



*Komisja  
Przebiegowa*

Warszawa, 02 stycznia 2015 r.

Do

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

Krajowa Izba Odwoławcza

ul. Postępu 17a (budynek Adgar Plaza),

02-676 Warszawa

**Odwołujący:**

**Konsorcjum firm:**

**1) „METEOR” Sp. z o.o. (lider i pełnomocnik Konsorcjum)**

ul. Farna 2, 43-600 Jaworzno

**2) Benedykt Nowak „Nowak Transport”**

ul. 3 Maja 57, 42-622 Świerklaniec

**3) Rzemyk Tadeusz Firma Usługowo-Handlowa**

ul. Fabryczna 2C, 42-674 Zbrosławice

**4) „IREX-4” Sp. z o.o.**

ul. Sądowa 24, 41-605 Świętochłowice

**5) PKS Południe Sp. z o.o.**

ul. Główna 71A, 42-622 Świerklaniec

**Imię i nazwisko przedstawiciela: Żaklina Ossowska**

e-mail: zossowska@kzp.net.pl

faks: +48 22 832 36 86, tel. 664 118 805

**Zamawiający:**

**Międzygminny Związek Komunikacyjny**

ul. Przemysłowa 1, 44-335 Jastrzębie-Zdrój

tel. /fax: 32-47-63-474

e-mail: mzk.sekretariat@mzkjastrzebie.com

**ODWOŁANIE**



Helping to create competitive advantage!

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, na świadczenie autobusowych usług przewozowych w systemie komunikacji miejskiej na liniach wchodzących w skład sieci komunikacyjnej obejmującej obszar miasta Jastrzębie-Zdrój i gmin ościennych, znak sprawy: MZK/POK/012014 (dalej „postępowanie”).

1. Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą”, w imieniu Konsorcjum firm: 1) „METEOR” Sp. z o.o., 2) Benedykt Nowak „Nowak Transport”, 3) Rzemysk Tadeusz Firma Usługowo-Handlowa, 4) „IREX-4” Sp. z o.o., 5) PKS Południe Sp. z o.o., zwanych dalej łącznie „Odwołującym”, wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. od:

- a) czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę WARBUS Sp. z o.o., Al. Prymasa Tysiąclecia 102, 01-424 Warszawa (dalej „WARBUS”), jako najkorzystniejszej oferty,
- b) czynności badania i oceny ofert złożonych przez wykonawcę WARBUS oraz przez Konsorcjum firm: 1) Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju (lider Konsorcjum), 2) „Mikrus” Firma Przewozowa SC Irena Matysek, Stanisław Matysek z siedzibą w Żorach, 3) Usługi Transportowe Krzysztof Pawelec z siedzibą w Biechowie, 4) PPUH „Kłosok” Andrzej Kłosok z siedzibą w Żorach, 5) A21 Sp. z o.o. siedzibą w Żorach, dalej łącznie „Konsorcjum PKM”,
- c) zaniechania wezwania wykonawcy WARBUS do uzupełnienia wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych, tj. taboru dostępnego Wykonawcy w celu realizacji zamówienia, wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami (wzór wykazu taboru stanowi Załącznik nr 6 do SIWZ),
- d) zaniechania wykluczenia Konsorcjum PKM, pomimo że Konsorcjum PKM nie wniosło prawidłowo wadium do upływu terminu składania ofert,
- e) zaniechania wykluczenia Konsorcjum PKM, pomimo że Konsorcjum PKM nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. nie wykazało w wymagany w SIWZ sposób, iż dysponuje lub będzie dysponować niezbędnymi narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi do wykonania zamówienia, tzn. taborem w liczbie co najmniej 61 sztuk, w tym co najmniej 4 sztuki autobusów typu C, które są niezbędne ze względu na istniejącą infrastrukturę drogową, po której będą się poruszać - zgodnie z wymogami określonymi w Załączniku nr 7 do SIWZ,
- f) zaniechania uznania oferty złożonej przez Konsorcjum PKM za odrzuconą,



Helping to create competitive advantage!

- g) zaniechania czynności dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Ponadto z ostrożności w imieniu Odwołującego wnoszę również odwołanie od zaniechania przez Zamawiającego czynności wezwania Konsorcjum PKM do uzupełnienia wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych, tj. taboru dostępnego Wykonawcy w celu realizacji zamówienia, wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami (wzór wykazu taboru stanowi Załącznik nr 6 do SIWZ).

**2.** Przedmiotem zamówienia jest świadczenie autobusowych usług przewozowych w okresie 10 lat w zakresie regularnego przewozu osób na liniach wchodzących w skład sieci komunikacyjnej, obejmujących obszar miasta Jastrzębie-Zdrój i gmin ościennych. Roczny zakres rzeczowy bez dojazdów z zajezdni do przystanku początkowego i zjazdów do zajezdni wynosi około 3 460 000 wozokilometrów.

**3.** Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10 października 2014 r., numer ogłoszenia 2014/S 195-345103. Zamawiający zamieścił SIWZ na stronie internetowej pod adresem:

<http://mzkjastrzebie.bip-e.pl/mzk/przetargi/2014/swiadczenie-autobusowyc>.

