

Sygn. akt: KIO 1490/15
KIO 1577/15
KIO 1584/15

WYROK
z dnia 6 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 sierpnia 2015 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 13 lipca 2015 r. przez wykonawcę **Mobilis Sp. z o.o. ul. Mościska 4a, 05-080 Izabelin,**

B. w dniu 24 lipca 2015 r. przez wykonawcę **M. Sp. z o.o. ul. ks. Łukasika 5, 26-600 Radom,**

C. w dniu 24 lipca 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Europa Express City Sp. z o.o. ul. Tarczyńska 22, 02-023 Warszawa oraz Raf Trans Sp. z o.o. ul. Pasaż Ursynowski 9 paw. 4B, 02-784 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Zarząd Transportu Miejskiego ul. Żelazna 61, 00-848 Warszawa

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Europa Express City Sp. z o.o. ul. Tarczyńska 22, 02-023 Warszawa oraz Raf Trans Sp. z o.o. ul. Pasaż Ursynowski 9 paw. 4B, 02-784 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1490/15 oraz KIO 1577/15 po stronie zamawiającego,

- B. wykonawcy **M. Sp. z o.o. ul. ks. Łukasika 5, 26-600 Radom**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1490/15 oraz KIO 1584/15 po stronie zamawiającego,
- C. wykonawcy **Mobilis Sp. z o.o. ul. Mościska 4a, 05-080 Izabelin** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1577/15 oraz KIO 1584/15 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie o sygn. akt KIO 1490/15,**
- 2. uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 1577/15 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:**
 - 2.1. powtórzenie (uzupełnienie) czynności wezwania wykonawcy Mobilis Sp. z o. o. do wyjaśnienia wysokości ceny na podstawie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych,**
 - 2.2. dokonanie powtórnej oceny wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych,**
 - 2.3. wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Europa Express City Sp. z o.o. oraz Raf Trans Sp. z o.o. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów dotyczących wiedzy i doświadczenia,**
 - 2.4. ujawnienia złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Express City Sp. z o.o. i Raf Trans Sp. z o.o. oraz wykonawcę Mobilis Sp. z o.o. tabel wyceny według wzorów przygotowanych przez zamawiającego oraz opisowej części wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny złożonych przez Mobilis Sp. z o.o.,**
- 3. oddala odwołanie o sygn. akt KIO 1584/15,**
- 4. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Mobilis Sp. z o.o. (w sprawie o sygn. akt KIO 1490/15), wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Europa Express City Sp. z o.o. i Raf Trans Sp. z o.o. (w sprawie o sygn. akt KIO 1584/15) oraz zamawiającego – Zarząd Transportu Miejskiego (w sprawie o sygn. akt KIO 1577/15) i:**

- 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Mobilis Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,**
- 4.2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę M. Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,**
- 4.3. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Europa Express City Sp. z o.o. i Raf Trans Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,**
- 4.4. zasądza od zamawiającego – Zarząd Transportu Miejskiego na rzecz wykonawcy M. Sp. z o.o. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.**

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1490/15

KIO 1577/15

KIO 1584/15

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „świadczenie usługi przewozu regularnego wykonywanej w ramach lokalnego transportu zbiorowego na liniach autobusowych nadzorowanych przez ZTM, funkcjonujących w ramach systemu komunikacji miejskiej łączącego obszar aglomeracji warszawskiej” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 13 maja 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 165841-2015-PL. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołań:

Odwołanie o sygn. akt KIO 1490/15

Odwołujący – Mobilis Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności polegającej na skierowaniu do odwołującego 2 lipca 2015 r. wezwania do przedłożenia dokumentów – zobowiązań do udostępnienia odwołującemu zasobów przez inne podmioty oraz czynności polegającej na skierowaniu do odwołującego 8 lipca 2015 r. wezwania do przedłożenia niewskazanych wprost dokumentów dotyczących dostawców autobusów, których zobowiązania do udostępnienia odwołującemu zasobów odwołujący przedłożył zamawiającemu w związku z wezwaniem z 2 lipca, jak również do złożenia wyjaśnień oraz przedłożenia dokumentu potwierdzającego uzyskanie przez syndyka masy upadłości Autosan S.A. w upadłości likwidacyjnej zgody na zaciągnięcie zobowiązania wobec odwołującego lub w jej braku – zgody sędziego komisarza na zaciągnięcie przez syndyka zobowiązania w postaci przedłożonego oświadczenia Autosan S.A. w upadłości likwidacyjnej, co narusza:

