

*Komisja  
Protokółowa  
Jm.*

Biuro MZK Jastrzębie-Zdrój

wpłynęło dnia 02.01.15

L. dz. 05/2015

**Konsorcjum Firm:**

- **Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Spółka z o.o.**, KRS: 0000157735, ul. Przemysłowa 1, 44-335 Jastrzębie-Zdrój – **lider konsorcjum**,
- **MIKRUS Firma S.C. Irena Matysek Stanisław Matysek**, ul. Osieńska 66, 44-240 Żory,
- **Krzysztof Pawelec** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **Usługi Transportowe Krzysztof Pawelec**, Biechów 93B, 28-133 Pacanów (adres do korespondencji: ul. Św. Elżbiety 1, 41-905 Bytom)
- **A21 Spółka z o.o.**, KRS: 0000482518, ul. Jarzębinowa 58, 44-240 Żory
- **Andrzej Kłosok** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „**PPHU Kłosok**” **Andrzej Kłosok**, ul. Gajowa 62, 44-240 Żory,

Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej  
Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością  
ul. Przemysłowa 1  
44-335 Jastrzębie-Zdrój  
tel. 32 476 30 81/8 , fax 32 47 52 640  
REGON 272095490 NIP 633-00-15-657

Jastrzębie-Zdrój, dnia 2 stycznia 2015 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**  
ul. Postępu 17a  
02-676 Warszawa

**ODWOŁANIE**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na „świadczenie autobusowych usług przewozowych w systemie komunikacji miejskiej na liniach wchodzących w skład sieci komunikacyjnej obejmującej obszar miasta Jastrzębia-Zdroju i gmin ościennych”,  
znak MZK/POK/01/2014,

Nr ogłoszenia: 2014/S 221-390722

**Zamawiający:**

Międzygminny Związek Komunikacyjny, ul. Przemysłowa 1, 44-335 Jastrzębie Zdrój,  
Tel./faks: 324763474, e-mail: [mzk.sekretariat@mzkjastrzebie.com](mailto:mzk.sekretariat@mzkjastrzebie.com), [www.mzkjastrzebie.com](http://www.mzkjastrzebie.com)

**Odwołujący:**

**Konsorcjum firm:**

- **Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Spółka z o.o.**, ul. Przemysłowa 1, 44-335 Jastrzębie-Zdrój – **lider konsorcjum**,
- **MIKRUS Firma S.C. Irena Matysek Stanisław Matysek**, ul. Osieńska 66, 44-240 Żory,
- **Krzysztof Pawelec** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **Usługi Transportowe Krzysztof Pawelec**, Biechów 93B, 28-133 Pacanów (adres do korespondencji: ul. Św. Elżbiety 1, 41-905 Bytom)
- **A21 Spółka z o.o.**, ul. Jarzębinowa 58, 44-240 Żory
- **Andrzej Kłosok** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „**PPHU Kłosok**” **Andrzej Kłosok**, ul. Gajowa 62, 44-240 Żory,

reprezentowanych przez: **Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Spółkę z o.o. - Lidera Konsorcjum**, na podstawie załączonego pełnomocnictwa.

*[Signature]*

Działając jako Odwołujący na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej „Ustawa”), **wnoszę odwołanie wobec:**

1.

- a) Czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty pomimo istnienia przesłanek odrzucenia oferty, czym naruszono art. 91 ust. 1 Ustawy oraz zaniechania odrzucenia oferty Warbus Spółki z o.o., pomimo istnienia przesłanek odrzucenia tej oferty, czym naruszone zostały przepisy art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy, *a co najmniej*
- b) Czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty oraz zaniechania Zamawiającego wypełnienia procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 Ustawy, w brzmieniu obowiązującym przed 19.10.2014 r., czym naruszono przepis art. 91 ust. 1 i art. 90 ust. 1 Ustawy.

2.

Czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty pomimo istnienia przesłanek odrzucenia oferty, czym naruszono art. 91 ust. 1 Ustawy oraz zaniechania odrzucenia oferty WARBUS Spółki z o.o., pomimo istnienia przesłanek odrzucenia tej oferty, czym naruszone zostały przepisy art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, względnie art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy w związku z art. 3 ust. 1 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

3.

Czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty oraz zaniechania wykluczenia Wykonawcy Warbus Spółki z o.o., który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania i nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, czym naruszono Czynności art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 P.z.p.

4.

Czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty oraz zaniechania wezwania Warbus Spółki z o.o. do złożenia wyjaśnień w przedmiocie oświadczenia złożonego w miejsce wymaganego wykazu taboru autobusowego, czym naruszono przepis art. 26 ust. 4 Ustawy.

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego, zarzucam naruszenie wymienionych wyżej przepisów Ustawy a także przepisów wymienionych w uzasadnieniu odwołania.

Wnoszę o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenia czynności oceny ofert,
- nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Warbus Spółki z o.o.,  
*względnie*  
nakazanie Zamawiającemu wezwania Warbus Spółki z o.o. do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość cen,
- nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy Warbus Sp. z o.o.

- nakazanie Zamawiającemu wezwania Warbus Spółki z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczenia złożonego w miejsce wymaganego wykazu taboru autobusowego,
- przyznanie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, a nadto w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych wyżej przepisów Ustawy może ponieść szkodę wyrażającą się brakiem uzyskania Zamówienia i uzyskania wynagrodzenia z tytułu jego realizacji.

Wybór oferty Warbus Spółki z o.o. pomimo tego, iż istnieją przesłanki odrzucenia tej oferty, które winny być obligatoryjnie zastosowane przez Zamawiającego uniemożliwia udzielenie zamówienia odwołującemu, którego oferta jest drugą w kolejności. W przypadku prawidłowego zachowania Zamawiającego i odrzucenia oferty Warbus Spółki z o.o., oferta odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, co umożliwiłoby odwołującemu zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Należy więc stwierdzić, że Odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w art. 179 ust. 1 Ustawy.

Niniejsze odwołanie jest wnoszone w ustawowym terminie licznym od powiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, co nastąpiło w dniu 22 grudnia 2014 r.

### UZASADNIENIE

W dniu 22 grudnia 2014 r. Zamawiający powiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty, którą była oferta złożona przez Warbus Spółkę z o.o., która zaoferowała wykonanie przedmiotu zamówienia za łączną cenę **199.545.120,00 zł brutto, przy zastosowaniu cen jednostkowych wozokilometra wynoszących 5,34 zł netto (tabor A, B i C).**

**Dowód:** zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty

1a.

Przedmiotem zamówienia Zamawiający uczynił świadczenie usług przewozowych w komunikacji miejskiej, **przez okres 10 lat, z rocznym zakresem rzeczowym wynoszącym około 3.460.000 wozokilometrów, co daje 288.333 wozokilometrów miesięcznie. Natomiast łączna liczba wozokilometrów na cały okres realizacji umowy to 34.600.000.** Przewóz ma być wykonywany trzema typami autobusów: tabor A (autobusy przegubowe powyżej 14,5 m – 2 sztuki), tabor B (autobusy standardowe od 11,5 m – 55 sztuk) i tabor C (autobusy od 7,5 m – 4 sztuk). Łącznie minimum 61 sztuk. Parametry techniczne autobusów zostały opisane w Załączniku nr 7 do SIWZ. Jak wynika z powyższego znaczną większość wymaganego taboru stanowią autobusy typu B i to przy użyciu tych autobusów wykonywana ma być większość pracy przewozowej.