**4.** Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący stawia następujące zarzuty:

- a) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy WARBUS do uzupełnienia wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych, tj. taboru dostępnego Wykonawcy w celu realizacji zamówienia, wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami (wzór wykazu taboru stanowi Załącznik nr 6 do SIWZ);
- b) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności wykluczenia Konsorcjum PKM, pomimo że ww. Konsorcjum nie wniosło prawidłowo wadium do upływu terminu składania ofert, oraz poprzez zaniechanie uznania oferty złożonej przez ww. Konsorcjum za odrzuconą;
- c) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy poprzez zaniechanie przez



Helping to create competitive advantage!

Zamawiającego czynności wykluczenia Konsorcjum PKM, pomimo że ww. Konsorcjum nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. nie wykazało w wymagany w SIWZ sposób, iż dysponuje lub będzie dysponować niezbędnymi narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi do wykonania zamówienia, tzn. taboru w liczbie co najmniej 61 sztuk, w tym co najmniej 4 sztuki autobusów typu C, które są niezbędne ze względu na istniejącą infrastrukturę drogową, po której będą się poruszać - zgodnie z wymogami określonymi w Załączniku nr 7 do SIWZ, oraz poprzez zaniechanie uznania oferty złożonej przez ww. Konsorcjum za odrzuconą;

- d) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Ponadto z ostrożności Odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie czynności wezwania Konsorcjum PKM do uzupełnienia wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych, tj. taboru dostępnego Wykonawcy w celu realizacji zamówienia, wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami (wzór wykazu taboru stanowi Załącznik nr 6 do SIWZ).

5. Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

- a) unieważnił czynność wyboru złożonej przez wykonawcę WARBUS jako najkorzystniejszej oferty;
- b) dokonał ponownego badania i oceny ofert złożonych przez wykonawcę WARBUS oraz przez Konsorcjum PKM;
- c) wezwał wykonawcę WARBUS do uzupełnienia wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych, tj. taboru dostępnego Wykonawcy w celu realizacji zamówienia, wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami (wzór wykazu taboru stanowi Załącznik nr 6 do SIWZ) a w razie jego nieskutecznego uzupełnienia wykluczył wykonawcę WARBUS z postępowania i uznał złożoną przez niego ofertę za odrzuconą;



Helping to create competitive advantage!

- d) dokonał czynności wykluczenia Konsorcjum PKM z przyczyn wskazanych w niniejszym odwołaniu, oraz dokonał czynności uznania oferty złożonej przez ww. Konsorcjum za odrzuconą;
- e) dokonał czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Z ostrożności oraz tylko i wyłącznie na wypadek uznania, że w istniejących okolicznościach możliwe jest wezwanie Konsorcjum PKM w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia wskazanych w uzasadnieniu odwołania oświadczeń i dokumentów, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu, aby dokonał ww. wezwania i wezwał ww. Konsorcjum do złożenia w wyznaczonym terminie wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych, tj. taboru dostępnego Wykonawcy w celu realizacji zamówienia, wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami (wzór wykazu taboru stanowi Załącznik nr 6 do SIWZ) a w razie jego nieskutecznego uzupełnienia wykluczył Konsorcjum PKM z postępowania i uznał złożoną przez niego ofertę za odrzuconą.

6. Odwołujący wskazuje, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i ubiega się o udzielenie mu przedmiotowego zamówienia.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej zaniechanych czynności, natomiast nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy. W konsekwencji, zgodnie z określonym w SIWZ kryterium oceny ofert, oferta Odwołującego zostałaaby wybrana jako najkorzystniejsza, bowiem po wykluczeniu wykonawcy Warbus oraz Konsorcjum PKM z postępowania i uznaniu złożonych przez nich ofert za odrzucone oferta Odwołującego będzie najkorzystniejszą ofertą, tj. ofertą z najniższą ceną (cena jest jedynym kryterium oceny ofert).

Poprzez zaniechania powyższych czynności Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (*lucrum cessans*). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy.



Helping to create competitive advantage!

Odwołujący wskazuje ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy niewątpliwie miało istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanej powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, co w istotny sposób wpłynęło na wynik postępowania.

7. Odwołujący w dniu 22 grudnia 2014 r. otrzymał od Zamawiającego faksem zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, zgodnie z którymi jako najkorzystniejszą ofertę Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy WARBUS, natomiast oferta Odwołującego została sklasyfikowana na trzecim miejscu w rankingu ofert, tj. za ofertą Konsorcjum PKM.

Niniejsze odwołanie jest wnoszone w dniu 02 stycznia 2015 r., co oznacza, że Odwołujący uczynił zadość wymaganiom art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy kopia niniejszego odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

8. Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone w postępowaniu o wartości zamówienia większej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Zgodnie zatem z przepisem art. 180 ust. 1 i 2 ustawy niniejsze odwołanie uznać należy za dopuszczalne.

9. Pełnomocnik Odwołującego zwraca się z uprzejmą prośbą o niewyznaczenie terminu posiedzenia Izby w środę, gdyż ze względu na inne obowiązki nie będzie wówczas w stanie uczestniczyć w posiedzeniu i rozprawie.

