

**WYROK**  
z dnia 29 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 lipca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę **Dolnośląskie Linie Autobusowe Sp. z o.o., ul. Jana Długosza 60, 51-162 Wrocław** od czynności zamawiającego **Gminy Wrocław, pl. Nowy Targ 1/8, 50-141 Wrocław**

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum spółek Sevibus Sp. z o.o. S.K.A. (Lider konsorcjum) i Socibus Sp. z o.o. (partner konsorcjum)**, z adresem na rzecz Lidera konsorcjum **ul. Chrzanowskiego 28, 51-141 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

**2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Dolnośląskie Linie Autobusowe Sp. z o.o., ul. Jana Długosza 60, 51-162 Wrocław i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez wykonawcę **Dolnośląskie Linie Autobusowe Sp. z o.o., ul. Jana Długosza 60, 51-162 Wrocław;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **758 zł 00 gr** (słownie: siedemset pięćdziesiąt osiem złotych zero groszy) przez wykonawcę **Dolnośląskie Linie Autobusowe Sp. z o.o., ul. Jana Długosza 60, 51-162 Wrocław** na rzecz **Gminy Wrocław, pl. Nowy Targ 1/8, 50-141 Wrocław** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu noclegu Pełnomocników Zamawiającego.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Wrocławiu**.

**Przewodniczący:**

.....

**UZASADNIENIE**  
**do wyroku KIO 1486/10**

Wykonawca: Dolnośląskie Linie Autobusowe Sp. z o.o. we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący”), działając na podstawie art. 180 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity - Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), powoływanej dalej jako „ustawa Pzp”, wniósł w dniu 15 lipca 2010 roku (pismem z dnia 14 lipca 2010 roku) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, którym jest Gmina Wrocław, podjętych oraz zaniechanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, na „Świadczenie usług przewozowych w ramach miejskiego autobusowego transportu zbiorowego organizowanego przez Gminę Wrocław na terenie Wrocławia oraz Gminy Długołęka” - nr postępowania **ZP/PN/74/2010/WTR** (dalej: „postępowanie”).

Postępowanie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18/05/2010 pod numerem 2010/S 95-143859.

Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone wobec czynności Zamawiającego, podjętych oraz zaniechanych w toku postępowania, a polegających na:

- naruszeniu art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, wskutek zaniechania wykluczenia wybranego wykonawcy z postępowania oraz zaniechania odrzucenia jego oferty. Powyższe doprowadziło do bezprawnego wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum firm: SEVIBUS Sp. z o.o. S.K.A. - Lider Konsorcjum, 51-141 Wrocław, ul. Chrzanowskiego 28 oraz Socibus Sp. z o.o. 53-677 Wrocław, ul. Nabycińska 19/19A zwani dalej łącznie „Konsorcjum SEVIBUS”

Odwołujący podnosi także naruszenie innych przepisów ustawy, wymienionych w uzasadnieniu oraz żądaniach niniejszego odwołania.

Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej pismem z dnia 7 lipca 2010r. Niniejsze odwołanie jest zatem wniesione z zachowaniem ustawowego, dziesięciodniowego terminu, określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1 Ustawy.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) dokonania ponownego badania i oceny ofert,
- 2) wykluczenie Konsorcjum SEVIBUS z postępowania,
- 3) odrzucenie oferty Konsorcjum SEVIBUS,
- 4) wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Z daleko idącej ostrożności procesowej, na wypadek, gdyby zarzuty zaniechania

bezpośredniego wykluczenia Konsorcjum SEVIBUS z postępowania i zarzuty zaniechania odrzucenia tej oferty nie zostały uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności badania i oceny oferty Konsorcjum SEVIBUS z zastosowaniem procedur opisanych w art. 26 ust. 3 i 4 Ustawy.

Odwołujący wskazuje, iż posiada interes do wniesienia odwołania, gdyż w wyniku zarzuczanych działań i zaniechań Zamawiającego interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający działał zgodnie z przepisami Ustawy, wybrałby ofertę Odwołującego jako wykonawcy, który złożył prawidłową ofertę, a co za tym idzie, Odwołujący nie zostałby bezprawnie pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Powyższe niezbitnie dowodzi istnienia interesu Odwołującego i - w myśl art. 179 ust. 1 Ustawy - legitymuje do wniesienia odwołania.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazuje, że:

1. Stosownie do postanowień rozdziału VIII.A) pkt 15 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) wykonawca zobowiązany był do złożenia wraz z ofertą aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Jednocześnie Zamawiający w zamieszczonej dalej „Uwadze” zapisał, iż jeżeli, w przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, osoby, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5—8 ustawy, mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wykonawca składa w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5—8 ustawy, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert, z tym że w przypadku gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób.

Powołane wyżej postanowienie SIWZ znajduje wprost odzwierciedlenie w § 2 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Odwołujący podnosi, że z treści oferty Konsorcjum SEVIBUS (strona 40) wynika, że członkiem zarządu Socibus Sp. z o.o. (członek Konsorcjum) jest Pan Rajmund K.. Z treści znajdującego się na stronie 62 oferty urzędowego dokumentu wynika w sposób nie budzący wątpliwości, iż miejscem zamieszkania Pana Rajmunda K. jest Huelva, 21130 Mazagon, znajdująca się w Królestwie Hiszpanii.

Wobec powyższego, w tym stanie faktycznym zastosowanie znajduje przepis § 2 ust. 2 Rozporządzenia, co oznacza, że złożona dla ww. osoby wraz z ofertą informacja z Krajowego Rejestru Karnego jest niewłaściwym dokumentem. Jedynym poprawnym dokumentem potwierdzającym brak karalności Pana Rajmunda K. jest wydawane w Hiszpanii urzędowe zaświadczenie z Centralnego Rejestru Osób Skazanych i Poszukiwanych, które jednak nie zostało załączone do oferty w niniejszym postępowaniu.