W załączniku nr 5 do SIWZ wskazano natomiast dzienny zakres usług przewozowych w podziale na dni powszednie, soboty i niedziele oraz w podziale na określone typy autobusów. Z zestawienia tego również wynika, że główny ciężar przewozowy spoczywa na taborze typu B (autobusy standardowe od 11,5 m).

Zamawiający w cz. III SIWZ ust. 2 oraz w załączniku nr 7 pkt 1 zawarł główne wymagania co do taboru autobusowego. Wymagania te zostały zmienione pismami Zamawiającego z dnia 16.10.2014 r., 12.11.2014 r. oraz z 25.11.2014 r.

Zamawiający w ostatecznym kształcie wymaga aby przedstawione do realizacji zamówienia autobusy, w całym okresie realizacji umowy, jeśli chodzi o tabor B i C, były nie starsze niż 10 lat od daty produkcji, a autobusy z taboru A, były nie starsze niż 15 lat. Zamawiający od powyższych zasad dopuścił jeden wyjątek ograniczony czasowo tj. zezwolił aby do 31 grudnia 2015 r. realizowane były przewozy autobusami nie starszymi niż 15 lat od pierwszej rejestracji. Poza tymi wymaganiami począwszy od 1 stycznia 2016 r. co najmniej 50% autobusów taboru B i C musi spełniać normę emisji spalania Euro 6, przy czym pozostałe autobusy z tego taboru muszą spełniać normę Euro 5, wyjątkiem są autobusy z taboru A które będą używane tylko w ilości 2 sztuk, a które mogą spełniać normę emisji spalania Euro 3.

**Dowód:** cz. III SIWZ, Załącznik nr 7 do SIWZ, Pisma Zamawiającego z dnia 16.10.2014 r., 12.11.2014 r. oraz z 25.11.2014 r.

Tak ukształtowane wymaganie, aby niemal 97% taboru w czasie realizacji umowy było nie starsze niż 10 lat od daty produkcji, przy uwzględnieniu 10 letniego okresu realizacji zamówienia, wymaga od wykonawcy zaoferowania bądź taboru całkowicie nowego, wyprodukowanego w 2015 r., który to tabor nawet w ostatnim roku realizacji zamówienia tj. w 2025 roku, będzie spełniał wymaganie 10 letniego wieku autobusów; bądź też zaoferowania autobusów już używanych, który to tabor będzie sukcesywnie odnawiany tak aby w każdym roku realizacji zamówienia spełnione było wymaganie 10 letniego wieku pojazdów. Przy czym wymaganie aby autobusy spełniały normy spalania Euro 6 powoduje, że muszą to być autobusy co najmniej z 2014 r. bo wówczas zaczęła obowiązywać ta norma, a jeśli chodzi o normę Euro 5 z 2009 r.

Firma Warbus Spółka z o.o. nie wskazała w ofercie jakie autobusy zamierza wykorzystać do realizacji zamówienia, przedstawiając zamiast wykazu taboru jedynie zobowiązanie, że na dzień 1 maja 2015 r. będzie dysponować taborem spełniającym wymagania SIWZ. Jednak z listu jaki Warbus Spółka z o.o. skierowała do Prezydenta Miasta Jastrzębia-Zdroju wynika, że zamiarem tej spółki jest nabycie składników majątkowych PKM Spółki z o.o., wchodzącej w skład Konsorcjum firm Odwołujących się.

**Dowód:** wydruk ze strony internetowej <http://jasnet.pl/?m=wydarzenia&id=34960> wraz z wydrukiem listu opublikowanego na tej stronie

Gdyby ten wariant miał się spełnić Warbus Spółka z o.o. miałyby do wykorzystania tabor PKM Spółki z o.o., która to spółka nie dysponuje żadnym autobusem, którym można byłoby realizować usługi do końca obowiązywania umowy. Wchodzące obecnie w skład majątku PKM Sp. z o.o. autobusy pozwoliłyby zrealizować umowę jedynie w do końca 2015 r. w zakładanym przez Zamawiającego okresie przejściowym, w którym wymaganie co do wieku autobusu wynosi 15 lat od daty produkcji.

Zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego opisanymi w rozdziale XII pkt 3 cena za wzkm podana w ofercie ma być ceną kompletną i jednoznaczną i winna uwzględniać w szczególności:

- a) koszty amortyzacji, remontów, ubezpieczenia, zakupu, wyposażenia i utrzymania autobusów;
- b) koszty utrzymania bazy;
- c) koszty zatrudnienia pracowników;
- d) koszt zatrzymywania się autobusów na przystankach i dworcach;

- e) opłaty administracyjne określone na podstawie obowiązujących przepisów, w szczególności ustawy o transporcie drogowym i ustawy o publicznym transporcie zbiorowym;
- f) rozsądny zysk Wykonawcy.

Dla celów skalkulowania oferty złożonej w niniejszym przetargu, należało więc uwzględnić co najmniej następujące wydatki:

- inwestycja w tabor B i C (zakup lub leasing nowych autobusów na początku, względnie sukcesywne odnawianie taboru poprzez zakup lub leasing autobusów spełniających wymaganie wieku maksymalnego 10 lat), tabor A w ilości 2 autobusów może zostać pominięty dla potrzeb tej kalkulacji,
- koszt paliwa na obsługę linii,
- koszt wynagrodzeń kierowców,
- koszt ubezpieczenia autobusów (OC i AC),
- koszt podatku od środków transportu,
- koszt zatrzymywania się autobusów na przystankach i dworcach
- koszt napraw, części zamiennych i eksploatacyjnych,
- koszt wynagrodzeń mechaników i administracji,
- koszt dojazdów do miejsc rozpoczęcia trasy linii i powrotów do bazy,
- koszt mycia autobusów,
- w przypadku Warbus Spółki z o.o. również koszt dzierżawy zajezdni autobusowej.