#### UZASADNIENIE

I Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy WARBUS do uzupełnienia wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych, tj. taboru dostępnego Wykonawcy w celu realizacji zamówienia, wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami (wzór wykazu taboru stanowi Załącznik nr 6 do SIWZ), stwierdzić należy co następuje.



Helping to create competitive advantage!

Zamawiający wskazał w SIWZ (Rozdział V, pkt 1., lit. c, str. 6), że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w przepisie art. 22 ust. 1 ustawy, dotyczące: „*dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, bazą transportową, punktem dyspozytorskim oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia - tj. Wykonawcy, którzy dysponują lub będą dysponować niezbędnymi narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi do wykonania zamówienia, tzn. taborem w liczbie co najmniej 61 sztuk, w tym co najmniej 4 sztuki autobusów typu C, które są niezbędne ze względu na istniejącą infrastrukturę drogową, po której będą się poruszać - zgodnie z wymogami określonymi w Załączniku nr 7 do SIWZ*”.

Odpowiednio do powyższego Zamawiający wskazał w SIWZ (Rozdział VI, pkt 2., lit. e, po zmianach dokonanych pismem z dnia 25 listopada 2014 r., znak MZK/POK/1138/14), że w celu wykazania spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, określonych SIWZ, Zamawiający żąda następujących dokumentów:

- e) *wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych, tj. taboru dostępnego Wykonawcy w celu realizacji zamówienia, wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami (wzór wykazu taboru stanowi **Załącznik nr 6 do niniejszej SIWZ**), dokładny adres punktu dyspozytorskiego Wykonawcy oraz pisemne zobowiązanie, że będzie dysponował bazą transportową.*

Tymczasem w ofercie wykonawcy WARBUS próżno szukać ww. dokumentów. Jedynym dokumentem, który odnosi się do taboru wymaganego przez Zamawiającego, jest „*Oświadczenie Wykonawcy o dysponowaniu taborem*” na str. 28 oferty, w którym wykonawca WARBUS oświadcza, że na dzień 01 maja 2015 r. będzie dysponować taborem w ilości i rodzaju przewidzianym przez SIWZ w przedmiotowym postępowaniu oraz że tabor ten będzie w pełni spełniał wszelkie wymagania SIWZ. Odwołujący wskazuje i podkreśla, że ww. oświadczenie nie stanowi dokumentu wymaganego w SIWZ i nie zawiera informacji, jakie miały się w nim znaleźć. Nie sposób uznać zatem, że ww. oświadczenie to wymagany przez Zamawiającego wykaz taboru.

Odwołujący może jedynie przypuszczać, że zastępując wymagany w SIWZ wykaz taboru ww. oświadczeniem wykonawca WARBUS opierał się na wyjaśnieniach treści SIWZ, zawartych w piśmie z dnia 28 października 2014 r., znak MZK/POK/1019/14. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 8 udzielił wówczas następujących wyjaśnień:

**8. Czy Zamawiający przewiduje możliwość rezygnacji z wypełnienia i składania przez Wykonawcę w ofercie Załącznika nr 6 do SIWZ (Załącznika nr 3 do umowy)?**

**Odpowiedź**

Zamawiający uwzględni brak złożenia w ofercie Załącznika nr 6 do SIWZ (Załącznika nr 3 do umowy) **tylko w przypadku gdy Wykonawca złoży oświadczenie lub zobowiązanie**, że na dzień 01 maja 2015r. będzie dysponował określoną liczbą pojazdów.

Odnosząc się do powyższego Odwołujący pragnie podkreślić, że przytoczone wyjaśnienia dotyczyły nieaktualnego na dzień składania ofert brzmienia SIWZ i co za tym idzie nie mogą być brane pod uwagę jako podstawa do zwolnienia z obowiązku przedstawienia w ofercie wykazu taboru (Załącznik nr 6 do SIWZ). Odwołujący wskazuje i podkreśla, że po udzieleniu powyższych wyjaśnień Zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ. Mianowicie pismem z dnia 25 listopada 2014 r., znak MZK/POK/1138/14, a zatem niemal miesiąc po udzieleniu powyższych wyjaśnień, Zamawiający nadał nową treść postanowieniom Rozdziału VI, pkt 2., lit. e) SIWZ, wskazując, że w celu wykazania spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, określonych SIWZ, Zamawiający żąda następujących dokumentów:

- e) *wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych, tj. taboru dostępnego Wykonawcy w celu realizacji zamówienia, wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami (wzór wykazu taboru stanowi Załącznik nr 6 do niniejszej SIWZ), dokładny adres punktu dyspozytorskiego Wykonawcy oraz pisemne zobowiązanie, że będzie dysponował bazą transportową.*

Jak wynika z powyższego mimo, że modyfikacja SIWZ nastąpiła po udzieleniu wyjaśnień z dnia 28 października 2014 r., Zamawiający nie dopuścił w niej możliwości zastąpienia wykazu taboru oświadczeniem czy zobowiązaniem. Przeciwnie, Zamawiający jasno i wyraźnie wskazał, że wymaga złożenia wykazu taboru o określonej treści i nie przewidział w tym zakresie jakichkolwiek odstępstw. Jest oczywiste, że gdyby Zamawiający nadal godził się na złożenie oświadczenia czy zobowiązania zamiast wykazu, to wskazałby na to wyraźnie w SIWZ. Zamawiający jednak niczego takiego nie uczynił, zatem w świetle postanowień SIWZ obowiązujących w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, wykonawcy byli bezwzględnie zobowiązani do złożenia wykazu taboru. Skoro wykonawca WARBUS takiego wykazu nie złożył, konieczne jest wezwanie go do uzupełnienia w tym zakresie.

II Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności wykluczenia Konsorcjum PKM, pomimo że ww. Konsorcjum nie





Helping to create competitive advantage!

wniosło prawidłowo wadium do upływu terminu składania ofert, oraz poprzez zaniechanie uznania oferty złożonej przez ww. Konsorcjum za odrzuconą, stwierdzić należy co następuje.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy z postępowania wyklucza się m.in. takiego wykonawcę, który nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert. W świetle utrwalonego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej jak i Sądów Okręgowych nie budzi wątpliwości, że za niewniesienie wadium w rozumieniu ww. przepisów uznać należy również taką sytuację, w której wadium ustanowione w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej jest niezgodne z ustawą, w szczególności gdy przesłanki zatrzymania takiego wadium określone w jego treści nie pokrywają się z przesłankami zatrzymania wadium określonymi w przepisach ustawy. Jak to słusznie wskazano w wyroku z dnia 15 kwietnia 2014 r., sygn. akt: KIO 647/14: „(...) podkreślenia wymaga, że dla swej ważności, wadium w formie gwarancji powinno zawierać treść, z której wynikać ma jej bezwarunkowy charakter, nieodwołalność, płatność sumy gwarancyjnej na pierwsze żądanie. Innymi słowy, ważność wadium, realizację jego celu należy rozpatrywać przez pryzmat wymagań stawianych treścią art. 46 ust. 4 a i 5 ustawy, który reguluje zakres odpowiedzialności gwaranta i określa przesłanki ziszczenia się okoliczności uprawniających beneficjenta do żądania zapłaty kwoty wadium (zatrzymania wadium). Tylko taką gwarancję, która nie wskazuje wszystkich przesłanek zatrzymania wadium (żądania płatności sumy gwarancyjnej) oraz ww. wymagań, należy uznać za wniesioną nieprawidłowo i nieważną w świetle przepisów ustawy.”

Odnosząc powyższe do okoliczności niniejszej sprawy Odwołujący wskazuje, że zgodnie z SIWZ (Rozdział VIII, pkt 1, str. 12) każdy wykonawca był obowiązany zabezpieczyć swą ofertę wadium w wysokości 2 200 000 PLN (słownie: dwa miliony dwieście tysięcy złotych 00/100 groszy). Zamawiający wskazał również (Rozdział VIII, pkt 3, str. 13), że w przypadku składania przez Wykonawcę wadium w formie gwarancji winna ona zawierać m.in. następujące elementy:



Helping to create competitive advantage!

e) zobowiązanie gwaranta do zapłacenia kwoty gwarancji na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego zawierające następujące lub analogicznie brzmiące oświadczenie:

*Zobowiązujemy się nieodwołalnie i bezwarunkowo wypłacić Międzygminnemu Związкови Komunikacyjnemu z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju całą kwotę zobowiązania na pierwsze pisemne żądanie wraz z oświadczeniem, że: .....(nazwa Wykonawcy) w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych tekst jednolity z dnia 28 maja 2013 r. (Dz.U. z 2013, poz. 907 ze zm.), nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub pełnomocnictw, lub w przypadku kiedy nie wywiązał się ze zobowiązań wynikających z poniższych warunków zgodnie z art. 46 ust. 5 ww. ustawy:*

- odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
- nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

Zamawiający wskazał zatem wyraźnie, że gwarancja powinna obejmować wszystkie przypadki zatrzymania wadium, przewidziane przepisami ustawy, a nie tylko niektóre z nich.

Konsorcjum PKM jako wadium przedstawiło gwarancję bankową przetargową (wadialną) nr 28 1020 2528 0000 0296 0136 8273 z dnia 05 grudnia 2014 r. udzieloną przez PKO BP S.A. W ocenie Odwołującego w gwarancji tej wadliwe określono przesłanki zatrzymania wadium, tj. niezgodnie z ustawą i przytoczonym powyżej postanowieniami SIWZ. Mianowicie w treści ww. gwarancji wskazano, że żądanie wypłaty Beneficjenta (Zamawiającego) ma zawierać: oświadczenie, że Wykonawca nie zastosował się do warunków Oferty lub Przetargu i pomimo uznania jego Oferty za najkorzystniejszą, nie podpisał umowy (zwanej dalej „Umową”) lub odmówił wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania Umowy.