1. art. 26 ust. 2b w zw. z art. 26 ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wezwanie odwołującego 2 lipca 2015 r. oraz ponownie 8 lipca 2015 r. do przedłożenia dokumentów – zobowiązań innych podmiotów do udostępnienia wykonawcy zasobów tych podmiotów dotyczących autobusów wymienionych w wykazie narzędzi załączonym przez odwołującego do złożonej oferty, oraz do złożenia wyjaśnień i dalszych

dokumentów dotyczących jednego z tych podmiotów – Autosan S.A. w upadłości likwidacyjnej – podczas gdy odwołujący wskazał w ofercie, że zamierza wykonywać zamówienie przy użyciu zasobów własnych, tj. autobusów, którymi będzie dysponował na podstawie umów leasingu finansowego, które stanowią zasoby własne odwołującego, a w związku z tym brak jest podstaw do żądania jakichkolwiek dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, a ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia tego zarzutu, naruszenie przez zamawiającego art. 26 ust. 2b w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie dokumentów – zobowiązań dostawców autobusów – przedłożonych przez odwołującego zamawiającemu za niewystarczające i niepotwierdzające spełnienia przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia z uwagi na rzekomy warunkowy charakter tych zobowiązań, podczas gdy w rzeczywistości zobowiązania te nie były warunkowe i powinny być zostać uznane za potwierdzające spełnienie przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu,

2. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, tj. poprzez skierowanie do odwołującego wezwań do uzupełnienia dokumentów o niejasnej treści, nieprecyzujących, jakich dokładnie dokumentów wymaga zamawiający, jak również poprzez niezgodną z prawem oraz praktyką we wcześniejszych postępowaniach ocenę tych dokumentów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegających na wezwaniu zamawiającego z 2 lipca 2015 r. i wezwaniu zamawiającego z 8 lipca 2015 r.,
2. uznania zasobów technicznych, przy wykorzystaniu których odwołujący będzie realizował zamówienie za zasoby własne odwołującego,
3. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania i nakazanie zamawiającemu wypłaty na rzecz odwołującego kwoty 18.600,00 zł stanowiącej uzasadnione koszty odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocników.

Odwołanie o sygn. akt KIO 1577/15

Odwołujący – M. Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności polegającej na:

1. zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Europa Express Sp. z o.o. i Raf Trans Sp. z o.o. (zwanym dalej także „konsorcjum Europa”), którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, jak również nie wykazali, iż dysponują potencjałem technicznym do realizacji zamówienia,

2. zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy Mobilis Sp. z o.o., który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem technicznym do realizacji zamówienia,

3. dokonaniu oceny złożonych ofert oraz dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Mobilis Sp. z o.o., w sytuacji gdy oferta tego wykonawcy zawiera cenę rażąco niską i jako taka winna być odrzucona,

4. uznaniu wyjaśnień złożonych przez Mobilis Sp. z o.o. oraz konsorcjum Europa za wyczerpujące, a w konsekwencji przyjęcie, że oferty tych wykonawców nie zawierają ceny rażąco niskiej, w sytuacji, gdy przedmiotowe oferty zakładają realizację usługi poniżej kosztów jej realizacji i jako zawierające cenę rażąco niską winny być odrzucone,

5. polegających na odmowie udostępnienia odwołującemu pełnej treści dokumentu stanowiącego załącznik do protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w postaci pism skierowanych na wezwanie zamawiającego do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, co narusza:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Mobilis Sp. z o.o. ze względu na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia,

2. art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie uznania oferty Mobilis Sp. z o.o. za odrzuconą w sytuacji, gdy wykonawca ten powinien być wykluczony z postępowania,

3. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Europa ze względu na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia, w sytuacji, gdy wykonawca nie przedstawił bezwarunkowego zobowiązania Solaris Bus & Coach S.A.,

4. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Europa ze względu na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania doświadczenia w zakresie realizacji usług przewozu regularnego, tj. niewykazania w okresie 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania, że wykonawca wykonał lub wykonuje należycie autobusami usługi przewozu regularnego w rozumieniu ustawy o transporcie drogowym, w ilości nie mniejszej niż 2.000.000 wozokilometrów rocznie, w ramach jednej lub kilku usług (nie więcej niż trzech) dla każdej części zamówienia,

5. art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie uznania oferty konsorcjum Europa za odrzuconą w sytuacji, gdy wykonawca ten winien być wykluczony z postępowania,

6. ewentualnie, w przypadku uznania przez KIO, iż wskazane zarzuty stanowiły podstawę do odrzucenia ofert jako niezgodnych z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,

7. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Mobilis Sp. z o.o. oraz konsorcjum Europa w sytuacji, gdy oferty te zawierają cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia,