**Zdaniem odwołującego przedstawiona przez Warbus Spółkę z o.o. cena oferty nie pozwala na pokrycie kosztów niezbędnych do poniesienia dla wykonania przedmiotowego zamówienia.**

**W tym miejscu należy wskazać na treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.01.2014 r. w sprawie KIO 32/14, dotyczącej analogicznego do niniejszego przetargu zamówienia publicznego nr MZK/POK/5/2013 ogłoszonego przez Zamawiającego w 2013 r., a które to postępowanie zostało przez Zamawiającego unieważnione. Niniejsze postępowanie jest powtórzeniem przetargu ogłoszonego w 2013 r.**

**Dowód:** wyrok KIO z 24.01.2014 r. sygn. akt KIO 32/14, pismo Zamawiającego z dnia 19 lutego 2014 r.

**W wyroku tym Krajowa Izba Odwoławcza uznała ofertę złożoną przez PKM Spółkę z o.o. oraz Mikrus S.C. Irena Matysek, Stanisław Matysek, za zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.**

Należy przypomnieć, że ówczesna oferta na niemal identyczny przedmiot zamówienia opiewała na kwotę **197.816.202,00 zł brutto** przy zastosowaniu stawek netto wynoszących 5,18 zł netto za wozokilometr co do taboru B i C, oraz 6,15 zł netto za wozokilometr odnośnie taboru A, co oznacza że **cena jednostkowa oferty netto uśredniona (wartość oferty netto podzielona przez łączną liczbę wozokilometrów) wyniosła 5,19 zł netto.**

**Dowód:** wyrok KIO z dnia 24.01.2014 r. w sprawie KIO 32/14

**W uzasadnieniu wyroku Krajowa Izba Odwoławcza dokonała ustalenia kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia publicznego, i orzekła, że koszty te przewyższają wartość złożonej wówczas oferty.** Obecny przetarg obejmujący świadczenie usług komunikacji miejskiej w okresie 10 lat na terenie Jastrzębia-Zdroju i gmin ościennych, jest następną po wskazanym wyżej postępowaniu z 2013 r., próbą udzielenia zamówienia na usługi komunikacyjne na terenie Jastrzębia-Zdroju i gmin ościennych na okres 10 letni. W związku z powyższym poza przesunięciem rozpoczęcia wykonywania tego zamówienia o 1 rok, wszystkie wymagania przedmiotowe pozostały na praktycznie niezmiennym poziomie, poza przesunięciem ciężaru przewozowego na tabor B, ponieważ 15 uprzednio wymaganych autobusów taboru C, pozostały 4, a z 44 uprzednio wymaganych autobusów taboru B, obecnie wymaga się 55 autobusów. Bez zmian pozostała łączna liczba autobusów. Nadal Zamawiający wymaga 61 autobusów, z czego 59 nie może być starszych niż 10 lat od daty pierwszej rejestracji, a dwa (tabor A) mogą być starsze (poprzednio nie starsze niż z 1997 r., obecnie nie starsze niż 15 lat od daty pierwszej rejestracji). Nadal również Zamawiający przewiduje pewien okres przejściowy tj. do końca pierwszego roku kalendarzowego, w którym rozpoczęto realizację zamówienia, w którym to okresie wykonawca może realizować przedmiot zamówienia autobusami nie starszymi niż 15 lat, bez wymagań co do norm emisji spalania.

**KIO ustaliła koszty niezbędne dla realizacji zamówienia po przeliczeniu na 1 wozokilometr wynoszące 5,28 zł netto, przy czym nie uwzględniono kosztów utrzymania bazy, zajezdni, myjni, ryzyka oraz zysków.**

Odwołujący opierając się na wymaganiach zamawiającego co do taboru, na ilości wozokilometrów będącej przedmiotem umowy, uwzględniając ustalenia Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 32/14 oraz zmianę pewnych czynników kosztotwórczych, wskazuje na następujące koszty, które winny być uwzględnione przy kalkulacji oferty. Podane poniżej wartości to wartości netto (bez podatku VAT).

Dla celów określenia kosztów niezbędnych do poniesienia dla zrealizowania zamówienia, odwołujący określa wszelkie wydatki ustalając ich koszt w cenie jednego wozokilometra.

#### Koszt inwestycji w tabor

Warbus Spółka z o.o. załączyła do oferty oświadczenie, że taborom będzie dysponować na dzień rozpoczęcia realizacji zamówienia, co oznacza, że taborom tym nie dysponuje na dzień składania ofert. Jak wskazano wcześniej Warbus Spółka z o.o. w liście skierowanym do Pani Prezydent Miasta Jastrzębie-Zdrój, przedstawiła plany nabycia taboru PKM Spółki z o.o. Tabor ten nie pozwala jednak na wykorzystanie w całym okresie realizacji zamówienia, a jedynie w okresie do 31.12.2015 r. Dlatego też spółka Warbus musiałaby dokonać inwestycji w tabor, który mógłby zostać wykorzystany od 2016 roku do 2025 r. Biorąc pod uwagę wymagania co do norm emisji spalania – 50% autobusów z taboru B musi spełniać normę Euro 6, która obowiązuje od 2014 roku – należy uznać, że optymalnym ekonomicznie byłby leasing nowych autobusów z zakresu taboru B i C i zakup używanych autobusów z taboru A. Dla potrzeby kalkulacji przyjęto następujące ceny autobusów:

- tabor A, rok produkcji 2005, cena 100.000 zł netto x 2 szt. = 200.000 zł

- tabor B, rok produkcji 2015, cena 525.000 zł netto x 55 szt. = 28.875.000 zł +30% koszt leasingu = 37.537.500 zł netto

- tabor C, rok produkcji 2015, cena 450.000 zł netto x 4 szt. = 1.800.000 zł + 30% koszt leasingu = 2.340.000 zł netto.

Powyższa kalkulacja zakłada nabycie autobusów z dolnego poziomu cenowego. Dla taboru B przyjęto cenę nabycie autobusu produkcji białoruskiej MAZ 203. W związku z tym, że po wskazanej cenie autobusy te sprzedawane są bez wyposażenia wymaganego przez Zamawiającego w postaci kasowników i tablic kierunkowych, do powyższych kwot należy dodać również koszt tego wyposażenia wynoszący:

25.000 zł netto x 55 sztuk = 1.375.000 zł netto.

**Dowód:** umowa leasingu autobusu MAZ 203, dowód zakupu wyposażenia do MAZ203

Łączna wartość inwestycji w tabor to **41.452.500 zł netto**. Po przeliczeniu tej wartości na ilość wozokilometrów wynoszącą 34.600.000 wzkm, otrzymujemy udział tego kosztu w cenie wozokilometra, który wynosi **1,20 zł netto / 1 wozokilometr**.

Należy wskazać, że Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie KIO 32/14 przyjęła koszt inwestycji w tabor na poziomie 1,60 zł netto / 1 wzkm, wówczas ustalenie to oparto na deklaracji wykonawcy, że zamierza nabyć autobusy zbliżone cenowo do autobusów Solaris Urbino 10, których wartość przyjęto na poziomie 690.000 zł netto.

#### Koszt paliwa

Ustalając koszt paliwa, którego zakup jest niezbędny, należy wskazać na średnią cenę hurtową 1 litra oleju napędowego z roku 2014 wynoszącą **4,06 zł netto za 1 litr**. Przykładowe autobusy typu Solaris Urbino 12, spełniające wymagania Zamawiającego, spalają średnio około 35 litrów na 100 km, co oznacza, że koszt paliwa na jeden kilometr wynosi **1,42 zł netto / 1 wzkm**. Łączny koszt paliwa to **49.132.000 zł netto**.