W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, Konsorcjum SEVIBUS nie złożyło wymaganego zapisami SIWZ oraz Rozporządzenia dokumentu w przedmiocie wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający swoim działaniem naruszył zatem przepisy art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, nie dokonując wykluczenia Konsorcjum SEVIBUS z postępowania.

Z daleko idącej ostrożności procesowej, na wypadek gdyby zarzuty zaniechania bezpośredniego wykluczenia Konsorcjum SEVIBUS z postępowania i zarzuty zaniechania odrzucenia tej oferty, opisane pozostałych punktach uzasadnienia niniejszego odwołania, nie zostały uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą, Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający zobowiązany jest wezwać Konsorcjum SEVIBUS do uzupełnienia brakującego dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy.

**2.** Zamawiający w Rozdziale VII SIWZ określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym (pkt 2 c). Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku Zamawiający wymagał dokumentów określonych w Rozdziale VIII pkt 6 i 7 SIWZ.

Konsorcjum SEVIBUS w złożonej ofercie posłużyło się w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu zobowiązaniami innych podmiotów.

Zdaniem Odwołującego dwa ze złożonych zobowiązań tj. zobowiązanie Autosan S.A. z dnia 21.06.2010 i zobowiązanie SOR Sp. z o.o. z 18.06.2009, nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W obu przedstawionych zobowiązaniach inne podmioty zobowiązują się do wyprodukowania i sprzedania SEVIBUS Sp. z o.o. S.K.A. autobusów. Taka deklaracja, zdaniem Odwołującego, nie przesądza jeszcze o faktycznym dokonaniu zakupu przez SEVIBUS Sp. z o.o. S.K.A. wymaganych autobusów. Uznać zatem należy, że na dzień złożenia takich deklaracji oraz na dzień złożenia oferty w postępowaniu brak jest potwierdzenia i wykazania, iż wybranemu wykonawcy oddano do dyspozycji niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Także druga część treści ww. zobowiązań nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, albowiem wskazuje tylko i wyłącznie na możliwość udostępnienia autobusów do czasu wyprodukowania nowych autobusów, pomijając zupełnie okres pomiędzy fizycznym wyprodukowaniem autobusów a faktyczną czynnością ich sprzedaży - zakupu oraz

dostarczenia w miejsce wykonywania usług będących przedmiotem zamówienia. Takie zobowiązanie nie zabezpiecza konieczności oddania do dyspozycji zasobów na okres realizacji zamówienia. Reasumując, dokładna analiza treści kwestionowanych dwóch zobowiązań innych podmiotów dowodzi, iż nie wypełniają one przesłanek określonych w art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp i nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie spełniania warunku dysponowania odpowiednim potencjałem.

Odwołujący podnosi ponadto, iż zobowiązanie SOR Sp. z o.o. nie może być brane pod uwagę przy wykazywaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu także z uwagi na datę jego wystawienia (rok 2009) oraz brak wykazania przez Konsorcjum SEVIBUS prawidłowości umocowania do złożenia zobowiązania przez SOR. Odwołujący przypomina, że stosownie do treści przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zatem obowiązek udowodnienia spełnienia warunków należał bez wątpienia do Konsorcjum SEVIBUS, co więcej - miało to nastąpić na etapie złożenia, badania i oceny ofert.

Reasumując, Odwołujący stawia wniosek, że treść ww. dwóch zobowiązań nie potwierdza dysponowania przez Konsorcjum SEVIBUS wymaganym potencjałem technicznym i jednocześnie nie spełnia wymagań określonych w art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp. W konsekwencji Zamawiający naruszył przepisy art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nie wykluczając Konsorcjum SEVIBUS z postępowania.

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący podnosi także zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust. 4 Ustawy, poprzez zaniechanie wyjaśnienia z wykonawcą kwestii daty wystawienia zobowiązania przez SOR Sp. z o.o. oraz prawidłowości reprezentacji spółki SOR przy udzielaniu zobowiązania do udostępnienia zasobów.

**3.** Zamawiający w Rozdziale VII SIWZ określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym (pkt 2 c). Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku Zamawiający wymagał dokumentów określonych w Rozdziale VIII pkt 6 i 7 SIWZ.

Wykonawca Konsorcjum SEVIBUS w poz. 3 i 4 Wykazu taboru umieściło autobusy Typ C2 - Jelcz 120 M/3. Z dokumentów przedłożonych wraz z ofertą (strona 18 oferty) wynika, iż ważność badania technicznego jednego z tych autobusów upłynęła 16.06.2010. W tej sytuacji uznać należy, że Konsorcjum SEVIBUS na dzień złożenia oferty nie dysponowało co najmniej trzema autobusami typu C2, co dowodzi nie wykazania spełnienia przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że w Wykazie taboru przedstawione zostały autobusy używane aktualnie w innych zadaniach z zakresu usług przewozu komunikacji miejskiej, co pozbawia możliwości ich dedykowania na potrzeby spełnienia warunków udziału

w tym Postępowaniu.

W konsekwencji uznać należy, że Zamawiający naruszył przepisy art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nie wykluczając Konsorcjum SEVIBUS z postępowania.

**4.** Zamawiający w Rozdziale VII SIWZ określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym (pkt 2 c). Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku Zamawiający wymagał dokumentów określonych w Rozdziale VIII pkt 6 i 7 SIWZ.