Gwarancja nie zawiera poza tym żadnych innych postanowień dotyczących przesłanek zatrzymania wadium, zatem fragment gwarancji przytoczony powyżej wskazuje wszystkie sytuacje, w których Gwarant będzie obowiązany wypłacić Zamawiającemu kwotę wadium. W ocenie Odwołującego jest oczywiste, że w zacytowanym fragmencie gwarancji brak wskazania dwóch przesłanek zatrzymania wadium, tj.:

- a) przesłanki określonej w art. 46 ust. 4a ustawy, zgodnie z którym Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie;
- b) przesłanki określonej w art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy, zgodnie z którym zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

W świetle literalnego brzmienia ww. gwarancji obejmuje ona tylko dwie z czterech ustawowo przewidzianych przesłanek zatrzymania wadium, tj. przesłanki określone w art. 46



Helping to create competitive advantage!

ust. 5 pkt 1 i 2 ustawy. Odwołujący zwraca uwagę, iż pomiędzy stwierdzeniem, że „wykonawca nie zastosował się do warunków Oferty lub Przetargu” a stwierdzeniem „pomimo uznania jego oferty za najkorzystniejszą” użyty został spójnik „i”. Zatem aby Zamawiający był uprawniony do zatrzymania wadium oba ww. warunki muszą być spełnione łącznie, gdyż postawiony pomiędzy nimi spójnik „i” oznacza koniunkcję. Nie można przyjąć, że Zamawiający będzie uprawniony do zatrzymania wadium już w przypadku gdy „wykonawca nie zastosował się do warunków Oferty lub Przetargu”, pomijając co powyższe miałyby konkretnie oznaczać. Tak sformułowanej gwarancji nie sposób uznać zatem za wadium spełniające wymagania ustawy i SIWZ. W rezultacie nie ma wątpliwości, że Konsorcjum PKM powinno zostać wykluczone z postępowania. Jedynie z ostrożności Odwołujący wskazuje, że wadium (gwarancja bankowa) nie może zostać poprawione, uzupełnione czy wyjaśnione, bowiem przed upływem terminu składania ofert musi być od razu wniesione w prawidłowy sposób.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej jak i Sądów Okręgowych termin ważności wadium wniesionego w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej nie może być krótszy niż termin związania ofertą. Na powyższe wskazano w szeregu orzeczeń, zatem jedynie tytułem przykładu Odwołujący przytacza rozważania Izby zawarte w uzasadnieniu wyroku z dnia 23 sierpnia 2013 r. KIO 1922/13, KIO 1949/13: „Izba ustaliła, że ostateczny termin składania ofert upłynął w dniu 6 maja 2013 r., zaś złożona przed tym terminem gwarancja wadialna ważna była jedynie do dnia 30 czerwca 2013 r., podczas gdy termin związania ofertą wynosił 60 dni.

Z powyższego wynika w sposób jednoznaczny, że wniesione przez Odwołującego wadium nie zabezpieczało oferty w dniu jej złożenia - okresu lipcowego związania ofertą, lecz jedynie zabezpieczało ofertę do dnia 30 czerwca 2013 r.

Według Izby już w momencie otwarcia ofert Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego przetargu.

Okoliczność dokonania tej czynności przez Zamawiającego po wniesieniu przez Odwołującego dodatkowej zmienionej gwarancji wadialnej z okresem ważności do 30 września 2013 r. nie ma wpływu na powyższą ocenę Izby.

Izba reprezentuje pogląd w rozpoznawanej sprawie, że zmienione przez Odwołującego wadium nie mogło usunąć braku w ofercie w postaci wadliwej wcześniej złożonej gwarancji wadialnej niezabezpieczającej pełnego okresu związania ofertą.



Helping to create competitive advantage!

Według zapatrywania Izby niewniesione wadium nie dotyczy tylko sytuacji zupełnego braku jego wniesienia, ale również jego wadliwego wniesienia, w tym w sposób sprzeczny z SIWZ.

Wymaga wskazania, że zgodnie z rozdziałem XII pkt 6 zdaniem 1 SIWZ odnoszącym się do wymagań dotyczących wadium winno być ono wniesione na okres związania ofertą określonym w pkt XIII niniejszej SIWZ, zaś w pkt 7 tych postanowień SIWZ Zamawiający określił rygor w postaci wykluczenia wykonawcy z przedmiotowego postępowania ze skutkiem odrzucenia jego oferty, w razie nie zabezpieczenia oferty.

Izba uznała również, że powyższe uregulowanie SIWZ ma charakter wiążący wykonawców i stanowi ich powinność, obowiązek, a nie jest tylko instrukcyjnym zaleceniem.

Jednocześnie należy zaznaczyć, że w myśl rozdziału XIII SIWZ składający ofertę pozostaje nią związany przez okres 60 dni, a bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert.

Izba przyjęła, że złożone wadium z dnia 15 kwietnia 2013 r. było wadliwe, bowiem nie zabezpieczało oferty przez cały okres jej związania, a bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert na zasadzie art. 85 ust. 5 ustawy Pzp.

Jednocześnie Izba doszła do przekonania, że powołany przez Odwołującego przepis art. 85 ust. 4 zd. 1 ustawy Pzp przy oświadczeniu z dnia 16 maja 2013 r. nie miał zastosowania przy „przedłużeniu o kolejne 60 dni kalendarzowe terminu związania ofertą”.

Cyt. wyżej przepis stanowi, że przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Nowe przedłużenie okresu ważności wadium - zdaniem Izby - obejmowało jedynie kolejne dni kalendarzowe po upływie pierwszego terminu związania ofertą, nie stanowiąc zabezpieczenia oferty w okresie od 1 do 5 lipca 2013 r.

