

Sygn. akt KIO 1441/18

Sygn. akt KIO 1462/18

WYROK

z dnia 14 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marzena Teresa Ordysińska**

Członkowie: **Danuta Dziubińska**

Emilia Garbala

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawach w dniach: 2 sierpnia 2018 r. i 10 września 2018 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lipca 2018 r.:

- A. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Grodzisku Mazowieckim (sygn. akt KIO 1441/18),
- B. przez wykonawcę Arriva Bus Transport Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Toruniu (sygn. akt KIO 1462/18)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, działający na podstawie udzielonych pełnomocnictw w imieniu i na rzecz Miasta Stołecznego Warszawa

przy udziale:

- wykonawcy Arriva Bus Transport Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Toruniu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 1441/18 po stronie odwołującego,
- wykonawcy M. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Radomiu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 1441/18 oraz sygn. akt KIO 1462/18 po stronie zamawiającego,
- wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Grodzisku Mazowieckim, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 1462/18 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić oba odwołania w całości.
2. Nakazuje zamawiającemu - Zarządowi Transportu Miejskiego w Warszawie unieważnienie wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Grodzisku Mazowieckim (sygn. akt KIO 1441/18) i wykonawcy Arriva Bus Transport Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Toruniu (sygn. akt KIO 1462/18) oraz unieważnienie odrzucenia ofert tych wykonawców.
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną łącznie przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Grodzisku Mazowieckim (sygn. akt KIO 1441/18) i wykonawcę Arriva Bus Transport Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Toruniu (sygn. akt KIO 1462/18) tytułem wpisu od obu odwołań,
 - 3.2. zasądza od zamawiającego – Zarządu Transportu Miejskiego w Warszawie na rzecz wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Grodzisku Mazowieckim (sygn. akt KIO 1441/18) kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3.3. zasądza od zamawiającego – Zarządu Transportu Miejskiego w Warszawie na rzecz wykonawcy Arriva Bus Transport Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Toruniu (sygn. akt KIO 1462/18) kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1579 z późn. 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:

.....

.....

Sygn. akt KIO 1441/18

Sygn. akt KIO 1462/18

U z a s a d n i e n i e

I. Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, działający na podstawie udzielonych pełnomocnictw w imieniu i na rzecz Miasta Stołecznego Warszawa (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług przewozu regularnego na liniach autobusowych nadzorowanych przez ZTM, funkcjonujących w ramach systemu komunikacji miejskiej przy wykorzystaniu 50 autobusów o długości ok. 18 metrów”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017, poz. 1579 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

Sygn. akt KIO 1441/18

W dniu 23 lipca 2018 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Grodzisku Mazowieckim (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. Art. 89 ust 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust 1 pkt 20 Prawa zamówień publicznych poprzez uznanie, iż doszło do porozumienia Odwołującego z Wykonawcą ARRIVA Bus Transport Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu (dalej: „Arriva”), mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
2. Art. 7 ust 1 Prawa zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji polegający na ograniczaniu konkurencji i możliwości korzystania przez przedsiębiorców z zasad swobody działalności gospodarczej,
3. Art. 89 ust 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprzez uznanie, iż złożenie przez Odwołującego oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
4. Art. 92 ust 1 Prawa zamówień publicznych poprzez brak podania powodów odrzucenia oferty oraz uzasadnienia faktycznego z tytułu ziszczenia się okoliczności wskazanej w art. 89 ust 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych,

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

1. Zarzuty dotyczące zawarcia porozumienia i prowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji (pkt 1 i 2)

Zgodnie z treścią art. 24 ust 1 pkt 20 Prawa zamówień publicznych: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.” Ziszczenie się tej przesłanki rodzi poważne konsekwencje wyrażone w art. 24 ust 7 pkt 3 Prawa zamówień publicznych: „wykluczenie Wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa w ust 1 pkt 18 i 20 lub 5 pkt 2 i 4, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia”.

W odniesieniu do Wykonawcy, takiego jak Odwołujący, którego podstawowym sposobem pozyskiwania zleceń jest uzyskiwanie zamówień w drodze postępowań o udzielenie zamówienia publicznego ziszczenie się tej przesłanki może oznaczać nawet jego upadłość/likwidację lub co najmniej głęboką reorganizację (ze zmianą zarządu włącznie) w związku z procedurą self-cleaningu (art. 24 ust 8 Prawa zamówień publicznych). Dodatkowo powyższa okoliczność wpływa negatywnie na wizerunek firmy, a bezpodstawne „oskarżenie” narusza dobra osobiste Wykonawcy.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz niewątpliwy fakt ciężenia obowiązku dowodowego na Zamawiającym, dokonanie czynności wykluczenia Wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 20 Prawa zamówień publicznych musi nastąpić w oparciu o ostrożną i przemyślaną decyzję, popartą należycie udowodnionymi okolicznościami. Tymczasem Zamawiający w odniesieniu do Odwołującego, niejako „przy okazji” wykluczenia Wykonawcy Arriva wywodzi obowiązek wykluczenia tylko z powodu zawarcia z tym Wykonawcą umowy o udostępnieniu bazy transportowej bez jakiegokolwiek zbadania ustawowych przesłanek tj.

- 1) istnienia porozumienia,
- 2) które ma na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami.

Przykładowo Zamawiający – zdaniem Odwołującego - nie badał i nie wskazywał dowodów na okoliczność:

- 1) wiedzy Odwołującego na temat zaproponowanej „pierwotnie” przez firmę Arriva lokalizacji bazy transportowej w postępowaniu nr 100/2017 w którym Odwołujący nie uczestniczył zarówno jako Wykonawca jak i podmiot udostępniający jakkolwiek zasób, w tym bazy transportowej jak również nie wносił do Zamawiającego (w jakiegokolwiek) formie wniosku o udostępnienie takiej informacji,

2) braku rynkowego charakteru zawartej w dniu 6 czerwca 2018 roku umowy dotyczącej wyłącznie udostępnienia bazy transportowej dla celów wykonania zamówienia objętego postępowaniem nr 100/2017,

3) celowego działania obydwu Wykonawców w celu ograniczenia konkurencji w którymkolwiek z postępowań (nr 100/2017 i 7/2018). Odwołujący zwracał uwagę, iż element ten musi być objętym odrębnym badaniem w stosunku do każdego z Wykonawców. Gdyby celowość działania dotyczyła wyłącznie jednego z Wykonawców, a nie dotyczyła drugiego to przesłanka „porozumienia” o której mowa w art. 24 ust 1 pkt 20 Prawa zamówień publicznych nie zostałyby spełnione,

4) ewentualnej korzyści Odwołującego w „utrzymaniu” oferty jego bezpośredniego rynkowego konkurenta w postępowaniu nr 7/2018.

Niezależnie od braku zbadania przesłanek ustawowych, okoliczności faktycznych i nieudowodnienia przez Zamawiającego istnienia porozumienia analiza treści uzasadnienia o wykluczeniu wskazuje, iż nie mogło, nawet potencjalnie, dojść do ograniczenia konkurencji, a działania prowadzone przez firmę Arriva dotyczące zmiany bazy transportowej były zgodne z przepisami (w tym Prawem zamówień publicznych) i zasadą swobody działalności gospodarczej. Po pierwsze „zaangażowanie zasobów” w dwóch postępowaniach jednocześnie (na dzień 13 marca 2018 roku) nie rodzi skutku zarówno braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu (choćby z powodu możliwości wpisania innej lokalizacji zaplecza w treści wykazu, niż w treści JEDZ stanowiącego jedynie wstępne potwierdzenie), jak również nie stanowi o zaangażowaniu (na ten dzień) zasobów w inne przedsięwzięcie gospodarcze (art. 22d ust 2 Prawa zamówień publicznych). Wskazać bowiem należy, iż w dniu 13 marca 2018 roku decyzja o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu nr 100/2017 nie była jeszcze „prawomocna” - nie upłynął bowiem jeszcze termin na złożenie odwołania do KIO. Rozpatrzenie złożonych odwołań nastąpiło dopiero 4 kwietnia 2018 (wyrok w połączonych sprawach KIO 494/18 i 501/18). Ocena Zamawiającego wyrażona w uzasadnieniu o wykluczeniu Wykonawcy Arriva w istocie ogranicza konkurencję. Wykonawca bowiem, niepewny uzyskania zamówienia w postępowaniu nr 100/2017 z uwagi na brak możliwości zaoferowania (jeszcze nie zaangażowanej) bazy transportowej w postępowaniu nr 7/2018 może w istocie nie uzyskać żadnego z zamówień. O faktycznym zaangażowaniu zasobów Wykonawcy można mówić co najmniej po akceptacji przez Zamawiającego przedłożonej koncepcji, a w praktyce po podpisaniu umowy (co nastąpiło 28 maja 2018 roku) i faktycznym rozpoczęciu świadczenia usług w odniesieniu do korzystania z bazy transportowej.

Odwołujący zauważał, że w wyroku z dnia 21 maja 2018 roku (sygn. akt KIO 882/18) dotyczącym postępowania 7/2018 Izba stwierdziła: „prezentowana wstępna koncepcja organizacji zaplecza formalnie nabierze znaczenia po wyborze oferty najkorzystniejszej

i nawet wówczas Wykonawca będzie miał możliwość wprowadzenia zmian, czy też zastąpienia tego terenu innym, pozwalającym spełnić wszystkie warunki dotyczące bazy technicznej do obsługi autobusów."

Z uwagi na tożsamość ukształtowania zapisów SIWZ w postępowaniach nr 100/2017 i 7/2018 co do charakteru dokumentu koncepcji organizacji zaplecza, terminów jego przedłożenia Zamawiającemu oraz relacji tych zapisów do treści Wzorów umów powyższe twierdzenie pozostaje aktualne również w odniesieniu do postępowania nr 100/2017. Tym samym zmiana lokalizacji mogła nastąpić nie tylko w trakcie trwania postępowania o udzielenia zamówienia (zmiana w stosunku JEDZ - wykaz), ale także po „prawomocnym wyborze” oferty najkorzystniejszej, a co więcej - również w trakcie realizacji zamówienia. Zawarcie umowy z firmą Arriva co do udostępnienia bazy transportowej nastąpiło 6 czerwca 2018 roku, tj. po podpisaniu umowy z Zamawiającym w ramach postępowania nr 100/2017. Zgodnie z punktem V pkt 1 ppkt 2 litera b) tiret 2 Tomu I SIWZ: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy dysponują terenem przeznaczonym na co najmniej jedną bazę techniczną lub dysponuje co najmniej jedną bazą techniczną, spełniającą warunki opisane w załączniku nr 2 do SIWZ”. Tym samym dysponowanie bazą stanowiło warunek udziału w postępowaniu. W świetle przepisów Prawa zamówień publicznych i ukształtowanego orzecznictwa KIO i Sądów naturalnym jest możliwość zmiany zasobów (np. zdolności technicznych i zawodowych), wykazywanych celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym dokonywania również zmian podmiotowych (np. angażowania podwykonawcy - art. 36ba ust w Prawa zamówień publicznych) w toku realizacji zamówienia, o ile „nowo wykazywane” zasoby potwierdzają dany warunek udziału w postępowaniu a w przypadku zaangażowania w tym celu podwykonawcy podmiot ten nie podlega wykluczeniu. Co więcej, w takim wypadku Zamawiający nie ma prawa się na taką zmianę nie zgodzić. Skoro zatem ustawa Prawa zamówień publicznych dopuszcza taką instytucję czyniąc ją „legalną”, to tym samym ustawodawca uchyla możliwość bezprawności działania Wykonawcy i ograniczania w ten sposób konkurencji w tym postępowaniu.

Podsumowując, Odwołujący zawarł umowę dotyczącą udostępnienia bazy transportowej w dobrej wierze i na warunkach rynkowych, a celem nie było ograniczanie konkurencji w którymkolwiek z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący nie miał również żadnego interesu w utrzymaniu i tak najkorzystniejszej oferty firmy Arriva w tym postępowaniu. Ponadto analiza okoliczności faktycznych pokazuje legalność działalności tego Wykonawcy w zakresie wykazywania się dysponowaniem bazy technicznej co uchyla możliwość bezprawnego ograniczania konkurencji w obu postępowaniach. Tym samym czynienie przez Zamawiającego zarzutu z legalnych możliwości zawierania umów przez przedsiębiorców czyni prowadzenie tego postępowania w sposób niezapewniający

zachowania uczciwej konkurencji polegający w istocie na ograniczaniu konkurencji i możliwości korzystania przez przedsiębiorców z zasad swobody działalności gospodarczej.

2. Zarzuty dotyczące czynu nieuczciwej konkurencji i braku uzasadnienia odrzucenia oferty (pkt 3 i 4)

Odwołujący podnosił, że do zarzutu określonego w art. 89 ust 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych trudno się odnieść w odwołaniu, bowiem jako treść uzasadnienia Zamawiający zacytował jedynie treść dwóch przepisów zawartych w ustawach o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz o ochronie konkurencji i konsumenta. Za wyjątkiem zatem formalnego wskazania (dodatkowej) podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego trudno uznać przedmiotowe cytaty jako prawidłowo sformułowany zarzut.