Odwołujący wskazuje, że Wykonawca Konsorcjum SEVIBUS w poz. 6 Wykazu taboru umieściło autobus Typu A1- Autosan Solina H7-20MB, wskazując jako podstawę dysponowania „własny”. Z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, iż Konsorcjum SEVIBUS nie posiadało na dzień złożenia oferty w postępowaniu, i nie posiada nadal, na własność autobusu Autosan Solina H7-20MB. Powyższe wywołuje konsekwencje zarówno w postaci nie spełnienia przez Konsorcjum SEVIBUS warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale VII pkt 2 e) SIWZ, jak i jednocześnie oznacza złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Skutkiem powyższych działań powinno być wykluczenie Konsorcjum SEVIBUS na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp. Zaniechanie dokonania tych czynności przez Zamawiającego powoduje naruszenie powołanych powyżej przepisów Ustawy.

**5.** Zamawiający w treści SIWZ - Załącznik Nr 2 pkt 8 (Formularz Oferty) - wymagał, aby wykonawca nie później niż w ciągu 90 dni od podpisania umowy dysponował 6 autobusami - spośród podstawowych - wyprodukowanych w roku 2010 tj. 1 autobusem typu A1, 2 autobusami typu B1, 3 autobusami typu C1 o parametrach zgodnych z SIWZ.

Konsorcjum SEVIBUS w zakresie autobusów B1 oraz C1 (dla spełnienia ww. ilości) posługuje się zobowiązaniem SOR Sp. z o.o. z dnia 18.06.2009r.

Niezależnie od opisanych powyżej w uzasadnieniu odwołania wadliwości złożonego zobowiązania z dnia 18.06.2009r. Odwołujący podnosi, że zgodnie z przedstawioną w postępowaniu Ofertą nr 10018PL, na jakiej opiera się Konsorcjum SEVIBUS, termin dostawy autobusów został określony na 3-4 miesiące od daty podpisania umowy. Taka oferta i deklaracja przesądzają, iż Konsorcjum SEVIBUS nie spełnia w rzeczywistości wymagania z Załącznika Nr 2 pkt 8 Formularza oferty i nie będzie dysponować wymaganą ilością i rodzajem autobusów w terminie 90 dni od podpisania umowy.

Powyższe oznacza niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, powodującą konieczność odrzucenia oferty Konsorcjum SEVIBUS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy.

6. Odwołujący podnosi, iż Konsorcjum SEVIBUS w Formularzu Oferty wyceniło koszt druku, sprzedaży i kontroli biletów dla jednego wozokilometra świadczonej usługi przewozowej autobusem typu C na kwotę netto 0,01 złotych (jeden grosz). Zdaniem Odwołującego, taka wycena kosztu druku, sprzedaży i kontroli biletów stanowi cenę dumpingową oraz wskazuje na czyn nieuczciwej konkurencji. W myśl art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Koszt druku, sprzedaży i kontroli biletów w ofercie Konsorcjum SEVIBUS, skalkulowany na wartość tylko 1 grosza, znacząco odbiega od cen przyjętych na rynku. Odwołujący wskazuje, że SEVIBUS Sp. z o.o. w innym postępowaniu przetargowym, dotyczącym świadczenia usług przewozowych w ramach miejskiego autobusowego transportu zbiorowego organizowanego przez Gminę Wrocław na terenie Wrocławia oraz Gminy Czernica wycenił druk, sprzedaż oraz kontrolę biletów na wartość 1 PLN. Jak wynika z porównania ww. wartości, koszt druku, sprzedaży i kontroli biletów w aktualnym postępowaniu wynosi zaledwie 1% kosztu przyjętego na innym postępowaniu przetargowym. Znamienne jest również, iż w poprzednim przetargu nie było wymogu karty chipowej, która jest zdecydowanie droższym rozwiązaniem. Odwołujący podnosi również, iż za wynagrodzenie, jakie Konsorcjum SEVIBUS może uzyskać za druk, sprzedaż i kontrolę biletów na obecnym zadaniu, wykonawca ten nie jest w stanie sfinansować zakupu choćby wszystkich wymaganych kas fiskalnych (minimum 15 sztuk), drukarek, czytników kontrolerskich, nie wspominając już o kosztach takich jak: zakup kart chipowych, koszt nadruku, punktu sprzedaży, koszt kontrolerów, zakup programów fiskalnych, serwisowanie programów fiskalnych i kas, koszt zatrudnienia kasjerki do rozliczeń, koszt prowizji od wpłat gotówkowych 0,5 % od wpłaty.

W ocenie odwołującego, skalkulowanie przez Konsorcjum SEVIBUS ww. kosztów na poziomie 1 grosza wskazuje na okoliczność, że konsorcjum będzie realizowało zamówienie poniżej kosztów świadczenia usług. Takie skalkulowanie kosztu stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 tej ustawy, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Zamawiający powinien zatem odrzucić ofertę Konsorcjum SEVIBUS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie prowadzi do naruszenia wskazanego przepisu Ustawy.

7. Zgodnie z rozdziałem XIV pkt 2 SIWZ oferta musi zawierać wypełniony Formularz Oferty (wg Załącznika nr 2 do SIWZ) oraz dokumenty i oświadczenia potwierdzające spełnianie warunków



udziału w postępowaniu. Wśród dokumentów tych Zamawiający nie wymienił dowodu wniesienia wadium, jednak kwestię wniesienia wadium uregulował odrębnie w Rozdziale XV.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o sprawdzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą prawidłowości wniesienia wadium przez Konsorcjum SEVIBUS. W przypadku niezgodności wniesionego wadium z postanowieniami Rozdziału XV SIWZ, w szczególności co do formy, kwoty oraz terminu wniesienia wadium, Odwołujący wnosi o nakazanie wykluczenia Konsorcjum SEVIBUS z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

W dniu 22 lipca 2010 roku nastąpiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, w którym Przystępujący – konsorcjum firm, którego oferta została munda uznana za najkorzystniejszą wnosiło o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego.