W sprawie KIO 32/14 przyjęto koszt paliwa opierając się na średniej cenie paliwa za 2013 rok podanej przez ówczesnego oferenta PKM Spółkę z o.o. w sprawozdaniu finansowym. Obecnie zaś nie mając takiej informacji a także biorąc pod uwagę, że Warbus Spółka z o.o. nie jest podmiotem zobowiązanym do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych przy zakupie paliwa, należy przyjąć średnią cenę rynkową w bieżącego roku, a którą można określić posługując się wykazem cen hurtowych PKN Orlen S.A. w Płocku publikowanych przez ten podmiot, jako jednego z największych dostawców paliwa.

**Dowód:** wyciąg z archiwum cen hurtowych oleju napędowego Orlen lata 2014

Ponadto w sprawie KIO 32/14 przyjęto średnie spalanie wskazanych wyżej autobusów na poziomie 32 l/100 km a to dlatego, że wówczas PKM Spółka z o.o. zamierzała wykorzystać mniejsze autobusy 10 metrowe (Solaris Urbino 10) jako tabor B (wymagana długość wówczas to „do” 12,5 metra), dzięki czemu mogło zostać obniżone spalanie poprzez zastosowanie mniejszych autobusów. Obecnie Zamawiający sformułował wymagania minimalnej długości autobusów, i dla taboru B muszą to być autobusy od 11,5 metra długości. W obecnych warunkach przetargowych należy więc przyjąć średnie spalanie dla autobusów 12 metrowych, tj. 35 l/100 km.

Na potwierdzenie, że przyjęta wartość 35 l/ 100 km jest rzeczywista można przedstawić wynik testu autobusów przeprowadzonego w 2004 roku w Poznaniu, w którym udział brał

autobus Solaris Urbino 12, a który przy stałej prędkości 60 km/h spalił 20,9 l/100 km, natomiast ogólnie w teście spalił 40,57 l/100 km.

**Dowód:** wydruk ze strony internetowej Portal Lubelskiej Komunikacji Miejskiej – spalanie Solaris Urbino 12 – 36,3 litrów /100 km, wydruk ze strony internetowej infobus.pl

#### Koszt wynagrodzeń kierowców

Jak wynika z przedstawionych przez Zamawiającego rozkładów jazdy, potrzebnych jest ok. 130 kierowców. Wynika to z zestawienia przygotowanego przez firmę Detlon Software, które zostało złożone do akt sprawy KIO 32/14. Miesięcznie 1 kierowca pracuje przez ok. 136 godziny w tygodniu oraz 32 godziny w weekendy. W związku z faktem, że Warbus Spółka z o.o. planuje pozyskać kierowców zatrudnionych w PKM Spółce z o.o., należy przyjąć wartość wynagrodzeń tych kierowców w wysokości pokrywanej dotychczas przez PKM Spółkę z o.o. Średnie wynagrodzenie kierowców w PKM Spółce z o.o. wynosi 3730 zł. Aby obliczyć koszt miesięczny pracy kierowców należy pomnożyć ilość kierowców 130 przez średnie wynagrodzenie 3730 zł, co daje kwotę 484.900 zł miesięcznie i **58.188.000 zł w całym okresie realizacji umowy**. W celu przeliczenia tej kwoty na wartość 1 wozokilometra należy podzielić ją przez liczbę wozokilometrów z całego okresu realizacji umowy tj. 34.600.000 wzkm. Wynik tego działania to ok. **1,68 zł na 1 wozokilometr**.

**Dowód:** wyrok KIO 32/14, oświadczenie Detlon Software i wydruki z programu „Harmonium” znajdujące się w aktach sprawy KIO 32/14

W przypadku oferty Warbus Spółki z o.o. z Warszawy nieuprawnione byłoby ustalanie koszty wynagrodzeń kierowców z uwzględnieniem ich pracy również przy realizacji innych zamówień, albowiem firma Warbus Spółka z o.o. takowych nie posiada na w okolicach Jastrzębia-Zdroju.

#### Koszt ubezpieczenia autobusów

W postępowaniu odwoławczym KIO 32/14, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła koszt ubezpieczenia OC i AC autobusów przyjmując stawkę wskazaną przez ówczesnego przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego PKM Spółkę z o.o. - na poziomie 6582 zł za rok za jeden autobus. Daje to 401.502 zł rocznie za 61 autobusów i **4.015.020 zł** za cały okres realizacji umowy, a po podzieleniu przez łączną liczbę wozokilometrów (34.600.000 wzkm) daje **0,12 zł / wzkm**.

**Dowód:** wyrok KIO 32/14.

#### Koszt podatku od środków transportowych

W przypadku rejestracji autobusów w Jastrzębiu-Zdroju, wartość podatku drogowego na 2015 r. wynika z Załącznika do uchwały Rady Miasta Jastrzębie-Zdrój nr II.7.2014 z dnia 04.12.2014 r. Dla pojazdów powyżej 30 osób (minimalne wymaganie dla taboru A to 140 miejsc, tabor B 80 miejsc, tabor C 35 miejsc) stawka roczna podatku wynosi 1748 zł dla jednego pojazdu. Łączny wydatek z tego tytułu w całym okresie realizacji zamówienia wyniesie więc **1.066.280 zł** (1748 zł x 61 autobusów x 10 lat). Wydatek ten podzielony przez łączną liczbę wozokilometrów (34.600.000 wzkm) daje wartość **0,03 zł na 1 wozokilometr**.

**Dowód:** Uchwała Rady Miasta Jastrzębie-Zdrój nr II.7.2014 z dnia 04.12.2014 r. wraz z załącznikiem

### Koszt zatrzymywania się autobusów na przystankach i dworcach

Odwołujący podaje, że zgodnie z obowiązującymi przepisami gminy na terenie których wykonywany jest przewóz pobierają od przewoźników opłatę za każde zatrzymanie na przystanku lub dworcu. W oparciu o przepis art. 16 ust. 5 pkt 1 Ustawy o publicznym transporcie zbiorowym, stawka za jedno zatrzymanie nie może przekraczać 5 groszy. Uwzględniając liczbę zatrzymań wynikającą z rozkładów jazdy uzyskujemy łączny koszt za cały okres realizacji umowy wynoszący 1.384.000 zł, który w przeliczeniu na 1 wzkm daje **kwotę 0,04 zł na 1 wozokilometr**.

### Koszt części zamiennych i eksploatacyjnych

W postępowaniu odwoławczym KIO 32/14, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła koszt części zamiennych i eksploatacyjnych kwotę **0,25 zł / 1 wzkm**, ustalając to jako średnia wynikająca ze stanowisk prezentowanych przez strony postępowania. Łączny koszt z tego tytułu wynosi **8.650.000 zł**.

**Dowód:** wyrok KIO 32/14

### Koszt mycia autobusów

Zgodnie z załącznikiem nr 6 do projektu umowy, Zamawiający jest uprawniony do nałożenia kary na wykonawcę w przypadku ustalenia, że autobus jest brudny, w wysokości 30 zł za każdy dzień, za każdy pojazd – strona 4 załącznika nr 6 do projektu umowy, pozycja 13 tabeli. W związku z powyższym obowiązkiem wykonawcy jest mycie autobusów, pod rygorem zapłaty powyższej kary.