Na marginesie Odwołujący wskazywał, iż przesłanka ustawowa odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych stanowi, iż to samo złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym dla ziszczenia się tej przesłanki porozumienie zawarte w cytowanym przez Zamawiającego art. 6 ust 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumenta którego celem lub skutkiem byłoby wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym (co wg doktryny polega najczęściej np. na uzgodnieniu warunków składanych ofert, zakresu prac lub ceny) musiałoby być zawarte już w momencie złożenia przez Odwołującego oferty co nastąpiło 13 marca 2018 r., gdy tymczasem ocena Zamawiającego co do zawarcia porozumienia wywodzona jest jedynie z zawartej 6 czerwca 2018 roku umowy. Odwołujący nie widzi również możliwości wstecznego ukształtowania ceny ofertowej zarówno PKS Grodzisk jak i Arrivy w oparciu o zawartą później umowę.

Odwołujący dodawał, iż przyjmuje się, iż powyżej cytowana przesłanka (tzw. zmowa przetargowa) polega na uzgodnieniu przez wykonawców cen składanych ofert i podejmowaniu w postępowaniu określonych działań lub zaniechań w celu doprowadzenia do wyboru oferty droższej. A zatem sens istniałby jedynie wtedy, gdyby w wyniku niezgodnych z zasadami uczciwej konkurencji działań czy zaniechań danych Wykonawców działających w porozumieniu doszło do wyboru oferty droższej a nie tej samej, która i tak byłaby wybrana jako najkorzystniejsza.

Zarzut Zamawiającego dotyczący art. 89 ust 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych jest zatem, w ocenie Odwołującego, w istocie błędnie postawiony czy wręcz nie postawiony z uwagi na brak zawarcia uzasadnienia faktycznego, a sugestie wynikające z cytowanych przepisów w odniesieniu do istniejącego stanu faktycznego nie mają urzeczywistnienia a w istocie ocierają się o naruszenie dóbr osobistych obu przedsiębiorców.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty i wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania na podstawie ww. podstaw.

Sygn. akt KIO 1462/18

W dniu 23 lipca 2018 r. wykonawca Arriva Bus Transport Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Toruniu (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 24 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych poprzez bezprawne przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu;
- art. 24 ust. 1 pkt 16 poprzez bezprawne przyjęcie, że Odwołujący w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wyprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w Postępowaniu;
- art. 24 ust. 1 pkt 17 poprzez bezprawne przyjęcie, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, które miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu;
- art. 22d ust. 2 Prawa zamówień publicznych poprzez bezprawne przyjęcie, że Odwołujący nie posiada wymaganych zdolności skutkiem przyjęcia, iż zaangażowanie jego zasobów technicznych w inne przedsięwzięcia gospodarcze może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia;
- art. 24 ust. 1 pkt 20 Prawa zamówień publicznych poprzez bezprawne przyjęcie, że Odwołujący zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w Postępowaniu;
- art. 89 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych poprzez bezprawne uznanie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu jako złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w Postępowaniu;
- art. 89 ust. 1 pkt 6 poprzez bezprawne przyjęcie, że oferta Odwołującego zawierała błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;
- art. 89 ust. 1 pkt 3 poprzez bezprawne przyjęcie, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12, pkt 16 i pkt 17 Prawa zamówień publicznych

Odwołujący podnosił, że w świetle postanowień SIWZ uzgodnienia w zakresie sposobów zorganizowania zaplecza technicznego stanowią etap realizacji umowy oraz działań przygotowawczych do jej zawarcia, prowadzony po zakończeniu oceny ofert - por. pkt XIV.2 SIWZ: „Wykonawca będzie zobowiązany przed podpisaniem Umowy (...) dostarczyć Zamawiającemu koncepcję, harmonogram i sposób realizacji zaplecza technicznego opisane

w pkt 1.4 Załącznika nr 2 do Umowy, które będą stanowić odpowiednie załączniki do Umowy".

Odwołujący zauważał, że również wezwanie Zamawiającego z 12 czerwca br. jest wezwaniem do dopełnienia formalności związanych z zawarciem umowy i powołuje się - jako podstawa wezwania - na rozdział XIV SIWZ oraz pkt 1.4 Załącznika nr 2 do Umowy.

Wobec powyższego dokument złożony w odpowiedzi na to wezwanie - po wyborze oferty a przed zawarciem umowy i mający z założenia stanowić załącznik do tej umowy - nie stanowi, zdaniem Odwołującego, elementu warunku udziału w Postępowaniu. Nie jest również dokumentem wymaganym przez Zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału. Zamawiający wskazuje w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu jego oferty, że dokumenty dot. zaplecza technicznego „poddano ocenie pod kątem zgodności z wymogami przyszłej umowy”; jednakże następnie myli i „miesza” instytucję warunków udziału w postępowaniu i wykazywanie ich spełnienia ze spełnianiem wymogów przedmiotowych na etapie realizacji umowy oraz przygotowań do jej zawarcia.

W konsekwencji podjęcie decyzji o wykluczeniu na podstawie dokumentu:

- (1) nie wymaganego na etapie przetargu,
- (2) nie załączanego do oferty,
- (3) nie wskazanego w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ jako podstawa weryfikacji podmiotowej wykonawcy,
- (4) składającego się na etap realizacji umowy oraz działań przygotowawczych do jej zawarcia jest, w ocenie Odwołującego, niezgodne z prawem i jako takie niedopuszczalne, stanowiąc nieuprawnioną zmianę zasad oceny oferty w trakcie jej badania, wbrew zasadom zmiany treści SIWZ (w tym art. 38 Prawa zamówień publicznych) oraz narusza art. 24 ust. 1 pkt 12, pkt 16 i pkt 17 Prawa zamówień publicznych.

Dodatkowo Odwołujący podkreślał, że jakkolwiek art. 24 ust. 12 Prawa zamówień publicznych wskazuje na możliwość wykluczenia wykonawcy na każdym etapie postępowania, to jednak ocena podstaw tego wykluczenia musi się odbywać z poszanowaniem zasad przyjętych w danym postępowaniu.

Odwołujący podkreślał, że zamawiający w siwz określają sposób spełnienia warunków poprzez żądanie odpowiednich dokumentów, których katalog powinien być niezmienny po terminie składania ofert. Inne podejście - takie jak Zamawiającego w tym Postępowaniu -

narusza zasadę proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a także zasadę przejrzystości (art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych) i prowadzi do odmiennego potraktowania Odwołującego względem innych wykonawców, naruszając również art. 7 ust. 3 Prawa zamówień publicznych oraz art. 701§ 4 kc w zw. z art. 14 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący twierdził, że w świetle zastanego kształtu SIWZ przedmiotowa Koncepcja stanowiąca dokument wymagany do przedłożenia przed zawarciem umowy, a po wyborze oferty jest elementem formalności dopełnianych po wyborze oferty na potrzeby przygotowania umowy. Jak wskazano ponadto, ma ona charakter wstępny i jest następnie przedmiotem uzgodnień i doprecyzowywania na etapie realizacji umowy (§ 1 ust. 3 wzoru umowy oraz pkt 1.4 - 1.6 Zał. nr 2 do wzoru umowy).

W konsekwencji oczywistym dla Odwołującego jest, że - jako załącznik do umowy/formalność do dopełnienia przed zawarciem umowy - dokument ten podlega przed zawarciem umowy uzgodnieniom z Zamawiającym i jego akceptacji, podobnie jak inne dokumenty wymagane do zawarcia umowy. Wobec tego dokonana przez Zamawiającego ocena jego treści przez pryzmat art. 24 ust. 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych - bez wcześniejszej próby jej wyjaśnienia / podjęcia uzgodnień z wykonawcą - jest niezależnie od ww. wskazanych powodów niedopuszczalna.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazywał, iż niemożliwe jest wykluczenie z Postępowania i odrzucenie oferty wybranej jako najkorzystniejszej bez wcześniejszego unieważnienia czynności wyboru tej oferty, zaś Zamawiający nie unieważnił czynności wyboru oferty Arriva ani też nie poinformował wykonawców o przystąpieniu do ponownego badania i oceny ofert. Tymczasem, jak wskazuje się w doktrynie, z chwilą wyboru oferty najkorzystniejszej dochodzi do zawarcia umowy przedwstępnej. Skoro oferta Arriva została wybrana i czynność wyboru nie została unieważniona, zaś źródłem obowiązku kontraktowania nie jest już oferta, lecz wykreowana w wyniku przyjęcia oferty umowa przedwstępna, tym samym ocena Koncepcji podlega obecnie reżimowi kontraktowemu, a nie przez pryzmat oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (zasobów technicznych).

Zarzut naruszenia art. 22d ust. 2 Prawa zamówień publicznych poprzez bezprawne przyjęcie, że Odwołujący nie posiada wymaganych zdolności skutkiem przyjęcia, iż zaangażowanie jego zasobów technicznych w inne przedsięwzięcia gospodarcze może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Zarzut Zamawiającego, iż Odwołujący nie posiada wymaganych zdolności, ponieważ zaangażowanie jego zasobów technicznych w inne przedsięwzięcia gospodarcze może mieć

negatywny wpływ na realizację zamówienia, jest całkowicie bezzasadny. Jak wynika z uzasadnienia decyzji o wykluczeniu Arriva na tej podstawie, zarzut ten Zamawiający wiąże z umową zawartą przez Arriva w wyniku wygrania innego, wcześniej wszczętego przetargu prowadzonego przez Zamawiającego pod sygnaturą PN 100/2017, zwanego dalej „przetargiem PN 100/2017” (por. s. 2 akapit 2 pisma Zamawiającego z 13 lipca br.).

Konstatacja Zamawiającego jest w ocenie Odwołującego zdumiewająca, zwłaszcza w świetle okoliczności, iż (i) umowa dotycząca ww. przetargu PN 100/2017 została zawarta w dniu 28 maja 2018 r, czyli po oddaleniu przez KIO odwołania złożonego przez wykonawcę M. (wyrok KIO 882/18 został wydany w dniu 21 maja br.) w sprawie obecnego przetargu i po przejściu z pozytywnym wynikiem kwalifikacji podmiotowej, przy braku jakichkolwiek wątpliwości Zamawiającego w tym zakresie - zarówno co do spełniania warunku udziału w postępowaniu, jak i przedłożonej mu koncepcji, harmonogramu oraz sposób realizacji zaplecza technicznego, zaś (ii) warunek udziału w obu postępowaniach dotyczył dysponowania terenem przeznaczonym na co najmniej jedną bazę techniczną lub dysponowania co najmniej jedną bazą techniczną.

Ponadto w dniu 14 czerwca br. Arriva w trybie przewidzianym umową zawiadomił o zamiarze zmiany lokalizacji zaplecza na potrzeby ww. umowy, co jest zgodne z jej postanowieniami, zgodne z SIWZ obowiązującą w tamtym postępowaniu oraz przepisami prawa, a realizacja umowy zawieranej w wyniku tego Postępowania nie jest zagrożona.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 Prawa zamówień publicznych oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych

Odwołujący zauważał, że z treści pisma Zamawiającego z dnia 13 lipca br. wynika, że zastosowanie przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 20 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych było konsekwencją przyjęcia, jakoby Arriva zawarła porozumienie ograniczające konkurencję, o którym mowa w art. 6 ust 1 pkt 7 u.o.k.k. oraz popełniła czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Na uzasadnienie powyższych zarzutów Zamawiający podał, że w dniu 6 czerwca 2018 r. Arriva zawarła z Przedsiębiorstwem Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Maz. Sp. z o.o. (dalej „PKS Grodzisk”) umowę dotyczącą udostępnienia Arriva bazy technicznej należącej do PKS Grodzisk, a „...*takie działanie zwalnia miejsce na zajezdni autobusowej przy ul. Stołecznej 67 w Wyględach*” i, zdaniem Zamawiającego, „*wskazuje na realne porozumienie Wykonawców, którzy w zawartej już umowie uzupełniają brakujący potencjał Wykonawcy Arrivy do wykonania zamówienia 7/2018* (s. 6 pisma Zamawiającego).

Odwołujący podkreślał, że PKS Grodzisk - wykonawca uczestniczący w obecnym

Postępowaniu, nie brał udziału w przetargu PN 100/2017.

Zarzuty Odwołującego są, w ocenie Odwołującego, całkowicie bezpodstawne. Ze względu na brzmienie art. 24 ust. 7 pkt 3 Prawa zamówień publicznych (uwzględnienie powyższych zarzutów, a zwłaszcza zarzutu naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k., mogłoby całkowicie uniemożliwić Arrivie udział w publicznych przetargach przez okres 3 kolejnych lat, co spowodowałoby w majątku Arriva ogromne szkody; narażają one ponadto Arriva na bardzo poważne straty wizerunkowe), choć zarzuty te powołane zostały przez Zamawiającego jedynie ubocznie, a podane przez niego uzasadnienie jest bardzo lakoniczne, poniżej Odwołujący szczegółowo się do nich odniesie.

W pierwszej kolejności Odwołujący zwracał uwagę, że zarówno rzekomego porozumienia ograniczającego konkurencję (art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k.), jak i czynu nieuczciwej konkurencji (art. 3 u.z.n.k.), Zamawiający zdaje się upatrywać w tym samym elemencie stanu faktycznego, a mianowicie w zawarciu przez Arriva z PKS Grodzisk umowy dotyczącej udostępnienia bazy technicznej. Dla jasności wyводу Wykonawca kwestię naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. oraz art. 3 ust. 1 u.z.n.k. omówi więc odrębnie.

Zarzut naruszenia art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k.