W dniu 23 lipca 2010 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, której uznał zarzuty Odwołującego w części dotyczącej zaniechania wezwania konsorcjum Servibus do złożenia prawidłowego dokumentu dla pana Rajmunda Knapińskiego lub wyjaśnienia złożonego dokumentu z KRK dla tej samej osoby oraz w części dotyczącej zaniechania poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej i zawiadomienia o tym fakcie wykonawcy. Pozostałe zarzuty, zdaniem Zamawiającego, nie zasługują na uwzględnienie i stąd Zamawiający wnosił o ich oddalenie.

**Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 roku, tj. po wejściu w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) – tzw. „małej nowelizacji” oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – tzw. „dużej nowelizacji” do rozpoznawania odwołania mają zastosowanie przepisy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym nowelizacjami, które weszły w życie odpowiednio dnia 22 grudnia 2009 roku oraz 29 stycznia 2010 roku.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Po trzecie ustalono, iż Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w złożeniu odwołania, gdyż potwierdzenie się zarzutów nie wykluczenia wybranego w postępowaniu Wykonawcy i nie odrzucenia jego oferty oznaczałoby dla Odwołującego możliwość uzyskania zamówienia ze względu na złożenie oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny i odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdza, że:**

Zarzuty zawarte w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie.

1. W zakresie zarzutu dotyczącego nie złożenia wymaganego zapisami SIWZ oraz Rozporządzenia o dokumentach, dokumentu w przedmiocie wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia potwierdzającego niekaralność członka zarządu spółki Socibus w osobie pana Rajmunda K. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego.

W Rozdziale VIII SIWZ Zamawiający zawarł postanowienia w zakresie wykazu oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jednym z wymaganych dokumentów była aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. W punkcie tym znajdowała się również poczyniona przez Zamawiającego uwaga, iż w przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium RP, osoby o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy Pzp mające miejsce zamieszkania poza terytorium RP, mają złożyć zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania, dotyczące ich niekaralności w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy Pzp, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. W przypadku zaś, gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się zaświadczeń, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób.

Z miejscem zamieszkania osoby fizycznej łączy się wiele istotnych następstw prawnych. Zasady, według których ustala się miejsce zamieszkania osoby fizycznej zawarte są w kodeksie cywilnym, w art. 25 do 28. Zgodnie z ujętymi tam regulacjami, miejscem zamieszkania jest miejscowość, w której dana osoba przebywa z zamiarem stałego pobytu. Do ustanowienia miejsca pobytu niezbędne jest zaistnienie kumulatywnie dwóch przesłanek: zewnętrznej,

tj. faktycznego przebywania w danym miejscu i wewnętrznej, czyli woli stałego pobytu. Również do utraty dotychczasowego miejsca zamieszkania konieczne jest spełnienie tych dwóch przesłanek, czyli zerwanie faktycznej łączności z daną miejscowością z odpowiednim zamiarem. Nieobecność fizyczna, nawet długotrwała, nie świadczy o zmianie miejsca zamieszkania, jeżeli nie towarzyszy jej odpowiedni zamiar. Osoba fizyczna, zgodnie z brzmieniem art. 28 kodeksu cywilnego, może mieć tylko jedno miejsce zamieszkania. W zakres miejsca zamieszkania nie wchodzi w znaczeniu kodeksowym konkretny adres. Od miejsca zamieszkania odróżnić należy tzw. pojęcie zameldowania. O zamieszkaniu decydują przesłanki faktyczne, zaś o zameldowaniu – dokonanie określonych czynności o charakterze administracyjnoprawnym. Samo zameldowanie nie przesądza w takim razie o miejscu zamieszkania. Można jednakże uprawdopodobnić, iż w miejscowości, w której dana osoba fizyczna jest zameldowana, ma ona także miejsce zamieszkania.

Nie ulega wątpliwości, iż w złożonym wraz z ofertą zapytaniu o karalność w przypadku pana Rajmunda K. widnieje hiszpański adres zamieszkania, adres taki wynika również ze złożonych przez Odwołującego i włączonych w poczet materiału dowodowego wyciągów z Rejestru Sądu Rejonowego we Wrocławiu VI Wydziału Gospodarczego Krajowego Rejestru Sądowego. Izba dała jednak wiarę twierdzeniom Przystępującego złożonym na rozprawie, iż miejscem zamieszkania tej osoby jest Warszawa i ta miejscowość jest miejscowością, w której dana osoba przebywa z zamiarem stałego pobytu. Nie można zaprzeczyć również faktom, iż współdziaławcą spółki Socibus jest wykonawca mający swoją siedzibę w Hiszpanii. Odbywanie okresowych podróży biznesowych, nawet długotrwałych, nie może świadczyć o wyrażeniu woli zmiany miejsca zamieszkania. Odwołujący nie udowodnił ponad wszelką wątpliwość, iż pana Rajmund K. przebywa na stałe w Królestwie Hiszpanii z zamiarem stałego pobytu. Dlatego też, w ocenie Izby, zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

**2.** W zakresie zarzutu odnoszącego się do niewykazania spełniania warunków udziału dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym w postępowaniu w związku ze złożonymi zobowiązaniami podmiotów trzecich o udostępnieniu potencjału, Izba stwierdziła, iż zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych przewiduje, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, przy czym w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. W świetle powyższego przepisu, dopuszczalne jest udzielenie przez inny podmiot posiadanych zasobów w pełnym jak i określonym zakresie – zarówno wszystkich wymienionych w przepisie art. 26 ust. 1 b ustawy (wiedzy, doświadczenia,

potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolności finansowych) jak i niektórych spośród tych zasobów.