Reasumując Izba uznała, że Odwołujący nie przedłożył przed terminem otwarcia ofert w dniu 6 maja 2013 r. właściwego wadium zabezpieczającego cały okres związania ofertą i próba poprawienia przez niego tego błędu nie mogła zostać potraktowana za skutecznie dokonaną.

W prawie zamówień publicznych instytucja wadium ma szczególnie doniosłe znaczenie i stanowi podstawowy instrument zabezpieczający ofertę, co przejawia się w tym między innymi, że ustawodawca nie przewidział możliwości uzupełnienia błędnie wniesionego wadium w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.



Helping to create competitive advantage!

Z tego powodu Izba nie mogła w sposób zupełnie dowolny dokonać interpretacji przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, przyjmując, iż wniesienie jakiegokolwiek wadium, czyni zadość wymaganlu ustawy."

Odnosząc powyższe do okoliczności niniejszej sprawy Odwołujący wskazuje, że zgodnie z SIWZ (Rozdział IX, str. 14) termin związania ofertą wynosił 90 dni i rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert, przy czym za pierwszy dzień ww. okresu uznaje się dzień składania ofert. Odwołujący wskazuje również, że termin składania ofert został ostatecznie wyznaczony przez Zamawiającego na dzień 05 grudnia 2014 r. Skoro termin związania ofertą wynosił 90 dni i rozpoczął się wraz z upływem terminu składania ofert, przy czym za pierwszy dzień ww. okresu uznaje się dzień składania ofert, to jak łatwo obliczyć termin związania ofertą upływa 04 marca 2015 r. Podkreślić przy tym trzeba, że zgodnie z art. 14 ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Ponieważ ustawa nie zawiera własnych odrębnych regulacji w tym zakresie, do obliczania terminu związania ofertą zastosowanie znajdzie art. 111 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia, czyli o północy ostatniego dnia. W świetle powyższego przepisu nie ma wątpliwości, że termin związania ofertą (oznaczony w dniach) upływał o północy w dniu 04 marca 2015 r. Co za tym idzie termin ważności wadium wniesionego przez Konsorcjum PKM w formie gwarancji bankowej powinien być nie krótszy niż do północy w dniu 04 marca 2015 r. Tymczasem jak wynika z postanowień ww. gwarancji termin jej ważności w rzeczywistości kończy się wcześniej niż o północy w dniu 04 marca 2015 r. Mianowicie na pierwszej stronie w gwarancji stwierdza się, że jest ona ważna do 04 marca 2015 r.. Niemniej jednak na jej drugiej stronie zawarto zastrzeżenie, zgodnie z którym:

Żądanie wypłaty należy złożyć w siedzibie Banku : 1 Oddział w Tychach , 43-100 Tychy, ul. Dmowskiego 27 najpóźniej do godziny 16.00 ostatnim dniu terminu ważności gwarancji.

Z tego wynika, że od godziny 16.00 do 24.00 dnia 4 marca 2015 r. nie ma możliwości uzyskania zaspokojenia z ww. gwarancji, gdyż Zamawiający w tym okresie nie ma możliwości złożenia skutecznego żądania wypłaty. W świetle powyższego okres ważności gwarancji kończy się nie o północy w dniu 04 marca 2015 r., ale już o godzinie 16.00 tego dnia, mimo że termin związania ofertą nie upływa o 16.00. Uznać zatem trzeba, że oferta Konsorcjum PKM nie jest zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą. W rezultacie nie ma wątpliwości, że Konsorcjum PKM powinno zostać wykluczone z postępowania.



III Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy poprzez zaniechanie przez Zamawiajacego czynności wykluczenia Konsorcjum PKM, pomimo że ww. Konsorcjum nie wykazalo spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. nie wykazalo w wymagany w SIWZ sposób, iż dysponuje lub będzie dysponować niezbędnymi narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi do wykonania zamówienia, tzn. taborem w liczbie co najmniej 61 sztuk, w tym co najmniej 4 sztuki autobusów typu C, które są niezbędne ze względu na istniejącą infrastrukturę drogową, po której będą się poruszać - zгідnie z wymogami określonymi w Załączniku nr 7 do SIWZ, oraz poprzez zaniechanie uznania oferty złożonej przez ww. Konsorcjum za odrzuconą, stwierdzić należy co następuje.

Jak to już podniesiono powyżej Zamawiający wskazał w SIWZ (Rozdział V, pkt 1., lit. c, str. 6), że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w przepisie art. 22 ust. 1 ustawy, dotyczące: *„dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, bazą transportową, punktem dyspozytorskim oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia - tj. Wykonawcy, którzy dysponują lub będą dysponować niezbędnymi narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi do wykonania zamówienia, tzn. taborem w liczbie co najmniej 61 sztuk, w tym co najmniej 4 sztuki autobusów typu C, które są niezbędne ze względu na istniejącą infrastrukturę drogową, po której będą się poruszać - zгідnie z wymogami określonymi w Załączniku nr 7 do SIWZ”*.

Odpowiednio do powyższego Zamawiający wskazał w SIWZ (Rozdział VI, pkt 2., lit. e, po zmianach dokonanych pismem z dnia 25 listopada 2014 r., znak MZK/POK/1138/14), że w celu wykazania spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, określonych SIWZ, Zamawiający żąda następujących dokumentów:

- e) *wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych, tj. taboru dostępnego Wykonawcy w celu realizacji zamówienia, wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami (wzór wykazu taboru stanowi **Załącznik nr 6 do niniejszej SIWZ**), dokładny adres punktu dyspozytorskiego Wykonawcy oraz pisemne zobowiązanie, że będzie dysponował bazą transportową.*

Zamawiający wskazał zatem wyraźnie, że wykaz taboru ma zawierać informacje o podstawie dysponowania zasobami, powtarzając w tym zakresie postanowienie § 1 ust. 1 pkt 4) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 19 lutego 2013 r. (Dz.U. z 2013 r. poz. 231). Tymczasem wykaz taboru załączony do oferty Konsorcjum PKM nie zawiera żadnych informacji na temat podstawy dysponowania



III Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności wykluczenia Konsorcjum PKM, pomimo że ww. Konsorcjum nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. nie wykazało w wymagany w SIWZ sposób, iż dysponuje lub będzie dysponować niezbędnymi narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi do wykonania zamówienia, tzn. taborem w liczbie co najmniej 61 sztuk, w tym co najmniej 4 sztuki autobusów typu C, które są niezbędne ze względu na istniejącą infrastrukturę drogową, po której będą się poruszać - zгідnie z wymogami określonymi w Załączniku nr 7 do SIWZ, oraz poprzez zaniechanie uznania oferty złożonej przez ww. Konsorcjum za odrzuconą, stwierdzić należy co następuje.

Jak to już podniesiono powyżej Zamawiający wskazał w SIWZ (Rozdział V, pkt 1., lit. c, str. 6), że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w przepisie art. 22 ust. 1 ustawy, dotyczące: „*dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, bazą transportową, punktem dyspozytorskim oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia - tj. Wykonawcy, którzy dysponują lub będą dysponować niezbędnymi narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi do wykonania zamówienia, tzn. taborem w liczbie co najmniej 61 sztuk, w tym co najmniej 4 sztuki autobusów typu C, które są niezbędne ze względu na istniejącą infrastrukturę drogową, po której będą się poruszać - zгідnie z wymogami określonymi w Załączniku nr 7 do SIWZ*”.

Odpowiednio do powyższego Zamawiający wskazał w SIWZ (Rozdział VI, pkt 2., lit. e, po zmianach dokonanych pismem z dnia 25 listopada 2014 r., znak MZK/POK/1138/14), że w celu wykazania spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, określonych SIWZ, Zamawiający żąda następujących dokumentów:

- e) *wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych, tj. taboru dostępnego Wykonawcy w celu realizacji zamówienia, wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami (wzór wykazu taboru stanowi Załącznik nr 6 do niniejszej SIWZ), dokładny adres punktu dyspozytorskiego Wykonawcy oraz pisemne zobowiązanie, że będzie dysponował bazą transportową.*

Zamawiający wskazał zatem wyraźnie, że wykaz taboru ma zawierać informacje o podstawie dysponowania zasobami, powtarzając w tym zakresie postanowienie § 1 ust. 1 pkt 4) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 19 lutego 2013 r. (Dz.U. z 2013 r. poz. 231). Tymczasem wykaz taboru załączony do oferty Konsorcjum PKM nie zawiera żadnych informacji na temat podstawy dysponowania



Helping to create competitive advantage!

wskazanymi w nim autobusami, wbrew jednoznacznym nakazom SIWZ. Nie sposób zatem uznać, że tak złożony niekompletny wykaz może potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu. W szczególności Odwołujący wskazuje, że brak informacji na temat podstawy dysponowania autobusami uniemożliwia ustalenie, czy autobusami wskazanymi w wykazie Konsorcjum PKM dysponuje bezpośrednio czy pośrednio a co za tym idzie uniemożliwia ustalenie czy wraz z wykazem nie powinno zostać złożone pisemne zobowiązanie innego podmiotu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. W rezultacie uznać trzeba, że Konsorcjum PKM nie wykazało spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący pragnie podkreślić, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Konstrukcja powyższego przepisu jest oczywista – to wykonawca ma wykazać, poprzez złożenie wskazanych przez Zamawiającego oświadczeń i dokumentów, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jeżeli tego nie uczyni, to podlega wykluczeniu z postępowania. W świetle ustawy nie ma zatem żadnego domniemania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców. Przeciwnie, za wyrokiem z dnia 25 października 2012 r., sygn. akt: KIO 2220/12, wskazać trzeba, że: „ciężar udowodnienia spełniania warunków udziału w postępowaniu obciąża wykonawcę. Powinien on – na podstawie dokumentów wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ oraz ewentualnie korzystając z instytucji opisanej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp – spełnianie warunków wykazać. Zamawiający nie jest uprawniony na etapie badania i oceny ofert do liberalizowania czy odstępowania od ustalonych przez siebie wymagań, które nie zostały podważone przez wykonawców w drodze dostępnych im środków. Takie działanie należy zakwalifikować jako niedopuszczalne i uchylające art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.” Jeszcze dosadniej powyższą kwestię ujęto w wyroku z dnia 2 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO 2722/12, KIO 2723/12, KIO 2724/12, KIO 2725/12, wskazując, iż: „(...) Istotną z punktu widzenia instytucji wykluczenia, uregulowanej w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, jest czynność wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie zaś sam fakt, czy wykonawca w istocie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Obecna regulacja jest wynikiem istotnych zmian wprowadzonych przez ustawodawcę, który wcześniej pierwszeństwo i rozstrzygające znaczenie przyznawał prawdzie materialnej, aktualnie zaś przerzucając ciężar udowodnienia spełniania warunków udziału w postępowaniu na wykonawcę, nakazuje dokonywanie oceny w tym przedmiocie na podstawie dokumentów wymaganych przez zamawiającego i przedłożonych przez wykonawcę w ściśle określonym terminie. Nie jest więc rolą





Helping to create competitive advantage!

zamawiającego poszukiwanie okoliczności czy dowodów świadczących o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, ale stwierdzenie powyższego na podstawie dokumentów przedstawionych przez wykonawcę. Biorąc powyższe pod uwagę, z całą stanowczością stwierdzić należy, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia zamawiającemu, w dopuszczalnej i żądanej przez Zamawiającego formie, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu. Z powyższego płynie kolejny wniosek, co zdaniem Izby wymaga podkreślenia, a mianowicie, że wykonawca w toku ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego winien dotożyć należytej staranności aby wykazać, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z postępowania. Wszelkie zaniechania w tym zakresie niosą dla wykonawcy negatywne konsekwencje."

Odwołujący pragnie również podkreślić, że nie ma przy tym znaczenia, czy obiektywnie wykonawca spełnia postawiony przez Zamawiającego warunek, jeżeli tego nie wykazał w wymagany przez Zamawiającego sposób. Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy Odwołujący musi stwierdzić, że Konsorcjum PKM nie wykazało spełnienia postawionego przez Zamawiającego warunku, a zatem winno zostać wykluczone z postępowania.

IV Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, stwierdzić należy co następuje.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W niniejszej sprawie Zamawiający wskazał w Rozdziale XIII pkt 1 SIWZ, że: „Oferty przedłożone w niniejszym przetargu oceniane będą na podstawie następującego kryterium:

*Cena usługi przewozowej - waga 100%”*

Ponieważ, jak to zostało wykazane powyżej, po wykluczeniu wykonawcy Warbus oraz Konsorcjum PKM z postępowania i uznaniu złożonych przez nich ofert za odrzucone oferta Odwołującego będzie ofertą z najniższą ceną spośród ofert złożonych w niniejszym postępowaniu i niepodlegających odrzuceniu, Zamawiający jako najkorzystniejszą ofertę powinien wybrać ofertę Odwołującego.

V Odnośnie podniesionego z ostrożności zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie czynności wezwania Konsorcjum PKM do uzupełnienia wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych, tj. taboru



Helping to create competitive advantage!

dostępnego Wykonawcy w celu realizacji zamówienia, wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami (wzór wykazu taboru stanowi Załącznik nr 6 do SIWZ), stwierdzić należy co następuje.

Na wstępie Odwołujący podkreśla, że stawia powyższy zarzut jedynie z ostrożności i wyłącznie na wypadek gdyby Izba uznała, że w istniejących okolicznościach faktycznych wezwanie Konsorcjum PKM w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia ww. wykazu jest jednak dopuszczalne.

Jak to zostało wykazane powyżej, Konsorcjum PKM podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, bowiem nie wniosło prawidłowo wadium do upływu terminu składania ofert. W świetle powyższego nie budzi żadnych wątpliwości, że nie jest możliwe wezwanie Konsorcjum PKM do uzupełnienia ww. wykazu, gdyż zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Zamawiający nie wzywa do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, jeżeli mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. W niniejszej sprawie, mimo ewentualnego uzupełnienia ww. wykazu, Konsorcjum PKM nadal będzie podlegać wykluczeniu z postępowania a jego oferta uznaniu za odrzuconą, właśnie ze względu na brak prawidłowo wniesionego wadium, którego to braku nie można sanować w żaden sposób przewidziany w ustawie.

Dlatego też Odwołujący jedynie z ostrożności zarzuca Zamawiającemu, że nie wezwał Konsorcjum PKM do uzupełnienia wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych, tj. taboru dostępnego Wykonawcy w celu realizacji zamówienia, wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami.

Zamawiający winien wezwać Konsorcjum PKM do uzupełnienia ww. wykazu, a jeżeli Konsorcjum PKM nie uzupełni go we wskazanym terminie i wymaganej formie, względnie z uzupełnionych dokumentów nadal nie będzie wynikać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający winien wykluczyć Konsorcjum PKM z przedmiotowego postępowania a jego ofertę uznać za odrzuconą.

Mając powyższe na uwadze wnoszę jak na wstępie.

Z poważaniem

*Zakłime Ossowska*



Helping to create competitive advantage!

**Załączniki:**

1. dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości
2. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu
3. kopie odpisów z Krajowego Rejestru Sądowego dla „METEOR” Sp. z o.o., „IREX-4” Sp. z o.o., PKS Południe Sp. z o.o.
4. zaświadczenia o wpisie do CEIDG dla Benedykt Nowak „Nowak Transport” i Rzymek Tadeusz Firma Usługowo-Handlowa
5. pełnomocnictwa do wniesienia odwołania