Zarzut naruszenia przez Odwołującego art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. jest jego zdaniem oczywiście nietrafny. Wykonawca nie kwestionuje, że zawarł z PKS Grodzisk umowę dotyczącą udostępnienia bazy technicznej. Wykonawca nie zgadza się jednak z twierdzeniem, że umowę tę można kwalifikować jako porozumienie, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k.

Art. 6 ust. 1 u.o.k.k. zakazuje porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Choć przepis ten posługuje się terminami „*wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób*”, to jednak powszechnie przyjmuje się, że centralnym elementem jego hipotezy jest pojęcie „*ograniczenia konkurencji*”. Wynika to już z systematyki ustawy, tytuł rozdziału, który otwiera art. 6 u.o.k.k., brzmi bowiem „*Zakaz porozumień ograniczających konkurencję*”.

Pojęciem „*ograniczenia konkurencji*” posługuje się więc orzecznictwo Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów („UOKiK”). a także organy Unii Europejskiej (te ostatnie - na gruncie art. 101 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, „TFUE”, na którym art. 6 u.o.k.k. był wzorowany).

Artykuł 6 ust. 1 u.o.k.k. zawiera katalog przykładowych porozumień ograniczających konkurencję. Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. porozumienie ograniczające konkurencję może polegać „w szczególności na [...] uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny”. Jeżeli chodzi o zachowanie stypizowane w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k., powszechnie określane mianem zmywy przetargowej, to także w tym przypadku przedmiotem ochrony jest konkurencja, tj. rywalizacja rynkowa (z tym, że chodzi tu o rywalizację rynkową między uczestnikami przetargu).

W związku z powyższym należy podkreślić, że zawarcie przez Arriva z PKS Grodzisk umowy dotyczącej udostępnienia Arriva bazy technicznej należącej do PKS Grodzisk w żaden sposób nie ograniczyło konkurencji (współzawodnictwa rynkowego) między Arriva a PKS Grodzisk (bądź jakimikolwiek innymi podmiotami) ani w ramach przetargu PN 7/2018 (którego dotyczy niniejsze odwołanie) ani przetargu PN 100/2017. Przedmiotowa umowa z PKS Grodzisk została zawarta 6 czerwca 2018 r., tj. już po wyborze ofert najkorzystniejszych i po upływie terminu składania ofert w obu tych przetargach.

Przedmiotowa umowa została więc zawarta w chwili, kiedy dokonywanie zmian złożonych ofert nie było już możliwe, a zatem proces konkurencji rynkowej (rozumianej jako rywalizowanie jakością i ceną) między uczestnikami przetargu, dobiegł końca. Ponieważ dokonywanie zmian złożonych ofert nie było już możliwe, przedmiotowa umowa nie mogła także służyć „uzgadnianiu [...] warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny”, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. Jak wskazuje się w doktrynie, „artykuł 6 ust 1 pkt 7 zakazuje uzgodnień dotyczących warunków składanych ofert, uzgodnionych przed [podkr. własne] przystąpieniem do przetargu i jego rozstrzygnięciem [...]. Jeśli na etapie wstępnym procedury przetargowej takie uzgodnienia nie nastąpiły, to sama umowa zawarta w wyniku przeprowadzenia postępowania przetargowego nie może być oceniana jako praktyka antykonkurencyjna.”¹ W tym kontekście powołanie przez Zamawiającego art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. oraz wykluczenie Odwołującego w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 20 Prawa zamówień publicznych jest całkowicie niezasadne.

Odwołujący zwracał uwagę, że przedmiotowa umowa nie mogłaby zostać zakwalifikowana jako porozumienie ograniczające konkurencję, nawet gdyby zawarto ją w dacie wcześniejszej. Artykuł 6 ust. 1 u.o.k.k. nie stoi bowiem na przeszkodzie zawieraniu

¹ Tadeusz Skoczny, ed., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* (Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2014), komentarz do art. 6 u.o.k.k., nb 190. Skoczny, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, komentarz do art. 6 u.o.k.k., nb 190.

jakichkolwiek porozumień pomiędzy uczestnikami przetargu, lecz jedynie porozumień ograniczających konkurencję. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wskazuje, że *„Prawo zamówień publicznych dopuszcza podwykonawstwo w zamówieniach, nie zakazuje również podwykonawstwa między oferentami. Co do zasady takiej współpracy nie sprzeciwia się również ustawa uokik.”* Zaś orzecznictwo KIO wskazujące na to, że wykorzystywanie przez jednego wykonawcę zasobów (bądź podwykonawstwa) innego wykonawcy nie stanowi wystarczającej podstawy do stwierdzenia zmywy przetargowej między tymi wykonawcami, jest ugruntowane (por. przykładowo wyrok KIO z 15 września 2017 r, KIO 1819/17; wyrok KIO z 8 maja 2017 r., KIO 773/17; wyrok KIO z 29 maja 2017 r., KIO 904/17, KIO 912/17; wyrok KIO z 2 listopada 2009 r., KIO/UZP 1341/09, KIO/UZP 1342/09; uchwała KIO z 4 maja 2012 r. KIO/KU 44/12).

Umowy między uczestnikami przetargu naruszają art. 6 ust. 1 u.o.k.k. wyłącznie wtedy, gdy ich celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Podwykonawstwo może skutkować ograniczeniem konkurencji, gdy jeden z wykonawców występuje jako kompleksowy podwykonawca innego, będąc obowiązany do realizacji większości lub niemal całego zamówienia. W takim przypadku złożenie przez strony dwóch ofert może być bowiem ekonomicznie zbliżone do złożenia jednej, uzgodnionej wspólnie oferty (np. ze względu na uwspólnienie zasadniczej części kosztów). W przypadku konsorcjum do ograniczenia konkurencji dochodzi, gdy konsorcjanci mogliby złożyć samodzielne oferty z realną szansą na zwycięstwo, ale - celem ograniczenia konkurencji między sobą - decydują się na złożenie jednej, uzgodnionej wspólnie oferty (w ramach konsorcjum). W stanie faktycznym niniejszej sprawy nie ma natomiast żadnego elementu, który mógłby wskazywać, że Arriva i PKS Grodzisk ograniczyli konkurencję między sobą (lub między jakimikolwiek innymi uczestnikami przetargu).

Sam fakt zawarcia umowy udostępnienia nieruchomości przeznaczonej na bazę techniczną - podobnie jak sam fakt zawarcia umowy podwykonawstwa lub umowy konsorcjum - o takim ograniczeniu świadczyć nie może. Istnienie między przedsiębiorcami relacji wertykalnej (np. udostępniający nieruchomość i korzystający z nieruchomości) w żadnym razie nie wyklucza jednoczesnego istnienia między nimi relacji konkurencyjnej.

Należy zatem stwierdzić, że - wbrew twierdzeniom Zamawiającego - zawarcie przez Arriva z PKS Grodzisk umowy dotyczącej udostępnienia Arriva bazy technicznej należącej do PKS Grodzisk nie ograniczyło konkurencji między Arriva a PKS Grodzisk (bądź jakimikolwiek innymi podmiotami) i nie naruszyło art. 6 ust. 1 u.o.k.k.

Powyższe argumenty Arriva przedstawiał z ostrożności procesowej. Z lakonicznego

uzasadnienia decyzji o wykluczeniu z przetargu wynika bowiem, że Zamawiający wcale nie twierdzi, że porozumienie Arriva z PKS Grodzisk ograniczyło konkurencję (między tymi lub jakimikolwiek innymi podmiotami). Naruszenia art. 6 ust. 1 u.o.k.k. Zamawiający zdaje się natomiast upatrywać w tym, że udostępnienie Arriva bazy technicznej przez PKS Grodzisk polepszyło zdolności Arriva do realizacji przetargu 7/2018, przy czym - wedle słów Zamawiającego - porozumieniem tym strony umowy „uzupełniają brakujący potencjał Wykonawcy Arrivy do wykonania zamówienia PN 7/20187. Rozumowanie Zamawiającego jest oczywiście nietrafne.

Po pierwsze, umowa Arriva z PKS Grodzisk nie uzupełnia brakującego potencjału Arriva, bowiem już przed jej podpisaniem Arriva posiadała odpowiedni potencjał do występowania w każdym ze wspomnianych postępowań przetargowych. Przedmiotowa umowa pozwala jedynie Arriva usprawnić wykonanie obu zleceń i zoptymalizować ich koszty i ryzyka np. związane z rekrutacją kierowców, do czego Arriva - co wprost wynika z Prawa zamówień publicznych oraz dokumentacji przetargowej - jest w pełni uprawniony.

Ponadto, nawet gdyby potencjalnie umowa zawarta po upływie terminu na składanie ofert była w stanie „uzupełnić” brakujący potencjał Arrivy do wykonania zamówienia PN 7/2018, rezultatem jej zawarcia byłoby utrzymanie się oferty z najniższą ceną (tj. oferty Arrivy), co na gruncie prawa ochrony konkurencji należałoby niewątpliwie zakwalifikować jako skutek prokonkurencyjny (tj. polegający na zapewnieniu możliwie wysokiej jakości w możliwie niskiej cenie). Skutek przedmiotowej umowy byłby zatem wówczas odwrotny do skutków sankcjonowanych do tej pory w orzecznictwie zmów przetargowych, których istotą jest zawsze dążenie do pogorszenia warunków umownych uzyskiwanych przez Zamawiającego.

Zakwalifikowanie umowy między Arriva a PKS Grodzisk dotyczącej udostępnienia Arriva bazy technicznej należącej do PKS Grodzisk jako porozumienia ograniczającego konkurencję, o którym mowa w art. 6 ust. 1 u.o.k.k., było więc oczywiście nietrafne.

Odwołujący podnosił, że powyższe rozważania są wystarczające do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 20 Prawa zamówień publicznych. Jak już wskazywano, przepis ten dotyczy bowiem co do zasady materii uregulowanej w art. 6 ust. 1 u.o.k.k., a zwłaszcza w punkcie 7 tego przepisu, tj. zmów przetargowych (choć - o czym także była już mowa - zakres art. 24 ust. 1 pkt 20 Prawa zamówień publicznych jest istotnie węższy). Jego hipoteza - inaczej niż hipoteza art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych - nie obejmuje natomiast naruszeń innego rodzaju, w szczególności czynów nieuczciwej konkurencji. Co więcej, jak zwraca się uwagę w orzecznictwie, art. 24 ust. 1 pkt

20 Prawa zamówień publicznych dotyczy wyłącznie porozumień „mających na celu” zakłócenie konkurencji, podczas gdy art. 6 ust. 1 u.o.k.k. - zarówno porozumień, których celem jest ograniczenie konkurencji, jak i porozumień, które takim ograniczeniem jedynie skutkują. Ustawodawca zdecydował zatem, że surowa sankcja wynikająca z dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 20 w zw. z ust. 7 pkt 3 Prawa zamówień publicznych (tj. wykluczenie z przetargów publicznych na okres 3 lat) znajdzie zastosowanie tylko do najpoważniejszych wypaczeń procesu przetargowego.

Zarzut naruszenia przez Wykonawcę art. 3 ust. 1 u.z.n.k.

Również postawiony przez Zamawiającego zarzut naruszenia art. 3 ust. 1 u.o.k.k, nie jest zasadny. Jak wskazano powyżej, naruszenia art. 3 ust 1 u.z.n.k. i naruszenia art. 6 ust. 1 u.o.k.k. Wykonawca zdaje się upatrywać w tym samym elemencie stanu faktycznego, tj. w zawarciu przez Arriva i PKS Grodzisk umowy dotyczącej udostępnienia bazy technicznej. Prawne uzasadnienie zarzutu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji sformułowane przez Zamawiającego ogranicza się w zasadzie do zacytowania treści art. 3 ust. 1 u.z.n.k. (s. 6 Pisma Zamawiającego). Zamawiający nie wyjaśnia, w jaki dokładnie sposób wskazane zachowanie Wykonawcy naruszyło art. 3 ust. 1 u.z.n.k., tj. dlaczego zachowanie to miałyby być sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami i zagrażać lub naruszać interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Niemniej jednak z ostrożności procesowej, Odwołujący wskazywał, że po pierwsze, zawarcie umowy z PKS Grodzisk nie naruszyło prawa. Dopuszczalność zawierania umów obejmujących udzielenie prawa do korzystania z nieruchomości niewątpliwie mieści się w przysługującej podmiotom prawa cywilnego zasadzie swobody umów (art. 353(1) k.c.). Jednocześnie ani treść przedmiotowej umowy, ani sam fakt jej zawarcia, nie naruszają żadnego przepisu prawa. W szczególności, jak wyjaśniono powyżej, nie naruszają one powołanego przez Zamawiającego art. 6 ust. 1 u.o.k.k.

Po drugie, zawarcie umowy z PKS Grodzisk nie jest sprzeczne z dobrymi obyczajami. Samo zawieranie umów, których treścią jest upoważnienie do korzystania z nieruchomości, jest nieodłącznym elementem obrotu cywilnoprawnego. O nieuczciwym charakterze takiej umowy nie może też świadczyć fakt, że umowa została zawarta przez podmioty, które w pewnym zakresie ze sobą konkurują (m.in. w ramach niektórych przetargów), dobre obyczaje nie stoją bowiem na przeszkodzie wchodzeniu przez konkurentów w relacje wertykalne. Jak wskazano powyżej, dopuszczalne i powszechnie praktykowane jest w szczególności zawieranie z konkurentami lub potencjalnymi konkurentami umów podwykonawstwa i umów konsorcjum (które przewidują znacznie dalej idącą współpracę, niż

umowa upoważniająca do korzystania z nieruchomości) - także w kontekście postępowań przetargowych, i to nawet w ramach tego samego przetargu (podczas gdy umowa między Arriva a PKS Grodzisk dotyczyła przetargu PN 100/2017, w którym PKS Grodzisk nie brał udziału).