Nie ulega wątpliwości, także że dysponowanie wymienionymi w przepisie zasobami musi być jednoznaczne, i nie może być pozostawione domysłom lub domniemaniom Zamawiającego, co do tego czy podmiot, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu jest uprawniony do dysponowania nim, a także w jakim zakresie nastąpiło udzielenie potencjału innego podmiotu.

Zobowiązanie jest stosunkiem prawnym, w którym jedna osoba może żądać od drugiej świadczenia, a ta druga winna to świadczenie spełnić. W zobowiązaniu wyróżnić można 3 elementy: podmioty, między którymi dany stosunek istnieje, przedmiot danego świadczenia treść danego świadczenia. Podmiotami stosunku zobowiązaniowego są wierzyciel i dłużnik, przedmiotem jest określone zachowanie dłużnika, którego spełnienia może domagać się wierzyciel, zaś treścią zobowiązania są uprawnienia wierzyciela i odpowiadające im obowiązki dłużnika. Od przedmiotu zobowiązania, jakim jest świadczenie dłużnika należy odróżnić przedmiot świadczenia, czyli przedmiot, do którego może odnosić się świadczenie dłużnika. Przedmiot świadczenia nie jest związany z istotą zobowiązania. W stosunkach zobowiązaniach realizowane są przede wszystkim cele ekonomiczne stron, które łączy dany stosunek. Służą one najczęściej wymianie jakiś dóbr lub usług. O takim stosunku zobowiązaniowym mowa jest właśnie w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Określenie charakteru i treści stosunku zobowiązaniowego może wynikać z przepisów prawnych regulujących dany typ stosunku prawnego, z porozumienia między stronami stosunku (gdy ma on charakter umowny między stronami) z uwzględnieniem modyfikacji wynikających z przepisów ustawowych, czy też treści oświadczenia woli złożonej według potrzeb stron i celu umowy. Zgodnie z ogólną regułą zawartą w art. 65 kodeksu cywilnego, interpretacja oświadczenia woli powinna uwzględniać okoliczności, w których zostało ono złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W przypadku zobowiązań umownych należy badać zgodny zamiar stron i cel umowy, niż odnosić się do jej dosłownego brzmienia.

Izba wyraża opinię, iż z powyższych rozważań wynika, iż pozostawiono woli i decyzji podmiotów współpracujących (wykonawcy uczestniczącemu w postępowaniu i osobie trzeciej, na której zasobach on polega) określenie charakteru prawnego wzajemnych stosunków ich łączących. Z punktu widzenia skuteczności złożonego przez osobę trzecią zobowiązania za prawnie irrelevantne należy uznać relacje podmiotów związanych stosunkiem prawnym mającym swoje źródło w art. 26 ust. 2b ustawy.

W zakresie udowodnienia Zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia istotne znaczenie dla oceny skuteczności takiego zobowiązania na etapie badania przez Zamawiającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu ma użycie w art. 26 ust. 2b zdanie drugie ustawy zwrotu „(...) *będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia (...)*”. Posłużenie się

w tym przypadku przez ustawodawcę czasem przyszłym wskazuje, iż do faktycznej możliwości rozporządzania udostępnianymi przez inny podmiot zasobami ma dojść dopiero na etapie wykonania zamówienia. Tym samym ubiegając się o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca nie jest zobowiązany wykazać, że już dysponuje udostępnianymi zasobami – za wystarczające należy uznać przyrzeczenie oddania do dyspozycji niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia zasobów, zawarte w oświadczeniu lub innego rodzaju pisemnej deklaracji podmiotu trzeciego. Powyższe potwierdza również treść § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, który stanowi, że: *„Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2”*. Wykładnia literalna powyższego przepisu wskazuje, iż ustawodawca nie zawsze wiąże konieczność udziału podmiotów trzecich w realizacji zamówienia z udostępnieniem przez te podmioty swoich zasobów wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy.

Zawarty w art. 26 ust. 2b ustawy przykładowy sposób udowodnienia, iż wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia oparty został na pisemnym zobowiązaniu podmiotów trzecich do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Wskazane jako przykładowe oświadczenie ma potwierdzić istnienie relacji o charakterze prawnym pomiędzy podmiotem udostępniającym swoje zasoby, a wykonawcą polegającym na tych zasobach, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wykorzystania tych zasobów w realizacji zamówienia. Tym samym każdy dokument, który w sposób niezbity potwierdza istnienie zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia swoich zasobów, w celu wykorzystania ich do realizacji przedmiotu zamówienia, należy uznać za wystarczający. Skład orzekający Izby zgadza się z tezą zawartą w przywoływanym na rozprawie przez Odwołującego wyroku o sygn. akt KIO 790/10, że Zamawiający musi mieć pewność, że Wykonawca powołujący się na potencjał podmiotu trzeciego zapewni dysponowanie niezbędnym potencjałem przez cały okres realizacji zamówienia, jednakże w ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu nie zachodzi sytuacja, z której można byłoby wyprowadzić wniosek odwrotny, tj. że Wykonawca nie udowodnił, że nie będzie dysponował takim potencjałem.