Zgodnie z ofertą firmy mającej siedzibę w Jastrzębiu-Zdroju koszt mycia 1 autobusu to 55 zł netto.

**Dowód:** oferta UNIWAR Spółki z o.o.

Zakładając, że firmie Warbus Sp. z o.o. udałooby się wynegocjować niższą stawkę nawet 30 zł netto za jeden autobus to łączny koszt dzienny mycia 61 autobusów wyniosłoby 1830 zł. Zakładając, że mycie miałoby miejsce nie codziennie ale 6 dni w tygodniu, czyli 313 dni w roku, w całym okresie realizacji umowy byłoby to **5.727.900 zł**. Wydatek ten podzielony przez łączną liczbę wozokilometrów (34.600.000 wzkm) daje wartość **0,16 zł na 1 wozokilometr**

### Koszt wynagrodzeń mechaników i pracowników administracji

Mając na uwadze, że Warbus Spółka z o.o. wyraziła zamiar przejęcia pracowników PKM Spółki z o.o. dla celów obliczenia kosztów wynagrodzeń tych pracowników można przyjąć wartości ponoszone przez PKM Spółkę z o.o. W postępowaniu odwoławczym KIO 32/14, Krajowa Izba Odwoławcza opierając się na udokumentowanych danych PKM Spółki z o.o. ustaliła koszt wynagrodzeń w przeliczeniu na 1 wozokilometr wynoszący 0,46 zł. Przy ówczesnej ilości wozokilometrów wynoszącej 35.528.000, łączna liczba wydatków na wynagrodzenia w całym okresie realizacji umowy bez zakładania wzrostu wynagrodzeń wyniosła **16.218.680 zł**. Dzieląc tę wartość przez obecną liczbę wozokilometrów (34.600.000 wzkm) otrzymujemy **0,47 zł na 1 wzkm**.

### Koszt dojazdów do miejsc rozpoczęcia trasy linii i powrotów do bazy

Należy uwzględnić również koszt dojazdów autobusów z zajezdni do miejsc rozpoczęcia i zakończenia linii komunikacyjnych, które nie są zawarte w łącznej pracy przewozowej przewidzianej w warunkach przetargu. Można przyjąć minimum dojazdów 5 km w jedną stronę do pierwszego przystanku i 5 km w drugą stronę z ostatniego przystanku. Dla jednego autobusu będzie to 10 km dziennie. Średnio na trasy linii komunikacyjnych wyjeżdża codziennie 55 autobusów, a liczba ta pomnożona przez 10 km daje 550 km dziennie. W ciągu 10 lat realizacji zamówienia będzie to 2.007.500 km. Ustalony wcześniej koszt 1 km wyniósł 1,42 zł (35 l x 4,06 zł za 1litr / 100 km). Łączny koszt paliwa na dojazdy w całym okresie realizacji zamówienia wyniesie więc **2.850.650 zł** a dzieląc go przez liczbę wozokilometrów wynoszącą 34.600.000 wzkm, otrzymamy koszt 1 wzkm wynoszący **0,08 zł**.

### Koszt dzierżawy miejsc parkingowych i hali

Zgodnie z załączoną opinią rzeczoznawcy majątkowego stawka czynszu za dzierżawę/najem gruntów utwardzonych przeznaczonych pod parkingi wynosi od 1 do 3 zł / m<sup>2</sup>. Natomiast stawka za dzierżawę/najem hal magazynowo-produkcyjnych wynosi od 8 do 10 zł / m<sup>2</sup>.

**Dowód:** opinia rzeczoznawcy majątkowego z dnia 30 grudnia 2014 r.

Warbus Spółka z o.o. jako podmiot nie posiadający zaplecza technicznego w Jastrzębiu-Zdroju i okolicy będzie zobligowany do pozyskania miejsc parkingowych i hali w której będą mogły być wykonywane czynności serwisowo-eksploatacyjne. Zgodnie z deklaracjami wyrażonymi w liście do Prezydenta Jastrzębia-Zdroju Spółka ta jest zainteresowana pozyskaniem takiego zaplecza technicznego od PKM Spółki z o.o. Dzięki temu można oszacować koszt wykorzystywania zaplecza technicznego posiadanego przez PKM Spółkę z o.o. Powierzchnia miejsc parkingowych niezbędna dla realizacji zamówienia to 5000 m<sup>2</sup>, natomiast powierzchnia hali zadaszanej to ok. 1000 m<sup>2</sup> Przyjmując średnie wartości stawek czynszu wskazanych w opinii tj. 2 zł/m<sup>2</sup> dla parkingu i 9 zł/m<sup>2</sup> dla hali otrzymujemy miesięczny czynsz wynoszący łącznie 19.000 zł. W całym okresie realizacji zamówienia będzie to wartość **2.280.000 zł**, a podzielona przez liczbę wozokilometrów (34.600.000 wzkm) daje **0,065 zł / 1 wzkm**.

**Dowód:** oferty dzierżawy powierzchni PKM Spółkę z o.o.

Podsumowując należy wskazać, że dla prawidłowej kalkulacji stawki wynagrodzenia za 1 wozokilometr należało wliczyć następujące składniki:

- |   |                                    |
|---|------------------------------------|
| a) inwestycja w tabor   | - 1,20 zł / 1 wzkm - 41.452.500 zł |
| b) koszt paliwa   | - 1,42 zł / 1 wzkm - 49.132.000 zł |
| c) koszt wynagrodzeń kierowców                                  | - 1,68 zł / 1 wzkm - 58.188.000 zł |
| d) koszt ubezpieczenia autobusów                                | - 0,12 zł / 1 wzkm - 4.015.020 zł  |
| e) koszt podatku od środków transportu                          | - 0,03 zł / 1 wzkm - 1.066.280 zł  |
| f) koszt zatrzymywania się autobusów na przystankach i dworcach | - 0,04 zł / 1 wzkm - 1.384.000 zł  |
| g) koszt części zamiennych i eksploatacyjnych                   | - 0,25 zł / 1 wzkm - 8.650.000 zł  |

h) koszt mycia autobusów	- 0,16 zł / 1 wzkm - 5.727.900 zł
i) koszt wynagrodzeń mechaników i administracji	- 0,47 zł / 1 wzkm - 16.218.680 zł
j) koszt dojazdów do miejsc rozpoczęcia i zakończenia linii	- 0,08 zł / 1 wzkm - 2.850.650 zł
k) koszt dzierżawy miejsc parkingowych i hali	- 0,06 zł / 1 wzkm - 2.280.000 zł
<b>Razem:</b>	<b>5,51 zł / 1 wzkm - 190 967 030 zł</b>

Poza powyższymi kosztami wykonawca, który na potrzeby realizacji wyłącznie tego zamówienia wykorzystywałby zajezdnię autobusową **ponosiłby również inne koszty jak koszt energii, pozostałych mediów, utrzymania biur i warsztatu, zakupu pozostałych usług, koszt utrzymania autobusów rezerwowych. W związku jednak z faktem, że już wyżej wskazane składniki kosztowe przewyższyły cenę ofertową wykonania zamówienia, nie ma konieczności określania wpływu tych kosztów na cenę kalkulację ceny ofertowej.**

**Powyższe okoliczności dowodzą niezbicie, iż Warbus Spółka z o.o. zdecydowała się na złożenie oferty wskazując cenę ofertową wynoszącą jednostkowo 5,34 zł / 1 wzkm oraz łącznie 184.764.000 zł netto tj. 199.545.120 zł brutto, która to cena nie pozwala na pokrycie kosztów niezbędnych do poniesienia w celu realizacji usługi. Oznacza to, że Warbus Spółka z o.o. złożyła ofertę zawierającą rażąco niską cenę.**

Należy więc uznać, że powstała przesłanka odrzucenia oferty Warbus Spółki z o.o., wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy, z uwagi na zaoferowanie przez ten podmiot ceny rażąco niskiej.