8. art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie złożonych przez Mobilis Sp. z o.o. oraz konsorcjum Europa wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny za wyczerpujące, pomimo że złożone przez wykonawców wyjaśnienia nie potwierdzają, że ich oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny,

9. art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez uznanie, że oferty złożona przez Mobilis Sp. z o.o. oraz konsorcjum Europa nie zawierają rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia ofert tych wykonawców,

10. art. 8 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odmowę udostępnienia odwołującemu treści wyjaśnień wykonawców Mobilis Sp. z o.o. oraz konsorcjum Europa w związku z zastrzeżeniem przez wykonawców jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny, w szczególności wyjaśnień zawartych na arkuszu kalkulacyjnym przesłanym wykonawcom przez zamawiającego, podczas gdy w wykonawcy nie wykazali, że zastrzeżone informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,

11. art. 8 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawców za skuteczne w odniesieniu do formularza kalkulacyjnego, podczas gdy cena jest informacją jawną, a zastrzeżenie to miało na celu jedynie uniemożliwienie weryfikacji wyjaśnień wykonawców odwołującemu i utrudnienie mu skorzystania z przysługujących im zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych środków ochrony prawnej, co stanowi naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,

12. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, tj. poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji poprzez potraktowanie oferty złożonej przez innych wykonawców w sposób preferencyjny w stosunku do oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Mobilis Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej,
2. dokonania ponownej oceny złożonych ofert i wykluczenia konsorcjum Europa w związku z tym, że wykonawca ten nie wykazał zdolności do wykonania zamówienia w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym do realizacji zamówienia publicznego, oraz Mobilis Sp. z o.o. w związku z tym, że wykonawca ten nie wykazał zdolności do wykonania zamówienia w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym do realizacji zamówienia publicznego, a w przypadku, gdy w ocenie KIO żądanie nakazania zamawiającemu wykluczenia wykonawców z postępowania na podstawie 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych jest nieuzasadnione,
3. dokonania ponownego badania i oceny ofert i odrzucenia ofert wykonawców Mobilis Sp. z o.o. oraz konsorcjum Europa na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jako ofert zawierających rażąco nisko cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, względnie na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jako ofert pochodzących od wykonawców, którzy nie złożyli wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo wezwania zamawiającego,
4. wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
5. udostępnienia odwołującemu treści wyjaśnień pozostałych wykonawców, do których odwołującemu odmówiono dostępu z uwagi na zastrzeżenie tych informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa,
6. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania i nakazanie zamawiającemu wypłaty na rzecz odwołującego kwoty 18.600.00 zł stanowiącej uzasadnione koszty odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Odwołanie o sygn. akt KIO 1584/15

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Europa Express Sp. z o.o. i Raf Trans Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawców: M. Sp. z o.o. i Mobilis Sp. z o.o. przez bezpodstawne przyjęcie, że spełniają oni warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem technicznym,
2. art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez wezwanie wykonawcy Mobilis Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów dwukrotnie,
3. art. 24 ust. 4, art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez ocenę ofert złożonych przez wykonawców, którzy podlegali wykluczeniu oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców oraz brak zachowania uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. dokonania ponownej oceny ofert,
2. wykluczenia wykonawców M. Sp. z o.o. oraz Mobilis Sp. z o.o.,
3. wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Europa.

II Ustalenia Izby w kwestiach formalnych

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań, a odwołujący mają interes we wniesieniu swoich odwołań.

III Ustalenia Izby co do zarzutów

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

1. W zakresie zarzutu dotyczącego dysponowania wymaganymi przez zamawiającego autobusami oraz przedłożonych w tym zakresie dokumentów, w tym wezwania do ich uzupełnienia Izba stwierdziła:

Zgodnie z rozdziałem VIII pkt 3 lit. b specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wymagał, aby wykonawcy dysponowali co najmniej 50 sztukami autobusów spełniającymi wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub złożyli pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia autobusów spełniających wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dla każdej części zamówienia.

W związku z tym wymaganiem wykonawcy mieli przedłożyć wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia wraz z informacjami o podstawie dysponowania tymi zasobami (rozdział IX pkt 1 ppkt 4 specyfikacji), a także – jak wynika z treści samego warunku – dokumenty dotyczące innych podmiotów, w przypadku skorzystania z możliwości wynikających z art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie

realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Z kolei z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, tym samym – *a contrario* – muszą oni dysponowanie danym potencjałem zamawiającemu wykazać, czyli udowodnić – niezależnie od tego, czy jest to potencjał własny, czy cudzy.