Być może naruszenia dobrych obyczajów Zamawiający – jak domyśla się Odwołujący - upatruje w tym, że zawarcie przedmiotowego porozumienia „zwalnia miejsce na zajezdni autobusowej przy ul. Stołecznej 67 w Wyględach”, przez co strony „uzupełniają brakujący potencjał Wykonawcy Arrivy do wykonania zamówienia PN 7/2018”. W związku z tym należy ponownie powtórzyć, że zawarcie umowy w dacie następującej po terminie składania ofert nie może skutkować „uzupełnieniem brakującego potencjału”, ponieważ jego istnienie ocenia się na chwilę składania oferty. Już z tego powodu rozumowanie Zamawiającego nie jest prawidłowe. Niezależnie od tego można jednak również zauważyć, że Wykonawca ma prawo zmierzać do ułatwienia sobie realizacji zamówienia publicznego i nie jest to sprzeczne z dobrymi obyczajami (do tego zmierzają zresztą wszystkie umowy zawierane w kontekście przetargów publicznych przez ich uczestników) a ponadto dozwolone zapisami SIWZ. Powyższej oceny nie zmienia fakt, że umowę zawierają uczestnicy tego samego przetargu. Jak już wskazywano, nawet zawieranie przez uczestników przetargu umów dalej idących (w szczególności umów o podwykonawstwo i konsorcjów) - i to pomiędzy uczestnikami tego samego przetargu - jest co do zasady dopuszczalne. Oceny tej nie zmienia również okoliczność, że umowa z PKS Grodzisk została zawarta już po upływie terminu składania ofert (a zatem w chwili, kiedy dokonywanie zmian złożonych ofert nie było możliwe), Prawo zamówień publicznych oraz Umowa o świadczenie usług przewozów autobusowych w zbiorowej komunikacji miejskiej z dnia 28 maja 2018 r. zawarta w wyniku rozstrzygnięcia przetargu PN 100/2017 (dalej: „Umowa o świadczenie usług”) wyraźnie dopuszczają bowiem możliwość zmiany przez Wykonawcę terenu przeznaczonego na zaplecze techniczne (wymagając jedynie zgłoszenia nowego zaplecza Zarządowi Transportu Miejskiego w Warszawie).

Po trzecie, jak wskazano powyżej, nieodzowną przesłankę naruszenia art. 3 ust. 1 u.z.n.k. stanowi zagrożenie lub naruszenie interesu innego przedsiębiorcy lub klienta. Zamawiający nie wskazuje na jakiegokolwiek zagrożenie lub naruszenie interesów jakiegokolwiek podmiotu, do którego zawarcie umowy między Arriva a PKS Grodzisk miałyby prowadzić. Z ostrożności procesowej Wykonawca wskazuje jednak, że zawarcie umowy z PKS Grodzisk nie zagroziło interesowi ani nie naruszyło interesu żadnego przedsiębiorcy ani klienta. Brak naruszenia interesu klienta wynika z faktu, że zawarcie przedmiotowej umowy nie wpłynie w negatywny sposób na realizację zamówienia publicznego PN 7/2018 lub PN

100/2017 (zawarcie tej umowy odnosi się przy tym do przetargu PN 100/2017). Przeciwnie - jej zawarcie pozwala zwiększyć efektywność (a potencjalnie także jakość) usług świadczonych przez Arriva na rzecz Zamawiającego, sprzyja więc prawidłowemu wykonaniu tych zamówień.

Analizując z kolei możliwość naruszenia interesu „innego przedsiębiorcy” można by ewentualnie rozważać naruszenie interesu wykonawcy M., której oferta uplasowała się na drugim miejscu w klasyfikacji ofert i który walczy obecnie o ten kontrakt. Należy jednak zwrócić uwagę, że zawarcie umowy między Arriva a PKS Grodzisk nie mogło wpłynąć na interesy wykonawcy M.. Oferty Arriva złożone w przetargach PN 7/2018 i PN 100/2017 spełniały wymagania tych przetargów już w chwili składania ofert, a późniejsze zawarcie umowy z PKS Grodzisk w żaden sposób nie mogłoby wpłynąć na fakt, że to oferta Arriva - jako najkorzystniejsza - zostałaby wybrana. Gdyby natomiast przyjąć za Zamawiającym (zob. s. 4 pisma Zamawiającego z 13 lipca br.), że oferta złożona przez Arriva w przetargu PN 7/2018 już w dniu składania ofert nie spełniała warunków udziału w postępowaniu, wówczas późniejsze zawarcie umowy z PKS Grodzisk w żaden sposób nie mogłoby sanować tego braku, a Arriva i tak musiałaby zostać wykluczona z przetargu. Także w takim przypadku zawarcie przedmiotowej umowy w żadnym stopniu nie mogłoby więc zagrozić bądź zaszkodzić interesom innych oferentów, w szczególności interesom M. sp. z o.o.

Ponieważ zawarcie przez Arriva z PKS Grodzisk umowy dotyczącej udostępnienia Arriva bazy technicznej nie naruszyło prawa ani dobrych obyczajów, a ponadto nie zagraża interesowi ani nie narusza interesów innego przedsiębiorcy albo klienta, żadna z przesłanek art. 3 ust. 1 u.z.n.k. nie została spełniona. Postawiony Arriva zarzut popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji jest więc nietrafny.

Podsumowując, postawione przez Zamawiającego zarzuty naruszenia przez Arriva art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. oraz art. 3 ust. 1 u.z.n.k. są bezzasadne.

Ponieważ to właśnie rzekome naruszenie tych przepisów doprowadziło Zamawiającego do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 20 Prawa zamówień publicznych oraz ich zastosowanie również nie jest uzasadnione.

Zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych

Z powyżej wskazanych względów, ze względu na brak podstaw do wykluczenia Odwołującego, Zamawiający bezprawnie zastosował art. 89 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych, uznając, iż oferta Arriva podlega odrzuceniu.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych

Zamawiający nie miał również podstaw do odrzucenia oferty jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny lub kosztu, gdyż cena oferty i koszt zostały prawidłowo obliczone. Twierdzenia Zamawiającego zawarte w uzasadnieniu jego decyzji w zakresie tego zarzutu są ogólnikowe, hipotetyczne (bazują na spekulacjach, co by było, gdyby Arriva chciała w przyszłości zmienić lokalizację zaplecza technicznego) i gołosłowne.

Odrzucenie oferty na tej podstawie jest przy tym sprzeczne ze stanowiskiem Zamawiającego prezentowanym w postępowaniu odwoławczym KIO 882/18, w którym Zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania złożonego przez M. w odniesieniu do ceny oferowanej przez Arriva, a na rozprawie oświadczył, iż dokonał weryfikacji poprawności ceny oferty Arriva i wyniki tej oceny zawarł w notatce z 30 marca 2018 r.

Zamawiający błędnie przy tym, zdaniem Odwołującego, zakłada, że kwota przeznaczona na modyfikację zaplecza wykazana przez Arriva jest niewystarczająca. Z uwagi na niewielki zakres modyfikacji w zaplecze techniczne, posiadanie przez Arriva obecnie nie użytkowanej myjni pierwotnie użytkowanej w nieistniejącym już oddziale oraz nie budowaniu stacji CNG na własny rachunek wyliczenia Arriva są jak najbardziej poprawne.

Z niezrozumiałych dla Odwołującego względów Zamawiający porównuje w tym bardzo różnym aspekcie (w przeciwieństwie np. do kosztów zakupu autobusów, zatrudnienia kierowców, gdzie sytuacja wykonawców jest podobna) koszty Arriva do innych wykonawców oraz zakłada, że koszt zakupu lub najmu powierzchni jest przedstawiony w pozycji „koszty modyfikacji zaplecza (dostosowania do warunków SIWZ)”

W kwestii ilości wozokilometrów niepłatnych wyliczenia Zamawiającego co do przyjętych założeń Arriva są wprost błędne. A argumentacja przyjęcia takiej a nie innej ilości wozokilometrów przez Arriva była już przedmiotem rozpoznania sprawy KIO 882/18 z czym Zamawiający w pełni się zgadzał.

Pozostałe kwestie

Odwołujący podkreślał, że zakres odwołania jest bezpośrednio determinowany treścią informacji przekazanej przez Zamawiającego na podstawie art. 92 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Przedmiotem sporu są czynności i zaniechać Zamawiającego podjęte w kształcie i dacie ich dokonania, a zatem wyłącznie w granicach uzasadnienia tych czynności zawartego w piśmie Zamawiającego z 13 lipca br.; uzasadnienie powinno mieć charakter konkretny i rzeczowy. Granice te nie mogą być następnie przesuwne w czasie oraz co do

zakresu o dodatkowe argumenty prawne czy faktyczne, które nie zostały formalnie zakomunikowane Odwołującemu.

Zamawiający postawił ponadto 19 szczegółowych zarzutów odnoszących się do przedstawionej przez Arriva koncepcji. Zestaw tych zarzutów zaczyna się od stwierdzenia: *„Na powyższe składają się również następujące okoliczności”*

Zdaniem Odwołującego, nie sposób wywieść z dwóch pierwszych akapitów uzasadnienia pisma z 13 lipca br., poprzedzających to wyliczenie, czy 19 kwestii szczegółowych jest opisanych *„na powyższe”* jako uzasadnienie faktyczne decyzji o wykluczeniu, gdyż *„przedstawiony materiał nie może zostać uznany za dokumentację, która potwierdza, że Wykonawca spełnia (oraz że spełniał na dzień składania ofert) warunki udziału oraz że dokumentacja jest zgodna z pkt 1.4. Załącznika nr 2 do umów/ (akapit 1) czy też stanowią one uzasadnienie decyzji o wykluczeniu z uwagi na rzekomy brak posiadania wymaganych zdolności (zasobów technicznych) z uwagi na jego zaangażowanie w realizację umowy zawartej w wyniku przetargu PN 100/2017 (akapit 2.).*

Jak wskazano powyżej, nie jest dopuszczalna ocena koncepcji przedstawionej przez Arriva w odpowiedzi na wezwanie z 12 czerwca br. jako dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w Postępowaniu. Nie może być również podstawą wykluczenia w tym trybie dokument uzgadniany z Zamawiającym po wyborze oferty - jako załącznik do umowy – w ramach formalności dopełnianych przed zawarciem umowy. Kwestie opisane w 19 szczegółowych punktach podnoszą przy tym okoliczności, które mogłyby być wyjaśnione czy uzupełnione przez wykonawcę w ramach uzgodnienia treści załączników do umowy bądź które nie były w ogóle wymagane SIWZ bądź są wymagane na etapie późniejszym, tj. przygotowania szczegółowej koncepcji zaplecza zgodnie z pkt 1.6 Procedur) bądź też są wewnętrznie sprzeczne czy niezrozumiałe bądź wiążą się z okolicznościami, które były przedmiotem zarzutów i rozpoznania w sprawie KIO 882/2018. W żaden sposób nie stanowią też uzasadnienia zarzutu braku posiadania wymaganych zasobów technicznych z uwagi na realizację umowy zawartej w wyniku przetargu PN 100/2017. Już z tych chociażby względów podlegają one oddaleniu.

Niezależnie od powyższego wszystkie 19 zarzutów szczegółowych jest bezpodstawnych, co Odwołujący opisywał w zestawieniu tabelarycznym stanowiącym integralną część odwołania.

Ponadto - jedynie z najdalej idącej ostrożności procesowej, na wypadek przyjęcia, iż Koncepcja przedłożona przez Arriva Zamawiającemu wraz z pismem z dnia 18 czerwca br. podlega ocenie w kontekście spełniania warunku udziału w Postępowaniu – Odwołujący

wskazywał, że Zamawiający nie wzywał do złożenia wyjaśnień lub uzupełnień tego dokumentu, nie wzywał również do wyjaśnienia bądź uzupełnienia oświadczenia złożonego w JEDZ ani też zobowiązania podmiotu trzeciego ani też nie wystosował do Arriva żądania w trybie art. 22a ust. 6 Prawa zamówień publicznych, wobec czego zarzuty naruszenia art. 26 ust. 1, ust 2f i ust. 3 - ust. 4 oraz 22a ust. 6 Prawa zamówień publicznych wskazane w pkt III petitum są uzasadnione.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności w postępowaniu:

- w przypadku uznania, że ww. czynności Zamawiającego zawierają w sobie również unieważnienie czynności wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej - unieważnienia czynności unieważnienia wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej oraz czynności ponownego badania i oceny ofert;
- unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania oraz odrzucenia jego oferty.