Potwierdza to stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 18 lutego 2013 r. KIO 240/13: „*Rażąco niska cena to cena nierealistyczna, zaoferowana poniżej kosztów świadczenia usługi, uniemożliwiająca wykonanie przedmiotu zamówienia.*” Dokładnie takie cechy można przypisać zarówno cenie jednostkowej zaoferowanej przez Warbus Spółkę z o.o., jak również cenie łącznej, a to z uwagi na powtarzalność realizacji usług, powtarzalność ponoszonych kosztów w każdym kolejnym miesiącu oraz sposób obliczenia ceny końcowej łącznej, która jest w zasadzie iloczynem ceny jednostkowej i ilości wozokilometrów.

Potwierdza to również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.01.2014 r. KIO 32/14, na który odwołujący powoływał się w treści niniejszego odwołania, zgodnie z którym za rażąco niską cenę należy uznać cenę zawartą w ofercie, która nie pozwala na pokrycie kosztów niezbędnych dla realizacji zamówienia.

Wobec powyższego Zamawiający dopuścił się naruszenia rt. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy nie odrzucając oferty Warbus Spółki z o.o. pomimo tego, że cena oferty jest ceną rażąco niską.

#### 1b.

Natomiast z ostrożności odwołujący podnosi – a to na wypadek braku możliwości wykazania lub braku możliwości oceny przez KIO, w toku niniejszego postępowania odwoławczego, że zaoferowana przez Warbus Spółkę z o.o. cena jest ceną rażąco niską – że Zamawiający zaniechał przeprowadzenia procedury przewidzianej w art. 90 Ustawy, w brzmieniu obowiązującym przed 19.10.2014 r. Przepis ten przewiduje obligatoryjną dla Zamawiającego

czynność polegającą na wezwaniu wykonawcy do udzielenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w sytuacji można nabrać wątpliwości czy zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską.

Na potwierdzenie tego, że Zamawiający powinien był nabrać wątpliwości co do ceny oferenta Warbus Sp. z o.o., należy przytoczyć okoliczności wypływające z treści wyroku KIO 32/14. W treści uzasadnienia tego wyroku Izba dobitnie wskazała Zamawiającemu na obciążający go obowiązek badania czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Przede wszystkim jednak z treści wyroku wynikało, że zaoferowanie ceny jednostkowej na poziomie 5,28 zł / 1 wzkm pozwoliłoby pokryć te koszty, które Izba poddała analizie w tej sprawie, pozostawiając jeszcze nie pokrytymi koszty zajezdni, bazy transportowej, koszty myjni, koszty energii, pozostałych mediów, utrzymania biur, zakupu pozostałych usług, koszt utrzymania autobusów rezerwowych a także nie uwzględniając ryzyka zmiany cen zakupu towarów i usług oraz nie pozostawiając sobie możliwości osiągnięcia zysku. Cena zaoferowana przez Warbus Sp. z o.o. w kontekście ustaleń KIO w ubiegłorocznym postępowaniu odwoławczym, w którym brał udział Zamawiający, a które dotyczyło przetargu o niemal identycznym zakresie rzeczowym, winna wzbudzić u Zamawiającego wątpliwości i skłonić Zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90. Nadto brak wskazania przez Warbus w załączniku do oferty posiadanego taboru spełniającego wymagania, co oznacza, że inwestycja ta dopiero czeka tę Spółkę powinien tym bardziej owe wątpliwości Zamawiającego wzbudzić.

Mając powyższe na uwadze należy uznać, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 90 Ustawy nie zwracając się do Warbus Spółki z o.o. o wyjaśnienia w zakresie opisanym w art. 90 ust. 1 i 2 Ustawy.

2.

Mając na uwadze opisany w punkcie pierwszym stan faktyczny oraz argumentację i dowody przedstawione przez odwołującego należy uznać, bez konieczności powtarzania opisu tego stanu faktycznego oraz argumentacji, że spełniona została również przesłanka odrzucenia oferty Warbus Spółki z o.o., wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy, z uwagi na to, że złożenie przez Warbus Spółkę z o.o. oferty w niniejszym postępowaniu stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

**Zaoferowanie sprzedaży usług poniżej kosztów ich wytworzenia, o czym stanowi art. 15 ust. 1 pkt 1 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jest czynem nieuczciwej konkurencji.**

Zaoferowanie ceny niemożliwej do zaoferowania przez innych oferentów, albowiem byłoby to cena poniżej kosztów wytworzenia usług przewozowych, zostało wprost wymierzone w konkurujących na rynku przedsiębiorców w tym odwołującego, w celu wyeliminowania ich z tego rynku. Skoro bowiem to nie osiągnięcie zysku z realizacji usług stało się celem oferenta, prowadzi to do wniosku, że celem złożenia oferty była chęć wykluczenia z rynku innych przedsiębiorców.

Mówiąc o rynku należy mieć na uwadze rynek usług przewozów autobusowych na liniach komunikacyjnych znajdujących się w zasięgu działania MZK Jastrzębie-Zdrój. Ważne dla oceny tej przesłanki jest również uwzględnienie długiego okresu realizacji zamówienia który wynosi 10 lat. Inaczej niż wówczas gdy przetargi na usługi komunikacyjne były ogłaszane co 3 lata, obecnie utrata możliwości uzyskania zamówienia wywołuje znacznie głębsze skutki

gdy idzie o sytuację finansową niedoszętego wykonawcy. W sytuacji, w której konkurujący wykonawca tego zamówienia pozbawiony zostanie możliwości ubiegania się o zamówienie polegające na obsłudze linii komunikacyjnych w Jastrzębiu-Zdroju w ciągu najbliższych 10 lat, skutkuje to faktycznie eliminacją go z tego rynku. Oczywiście sytuacja taka byłaby dopuszczalna jedynie jeśli wynikałoby to z rywalizacji o pozyskanie zamówienia przeprowadzonej zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, w sytuacji natomiast gdy elementem takiej rywalizacji jest złożenie oferty z ceną poniżej kosztów wytworzenia usługi, mamy do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji.