W okolicznościach niniejszej sprawy istotny jest fakt, że sam warunek, jak wynika z jego treści (czas teraźniejszy – „dysponują co najmniej 50 sztukami autobusów”) dotyczy autobusów już istniejących. Podobnie art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy potencjału co prawda nie będącego jeszcze w posiadaniu wykonawcy, ale również istniejącego. Jest bowiem oczywiste, że istotny jest potencjał obecny, rzeczywisty, a nie ten, którego już lub jeszcze nie ma (i nie wiadomo, czy będzie).

Tymczasem wszyscy wykonawcy odnieśli się do autobusów, które ewentualnie dopiero zostaną wyprodukowane, jeśli któryś z nich uzyska przedmiotowe zamówienie i złoży takie zlecenie u producenta autobusów. Wszyscy wykonawcy wskazali też, że autobusy zostaną wzięte przez nich w leasing, co jest dla nich korzystniejsze finansowo niż ich bezpośredni zakup.

Działanie takie (zamawianie produkcji autobusów zgodnych z wymaganiami zamawiającego po wygraniu przetargu) jest typowe dla tego rodzaju zamówień i z tego też powodu zostało przez zamawiającego zaakceptowane – w zasadzie bardziej zgodnie ze zwyczajowym działaniem wykonawców, niż dosłownym rozumieniem warunku udziału w postępowaniu.

Na marginesie – niefortunnie jednak, że zamawiający – choć mógł przewidywać, że taka sytuacja będzie miała miejsce i w tym postępowaniu – nie odniósł się do niej ani formułując warunek, ani wskazując na dokumenty, które w takiej sytuacji mają przedstawić wykonawcy.

Jednak samo zaakceptowanie przez zamawiającego „zastępczego” zaproponowania przyszłego potencjału nie stanowi przedmiotu sporu, zatem i Izba je akceptuje.

Nie zmienia to jednak faktu wynikającego m.in. z przywołanego powyżej art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, że wykonawcy muszą udowodnić zamawiającemu dysponowanie tym potencjałem, czyli w tej sytuacji – że w chwili rozpoczęcia realizacji umowy tabor 100 autobusów (50 dla każdej części zamówienia), będzie gotowy do świadczenia usługi.

Skoro zaś wykonawcy zadeklarowali, że będą to nowo wyprodukowane autobusy oraz wzięte w leasing, „zastępczo” powinni udowodnić, że po pierwsze, rzeczywiście zostaną one

wyprodukowane, a po drugie – że jakiś podmiot jest chętny zawrzeć z nimi taką umowę leasingu. Jakkolwiek, jeśli zamawiający uważa, że – jak oświadczył podczas rozprawy Mobilis Sp. z o.o. – nie ma obaw o to, że znajdzie się podmiot zainteresowany takim leasingiem, może uznać, że udowodnienie tej okoliczności nie jest niezbędne.

Owszem, długotrwale leasingowany pojazd (co do zasady, jeśli nie zachodzą szczególne okoliczności) jest uznawany za potencjał własny, nikt bowiem nie wymaga od przedsiębiorcy, by przy każdym kliencie prosił leasingodawcę o zgodę na wykorzystanie tego pojazdu, skoro ma go w swojej swobodnej dyspozycji. W okolicznościach niniejszej sprawy nie ma jednak znaczenia, czy autobus w leasingu jest uznawany za potencjał własny, czy cudzy – trudno bowiem mówić, czy własny, czy cudzy jest potencjał, którego w ogóle nie ma. W takiej sytuacji należy udowodnić, że będzie.

Zatem zamawiający prawidłowo wezwał wykonawców, w tym Mobilis Sp. z o.o., do uzupełnienia brakujących dokumentów w celu udowodnienia otrzymania potencjału, jakkolwiek wobec wskazanych powyżej okoliczności nieco wątpliwe jest ich nazwanie w wezwaniu jedynie „zobowiązaniami, o których mowa w art. 26 ust. 2b dotyczącymi autobusów”, ale nie można też tego uznać za jakiś szczególny błąd.

Rzeczywiście, zamawiający dwa razy wzywał Mobilis Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów – 2 lipca i 8 lipca. W pierwszym wezwaniu wskazał jedynie na konieczność złożenia brakujących oryginałów pisemnych zobowiązań, o których mowa w art. 26 ust. 2b, w drugim – po otrzymaniu zobowiązań – wskazał już na konkretne wady treści zobowiązania, tj. że w przypadku Solaris Bus & Coach S.A. zawiera ono warunek złożenia do 23 lipca 2015 r. ostatecznego zamówienia (podczas gdy termin składania ofert upływał 26 czerwca, był to więc dość krótki okres). Zaś co do zobowiązania wystawionego przez syndyka w imieniu Autosan S.A. – informacji dotyczących możliwości prowadzenia przez niego działalności pomimo ogłoszonej upadłości likwidacyjnej.