Ewentualnie, w ramach zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 oraz 22d ust. 2 Prawa zamówień publicznych – z ostrożności procesowej, na wypadek przyjęcia, iż dokument pt. „Koncepcja, harmonogram oraz sposób realizacji zaplecza technicznego Arriva Bus Transport Polska Spółka z o.o.” wraz z załączonym do niego rysunkiem technicznym (dalej łącznie: „Koncepcja”) załączony do pisma Arriva z dnia 18 czerwca br. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 12 czerwca 2018 r. podlega ocenie w kontekście spełniania warunku udziału w Postępowaniu, Odwołujący zarzucał również naruszenie art. 26 ust. 1, ust. 2f i ust. 3 - ust. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień lub uzupełnień Koncepcji względnie wyjaśnienia lub uzupełnienia oświadczenia złożonego w JEDZ oraz zobowiązania podmiotu trzeciego względnie naruszenie art. 22a ust. 6 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia. W konsekwencji wnosił również o nakazanie Zamawiającemu dokonania ww. czynności.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w obu odwołaniach. W odpowiedzi na odwołania i na rozprawie wnosił o ich oddalenie.

Zamawiający wskazywał, że Odwołujący zarzucili mu naruszenie następujących przepisów Prawa zamówień publicznych (zarzuty wspólne dla odwołań sygn. akt KIO 1441/18 i sygn. akt KIO 1462/18):

1) Art. 24 ust. 1 pkt. 20 Prawa zamówień publicznych przez bezprawne przyjęcie, że Odwołujący zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w Postępowaniu;

2) Art. 89 ust. 1 pkt. 3 poprzez bezprawne przyjęcie, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

W odniesieniu do tak sformułowanych zarzutów, Zamawiający wyjaśniał, że na etapie realizacji umowy zawartej w trybie postępowania PN 100/2017, Zamawiający powziął wiadomość, iż Arriva zawarła umowę z Wykonawcą PKS Grodzisk Maz. Sp. z o.o. w zakresie ewentualnego przekazania/wspólnego użytkowania zajezdni autobusowej. Współpraca dwóch Wykonawców biorących udział w postępowaniu PN 7/2018: Arriva i PKS Grodzisk Maz. Sp. z o.o. w zakresie udostępnienia potencjału w ujęciu horyzontalnym (zwolnienie miejsca przy ul. Stołecznej 67 w Wyględach), wskazuje na realne porozumienie Wykonawców, którzy w zawartej już umowie w postępowaniu PN 100/2017 „uzupełniają” brakujący potencjał Wykonawcy Arrivy do wykonania zamówienia PN 7/2018.

W ocenie Zamawiającego zawarcie przedmiotowej umowy winno skutkować wykluczeniem Arriva z postępowania, w oparciu o art. 22d ust. 2 Prawa zamówień publicznych, na podstawie którego Zamawiający jest uprawniony, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Ponadto, również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych zawarcie przedmiotowej umowy skutkować winno również odrzuceniem oferty Arriva, z uwagi na fakt, iż złożenie przez Odwołującego przedmiotowej oferty, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przedstawiona powyżej współpraca dwóch Wykonawców biorących udział w postępowaniu PN 7/2018: Arriva i PKS Grodzisk Maz. Sp. z o.o. w zakresie udostępnienia potencjału skutkować winna również odrzuceniem ofert obu Wykonawców. Ponadto, skutkować powinna także wykluczeniem z postępowania z powodu zawarcia porozumienia, które realnie zakłóciło konkurencję w postępowaniu PN 7/2018 (podstawa prawna: 24 ust. 1 pkt 20 Prawa zamówień publicznych). W konsekwencji powyższego obie oferty zostają odrzucone na podstawie 89 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych (oferta została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu).

Stosownie do art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 419 ze zm.): „Czynem nieuczciwej

konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”. Z kolei zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 798, ze zm.) „Zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na: uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny,

Dalej Zamawiający wskazywał, że z art. 6 ust. 1 UOKiK wynika, że zakazem objęte są także porozumienia, których celem nie jest ograniczenie konkurencji, lecz które faktycznie skutek taki wywołały lub mogą wywołać. Bez znaczenia jest brak występowania po stronie przedsiębiorców (subiektywnego) zamiaru ograniczenia konkurencji (tak m.in. w wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 29 maja 2006 r. XVII Ama 9/05). Oznacza to, że przedsiębiorcy także nieświadomie mogą naruszyć przepisy ustawy antymonopolowej, wskutek współpracy gospodarczej odbywającej się na podstawie danego porozumienia. Ewentualna okoliczność, iż naruszenie przepisów ustawy nastąpiło w sposób niezamierzony przez przedsiębiorców, którzy nie mieli intencji wywoływania skutków antykonkurencyjnych, nie stanowi przesłanki legalizującej ich działania.

W świetle orzecznictwa KIO: „Istnienie zmowy przetargowej może być wykazane na podstawie pośrednich środków dowodowych. Należy brać pod uwagę całokształt okoliczności towarzyszących danej sprawie” (Wyrok z dnia 5 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO 2649/17) LEX nr 2442405.

W świetle dokumentów złożonych w postępowaniu oraz na podstawie całokształtu okoliczności zaistniałych, tak w postępowaniu nr 100/2017 jak i 7/2018, Zamawiający uznał, iż działania Arriva i PKS Grodzisk naruszały zasady Prawa zamówień publicznych oraz zasady uczciwej konkurencji co obligowało Zamawiającego do dokonania czynności wykluczenia Wykonawców i odrzucenia ofert obu Odwołujących.

W odpowiedzi na odwołanie Arriva (sygn. akt KIO 1462/18), Zamawiający wskazywał, że Odwołujący zarzucił mu naruszenie następujących przepisów Prawa zamówień publicznych:

1) Art. 24 ust. 1 pkt. 12 Prawa zamówień publicznych poprzez bezprawne przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu;

- 2) Art. 24 ust. 1 pkt. 16 Prawa zamówień publicznych poprzez bezprawne przyjęcie, że Odwołujący w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnieniu udziału w Postępowaniu;
- 3) Art. 24 ust. 1 pkt. 17 Prawa zamówień publicznych poprzez bezprawne przyjęcie, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, które miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu;
- 4) Art. 22d ust. 2 Prawa zamówień publicznych poprzez bezprawne przyjęcie, że Odwołujący nie posiada wymaganych zdolności skutkiem przyjęcia, iż zaangażowanie jego zasobów technicznych w inne przedsięwzięcie gospodarcze może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia;
- 5) Art. 89 ust. 1 pkt. 5 Prawa zamówień publicznych poprzez bezprawne uznanie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu jako złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w Postępowaniu; 6) Art. 89 ust. 1 pkt. 6 poprzez bezprawne przyjęcie, że oferta Odwołującego zawierała błędy w obliczeniu ceny i kosztu.

W związku z odwołaniem wniesionym przez wykonawcę Arriva Bus Transport Polska Sp. z o. o., w szczególności w związku z uzasadnieniem stanowiącym treść pisma z dnia 23 lipca 2018 r., Zamawiający podawał, że podtrzymuje stanowisko wyrażone w piśmie z dnia 13 lipca 2018 r. Jednocześnie stwierdza, że tezy zawarte w odwołaniu, w ocenie Zamawiającego, nie przedstawiają stanu faktycznego i prawnego w zakresie czynności realnie wykonanych przez Zamawiającego, które to czynności zostały dokonane zgodnie z Prawa zamówień publicznych i SIWZ.

Ponadto Zamawiający wskazywał, iż Odwołujący w złożonym odwołaniu (str. 4) przedstawia niezgodny z rzeczywistością opis stanu faktycznego oraz dokonuje nieprawidłowej interpretacji postanowień umownych w postępowaniu, czym dopuszcza się wprowadzenia Izby w błąd.

Zamawiający podkreślał, iż w niniejszym postępowaniu Odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, gdyż nie dysponuje terenem, na którym można zorganizować zaplecze techniczne dla 54 autobusów przegubowych, co powoduje, iż nie jest on w stanie wykonać zamówienia w sposób prawidłowy i zgodny z wymogami SIWZ, co w konsekwencji doprowadziło do wykluczenia Odwołującego w oparciu o podstawy wskazane na wstępie pisma.

Odwołujący w treści odwołania (np. pkt 9) dokonuje nieuprawnionej próby przekonania Izby, iż Zamawiający na etapie postępowania, w zakresie wyjaśnień Odwołującego co do sposobu spełniania przez niego warunku udziału w postępowaniu odnośnie bazy technicznej spełniającej wymogi SIWZ, prowadził z Odwołującym „uzgodnienia”. Harmonogram konsultacji, na który powołuje się Odwołujący odnosi się do całości czynności związanych jedynie m.in. z oceną propozycji oznakowania pojazdów lub elementów ich wyposażenia, propozycją wzorów umundurowania kierowców itp. Zamawiający podkreśla natomiast, iż na żadnym etapie postępowania nie był przewidziany proces uzgodnień w zakresie oferowanego przez Wykonawców zaplecza technicznego. Jest to warunek udziału w postępowaniu, który podlegał ocenie, a nie wspólnemu uzgadnianiu.

Przywołane przez Odwołującego postanowienia SIWZ, pozwalające wykonawcy na 18-miesięczne dostosowanie niektórych elementów zaplecza do wymagań Zamawiającego, wprowadzone zostały jedynie z uwagi na ewentualną konieczność realizacji procesów inwestycyjnych związanych z budową zaplecza.

W ocenie Zamawiającego powyższa argumentacja, jest bezzasadna i ma na celu wprowadzenie KIO w błąd w zakresie braku konieczności spełnienia przez Odwołującego wszystkich warunków SIWZ i umowy na etapie badania i oceny ofert.

Zamawiający podkreślał, że Odwołujący nie spełniał warunku udziału w postępowaniu, gdyż nie dysponował terenem, na którym można zorganizować zaplecze techniczne zgodnie z wymogami SIWZ. Odwołujący został wykluczony z postępowania m.in. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych. Na jego podstawie, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Miejsce, wskazane przez Odwołującego na bazę techniczną, nie spełnia wymagań, które skutkowałyby spełnieniem przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Nawet gdyby zaoferowany przez niego teren miał być przeznaczony wyłącznie dla autobusów z przetargu 7/2018, to z wielu innych względów, wskazanych m.in. w załączniku nr 2 do niniejszego pisma, nie jest możliwe, aby teren ten spełniał wymogi postanowione w SIWZ, w związku z czym w ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Powyższe jednoznacznie wynika ze złożonej dotychczas przez Odwołującego dokumentacji w postępowaniu, a przede wszystkim z koncepcji przekazanej w dniu 18 czerwca 2018 r. Koncepcja ta, co należy podkreślić, miała zostać złożona przez

Zamawiającego w terminie 14 dni od wyboru najkorzystniejszej oferty, tymczasem, Zamawiający otrzymał ją dopiero po upływie dwóch miesięcy od wyboru oferty, po kolejnych wezwaniach. Jest to, zdaniem Zamawiającego, jeden z wielu dowodów na to, że Odwołujący już na etapie ofertowania, czyli od samego początku nie dysponował zapleczem technicznym zgodnym z wymogami SIWZ.

Zgodnie z wyrokiem KIO (wyrok z dnia 10 stycznia 2017 r. sygn. akt: KIO 2721/17 „Warunki udziału w postępowaniu każdorazowo są konkretyzowane przez Zamawiającego z uwzględnieniem specyfiki udzielanego zamówienia i z zachowaniem zasad określonych w ustawie Prawa zamówień publicznych. To Zamawiający jest decydem podczas formułowania wymagań mających nakreślić podmiotowo krąg wykonawców zdolnych i odpowiednich do realizacji danego zamówienia, jakimi są warunki udziału w postępowaniu. Postawione warunki udziału powinny również umożliwiać ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Jeżeli wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia nie zdoła wykazać, iż skonkretyzowanych dla danego postępowania warunków nie spełnia, po ewentualnej procedurze uzupełnienia dokumentów, podlega wykluczeniu”.

Zgodnie z art. 22d ust. 2 Prawa zamówień publicznych Zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Natomiast w oparciu o art. 24 ust 1 pkt 16 i 17 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający był uprawniony do wykluczenia wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów; oraz wykonawcy, 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.

Na skutek działań Odwołującego, Zamawiający został wprowadzony w błąd, bowiem to samo zaplecze techniczne zostało wykorzystane dla innej umowy (w postępowaniu 100/2017), a na wskazanym terenie nie ma możliwości wybudowania zaplecza technicznego dla 54 autobusów przegubowych, a tym bardziej dla łącznie 88 autobusów (54 z

postępowania 7/2018 i 34 z postępowania 100/2017, gdzie umowa została już zawarta). Odwołujący zaangażował swoje zasoby techniczne już w postępowaniu nr 100/2017, co ma ewidentnie negatywny wpływ na realizację zamówienia nr 7/2018, gdyż jak wskazano powyżej, łączna liczba autobusów z obu postępowań po prostu nie zmieści się na wskazanej działce. Takie zachowanie Odwołującego wyczerpało znamiona kolejnych przesłanek wykluczenia, a mianowicie art. 22d ust. 2 oraz art. 24 ust. 16 i 17 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd, co najmniej na skutek swojej lekkomyślności lub niedbalstwa, wykazując w dokumencie JEDZ, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy faktycznie nie dysponował bazą techniczną spełniającą wymogi SIWZ.

Odwołujący w pkt. 12 cz. III uzasadnienia, pt. „Bezzasadność zarzutów Zamawiającego” stwierdza, że zarzuty Zamawiającego w zakresie podstaw wykluczenia „bazują na dokonanej przez Zamawiającego ocenie koncepcji realizacji zaplecza technicznego przedstawionej przez Arriva w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 12 czerwca br. [...]”. Powołując się na sprawę KIO sygn. akt. 882/18, argumentuje także, iż ocena ta miała dotyczyć tych samych kwestii, które uprzednio były już rozstrzygane.

W tym miejscu Zamawiający wskazuje, iż wybór ofert dokonany został w oparciu o stan wiedzy Zamawiającego jaki posiadał w dacie dokonywania tej czynności. Natomiast kolejne czynności wykluczenia Odwołującego, zostały dokonane przez Zamawiającego w oparciu o zupełnie nowe dla niego okoliczności faktyczne, które pojawiły się już po wyroku KIO sygn. 882/18. Bezpodstawnym jest zatem twierdzenie, iż w niniejszej sprawie mamy do czynienia z powagą rzeczy osądzonej.

Zamawiający ponownie podkreślał, iż w dacie składania oferty w przetargu 7/2018, zasoby techniczne Odwołującego zaangażowane były w inne przedsięwzięcie tj. przetarg nr 100/2017.

Przedstawiona pierwotnie przez Odwołującego koncepcja realizacji zaplecza technicznego wskazywała na możliwość zorganizowania go dla łącznie 88 autobusów z wykorzystaniem części wskazanych w formularzu JEDZ działek, co do których obowiązujące Prawo zamówień publicznych wyklucza taką możliwość (tj. zorganizowania na tej części działek zaplecza technicznego). Odwołujący już podczas rozprawy przedstawił alternatywne koncepcje organizacji zaplecza, przyznając tym samym, że nie można tego uczynić na kwestionowanej części działek. Co więcej Odwołujący zmodyfikował także koncepcję organizacji zaplecza technicznego dla postępowania 100/2017, gdzie umowa

została zawarta, a następnie przedstawił Zamawiającemu koncepcję dla postępowania 7/2018, uwzględniającą ten sam obszar. W dniu 14 czerwca br., Odwołujący przedstawił Zamawiającemu nową koncepcję zaplecza w przetargu 100/2017 - inne miejsce, w którym ma się ono mieścić na podstawie umowy z PKS Grodzisk. Jednakże Zamawiający uznał, że wskazane zaplecze nie gwarantuje realizacji usługi i wezwał do niezwłocznego przedstawienia kompletnej koncepcji realizacji zaplecza technicznego. W związku z opisaną sytuacją, Zamawiający zobligowany był dokonać ponownej analizy złożonej oferty. Dokumenty przekazane do Zamawiającego na etapie przygotowań do podpisania umowy, co Odwołujący uczynił ze znacznym opóźnieniem, ujawniły niezgodność z dowodami przedstawionymi w KIO do sprawy sygn. akt. KIO 882/18 i stanowiły podstawę do uznania, iż Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w związku z brakiem zasobów technicznych w postaci wymaganego terenu pod zaplecze techniczne.

W oparciu o wyrok KIO z dnia 9 listopada 2017 r., sygn. akt. KIO 2214/17 Zamawiający argumentuje, iż uprawniony jest, „na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia”. (LEX nr 2409098)

Na Zamawiającym ciąży obowiązek badania oferty sumiennie i z zachowaniem zasad równości oraz uczciwej konkurencji, w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy zapewniającego realizację zamówienia, tym samym nie może on traktować przedmiotowych dwóch postępowań w oderwany od siebie sposób.

Ponowna ocena oferty Odwołującego została dokonana zdaniem Zamawiającego w sposób rzetelny i prawidłowy, zgodnie z zasadami oceny ofert zawartymi w Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający zaznaczał, że w piśmie z dnia 2018-07-13, którym została przekazana Odwołującemu decyzja o wykluczeniu z przetargu nr 7/2018, nie powołał się na wystąpienie rażąco niskiej ceny jako przyczyny wykluczenia — co sugeruje Odwołujący w swoim stanowisku w p.57 str. 16.

Podczas rozprawy w KIO w dn. 18 maja 2018 r. Zamawiający przyjął stanowisko, wg którego nie było przesłanek do badania ewentualnego wystąpienia rażąco niskiej ceny, ponieważ cena zaproponowana przez Odwołującego była jedynie 0,8% niższa niż średnia z cen pozostałych oferentów. W związku z powyższym, nie podlegały ocenie poszczególne składowe ceny, przedstawione przez Odwołującego w Załączniku 3.1 do SIWZ — szczegółowa kalkulacja ceny.

W ramach przedmiotowego wykluczenia oferty spółki Arriva Zamawiający powziął jednak wątpliwości co do prawidłowości kalkulacji przygotowanej przez spółkę. Wynika to przede wszystkim z uwarunkowań zmienionych przez Odwołującego w trakcie w/w rozprawy w KIO, a więc już po złożeniu przez niego oferty. Wpłynęły one na konieczne do poniesienia przez Odwołującego koszty. Dotyczy to w głównej mierze:

- zmiany zakresu modernizacji zaplecza w stosunku do wcześniejszej koncepcji Odwołującego,
- zmiany sposobu tankowania pojazdów, ze względu na odstąpienie od budowy stacji CNG na terenie zajezdni i planu korzystania ze stacji poza jej terenem,

Ze względu na dokonywanie zmian już po złożeniu oferty nie mogły być one uwzględnione przez Odwołującego w sposób poprawny w przygotowanych kalkulacjach, co prowadzi do błędu w obliczeniu przez niego ceny lub kosztu.

Zamawiający podnosił, że obecnie jedyna ogólnodostępna stacja CNG mieści się na ul. Prądyńskiego, a więc 22,3 km od planowanej bazy Odwołującego. Druga stacja znajduje się w zajezdni operatora MZA na ul. Ostrobramskiej, jednak jest ona dostępna jedynie na potrzeby wewnętrzne, a dodatkowo jest w odległości 37,2km od planowanej zajezdni.

Zamawiający także zauważał, że - po zmianie koncepcji tankowania pojazdów - Odwołującemu nie uda się utrzymać przyjętej w kalkulacji ceny jednostkowej paliwa CNG. Odwołujący, przy założeniu posiadania własnej stacji tankowania, w załączniku 3.1 założył wartość 2,23 zł/Nm. Cena komercyjna ze stacji tankowania przy ul. Prądyńskiego wynosi natomiast 3,78 zł/Nm³ (cena wg stanu na 27.08.2018 r.). Nawet przy założeniu uzyskania potencjalnych zniżek przez Odwołującego wynikających z większej skali tankowania nie jest możliwe uzyskanie ceny o wysokości uwzględnionej przez niego w kalkulacji. Warto zaznaczyć, że w przetargach przewozowych składowa ceny wynikająca z kosztu paliwa jest jednym z najistotniejszych elementów.

Zdaniem Zamawiającego wyżej wymienione elementy wskazują na ewidentny błąd w obliczeniu ceny lub kosztu, wpływający w znaczny sposób na brak poprawności kalkulacji stawki zaoferowanej w przetargu.

Do postępowań odwoławczych przystąpili (dalej: Przystępujący):

- A. wykonawca Arriva Bus Transport Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Toruniu, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 1441/18 po stronie odwołującego,
- B. wykonawca M. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Radomiu, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 1441/18 oraz sygn. akt KIO 1462/18 po stronie zamawiającego,
- C. wykonawca Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Grodzisku Mazowieckim, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 1462/18 po stronie zamawiającego

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Obu Odwołującym przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem mają interes w uzyskaniu danego zamówienia i mogą ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

Izba, jako dowód z urzędu, powołała dokumentację postępowania sygn. akt KIO 207/18, KIO 221/18 i sygn. akt KIO 882/18.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: oba odwołania, w zakresie wszystkich podniesionych w nich zarzutów, zasługują na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie „Świadczenie usług przewozu regularnego na liniach autobusowych nadzorowanych przez ZTM, funkcjonujących w ramach systemu komunikacji miejskiej przy wykorzystaniu 50 autobusów o długości ok. 18 metrów”. Postępowanie oznaczone jest numerem 7/2018. Zamawiający prowadził również postępowanie, którego przedmiotem było „Świadczenie usługi przewozu regularnego wykonywanej w ramach lokalnego transportu zbiorowego na liniach autobusowych nadzorowanych przez ZTM, funkcjonujących w ramach systemu komunikacji miejskiej” – oznaczone numerem 100/2017.

Zamawiający podał, że uzna warunek udziału w postępowaniu za spełniony, jeżeli wykonawca dysponuje „terenem przeznaczonym na co najmniej jedną bazę techniczną lub dysponuje co najmniej jedną bazą techniczną, spełniającą warunki opisane w załączniku nr 2 do SIWZ” (s. 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej: SIWZ).

Okoliczność, czy wykonawca Arriva spełnia warunek udziału w postępowaniu odnośnie

posiadania zdolności technicznej, była przedmiotem rozstrzygnięcia w postępowaniu sygn. akt KIO 882/18. Izba stwierdziła, że wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu.

W postępowaniu sygn. akt KIO 882/18 Izba, oprócz zarzutu odnoszącego się do spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, badała zarzut odnoszący się do ceny, zaoferowanej przez wykonawcę Arriva za wozokilometr (w kontekście zarzutu niezgodności z SIWZ i zarzutem rażąco niskiej ceny). Izba oddaliła zarzut, wskazując, że „Odnosząc się natomiast do pozostałych zarzutów (opisanych w pkt 3-7 odwołania) okolicznością, z której Odwołujący wywodził wnioski o naruszeniu przepisów Ustawy, było przyjęcie na potrzeby kalkulacji stawki 1 wozokilometra zwiększonej o 4,5% ilości pracy przewozowej wobec wielkości nominalnej 4 mln wozokilometrów. W ocenie Odwołującego świadczyło to o niezgodności treści oferty z siwz, jak i ewentualnie o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny z konsekwencją w postaci zaniechania odrzucenia tej oferty.

W pierwszej kolejności Izba uwzględniła treść siwz, w której Zamawiający opisał zakres zamówienia ilością wozokilometrów planowaną do realizacji w ujęciu rocznym określoną wielkością nominalną 4 mln $-10/+5\%$ (minus dziesięć / plus pięć procent) wozokilometrów. Ponadto w siwz Zamawiający w żadnym z jej zapisów nie narzucił ilości jaką wykonawcy powinni uwzględnić przy kalkulacji stawki, która pozostawałaby niezmienna niezależnie od rzeczywistej ilości pracy przewozowej. Tym samym przy określonym „widełkami” zakresie zamówienia każdy z wykonawców zobowiązany był dokonać indywidualnej kalkulacji, która uwzględniałaby ryzyko zmiany na etapie świadczenia usługi ilości w przedziale określonym w siwz. Nie mieli przy tym obowiązku wskazania w ofercie ilości przyjętej na potrzeby kalkulacji stawki wozokilometra pracy. Jedynie Wykonawca Arriva w kalkulacji szczegółowej zawarł informację co do przyjętego założenia, tj. zwiększenia zamówienia w granicach określonych specyfikacją, tj. o 4,5% w skali roku. Dokonując oceny ofert nie można było jednoznacznie wskazać, że pozostali wykonawcy przyjęli wielkość 4 mln wozokilometrów, jak również że ich założenia mieściły się w „widełkach”. Dotyczy to również oferty Odwołującego, który wprawdzie w toku rozprawy taką deklarację złożył, jednak informacji tej nie ujął w szczegółowej kalkulacji ceny. Tym samym Zamawiający oceniając oferty dokonał porównania stawek, co doprowadziło do uznania, iż w stosunku do oferty najtańszej (Arriva) nie zachodzi podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny. Nie budziło przy tym wątpliwości składu orzekającego, iż założenie Arriva nie było niezgodne z treścią siwz. Odwołujący upatrywał tej niezgodności z opisem przedmiotu zamówienia, który jak wskazano powyżej był określony nie tylko wartością nominalną ale również przedziałem dopuszczalnych odstępstw, co czyniło ten opis bardziej elastycznym. Nie można było zatem

uznać, iż Arriva wykroczyło poza ten opis, czy też że wyceniło prace niezgodnie z zakresem pracy. Jednocześnie Izba doszła do przekonania, iż zaoferowana stawka wozokilometra nie nosiła znamion rażąco niskiej. Jak wyliczył to Zamawiający różnice w stosunku do założeń Zamawiającego, jak i średniej stawki ze wszystkich złożonych ofert nie były znaczące, a sam Zamawiający przyznał, iż analiza ta nie wzbudzała dalszych podejrzeń co do rzetelności kalkulacji ceny. Wyjaśnienia jakie złożyła Arriva były dla Zamawiającego przekonujące, a Odwołujący tak w odwołaniu, jak i na rozprawie nie wykazał, iż zasadnym było przeprowadzenie postępowania w trybie art. 90 Ustawy. Fakt, iż Zamawiający wyjaśniał z Wykonawcą treść oferty w celu ustalenia podstawy na jakiej Wykonawca przyjął wartość 4,5%, nie oznacza, iż miał on wątpliwości co do wysokości ceny. Tym samym Odwołujący stawiając zarzut zaniechania przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie określonym art. 90 Ustawy zobowiązany był wykazać zasadność przyjęcia takiego podejścia, prezentując nie tylko własną opinię co do poprawności wyliczeń, ale przede wszystkim przedstawiając dowody uzasadniające ich przyjęcie, jako obiektywnie zasadnych. Sam Odwołujący modyfikował wyliczenia, a ponadto przyjmował odmienne założenia niż wskazane przez Arriva w szczegółowej kalkulacji (np. dotyczące kosztów finansowania, czy też ilości nieodpłatnych wozokilometrów wyliczonej na podstawie kosztów paliwa). Wyliczenia Odwołującego nie mogły być ocenione inaczej niż stanowisko strony i nie mogły dowodzić zasadności zarzutów. Odwołujący nie podważył w sposób skuteczny przyjętych w ofercie Arriva składowych ceny, tj. stawki za 1 wozokilometr”.