**Oznacza to, że została spełniona druga z przesłanek wskazanych w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co pozwala na zakwalifikowanie złożenia przez Warbus Spółkę z o.o. oferty w niniejszym postępowaniu jako czynu nieuczciwej konkurencji, co z kolei oznacza spełnienie się przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy, zobowiązującej Zamawiającego do odrzucenia tej oferty.**

Powyższe potwierdza stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej. Wniosek o istnieniu przesłanki do odrzucenia oferty w przypadku zaoferowania ceny poniżej kosztów wytworzenia można wyprowadzić a contrario z tezy wyroku KIO z dnia 23 maja 2013 r. KIO 1101/13, w którym wskazano: „W sytuacji, gdy brak było dostatecznych dowodów dla ustalenia, że przystępujący zaoferował cenę mogącą być uznaną za rażąco niską, jak również aby oferował wykonanie usługi za cenę poniżej kosztów jej wytworzenia, nie znajduje uzasadnienia zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez nieodrzućenie oferty przystępującego, której złożenie miało stanowić czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.” W związku z powyższym należy uznać, że jeśli istnieją dowody na uznanie, iż zaoferowano rażąco niską cenę lub wykonanie usługi poniżej kosztów jej wytworzenia, znajduje uzasadnienie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy.

Nawet gdyby uznać, że zachowanie Warbus Spółki z o.o. nie wypełnia znamion czynu nieuczciwej konkurencji stypizowanego w art. 15 ust. 1 pkt 1 cytowanej ustawy, to złożenie przez tego wykonawcę oferty z pewnością pozostają nadal czynem nieuczciwej konkurencji w oparciu o ogólne przesłanki z art. 3 ust. 1 tej ustawy. Zgodnie z jego treścią czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Należy wskazać, że art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji może być samodzielną podstawą do odrzucenia oferty. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 maja 2013 r. KIO 974/13 Izba wskazała, że „Izba nie podzieliła poglądu odwołującego, że art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie może być samodzielną podstawą do odrzucenia oferty wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Pogląd przeciwny jest konsekwentnie wyrażony w orzecznictwie Izby.”

Mając powyższe na uwadze należy uznać, że Zamawiający dopuścił się naruszenia treści art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy poprzez nieodrzućenie oferty, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji opisany w art. 15 ust. 1 pkt 1 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, względnie w art. 3 ust. 1 tej Ustawy.

### 3.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy Odwołujący podnosi, że Zamawiający nie dopełnił obowiązku wykluczenia wykonawcy

Warbus Sp. z o.o., który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Odwołujący stwierdza bowiem, że zachodzi podejrzenie, iż oświadczenie o dysponowaniu osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, niezbędnymi przy realizacji zamówienia zawiera nieprawdziwe informacje. Zamawiający dokonał zatem wyboru najkorzystniejszej oferty, pomimo że wykonawca nie spełnia warunku dysponowania potencjałem zapewniającym wykonanie zamówienia, bowiem oświadczenie o dysponowaniu odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, stoi w sprzeczności z treścią listu skierowanego przez Warbus sp. z o.o. do Prezydenta Miasta Jastrzębie Zdrój. W liście tym wprost wskazano, iż Spółka nie planuje „przywozić pracowników z Warszawy, tylko chce w 100% zagospodarować tabor i całą załogę PKM Jastrzębie-Zdrój, najlepiej również zaplecze techniczne”. List ten ukazał się na stronach internetowych lokalnego portalu internetowego [www.jasnet.pl](http://jasnet.pl) w dniu 10 grudnia 2014 r., a więc jeszcze przed ogłoszeniem przez Zamawiającego informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty.

**Dowód:** wydruk ze strony internetowej <http://jasnet.pl/?m=wypadzenia&id=34960> wraz z wydrukiem listu opublikowanego na tej stronie

Na tle wspomnianego listu oraz oświadczenia o dysponowaniu taborom, Odwołujący wysnuł wniosek, że Warbus Sp. z o.o. celem spełnienia warunku dysponowania potencjałem osobowym, ale również technicznym będzie musiał posiłkować się potencjałem innego podmiotu, którego nie wykazał.

Zamawiający jest zobowiązany do dokonania wykluczenia bez badania, czy złożenie informacji nieprawdziwych nosi znamiona winy wykonawcy. Złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania nie stanowi błędu w rozumieniu art. 26 ust. 3 P.z.p. (wyrok KIO z 14.4.2011 r., sygn. akt KIO 706/11).

Podkreślić należy, że zgodnie z przyjętym stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych, wyrażonym w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych Nr 1 2010 r. „*Warunki udziału w postępowaniu odnoszą się do właściwości podmiotowej wykonawcy. Od ich spełnienia uzależniony jest udział wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Warunki udziału w postępowaniu mają na celu ograniczenie ryzyka wyboru wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia publicznego lub w stosunku do którego, ze względu na sytuację podmiotową zachodzi prawdopodobieństwo nienależytego wykonania zamówienia. Przez „warunki udziału w postępowaniu” należy zatem rozumieć warunki określone przez ustawodawcę w art. 22 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 P.z.p. odnoszące się do właściwości podmiotowej wykonawcy, których spełnienie jest wymagane od każdego wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod rygorem wykluczenia.*”. Oznacza to, że przez warunki udziału w postępowaniu należy także rozumieć warunki niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia wynikające bezpośrednio z jego właściwości, które musi spełnić wykonawca, aby nie został wykluczony z postępowania. Nie ulega wątpliwości, że dla realizacji autobusowych usług przewozowych obejmujących obszar Międzygminnego Związku Komunikacyjnego z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju w zakresie regularnego przewozu osób na liniach komunikacyjnych, niezbędne jest dysponowanie co najmniej potencjałem osobowym, w postaci odpowiedniej liczby kierowców, posiadających właściwe uprawnienia. Wykonawca w żaden sposób nie wykazał, iż takim potencjałem dysponuje, zgodnie ze złożonym oświadczeniem.

W sytuacji, której wykonawca nie spełnia samodzielnie warunków udziału w postępowaniu powinien udowodnić dysponowanie odpowiednim zasobem podmiotów trzecich, czego nie dopełnienie powoduje, iż podlega on wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p. Treść zobowiązania podmiotu trzeciego powinna określać: kto jest podmiotem przyjmującym zasoby, zakres zobowiązania podmiotu trzeciego, czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz w jaki sposób będzie ono wykonane, w tym jakiego okresu dotyczy.

Wynikająca z treści przytoczonego już listu Spółki Warbus Sp. z o.o. chęć korzystania z potencjału Przedsiębiorstwa Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. nie została na etapie przetargu ujawniona ani poprzedzona rozmowami z władzami tej spółki. Warbus Sp. z o.o. nie wykazała w swojej ofercie, iż będzie dysponował tymi zasobami. Jednocześnie wspomina, iż ma przygotowane zaplecze techniczne i plan pozyskania taboru i pracowników, jednakże źródeł ani sposobu owego pozyskania nie przedstawia.