Podobne dwa wezwania w takich samych datach (2 i 8 lipca) zostały skierowane także do konsorcjum Europa, a do spółki M. wezwanie z 8 lipca dotyczące warunkowości zobowiązania firmy Solaris.

Jak wynika z powyższego stanu faktycznego, zamawiający rzeczywiście dwa razy wzywał Mobilis Sp. z o.o. (oraz *notabene* konsorcjum Europa), ale Izba ma wątpliwości, czy nazwać to podwójnym wezwaniem. Jest to jednak bardziej wezwanie w dwóch etapach, gdyż pierwsze rzeczywiście było dość lakoniczne, a do tego dotyczy nietypowych dokumentów – zamawiający już z samego wykazu autobusów i wskazanych tam producentów w połączeniu

ze swoimi wymaganiami dotyczącymi parametrów autobusów mógł się domyślić, że chodzi o przyszłą produkcję.

Poza tym, zdaniem Izby, zamawiający dopiero po 2 lipca powziął wątpliwości co do treści zobowiązania, o czym świadczy fakt, że spółkę M. do uzupełnienia dokumentu o analogicznej treści (warunku) wezwał dopiero 8 lipca, a nie 2 lipca, kiedy dokonywał pierwszych wezwań.

Izba nie ma natomiast żadnych wątpliwości co do wezwania dotyczącego spółki Autosan – dokumenty wynikające z sytuacji tego podmiotu (upadłości) nie były wymagane w pierwotnym wezwaniu, więc wykonawca nie miał obowiązku ich przedstawić na wezwanie z 2 lipca 2015 r. Z drugiej strony, zdaniem Izby, zamawiający postąpił poprawnie, że upewnił się co do kwestii formalnych dotyczących tego zobowiązania, gdyż nie można zapominać, że wykonawca ma udowodnić dysponowanie potencjałem (art. 24 ust. 2 pkt 4), a zobowiązanie pochodziło od podmiotu będącego w upadłości. Zatem zamawiający mógł mieć uzasadnione wątpliwości, że przekazanie deklarowanych autobusów może okazać się nierealne.

Co do wątpliwości, czy Autosan S.A., wobec swojej upadłości, realnie będzie w stanie wyprodukować deklarowaną liczbę autobusów w stosownym terminie, to oczywiście mogą one istnieć, ale wobec zdecydowanego oświadczenia syndyka oraz braku dowodów przeciwnych (jedynie obaw i przypuszczeń) ani zamawiający, ani Izba nie ma podstaw, by to oświadczenie syndyka skutecznie podważyć.

Ponieważ zaś Mobilis Sp. z o.o. w dołączonym do oferty wykazie wymiennie wskazał obu producentów autobusów, tj. że dla części 1. zakupi autobusy od firmy Solaris (50+50 sztuk) lub Autosan (50 sztuk dla części 1.) oraz Mercedes (50 sztuk dla części 2.) i przedstawiał dokumenty dotyczące wszystkich tych podmiotów, to nawet jeśli uznać jedno z nich za niepoprawne, to istnieją jeszcze alternatywnie drugie zobowiązania.

Co do warunków (terminów na złożenie zamówienia i zawarcie umowy) zawartych w przedstawionych zobowiązaniach do wyprodukowania autobusów – zamawiający prawidłowo zażądał usunięcia ich z treści zobowiązań i w konsekwencji zostały one usunięte. Aczkolwiek, niezależnie od tego, czy zostały one wyrażone w dokumencie, czy też przemilczane, oczywiste jest, że aby producent był w stanie w określonym terminie wyprodukować taką liczbę autobusów, musi otrzymać odpowiednio wcześniej zamówienie, gdyż cykl produkcyjny wymaga czasu – nie są to produkty z magazynu dostępne w każdej chwili. Nie ma tu zaś realnych obaw, że producent odmówi zawarcia umowy wypłacalnemu klientowi lub że jego możliwości produkcyjne się skończą – na tym polega jego działalność gospodarcza (takie wątpliwości dotyczyły tylko Autosanu S.A.).

I oczywiście jest to gotowość do sprzedaży autobusów (po ich wyprodukowaniu), a nie przekazanie potencjału posiadanego (posiadanych pojazdów).

Wobec tego, że jest to potencjał obecnie nieistniejący, tutaj wszyscy wykonawcy, łącznie z konsorcjum Europa jako odwołującym, są w takiej samej sytuacji, niezależnie od tego, czy mają zawartą umowę przedwstępną, czy też jedynie zobowiązania do jej zawarcia, oferty czy deklaracje chęci jej zawarcia.