W analizowanym przypadku Przystępujący złożył wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia mu potencjału technicznego w przypadku wygrania postępowania. Ze złożonego dokumentu wprost wynika cel i zakres składanego oświadczenia. Nie sposób oprzeć się wrażeniu, iż Odwołujący wybiórczo czyta zakres złożonego oświadczenia. Dla Izby zakres i bezwarunkowość złożonego oświadczenia o udostępnieniu potencjału technicznego nie budzi wątpliwości. Podmioty składające kwestionowane oświadczenia zobowiązały się do

wyprodukowania i sprzedaży na rzecz Przystępującego nowych autobusów, a do tego czasu zobowiązały się do udostępnienia nowych lub starych (w zależności od wymagań Zamawiającego jasno określonych w SIWZ) autobusów, tak aby wybrany wykonawca był w stanie realizować przedmiotowe zamówienie. Zatem Zamawiający ma pewność jakiego rodzaju potencjałem dysponuje wykonawca i mógł na podstawie tak złożonych oświadczeń o udostępnieniu, stwierdzić, czy rzeczywiście konkretny wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Nie zachodzi więc żadna okoliczność faktyczna i prawna, która pozwalałaby na inną interpretację tak złożonego oświadczenia woli.

Co do kwestionowania prawidłowości umocowania do złożenia zobowiązania przez spółkę SOR Sp. z o.o., to przychylić należy się do stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, iż obowiązek tak nie wynika z żadnego z przepisów ustawy Pzp. W przypadku zobowiązania składanego przez podmioty trzecie, zastrzeżona została jedynie forma wymagana do złożenia takiego oświadczenia. Wymagana forma pisemna złożenia zobowiązania została przez wybrane konsorcjum dotrzymana.

W przypadku kwestionowania daty wystawienia złożonego przez Fabrykę Autobusów SOR Sp. z o.o. zobowiązania, nie sposób dojść do innego wniosku, jak ten że zarzut ten powoływany jest dla spowodowania przewlekłości postępowania. Po nawet pobieżnej analizie złożonego dokumentu, Izba jest w stanie stwierdzić, iż data złożenia oświadczenia widniejąca na dokumencie „18 czerwca 2009 roku” jest oczywistą omyłką, skoro zobowiązanie dotyczy tego konkretnie prowadzonego postępowania, z wymienieniem jego numeru, zamawiającego i innymi cechami identyfikującymi postępowanie, które mogły mieć miejsce jedynie w roku 2010.

Na marginesie powyższych rozważań, Izba pragnie także zauważyć, że nawet gdyby przyjąć, że zobowiązanie rzeczywiście datowane jest na rok 2009 roku, to nie zmienia to faktu, że nie można byłoby uznać takiego zobowiązania za niewłaściwe. Ustawa Pzp w żaden sposób nie ogranicza wykonawców co do czasookresu zobowiązań o udostępnieniu potencjału technicznego. Izba stoi na stanowisku, iż nie ma przeszkód na powoływanie się na zobowiązania zawarte między stronami w czasie przeszłym, jeżeli złożone ówczesne oświadczenie woli zachowało swoją aktualność i odpowiada celowi i zakresowi danego postępowania.

Reasumując, zarzut braku wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 nie potwierdził się.

**3.** Zarzut odnoszący się do utraty ważności badania technicznego pojazdu również nie zasługuje na uwzględnienie.

Po pierwsze, Izba pragnie zauważyć, iż w SIWZ, czy też ogłoszeniu, nie znaleziono zapisów, które wskazywałyby na obowiązek przedłożenia takiego dokumentu wraz z ofertą. Sam Odwołujący na rozprawie nie umiał wskazać takich zapisów. Skoro więc dokument ten nie był przez Zamawiającego wymagany na potwierdzenie spełniania przez oferowane usługi wymagań określonych przez Zamawiającego, to nie można w chwili obecnej wyciągać negatywnych

konsekwencji w stosunku do wykonawcy, który takowy dokument złożył, jeżeli nie podlegał on i nie miał podlegać ocenie w postępowaniu.

Co do drugiej części zarzutu dotyczącego wskazania w wykazie taboru autobusów aktualnie używanych w innych zadaniach, to zauważyć należy, że Odwołujący nie przedstawił na poparcie podnoszonej tezy żadnych dowodów. Z pewnością nie jest tak, że Odwołujący nie przedstawił również takich autobusów, które obecnie używane są przez niego w innych wykonywanych zadaniach. Co więcej, fakt ten pozostaje bez wpływu na spełnianie warunku udziału dotyczącego dysponowania taborem.

Reasumując, zarzut braku wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 nie potwierdził się.

**4.** Zarzut odnoszący się do wpisania w tabeli będącej Wykazem taboru w pozycję 6 słowa „własny”, w przypadku autobusu typu A1 – Autosan Solina H7-20MB nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z załączonym do oferty zobowiązaniem podmiotu trzeciego autobus typu A1 zostanie wyprodukowany i sprzedany wybranemu wykonawcy w przypadku wygrania przez niego przedmiotowego postępowania. Tymczasem w tabeli Wykaz taboru w pozycji 6 Wykonawca jako podstawę dysponowania niniejszym zasobem wpisał słowo „własny”.

Izba w tym przypadku zgodzić się musi ze stanowiskiem zaprezentowanym przez Zamawiającego. Wszystkie złożone wraz z ofertą dokumenty należy czytać łącznie i w tym przypadku można było dojść do wniosku, iż wpisanie w tabelę słowa „własny” jest omyłką pisarską. Tabela zawiera szereg pozycji, w pozycji poprzedzającej pozycję 6 widnieje również słowo „własny”. Można więc było uznać, iż pozycja 6 została przez wykonawcę oznaczona pomyłkowo, jeżeli ze złożonego wraz z wykazem zobowiązania jasno i wyraźnie wynikał fakt udostępnienia w tym przypadku potencjału technicznego przez podmiot trzeci. Z pewnością także nie można także działaniom Przystępującego przypisać charakteru składania nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Co więcej, na poparcie swojej tezy Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek dowodów, choć w uzasadnieniu odwołania powołuje się na posiadane przez siebie informacje, z których wynikać miało, iż wybrane Konsorcjum nie posiada na własność kwestionowanego autobusu. Izba zauważa, iż wybrane Konsorcjum nie kwestionowało faktu, iż rzeczywiście nie posiada takiego autobusu więc trudno w takim przypadku mówić o składaniu nieprawdziwych informacji. Reasumując, zarzut braku wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 lub 4 nie potwierdził się.

**5.** Zarzut stwierdzający, że wybrane Konsorcjum w ciągu 90 dni od podpisania umowy nie będzie dysponowało wymaganą ilością i rodzajem autobusów i z tego powodu jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Faktem jest, że zgodnie z pkt 5 formularza oferty, wybrane Konsorcjum oświadczyło, iż nie

później niż w ciągu 90 dni od podpisania umowy będzie dysponować 6 autobusami spośród podstawowych wyprodukowanych w roku 2010, tj. 1 autobusem typu A1, 2 autobusami typu B1, 3 autobusami typu C1 o parametrach zgodnych z SIWZ. Faktem jest również, iż zgodnie ze złożoną z ofertą nr 10018PL będącą oświadczeniem SOR Sp. z o.o. termin dostawy nowo wyprodukowanych autobusów wynosić może 3-4 miesiące od daty podpisania umowy.

Odwołujący zapomina jednakże o złożonym przez Spółkę SOR zobowiązaniu, że do czasu wyprodukowania nowych udostępni ona wybranemu Konsorcjum autobusy nowe spełniające wymagania Zamawiającego. W związku z powyższym nie sposób stwierdzić, że Konsorcjum nie będzie dysponowało odpowiednią ilością i rodzajem autobusów w ciągu 90 dni od daty podpisania umowy. Nie można zatem przychylić się do wniosku Odwołującego, że oferta Konsorcjum jest niezgodna z SIWZ i z tego powodu podlega odrzuceniu.

**6.** Odnosząc się do zarzutu, iż zaoferowanie ceny kosztu druku, sprzedaży i kontroli biletów na poziomie 0,01 zł (jeden grosz) stanowi cenę dumpingową a samo złożenie takiej oferty jest czynem nieuczciwej konkurencji, skład orzekający Izby stwierdza, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ, w tym przede wszystkim Rozdziałem XI (Opis sposobu obliczenia ceny), ceną oferty miała być stała cena z 1 wozokilometr, obejmująca usługę przewozową, druk i sprzedaż biletów i prowadzenie kontroli dokumentów przewozu osób lub bagażu, ustalona dla autobusu typu C. Cena wyliczona według podanych wzorów była podstawą do porównania i oceny ofert. Ceny jednostkowe stanowiły jedynie podstawę do rozliczeń między wykonawcą a zamawiającym podczas realizacji umowy, zgodnie z zasadami określonymi w projekcie umowy. Cena jednostkowa netto jednego wozokilometra obejmować miała w szczególności: świadczenie usług przewozowych, prowadzenie kontroli biletów, zainstalowanie systemu analizy danych, udostępnienie go Zamawiającemu i bieżące napełnianie bazy danych tego systemu, dostarczenie Zamawiającemu 4 urządzeń kontrolnych do kontroli biletów elektronicznych, umieszczenie informacji pasażerskiej na przystankach, automatyczną rejestrację kontroli punktualności kursowania oraz inne koszty niezbędne do wykonania zamówienia. Dodatkowo w tym punkcie Zamawiający umieścił dla wykonawców informację, że są oni zobowiązani do podania w formularzu oferty wysokości kosztu netto druku, sprzedaży i kontroli dokumentów przewozu osób lub bagażu dla jednego wozokilometra świadczonej usługi przewozowej ze względu na uregulowania § 16 projektu umowy. W paragrafie tym mowa jest o możliwości wprowadzenia Wrocławskiej Karty Miejskiej – innej formy biletu elektronicznego. W przypadku wprowadzenia tej karty wykonawca zwolniony będzie z obowiązku druku i sprzedaży biletów, prowadzenia kontroli dokumentów przewozu osób lub bagażu, użyczenia zamawiającemu 4 urządzeń do kontroli biletów okresowych w formie elektronicznej. Oznacza to, że wynagrodzenie wykonawcy zostanie obniżone o właśnie te koszty.

Izba pragnie zauważyć, że również sam Odwołujący skalkulował swoją ofertę dotyczącą



kwestionowanego punktu na tym samym poziomie. Składu orzekającego Izby nie przekonują wyjaśnienia Odwołującego złożone na rozprawie, że w jego przypadku postępowanie takie było uzasadnione ponieważ świadczy on już usługi na rzecz tego samego Zamawiającego i nie musi po raz drugi ponosić kosztów związanych z wdrażaniem procedur wymaganych przez Zamawiającego. Izba pragnie zauważyć, iż również Przystępujący świadczy usługi przewozowe na rzecz tego samego Zamawiającego na innych liniach.

Biorąc powyższe pod uwagę, w opinii Krajowej Izby Odwoławczej, brak podstaw do stwierdzenia, iż działania Odwołującego się stanowią wskazany czyn nieuczciwej konkurencji. Nie sposób przyjąć, że zaoferowanie wykonania takiej a nie innej ceny spornych usług spowoduje skutek w postaci utrudniania prowadzenia działalności gospodarczej przez innych przedsiębiorców. Tym bardziej, że chodzi o jeden z elementów palety usług objętych zamówieniem. Zastosowana metoda wyceny poszczególnych rodzajów usług stanowi czynnik przesądający o konkurencyjności przedmiotowej oferty i wynika z przyjętej strategii budowania ceny oferty. Co więcej, Odwołujący nie udowodnił i nie przedstawił żadnych dowodów, które mogłyby potwierdzić, że takie ukształtowanie cen przez Przystępującego jest czynem nieuczciwej konkurencji.

Każdy z wykonawców miał możliwość przyjęcia takiego sposobu kalkulacji ceny oferty, aby przy uwzględnieniu różnych determinantów (rodzaj usługi, kryterium wagi cen poszczególnych usług), sporządzić ofertę konkurencyjną. Ponadto, złożenie oferty na takich warunkach jedynie w jednym postępowaniu (jednorazowa czynność), trudno uznać za utrudnianie prowadzonej działalności gospodarczej i ograniczanie dostępu do rynku.

Nie sposób przyjąć, że jej zaoferowanie doprowadzi do eliminacji z rynku innych przedsiębiorców. Stwierdzić można jedynie, iż wycena spornych usług spowodowała utratę możliwości uzyskania tego, konkretnego zamówienia. Nie oznacza to wcale, że ich działalność z tego powodu ustanie. Nie można zatem przychylić się do wniosku Odwołującego, że oferta Konsorcjum jest niezgodna z SIWZ i z tego powodu podlega odrzuceniu.

7. Izba nie uwzględniła także zarzutów skierowanych w stosunku do dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium. Przy tak sformułowanych zapisach w odwołaniu, w ocenie składu orzekającego, trudno twierdzenia te uznać za zarzut. Odwołanie w tym przypadku nie zawiera odniesienia do konkretnych naruszeń przepisów ustawy Pzp lecz ogólne stwierdzenia, iż *Izba powinna sprawdzić prawidłowość wniesienia wadium przez Konsorcjum SEVIBUS. W przypadku niezgodności wniesionego wadium z postanowieniami Rozdziału XV SIWZ, w szczególności co do formy, kwoty oraz terminu wniesienia wadium, Odwołujący wnosi o nakazanie wykluczenia Konsorcjum SEVIBUS z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.*

Odwołujący, co ustalono w toku prowadzonej rozprawy, dwukrotnie zapoznawał się z dokumentami złożonymi w postępowaniu, tj. protokołem z postępowania wraz z załącznikami. Wiedzę powszechnie dostępną, a także wynikającą wprost z zapisów ustawy Pzp, stanowi fakt,

iż załącznikami do protokołu z postępowania są oferty. Nie ulega zaś wątpliwości, iż częścią składową oferty jest dokument potwierdzający wniesienie wadium, nawet jeżeli nie znajduje się on bezpośrednio w ofercie. Skoro Odwołujący potwierdził zapoznanie się ze wszystkimi dokumentami złożonymi w postępowaniu (wynika to ze złożonego w dniu 30 czerwca 2010 roku oświadczenia pracownika Odwołującego o udostępnieniu mu wszystkich dokumentów), a potem jeszcze po raz kolejny wnosił o udostępnienie ofert, to niezrozumiałym jest dla Izby fakt kwestionowania dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium w takiej formie jak czyni to Odwołujący. Jeżeli, jak twierdził na rozprawie pełnomocnik Odwołującego, dokument potwierdzający wniesienie wadium nie został Odwołującemu udostępniony czy to w postaci kopii, czy też okazania oryginału złożonej gwarancji, to niezrozumiałym jest dla Izby zachowanie Odwołującego, który nie zwrócił się do Zamawiającego choćby z zapytaniem dlaczego nie udostępniono mu tego dokumentu. Można tylko przypuszczać, iż zaniechanie to wynika z niestaranności działania Odwołującego w zakresie sprawdzania ofert, a podnoszenie zarzutów w stosunku do niesprawdzonych dokumentów ma na celu przedłużenie postępowania odwoławczego.

Izba przyznaje rację Odwołującemu, iż jest ona organem, który stoi na straży zgodności działań Zamawiającego z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, przede wszystkim zgodności działań z przepisami Prawa zamówień publicznych. Jednakże wniosek Odwołującego o sprawdzenie prawidłowości wniesienia wadium przez Konsorcjum SEVIBUS jest w ocenie Izby zbyt daleko idący. To Zamawiający ma w pierwszej kolejności obowiązek sprawdzenia ofert pod względem ich poprawności z zapisami SIWZ i przepisów Pzp, następnie kontrolę taką sprawują wykonawcy biorąc w udział w postępowaniu, w tym przede wszystkim korzystając z przysługujących im środków ochrony prawnej. Izba ma ustosunkować się do konkretnych zarzutów we wnoszonych środkach ochrony prawnej zawartych. Izba nie jest instytucją sprawdzającą oferty lecz odnoszącą się do konkretnych zarzutów dotyczących konkretnych ofert. Odwołujący chce na Izbę przerzucić obowiązek, któremu sam nie dopełnił. Na marginesie Izba pragnie zauważyć, iż nawet gdy przychyliła się do tak sformułowanego zarzutu, to mogła by dojść do zgoła odmiennych wniosków, niż sam Odwołujący a to nie jest celem postępowania odwoławczego toczącego się przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W ocenie Izby zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego nie potwierdziły się.

Biorąc pod uwagę dokonane ustalenia, orzeczono jak w sentencji wyroku uznając, że Odwołujący nie udowodnił, że Przystępujący (wybrany wykonawca) podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2, 3, 4 ustawy Pzp jako wykonawca, który nie wniósł wadium, złożył nieprawdziwe informacje lub nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3

ustawy Pzp jako niezgodna z treścią SIWZ lub jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Tym samym nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust 3 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania uwzględniając uzasadnione koszty stron postępowania, w tym koszty poniesione z tytułu noclegu Pełnomocników Zamawiającego w wysokości 758,00 zł.

**Przewodniczący:**

.....