuzasadnione przyjęcie, iż odmienna kwalifikacja stanu faktycznego przez Odwołującego może stanowić podstawę do zakwalifikowania informacji jako wprowadzającej w błąd;
  - d) błędne i nieuzasadnione przyjęcie, iż Odwołujący składając informację działań z w warunkach lekkomyślności lub niedbalstwa, pomimo, iż Zamawiający w żaden sposób nie ustalił tych okoliczności.
3. art. 24 ust. 5 pkt 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, przez jego błędne zastosowanie i uznanie, że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania, pomimo że nie zaistniały określone w tym przepisie przesłanki do wykluczenia, w szczególności przez:

- a. błędne i nieuzasadnione przyjęcie, iż sam fakt nałożenia na Odwołującego kar umownych może stanowić podstawę do uznania, iż nastąpiło niewykonanie bądź nienależyte wykonanie zamówienia w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, w szczególności wobec braku zbadania przez Zamawiającego zasadności i okoliczności nałożenia kar umownych;
- b. błędne i nieuzasadnione przyjęcie, iż zaistnienie w przedmiocie ustawy drobnych usterek, które w tak złożonym zamówieniu jak autobusy występują powszechnie i które co do zasady nie mogą stanowić podstawy do odmowy odbioru i mogłyby zostać usunięte w ramach rękoi bądź gwarancji:
- usterki układu ogrzewania autobusu;
  - sposób mocowania osłon;
  - uszkodzenie szyb;
  - brak sygnalizacji na pulpicie kierowcy części błędów pojazdu;
- może stanowić podstawę do uznania, iż nastąpiło niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa;
- c. błędne i nieuzasadnione przyjęcie, iż przy wykonywaniu przez Odwołującego umowy dostawy autobusów dla MZK Toruń Odwołujący działał z zamiarem nienależytego wykonania lub niewykonania umowy lub w warunkach rażącego niedbalstwa, w szczególności wobec braku zbadania tych okoliczności przez Zamawiającego;
- d. błędne i nieuzasadnione przyjęcie, iż zakreślone w ww. przepisie przesłanki do wykluczenia z postępowania mogą być stosowane przez Zamawiającego w sposób dowolny, na podstawie jego własnego przekonania, bez ich uprzedniego należytego zbadania i przedstawienia Odwołującemu na te okoliczności stosownych środków dowodowych;
- e. błędną ocenę dowodów i nieuzasadnione pominięcie istotnej dla danej sprawy treści pisma z dnia 9 czerwca 2017 r. otrzymanego przez Zamawiającego od MZK Toruń, z której wprost wynikało, iż zamówienie dla MZK Toruń Odwołujący wykonał należycie: „W dniu ostatecznego odbioru autobusów pojazdy spełniały wymagania zamawiającego określone w dokumentacji przetargowej; Pojazdy zostały włączone do floty zamawiającego i pełnią czynną służbę w przewozach pasażerskich”;

4. art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, przez jego błędne zastosowanie i uznanie, że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania, pomimo że nie zaistniały określone w tym przepisie przesłanki do wykluczenia, w szczególności poprzez:

a) błędne i nieuzasadnione przyjęcie, iż umowa dostawy autobusów zawarta przez Odwołującego z MZK Toruń została rozwiązana lub jej wykonanie doprowadziło do zasądzenia odszkodowania, podczas gdy okoliczności te nie miały miejsca, a Zamawiający nie wykazał ich wystąpienia;

b) błędne i nieuzasadnione przyjęcie, iż zaistnienie w przedmiocie ustawy drobnych usterek, które w tak złożonym zamówieniu jak autobusy występują powszechnie i które co do zasady nie mogą stanowić podstawy do odmowy odbioru i mogłyby zostać usunięte w ramach rękojmi bądź gwarancji:

- usterki układu ogrzewania autobusu;
- sposób mocowania osłon;
- uszkodzenie szyb;
- brak sygnalizacji na pulpicie kierowcy części błędów pojazdu;

może stanowić podstawę do uznania, iż nastąpiło niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w istotnym stopniu;

c) błędną ocenę dowodów i nieuzasadnione pominięcie istotnej dla danej sprawy treści pisma z dnia 9 czerwca 2017 r. otrzymanego przez Zamawiającego od MZK Toruń, z której wprost wynikało, iż zamówienie dla MZK Toruń Odwołujący wykonał należycie; „W dniu ostatecznego odbioru autobusów pojazdy spełniały wymagania zamawiającego określone w dokumentacji przetargowej; Pojazdy zostały włączone do floty zamawiającego i pełnią czynną służbę w przewozach pasażerskich”;

oraz - z ostrożności procesowej - wyłącznie na wypadek nieuwzględnienia ww. zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17, Zamawiającemu zarzucam również:

5. Art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy, przez jego niezastosowanie wobec faktu, iż Zamawiający był zobowiązany a nie jedynie uprawniony do jego zastosowania w sytuacji, gdy nie były dla niego jasne powody i okoliczności złożenia przez Odwołującego oświadczeń w formularzu JEDZ o treści takiej, jak zostały złożone w postępowaniu, podczas gdy Zamawiający przed wykluczeniem

Odwołującego z postępowania z uwagi na treść art. 26 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy zobowiązany jest ustalić, czy złożenie oświadczenia jest wynikiem zamierzonego działania, rażącego niedbalstwa, lekkomyślności lub niedbalstwa, a nie choćby odmiennej oceny pewnych faktów i okoliczności przez Odwołującego.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty Odwołujący wnosił o:

- uwzględnienie odwołania;
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Solaris Bus & Coach jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
- nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu.

oraz - z ostrożności procesowej - wyłącznie na wypadek nieuwzględnienia ww. zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy:

- nakazanie Zamawiającemu dokonania wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do wyjaśnienia treści przedłożonego w postępowaniu oświadczenia JEDZ w celu ustalenia motywów Odwołującego przy składaniu oświadczenia o tej treści, w szczególności ustalenia, czy złożenie oświadczenia jest wynikiem zamierzonego działania, rażącego niedbalstwa, lekkomyślności lub niedbalstwa, a nie choćby odmiennej oceny pewnych faktów i okoliczności przez Odwołującego.

W dniu 29 czerwca 2017 r. do Izby, w formie pisemnej wpłynęło pismo, zawierające odpowiedź na odwołanie, w którym Zamawiający oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty postawione w odwołaniu.

Wobec powyższego, stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, należało postępowanie umorzyć.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba wzięła pod uwagę fakt, że uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem rozprawy. W tych okolicznościach – w świetle przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp w zw. z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010.41.238) – Izba postanowiła znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i orzec o dokonaniu zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

.....

.....

.....