2. W zakresie zarzutu dotyczącego posiadania przez konsorcjum Europa wymaganego przez zamawiającego doświadczenia, Izba stwierdziła:

W postanowieniu rozdziału VIII pkt 2 lit. b specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający sformułował następujący warunek: w okresie 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania wykonawca wykonał lub wykonuje należycie autobusami usługi przewozu regularnego w rozumieniu ustawy o transporcie drogowym, w ilości nie mniejszej niż 2.000.000 wozokilometrów rocznie, w ramach jednej lub kilku usług (nie więcej niż trzech) dla każdej części zamówienia.

Zdaniem Izby postanowienia tego wymogu są jasne: wykonawca miał wykazać, że wykonał/wykonuje przewozy autobusowe, w okresie ostatnich 3 lat, w ilości min. 2.000.000 wozokilometrów rocznie. Skoro jest to 2.000.000 wozokilometrów rocznie, to w ciągu 3 lat ma to być 6.000.000 wozokilometrów dla jednej części, liczonych w etapach rocznych: 13 maja 2015 (data wszczęcia postępowania) – 13 maja 2014 – 13 maja 2013 – 13 maja 2012, w każdym z tych rocznych etapów 2.000.000 wozokilometrów. Przy czym nie jest wymagane, by którakolwiek z tych usług trwała cały rok.

Skoro bowiem zamawiający wskazał wyraźnie, że ma to być 2.000.000 wozokilometrów rocznie, to nie może być to 2.000.000 w ciągu 3 lat, jak twierdził zamawiający. Z treści warunku nie wynika też w żaden sposób, że chodzi o jeden dowolny okres roczny (12-miesięczny) mieszczący się w owych 3 latach i dlatego wymagane jest jedynie 2.000.000 wozokilometrów. Nawet jeśli zamawiający zamierzał postawić taki wymóg, to go nie postawił.

Takiemu rozumieniu warunku nie przeczy okoliczność, że dla wykazania spełnienia tego warunku, jak podał zamawiający za przepisem rozporządzenia, wykonawca miał przedstawić wykaz wykonanych lub wykonywanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie. Ze względu na to, że nie jest wymagane, by dana usługa trwała cały rok, wykonawca może prowadzić działalność krócej, np. 2,5 roku, byleby w owe pół roku w ramach okresu 13 maja 2012 – 13 maja 2013 wykonał przewozy nie mniejsze niż 2.000.000 wozokilometrów.

Wbrew twierdzeniu zamawiającego odmienne rozumienie nie wynika także z odpowiedzi na pytanie nr 19, które dotyczy jedynie tego, czy w przypadku złożenia oferty na obie części, wykonawca powinien złożyć osobny wykaz wykonanych usług dla części 1. i osobny wykaz dla części 2. (2.000.000 wzkm/rocznie dla części 1. i 2.000.000 wzkm/rocznie dla części 2., łącznie 4.000.000 wzkm/rocznie), czy też wystarczające jest przedłożenie wykazu tych samych usług w ilości 2.000.000 wzkm/rocznie dla części 1. i 2.

Zamawiający odpowiedział, że oferent, który złoży ofertę dla dwóch części zamówienia, zobowiązany jest przedstawić stosowne zaświadczenie dla ilości minimum 4 mln wozokilometrów razem, a ilość pracy przewozowej dla każdej części nie może się powtarzać. Nie ma tu więc mowy, że ma to być 2.000.000 wozokilometrów w ciągu 3 lat, wręcz przeciwnie, w pytaniu wyraźnie wskazane jest „rocznie”.

Takie rozumienie warunku jest też zgodne z zasadami logiki – w usługach tego typu, wymagających dużej systematyczności i ciągłości ich świadczenia, owa systematyczność i ciągłość jest niezwykle istotna, gdyż wykonawca, który należycie wykonywał usługę w dłuższym okresie (3 lat) jest bardziej godny zaufania, niż wykonawca, który wykonywał usługę krócej (rok w ciągu 3 lat), nawet jeśli usługa ta obejmowałaby więcej wozokilometrów. Również wymóg 2.000.000 wozokilometrów rocznie przy założeniu w opisie przedmiotu zamówienia wykonywania 4.000.000 wzkm rocznie, nie jest wygórowany.

Jedyną wątpliwość, jaką Izba ma w stosunku do treści warunku, to to, czy wymóg 1-3 usług dotyczy okresu rocznego, czy 3-letniego, tj. czy wykonawca może przedstawić maksymalnie 3, czy też 9 usług dla jednej części zamówienia. Jednak, skoro jest to niejednoznaczne, to Izba przyjmuje, że dopuszczalnych jest łącznie maksymalnie 9 usług w ciągu 3 lat dla jednej części (jest to opcja korzystniejsza dla wykonawców).