Należy podkreślić, iż zgodnie z art. 26 ust. 2b P.z.p. Wykonawca, gdy zamierza polegać na potencjale innych podmiotów, w tym na ich zasobach technicznych czy osobach zdolnych do wykonania zamówienia, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Zaniechanie wykluczenia z postępowania i uznania oferty wykonawcy Warbus Sp. z o. o. za odrzuconą, pomimo że nie wykazał od spełniania warunków udziału w postępowaniu, a także przedstawił ofertę podlegającą odrzuceniu, w sytuacji gdy zaniechanie te miały istotny wpływ na wynik postępowania, prowadzi do pozbawienia Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Przesądza to również o nierównym traktowaniu uczestników postępowania, i stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym zamawiający nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt 5 P.z.p., oraz wyłączenie w oparciu o przepisy ustawy, co w przypadku zawarcia umowy z wybranym wykonawcą, stanowić będzie naruszenie art. 7 ust. 3 P.z.p.

#### 4.

Z pewnej ostrożności procesowej na wypadek nie uwzględnienia zarzutu 3 należy wskazać, że powstała co najmniej konieczność wezwania Warbus Spółki z o.o. do złożenia wyjaśnień, a to w związku ze złożeniem przez Warbus Sp. o.o. oświadczenia, że na dzień 1 maja 2015 r. Spółka będzie dysponowała niezbędnym taborem, zamiast przedłożenia wymaganego przez Zamawiającego wykazu taboru.

Odwołujący ma świadomość, że Zamawiający dopuścił możliwość złożenia takiego oświadczenia, odpowiadając na pytanie jednego z wykonawców, jednak Zamawiający uzyskując takie skąpe w treść oświadczenie, powinien wezwać wykonawcę do wyjaśnień, tak aby mógł ocenić złożone przez wykonawcę zobowiązanie. Nie należy zapominać, że Zamawiający umożliwił złożenie zobowiązania do dysponowania taborem na dzień rozpoczęcia realizacji umowy, w miejsce wykazu taboru na podstawie, którego Zamawiający miał ocenić spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli tego rodzaju oświadczenie miałoby zastąpić dokument pozwalający na weryfikację potencjału technicznego, ale też wypełniania warunków przedmiotowych, to musi to być oświadczenie przekonujące w swojej treści. Zamawiający powinien w tej sytuacji uzyskać wyjaśnienia w jaki sposób oferent owo zobowiązanie zamierza wypełnić, uzyskać szczegóły dotyczące pojazdów, ich parametrów itd. Tylko wówczas omawiane oświadczenie będzie mogło zostać przyjęte jako pozwalające na weryfikację czy oferent spełnia wymagania podmiotowe.

Na marginesie należy wskazać, że absolutnie niezasadnym było dopuszczenie możliwości złożenia tego oświadczenia, jako dokumentu mającego umożliwić weryfikację spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nie tylko prowadzi to do nierównego traktowania wykonawców, ale też daje podstawy do ominięcia oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, z uwagi na fakt, że oferent nie musi wykazywać ich spełniania, podczas gdy w normalnej sytuacji, nie spełniając warunków na dzień składania ofert, wykonawca taki musiałby poszukiwać kontrahenta, który udostępni mu swój potencjał na podstawie art. 26 ust. 2b Ustawy.

Ponadto w załączonym do oferty oświadczeniu Warbus Sp. z o.o. o dysponowaniu taborem, wykonawca ten zobowiązał się dysponować taborem na dzień 1 maja 2015 r. Jak wynika z adnotacji „UWAGA” zamieszczonej w rozdziale III pkt 2 po podpunkcie j), wykonawca jest zobowiązany posiadać autobusy już od 1 kwietnia 2015 r., ponieważ Zamawiający wymaga przeprowadzenia procedury oględzin pojazdów począwszy od 1 kwietnia, przed rozpoczęciem realizacji zamówienia. W przypadku wykonawcy Warbus Spółki z o.o. warunek ten nie będzie spełniony, ponieważ będzie dysponował autobusami dopiero w pierwszym dniu realizacji umowy.

Mając powyższe na uwadze Zamawiający powinien był wezwać Warbus Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień odnośnie oświadczenia, w którym Spółka zobowiązała się, że na dzień 1 maja 2015 r. będzie dysponowała niezbędnym taborem. Warbus Sp. z o.o. powinien wyjaśnić w jak sposób zamierza pozyskać tabor, jaki będzie to tabor, jakie będą jego podstawowe parametry, jaka będzie forma dysponowania przez wykonawcę taborem, kiedy ów tabor będzie w posiadaniu wykonawcy.

Zaniechanie tego wezwania stanowi naruszenie treści art. 26 ust. 4 Ustawy, który formułuje przecież obowiązek wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Odwołujący zastrzega sobie prawo powołania dowodów uzasadniających argumentację uzasadnienia odwołania, podczas rozprawy przed KIO.

Załączniki:

1. dowód wpłaty wpisu od odwołania w kwocie 15.000 zł,
2. pełnomocnictwo dla Lidera Konsorcjum,
3. dowód opłaty skarbowej od pełnomocnictwa,
4. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu,
5. wydruk z KRS PKM Spółki z o.o.,
6. wydruk z CEIDG Ireny Matysek,
7. wydruk z CEIDG Stanisława Matyska,
8. wydruk z CEIDG Krzysztofa Pawelca,
9. wydruk z KRS A 21 Sp. z o.o.,
10. wydruk z CEIDG Andrzeja Kłósoka,
11. Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty,
12. Pisma Zamawiającego z dnia 16.10.2014 r., 12.11.2014 r. oraz z 25.11.2014 r.
13. wydruk ze strony internetowej <http://jasnet.pl/?m=wydarzenia&id=34960> wraz z wydrukiem listu opublikowanego na tej stronie

14. wyrok KIO z 24.01.2014 r. sygn. akt KIO 32/14,
15. pismo Zamawiającego z dnia 19 lutego 2014 r.
16. umowa leasingu autobusu MAZ 203 i dowód zakupu wyposażenia do MAZ203
17. wyciąg z archiwum cen hurtowych oleju napędowego Orlen lata 2014 wraz z wyliczeniem ceny średniej,
18. wydruk ze strony internetowej Portal Lubelskiej Komunikacji Miejskiej – spalanie Solaris Urbino 12 – 36,3 litrów /100 km
19. wydruk ze strony internetowej infobus.pl
20. Uchwała Rady Miasta Jastrzębie-Zdrój nr II.7.2014 z dnia 04.12.2014 r. wraz z załącznikiem
21. oferta UNIWAR Spółki z o.o.
22. opinia rzeczoznawcy majątkowego z dnia 30 grudnia 2014 r.
23. oferty dzierżawy powierzchni PKM Spółkę z o.o.

Za Odwołującego:

PREZES ZARZĄDU  
Przedsiębiorstwa Komunikacji Miejskiej  
Sp. z o.o. w Jastrzębie-Zdroju

*mgr inż. Jan Bentkowski*

Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej  
Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością  
ul. Przemysłowa 1  
44-335 Jastrzębie-Zdrój  
tel. 32 476 30 81/8 , fax 32 47 52 640  
REGON 272095490 NIP 633-00-15-657

Otrzymują:

1. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej;
2. Zamawiający – kopia;
3. a.a.