W SIWZ Zamawiający opisał formalności, jakich należy dopełnić po wyborze oferty najkorzystniejszej, a przed zawarciem umowy: „Wykonawca będzie zobowiązany przed podpisaniem Umowy, w ciągu 14 dni od zawiadomienia o wyborze oferty, dostarczyć Zamawiającemu koncepcję, harmonogram i sposób realizacji zaplecza technicznego opisane w punkcie 1.4. Załącznika nr 2 do Umowy, które będą stanowić odpowiednie załączniki do Umowy.”

W załączniku nr 2 do SIWZ „Wymagania dla zaplecza technicznego oraz samochodów pogotowia technicznego i mobilnej służby zabezpieczenia ruchu” Zamawiający szczegółowo opisał swoje oczekiwania.

W sprawie sygn. akt KIO 882/18 Izba stwierdziła, że „wstępna koncepcja organizacji zaplecza, nie mogła być traktowana jako element oferty podlegający weryfikacji na etapie oceny ofert pod kątem wymagań opisanych w załączniku nr 2 do siwz. Zamawiający przewidział bowiem we wzorze umowy, iż wstępna koncepcja będzie opracowana i przedłożona przez wykonawcę, z którym Zamawiający zamierzał będzie zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego, po zakończeniu oceny ofert. Tym samym dokument

złożony na wezwanie miał jedynie na celu rozwianie wątpliwości, jakie Zamawiający powziął w związku z przeznaczeniem nieruchomości na cele bazy technicznej dla realizacji również innego zamówienia i możliwości takiej organizacji terenu, która pozwoli na realizację obu umów, udzielanych w ramach dwóch odrębnych procedur. Wskazuje na to treść zapytania, w którym Zamawiający określił ilość miejsc postojowych dla 88 autobusów, jak i wyjaśnienia, w tym prezentowany na rysunku sposobów zagospodarowania terenu na potrzeby obsługi pojazdów o długości 9, 12 i 18 m.". Izba również wskazała, że „Prezentowana wstępna koncepcja organizacji zaplecza formalnie nabierze znaczenia po wyborze oferty najkorzystniejszej, a i nawet wówczas Wykonawcę będzie miał możliwość wprowadzania zmian, czy też zastąpienia tego terenu innym, pozwalającym spełnić wszystkie warunki dotyczące bazy technicznej do obsługi autobusów.” (Skład orzekający w niniejszej sprawie podziela te poglądy i przyjmuje za własne)

Wykonawca Arriva przedstawił koncepcję.

Wykonawca PKS Grodzisk udostępnił, po terminie składania ofert w postępowaniu, w którym wniesiono rozpatrywane odwołanie, wykonawcy Arriva, zaplecze techniczne.

Zamawiający w dniu 13 lipca 2018 r. wykluczył obu Odwołujących z postępowania. W odniesieniu do Odwołującego Arriva, Zamawiający podał, że w związku z art. 24 ust. 12 Prawa zamówień publicznych wyklucza go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie:

- 1) art.24 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych, w/w Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu;
- 2) art.24 ust. 1 pkt 16 Prawa zamówień publicznych, Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w niniejszym postępowaniu;
- 3) art.24 ust. 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych Wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, które miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu;
- 4) art.22d ust. 2 Prawa zamówień publicznych, Wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, ponieważ zaangażowanie jego zasobów technicznych w inne przedsięwzięcia gospodarcze może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia;
- 5) art.24 ust. 1 pkt 20 Prawa zamówień publicznych, Wykonawca zawarł porozumienie

mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, co Zamawiający wykaże na podstawie dokumentów złożonych przez Wykonawców biorących udział w postępowaniu PN 100/2017 oraz PN 7/2018.

Ponadto Zamawiający podał, że oferta Wykonawcy Arriva podlega odrzuceniu na podstawie:

- 1) art.89 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych, została złożona przez Wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 2) art.89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, oferta Wykonawcy zawierała błędy w obliczeniu ceny lub kosztu (kwestia rażąco niskiej ceny jest przedmiotem skargi do sądu);
- 3) art.89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przedsiębiorstwa.

Jako uzasadnienie takiej czynności, Zamawiający podał, że „Wybór oferty najkorzystniejszej miał miejsce w dniu 23 kwietnia 2018 roku. Zgodnie z regulacjami wskazanymi w dokumentacji przetargowej, koncepcja realizacji zaplecza technicznego powinna zostać przekazana do Zamawiającego najpóźniej w dniu 7 maja 2018 roku. Wykonawca nie wywiązał się z obowiązku, jaki na nim spoczywał. Na wezwanie Zarządu Transportu Miejskiego do złożenia dokumentacji, wyrażone w piśmie nr ZTMFZ.2610.393.2018.DMA z dnia 12 czerwca 2018 roku., pismem z dnia 18 czerwca 2018 roku, Arriva przekazała m.in. dokumenty dot. zaplecza technicznego, które poddano ocenie pod kątem zgodności z wymogami przyszłej umowy. W trakcie weryfikacji stwierdzono, że przedstawiony materiał nie może zostać uznany za dokumentację, która potwierdza, że Wykonawca spełnia (oraz, że spełniał na dzień składania ofert) warunki udziału w postępowaniu oraz że dokumentacja jest zgodna z pkt. 1.4. Załącznika nr 2 do umowy.

Przedstawiona koncepcja realizacji zaplecza stoi w sprzeczności z dokumentacją złożoną w ramach postępowania nr 100/2017, a w szczególności z koncepcją realizacji zaplecza stanowiącą załącznik do Umowy o świadczenie usług przewozów autobusowych w zbiorowej komunikacji miejskiej nadzorowanej przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie zawartej w dniu 28 maja 2018 roku. Tym samym Wykonawca potwierdził, iż nie posiada wymaganych zdolności (zasobów technicznych), ponieważ jego zaangażowanie zasobów w inne przedsięwzięcie gospodarcze (umowa w wyniku PN 100/2017) wpływa negatywnie na możliwość wykonania zamówienia PN 7/2018. Tym samym Arriva potwierdziła, że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania

bazą techniczną zdolną do obsługi 88 autobusów, co z kolei skutkuje wykluczeniem jej z niniejszego postępowania”. Dalej Zamawiający opisał 19 okoliczności, które w ocenie Zamawiającego potwierdzają opisane powyżej stanowisko – m.in. wskazał na brak zachowania skali koncepcji zaplecza technicznego, podał, że analiza dokumentacji przedłożonej do umowy doprowadziła go do przekonania, że nie spełnia ona warunku określonego dla harmonogramu realizacji zaplecza, nie wskazano w harmonogramie i w koncepcji realizacji zaplecza, których budynków dotyczy rozbiórka oraz remont adaptacyjny itd.

Zdaniem Zamawiającego opisane przez niego okoliczności wskazują, że „Arriva na dzień składania ofert w postępowaniu, tj. 13 marca 2018 roku nie spełniała warunku udziału w postępowaniu. Zaplecze techniczne na ul. Stołecznej 67 w Wyględach już na ten dzień (13 marca 2018 roku) zaangażowane było w realizację zaplecza technicznego w innym postępowaniu Zamawiającego - PN 100/2017, którego rozstrzygnięcie zostało opublikowane na stronie Zamawiającego dn. 06 marca 2018 roku. Swoim działaniem Arriva wprowadzała Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które gwarantować będzie wykonywanie usługi dla 88 autobusów. Pozornie spełniła warunek udziału w postępowaniu wskazując adres” realizacji zaplecza technicznego. Decydując się na udział w niniejszym postępowaniu Arriva wiedziała, że nie posiada zaplecza technicznego, a mimo to składała oświadczenia i dokumenty, które pozornie potwierdzały te okoliczności. Doprowadziła w niniejszym postępowaniu do wyłonienia jej oferty jako oferty najkorzystniejszej. Bezsprzecznym jest więc fakt wprowadzenia Zamawiającego w błąd - przynajmniej w wyniku niedbalstwa, czy lekkomyślności. Niemniej, uczestnictwo w postępowaniu o tak znacznej wartości, przez podmiot działający na rynku od wielu lat konstytuuje przyznanie mu odpowiedzialności, jak dla profesjonalisty. Zdaniem Zamawiającego działaniom Arrivy można przypisać zamiar wprowadzenia w błąd. Ilość wskazanych uchybień jednoznacznie potwierdza ten fakt. W konsekwencji Zamawiający zobowiązany jest do wykluczenia Arrivy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 1 oraz 17 Pzp.

Naturalną konsekwencją powyższych okoliczności jest analiza ceny, którą zaoferowała Arriva. Nie jest możliwe wykonanie zaplecza technicznego dla 50 autobusów o długości 18 metrów, za kwotę 267.500,00 PLN(!). Dla porównania wartości przyjęte przez pozostałych Wykonawców, którzy posiadają już bazy techniczne: 1.920.000,00 PLN, 992.000,00 PLN, 1.600.000,00 PLN. W sytuacji kiedy Arriva chciałaby w przyszłości zmienić lokalizację zaplecza technicznego, biorąc pod uwagę ceny nieruchomości w obrębie Warszawy i gmin sąsiadujących, nie jest możliwe nabycie, a nawet najem działki o wystarczającej powierzchni,

w cenie 267.500,00 PLN (tj. wartość za cały okres trwania umowy).

Kolejna wątpliwość to kwestia odległości bazy: ilość wozokilometrów niepłatnych. Arriva posiadająca bazę najdalej (od Centrum Warszawy) w porównaniu do innych Wykonawców przyjęła 4% kilometrów niepłatnych — pozostali: 10,2%, 15,5%, 14,1%. Założenia Arrivy w kwestii ceny 1 wozokilometrów potwierdzają, że oferta ma poważne błędy w obliczeniu ceny i kosztów, których Zamawiający nie może poprawić.

Należy zaznaczyć jednocześnie, że ustawa nie definiuje pojęcia "błąd w obliczeniu ceny", niemniej przyjmuje się, że błędem w obliczeniu ceny jest błąd polegający na przyjęciu niewłaściwych danych do jej obliczenia, wynikający np. z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego. Z błędem w obliczeniu ceny oferty będziemy mieli zatem do czynienia w sytuacji, gdy wykonawca nie wyceni wszystkich pozycji - tak jak zrobiła to Arriva w załączniku nr 3.1. W konsekwencji Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty Arriva z postępowania na podstawie art.89 ust. 1 pkt.6 ustawy Pzp.

Dalsza analiza powyższych okoliczności dodatkowo potwierdza, że Arriva nie posiada wystarczających zasobów do realizacji niniejszego postępowania. Zasobów nie tylko technicznych (baza techniczna), ale zważywszy na przyjęte założenia cenowe w załączniku nr 3.1 - również finansowych. Na dzień dzisiejszy Wykonawca Arriva nie gwarantuje, że będzie gotowy do realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z terminami wskazanymi w SIWZ, a analiza całej dokumentacji postępowania (w tym postępowania PN 100/2017) potwierdza, że Arriva z całą pewnością nie była gotowa do realizacji/nie posiadała odpowiedniego potencjału już w dniu składania ofert. W konsekwencji Zamawiający zobowiązany jest do wykluczenia Arrivy z postępowania na podstawie art.22d ust.2 ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe spełnienie licznych przesłanek wykluczenia konsekwencją jest odrzucenie oferty w/w Wykonawcy na podst. art.89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Przy okazji realizacji zapisów umowy zawartej w trybie postępowania PN 100/2017, Arriva przedstawiła umowę z Wykonawcą PKS Grodzisk Maz. Sp. z o.o. w zakresie ewentualnego przekazania/wspólnego użytkowania zajezdni autobusowej Wykonawcy PKS Grodzisk Maz. Sp. z o.o.. Takie działanie „zwalnia” miejsce na zajezdni autobusowej przy ul. Stołecznej 67 w Wyględach. Porozumienie to potwierdza słuszność wykluczenia Arrivy z postępowania na podstawie art. 22d ust. 2 ustawy Pzp, ale generuje także inne konsekwencje.”.

Odnosnie Odwołującego PKS Grodzisk Zamawiający dalej, w tym samym piśmie z dnia 13 lipca 2018 podał, że „Współpraca dwóch Wykonawców biorących udział w

postępowaniu PN 7/2018: Arriva i PKS Grodzisk Maz. Sp. z o.o. w zakresie udostępnienia potencjału w ujęciu horyzontalnym (zwolnienie miejsca przy ul. Stołecznej 67 w Wyględach), wskazuje na realne porozumienie Wykonawców, którzy w zawartej już umowie uzupełniają brakujący potencjał Wykonawcy Arriva do wykonania zamówienia-PN.7/20T8T. Powyższe ustalenia skutkować muszą odrzuceniem ofert tych Wykonawców, tj.: Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Maz. Sp. z o.o., ul. Chełmońskiego 33, 05-825 Grodzisk Mazowiecki oraz ARRIVA Bus Transport Polska Sp. z o. o., ul. Dąbrowskiego 8/24, 87-100 Toruń w niniejszym postępowaniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP oraz wykluczeniem z postępowania z powodu zawarcia porozumienia, które realnie zakłóciło konkurencję w postępowaniu PN 7/2018 (podstawa prawna: 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp). Konsekwentnie obie oferty zostają odrzucone na podstawie 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (oferta została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu).”.

Składając oba odwołania, Odwołujący polemizowali z wyżej opisaną czynności Zamawiającego.

Odnosząc się do tak ustalonego stanu faktycznego, Izba stwierdziła, co następuje:

Sygn. akt KIO 1441/18

Zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust 1 pkt 20 ustawy Prawa zamówień publicznych poprzez uznanie, iż doszło do porozumienia Odwołującego z Wykonawcą ARRIVA Bus Transport Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu (dalej: „Arriva”) mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz zarzut naruszenia art. 7 ust 1 ustawy Prawa zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji polegający na ograniczaniu konkurencji i możliwości korzystania przez przedsiębiorców z zasad swobody działalności gospodarczej.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 20 Prawa zamówień publicznych, zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych; konsekwencją wykluczenia jest odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych.

W ocenie składu orzekającego, okoliczność, że po terminie składania ofert, wykonawca sklasyfikowany na dalszej pozycji w rankingu ofert, udostępnia swoje możliwości techniczne wykonawcy sklasyfikowanemu wyżej w rankingu ofert, nie zakłóca konkurencji w postępowaniu. Nie dochodzi bowiem do zmiany w pierwotnym rankingu ofert.

Rację miał Odwołujący, że Zamawiający nie badał przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 Prawa zamówień publicznych, przede wszystkim – nie badał, czy doszło do zawarcia porozumienia, mającego „na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami”. Do udostępnienia możliwości technicznych doszło po złożeniu ofert, i nie wpłynęło to na ranking wykonawców w postępowaniu. Równie dobrze udostępnienie bazy technicznej mogłoby nastąpić po zawarciu umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba zgodziła się z Odwołującym – udostępnianie sobie wzajemnie zasobów jest normalną praktyką wykonawców funkcjonujących na rynku. Świadczy o tym, przykładowo, przywoływany przez Odwołującego w postępowaniu sygn. akt KIO 1462/18 przykład udostępnienia potencjału technicznego przez wykonawcę M. (przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego), czemu sam M. nie zaprzeczał.

Ponadto wykazanie przez Odwołującego naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych również w konsekwencji prowadzi do stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Podsumowując, Izba stwierdziła, że Zamawiający nie przedstawił dowodów pozwalających na uznanie, że Odwołujący zawarł umowę dotyczącą udostępnienia bazy transportowej nie w dobrej wierze i nie na warunkach rynkowych, a celem tejże umowy było ograniczanie konkurencji. Należy również zauważyć, że trudno dostrzec interes Odwołującego PKS Grodzisk w utrzymywaniu i tak najkorzystniejszej oferty firmy Arriva w tym postępowaniu.

Zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Prawa zamówień publicznych poprzez uznanie, iż złożenie przez Odwołującego oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz zarzut naruszenia art. 92 ust 1 ustawy Prawa zamówień publicznych poprzez brak podania powodów odrzucenia oferty oraz uzasadnienia faktycznego z tytułu ziszczenia się okoliczności wskazanej w art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Prawa zamówień publicznych.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawa zamówień publicznych stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 419 ze zm.), czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Stosownie do art.6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 798, ze zm.) zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na: uzgadnianiu przez

przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

W ocenie składu orzekającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do ziszczenia się przesłanek z art. 3 ust. 1 uznk, a w konsekwencji do ziszczenia się podstaw odrzucenia oferty zgodnych z art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający przywołał art. 3 ust. 1 uznk w piśmie z dnia 13 lipca 2018 r., jednak ani w przywołanym piśmie, ani nawet na pytanie zadane na rozprawie, nie potrafił wyczerpująco opisać, na czym miało polegać „działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami” oraz „zagrożenie lub naruszenie interesu innego przedsiębiorcy lub klienta”.

Izba w udostępnieniu zasobów przez Odwołującego PKS Grodzisk Odwołującemu Arriva nie dopatrzyła się również przesłanek wynikających z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów. Zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na: uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Nie doszło bowiem, w ocenie składu orzekającego, do uzgodnienia warunków składanych ofert, zakresu prac ani ceny. Udostępnienie zasobów nastąpiło po złożeniu ofert – i już sama ta okoliczność wystarczy do uznania, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie wystąpiły przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. Zgodnie z przywołanym przepisem, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zatem do porozumienia i przekazania zasobów (z których to czynności wykonawców Zamawiający wywodził podstawy odrzucenia) musiałoby dojść przed złożeniem oferty, a nie po jej złożeniu.

Rację miał Odwołujący, że Zamawiający w piśmie z dnia 13 lipca 2018 r. podał informację o wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu jego oferty jako wzmiankę na końcu pisma, którego zasadniczą treścią (jak można wnosić ze sformułowań na wstępie pisma) była decyzja o wykluczeniu wykonawcy Arriva z postępowania. W istocie Zamawiający nie opisał uzasadnienia faktycznego wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty.

W konsekwencji Izba uwzględniła odwołanie w całości.

Sygn. akt KIO 1462/18

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych poprzez bezprawne przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych, zamawiający wyklucza wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

W tym postępowaniu Zamawiający wymagał dysponowania „co najmniej jedną bazą techniczną...” lub dysponowania „terenem przeznaczonym na co najmniej jedną bazę techniczną”. Przy czym, zgodnie z opisem warunku, jedynie baza techniczna musiała odpowiadać warunkom, o których mowa w załączniku nr 2 do SIWZ, natomiast warunkom takim nie musiał odpowiadać teren przeznaczony pod bazę. Warunek udziału w postępowaniu, polegający na dysponowaniu odpowiednim terenem, Odwołujący spełnił, co zostało potwierdzone wyrokiem KIO 882/18.

Zamawiający przewidział (zgodnie z załącznikiem do SIWZ „Procedury przekazywania informacji przez Operatora i dokonywania uzgodnień z Zamawiającym oraz dopuszczenia pojazdów i obiektów zaplecza technicznego - Załącznik nr 2 do Umowy zawartej w dniu r.”), że:

„Operator przed podpisaniem umowy, w ciągu 14 dni od zawiadomienia o wyborze oferty tj. do dnia, jest zobowiązany do przedstawienia:

1.4.1. Koncepcji realizacji zaplecza technicznego dla obsługi wszystkich pojazdów, w oparciu o wymagania dla zaplecza technicznego stanowiące Załącznik nr 2 do SIWZ, wraz ze specyfikacją techniczną określającą parametry obiektów i ich wyposażenie oraz rozwiązania organizacyjne w zakresie obsługi pojazdów, stanowiącej Załącznik nr 2.10 do Umowy.

1.4.2. Harmonogramu i sposobu realizacji wymaganego zaplecza technicznego (np. realizacji poprzez remont istniejącego obiektu, projekt i odpowiednią rozbudowę oraz adaptację posiadanego obiektu, czy też projekt i budowę obiektu nowego), stanowiącej Załącznik nr 2.11 do Umowy.”

Z przywołanych postanowień wynika, że realizacja zaplecza technicznego, jeżeli wykonawca w ramach spełnienia warunku wykazał, że dysponuje odpowiednim terenem, jest w przeważającym zakresie realizacją zobowiązania umownego. Przed podpisaniem umowy należy jedynie dostarczyć harmonogram realizacji zaplecza. Zamawiający nie może przewidywać, że wykonawca nie jest w stanie spełnić tego wymagania, tj. na podstawie własnych negatywnych doświadczeń przy innych inwestycjach (np. przewidywać, że procedury administracyjne potrważą aż dwa lata).

Izba w całości podzieliła stanowisko Odwołującego, jak i stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku sygn. akt KIO 882/18, że podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania musi wynikać wprost z treści SIWZ, nie może opierać się na domniemaniach

i innych dokumentach, niż wymagane w SIWZ na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Ponadto, nawet, jeżeli Zamawiający dopatryłby się przesłanki wykluczenia z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, to najpierw powinien zastosować procedurę opisaną w art. 26 ust 3 Prawa zamówień publicznych.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 poprzez bezprawne przyjęcie, że Odwołujący w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 poprzez bezprawne przyjęcie, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, które miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

Po pierwsze, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że informacje podane przez wykonawcę wprowadzały Zamawiającego w błąd. Po drugie, nawet gdyby Zamawiający prawidłowo uznał (z czym się Izba nie zgodziła w niniejszym postępowaniu), że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, to samo stwierdzenie faktu, że wykonawca nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, nie przesądza, że podał w tym zakresie nieprawdziwe informacje (wprowadził Zamawiającego w błąd).

Zarzut naruszenia art. 22d ust. 2 Prawa zamówień publicznych poprzez bezprawne przyjęcie, że Odwołujący nie posiada wymaganych zdolności skutkiem przyjęcia, iż zaangażowanie jego zasobów technicznych w inne przedsięwzięcia gospodarcze może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Zgodnie z art. 22d ust. 2 Prawa zamówień publicznych, zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Przepis ten nie może stanowić samodzielnej przesłanki wykluczenia – wykluczenie musi nastąpić z przywołaniem konkretnej przesłanki ustawowej (z podaniem jej podstawy prawnej i faktycznej), w związku z którą została podjęta decyzja o wykluczeniu wykonawcy. W ocenie składu orzekającego przepis ten mówi o czasie, w którym wykonawca może być wykluczony z postępowania; z przepisu wynika, że można wykluczyć wykonawcę na każdym etapie postępowania. Jednak wykluczenie nie może nastąpić w oderwaniu od opisu spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zasoby techniczne i zawodowe to nie

jakiegokolwiek zasoby, ale te, których dysponowania Zamawiający wymagał w SIWZ i ogłoszeniu.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 Prawa zamówień publicznych poprzez bezprawne przyjęcie, że Odwołujący zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu.

Zarzut uwzględniony – z uzasadnieniem analogicznym jak w uzasadnieniu dotyczącego tożsamego zarzutu w sprawie sygn. akt KIO 1441/18.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych poprzez bezprawne uznanie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu jako złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu.

Zarzut uwzględniony – z uzasadnieniem analogicznym jak w uzasadnieniu dotyczącego tożsamego zarzutu w sprawie sygn. akt KIO 1441/18.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 poprzez bezprawne przyjęcie, że oferta Odwołującego zawierała błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Kwestie związane z obliczeniem ceny zostały rozstrzygnięte przez Izbę w wyroku KIO 882/18 (w którym Izba oddaliła zarzuty naruszenia „art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Arriva w sytuacji, gdy jej treść nie odpowiada treści siwz, gdyż została sporządzona dla zwiększonej o 4,5 % liczby wozokilometrów rocznie (poz. G.4), a zatem została obliczona z zastosowaniem odmiennych reguł, które są istotnym elementem kalkulacji ceny oferty, a zatem oferta ta jest nieporównywalna z ofertami innych wykonawców; ewentualnie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Arriva, która zawiera błąd w obliczeniu ceny, polegający na przyjęciu niewłaściwych danych do jej obliczenia, tj. zwiększonej o 4,5% liczby wozokilometrów w stosunku do nominalnej wartości przedmiotu zamówienia, tj. 4.000.000 wozokilometrów rocznie, a zatem obliczenia ceny oferty inaczej, niż zostało to ustalone przez Zamawiającego;

- w przypadku uznania, że wskazane zarzuty nie stanowiły podstawy do wykluczenia lub odrzucenia oferty Wykonawcy Arriva, jako niezgodnych z treścią siwz, z ostrożności podniósł zarzuty:

art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Arriva w sytuacji, gdy oferta ta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia”).

W ocenie składu orzekającego, cena oferty została podana przez Odwołującego w ofercie, nie była zmieniana po dacie otwarcia ofert, i była ceną ryczałtową (co nie było sporne). W ocenie składu orzekającego po terminie składania ofert nie mogły zajść żadne

okoliczności, które ponownie kazałyby badać cenę wozokilometrów (a co Zamawiający uczynił w piśmie z dnia 13 lipca 2018 r.). Koszty związane z dostosowaniem terenu, którym dysponuje wykonawca, do pełnienia funkcji zaplecza technicznego, w całości obciążają wykonawcę w ramach zaoferowanej ceny.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 poprzez bezprawne przyjęcie, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zarzut uwzględniony – z uzasadnieniem analogicznym jak w uzasadnieniu dotyczącego tożsamego zarzutu w sprawie sygn. akt KIO 1441/18.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do podnoszonych w obu odwołaniach naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

Izba nie nakazała unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenia badania oceny ofert, ponieważ oba odwołania odnosiły się do czynności Zamawiającego wynikających z pisma z 13 lipca 2018 r., w którym to piśmie Zamawiający wykluczył obu Odwołujących i odrzucił ich oferty. W przywołanym piśmie Zamawiający nie unieważnił wcześniejszych swoich czynności (sprzed pisma z dnia 13 lipca 2018 r.). Zatem konsekwencją uwzględnienia obu odwołań było unieważnienie wyłącznie czynności opisanych w piśmie z 13 lipca 2018 r.

Na podstawie art. 192 ust. 8 Prawa zamówień publicznych wydano orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.972).

Przewodniczący:

.....

.....

.....