Nie jest sporne, że konsorcjum Europa nie wykazało 6.000.000 wozokilometrów dla każdej z części, czyli łącznie 12.000.000, gdyż ubiega się o zamówienie w obu częściach, a więc nie wykazało spełnienia ww. warunku. Ponieważ jednak zamawiający nie wzywał tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, na obecnym etapie postępowania nie ziszcili się przesłanki do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

Zamawiający zatem musi wezwać go do uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przy czym Izba przypomina, że wykonawca musi wykazać spełnianie warunku na dzień składania ofert.

3. W zakresie zarzutu dotyczącego odmowy udostępnienia odwołującemu M. Sp. z o.o. treści wyjaśnień wykonawców Mobilis Sp. z o.o. i konsorcjum Europa w związku

zastrzeżeniem ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa Izba uznała, że wyjaśnienia te mogą zostać częściowo ujawnione – w zakresie wypełnionej tabeli (arkusza kalkulacyjnego) przygotowanej przez zamawiającego. Obejmuje ona bowiem podział kosztów według zasad opracowanych przez zamawiającego, więc wcale nie odzwierciedla toku myślenia i kalkulacji wykonawców podczas opracowywania oferty, lecz wtórne rozbitcie ceny według wskazań zamawiającego. Tabela ta jest podobna do formularzy cenowych czy kosztorysów, które w postępowaniach tradycyjnie są jawne (tylko, jak już wskazano, w przeciwieństwie do nich nie stanowi podstawy do obliczenia ceny oferty). Po drugie, zawiera ona wyliczenie elementów ceny jednostkowej za wozokilometr, które do tej pory były ujawniane przez wykonawców w tego typu zamówieniach – *vide* choćby toczące się przed tym składem orzekającym postępowanie dotyczące usług na „świadczenie autobusowych usług przewozowych w systemie komunikacji miejskiej na liniach wchodzących w skład sieci komunikacyjnej obejmującej obszar miasta Jastrzębie-Zdrój i gmin ościennych” (spr. KIO 14/15 i KIO 19/15). Zresztą, jak już wskazano, kosztorysy, np. budowlane są jawne, mimo że zawierają realną kalkulację ceny. Po trzecie jest to opracowanie wyłącznie jednorazowe na potrzeby tego postępowania, więc nie stanowi obiektywnej wartości. Po czwarte, niezależnie od tego, że jak wskazano w punkcie pierwszym, wykonawcy w ogóle nie obliczali cen według tej tabeli, to z kilkuletniego doświadczenia składu orzekającego nabytego podczas orzekania w tego typu sprawach wynika, że wykonawcy nie potraktują podanych składowych ceny jako „słabych i mocnych punktów” konkurenta, a jedynie będą go podejrzewali o niedoszacowanie poszczególnych kosztów, gdyż wychodzą z założenia, że koszty świadczenia usługi są podobne i nie mogą wiele od siebie odbiegać – podobne koszty zakupu autobusów od tych samych producentów, leasingu, paliwa, opłaty i podatki, ubezpieczenia, kary umowne itd.

Natomiast tajemnicę przedsiębiorstwa niewątpliwie stanowią i nie podlegają ujawnieniu dokumenty dołączone do tabeli i części opisowej wyjaśnień w ramach dowodów, jak np. otrzymane oferty, umowy, faktury i inne dokumenty, które zawierają konkretne kwoty lub kalkulacje.

Z tego też powodu zamawiający nie musi ujawniać również pisma konsorcjum Europa z 8 lipca 2015 r. (w części opisowej) – a nawet bardziej poprawnie, jeśli chodzi o wyważenie interesów wszystkich wykonawców – może je ujawnić po zaciemnieniu (usunięciu w inny sposób) wymienionych tam kwot (nie będących kwotami jednakowymi dla wszystkich wykonawców, np. wynikającymi z przepisów) i ewentualnych nazw kontrahentów (podobnie jak wykonawcy robili to w pismach procesowych), gdyż pod pozorem zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa nie powinny być utajniane informacje znajdujące się w tym samym dokumencie, a takiej tajemnicy nie stanowiące.

Natomiast Izba nie widzi przeszkód, by ujawnić pismo Mobilis Sp. z o.o. z 7 lipca 2015 r. (część opisową) z tego względu, że nie zawiera ono żadnej kwoty (ceny, wartości), na której oparto kalkulację. Tym samym trudno stwierdzić, by zawierało ono jakąkolwiek tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy.

W związku z tym Izba nakazała zamawiającemu ujawnienie złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Express City Sp. z o.o. i Raf Trans Sp. z o.o. oraz wykonawcę Mobilis Sp. z o.o. w zakresie jak wskazano powyżej.

4. W zakresie zarzutu dotyczącego nieprawidłowej oceny wyjaśnień wykonawców Mobilis Sp. z o.o. i konsorcjum Europa dotyczących cen ofert oraz zaniechania wykluczenia tych wykonawców ze względu na rażąco niską cenę, Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się jedynie częściowo. To znaczy, że Izba obecnie nie widzi podstaw do uznania, że zaoferowane ceny są rażąco niskie, ale uznała, że same wyjaśnienia, jak i ich ocena, nie zostały przeprowadzone tak rzetelnie i wnikliwie, jak powinno to mieć miejsce.

Wykonawcy złożyli oferty na kwoty brutto za wozokilometr:

Mobilis Sp. z o.o. 6,77 zł dla części 1. i 8,29 zł dla części 2.,

konsorcjum Europa 6,97 zł dla części 1. i 8,97 zł dla części 2.,

M. Sp. z o.o. 7,77 zł dla części 1. i 10,58 zł dla części 2.

Wszystkie te ceny odbiegały od przyjętych przez zamawiającego do obliczenia wartości zamówienia i kwot przeznaczonych na jego realizację.

Zamawiający wezwał wszystkich trzech wykonawców do wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wszyscy trzej wykonawcy złożyli wyjaśnienia zawierające przygotowaną przez zamawiającego tabelę (arkusz kalkulacyjny), część opisową oraz dokumenty mające stanowić dowody (oferty, umowy, faktury itp.)

Jeśli chodzi o wykonawców Mobilis Sp. z o.o. i konsorcjum Europa, których dotyczy zarzut odwołania, Izbie trudno stwierdzić, w jaki sposób zamawiający dokonał oceny tych wyjaśnień i na czym polegała ich analiza. Mobilis Sp. z o.o., jak już wskazano powyżej, nie udzieliła wiele więcej informacji o przeprowadzonej kalkulacji niż tylko wypełnienie tabeli, a z samej tabeli nie wynika, skąd się wzięły wartości tam wskazane.

Od razu Izba zauważyła, że nie czyni z tego zarzutu formalnego spółce Mobilis, gdyż z treści pisma zamawiającego wzywającego do wyjaśnień – zawierającego przytoczenie części art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a następnie po nim stwierdzenia, że „kalkulacje ceny ofertowej należy przedstawić zgodnie z załączoną tabelą”, nie wynika, czy wykonawca ma przedstawić coś więcej (i ile więcej) niż ową tabelę.

Nie ma też przeszkód, by zamawiający prowadził wyjaśnienia wieloetapowo, aż do uzyskania odpowiedzi na wszystkie pytania i wątpliwości (oczywiście poza przypadkiem opisanym w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdy wykonawca nie współpracuje i nie udziela wyjaśnień).

Oceniając wyjaśnienia zamawiający musi też kierować się zasadami logiki oraz posiadaną przez siebie profesjonalną wiedzą w zakresie tego rodzaju zamówień i znajomością rynku, zwłaszcza lokalnego, na którym występuje od lat. A wyjaśnień nie może przyjmować tylko „dla sztuki”, byle zostały złożone, ale oceniać je przez pryzmat ich realności, np. czy realne jest uzyskać w Warszawie kierowców za wynagrodzenie minimalne (a jest to poważny koszt kalkulacyjny), czy wystarczająca jest podana liczba etatów.

Z tego powodu Izba nakazała zamawiającemu powtórzenie (uzupełnienie) czynności wezwania wykonawcy Mobilis Sp. z o. o. do wyjaśnienia wysokości ceny na podstawie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazanie na powtórzenie (uzupełnienie) oznacza, że zamawiający nie ma przeprowadzać jej od początku, lecz kontynuować w celu uzyskania dodatkowych informacji. Izba nie nakazywała takiego uzupełnienia w stosunku do konsorcjum Europa ze względu na to, że w przeciwieństwie do spółki Mobilis, konsorcjum w części opisowej przedstawiło pewne kalkulacje. Dlatego izba uznaniu zamawiającego pozostawia, czy będzie potrzebował dodatkowych informacji i tym samym, dodatkowo wzywał do wyjaśnień.

Izba nakazała też dokonanie powtórnej oceny wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, uznając jak powyżej, że ocena już złożonych wyjaśnień nie była wystarczająco wnikliwa, a te nowo złożone, co oczywiste, również należy ocenić.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 i 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: