

WYROK

z dnia 3 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Protokolant: Maksym Smorczewski

Małgorzata Matecka

Katarzyna Poprawa

Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2022 r. przez wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Transgór spółka akcyjna z siedzibą w

Mysłowicach, PKS Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świerklańcu, LZ Apolinary L., M. L. spółka jawna z siedzibą w Zendku oraz K. P., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą K. P. Usługi Transportowe w postępowaniu prowadzonym przez Górnośląsko - Zagłębiowska Metropolia - Zarząd Transportu Metropolitalnego z siedzibą w Katowicach przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PKS Tarnobrzeg spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnobrzegu oraz Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Gostyninie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gostyninie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Transgór spółka akcyjna z siedzibą w Mysłowicach, PKS Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świerklańcu, LZ Apolinary L., M. L. spółka jawna z siedzibą w Zendku oraz K. P., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą K. P. Usługi Transportowe i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających

się o udzielenie zamówienia Transgór spółka akcyjna z siedzibą w Mysłowicach,

PKS Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świerklańcu,

LZ Apolinary L., M. L. spółka jawna z siedzibą w Zendku oraz K. P., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą K. P. Usługi Transportowe tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Transgór spółka akcyjna z siedzibą w Mysłowicach, PKS Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świerklańcu, LZ Apolinary L., M. L. spółka jawna z siedzibą w Zendku oraz K. P., prowadzącego działalność

gospodarczą pod nazwą K. P. Usługi Transportowe na rzecz Górnośląsko - Zagłębiowska Metropolia - Zarząd Transportu Metropolitalnego z siedzibą w Katowicach kwotę 3617 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na wynagrodzenia pełnomocnika i innych uzasadnionych wydatków.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 2397/22

## UZASADNIENIE

W dniu 12 września 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Transgór spółka akcyjna z siedzibą w Mysłowicach, PKS Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świerklańcu, LZ Apolinary L., M. L. spółka jawna z siedzibą w Zendku oraz K. P., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą K. P. Usługi Transportowe, (dalej jako „Odwołujący”) - na dokonaną przez zamawiającego - Górnośląsko - Zagłębiowska Metropolia - Zarząd Transportu Metropolitalnego z siedzibą w Katowicach (dalej jako „Zamawiający”) - w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Świadczenie usług autobusowego transportu publicznego na obszarze działania Zarządu Transportu Metropolitalnego Numer referencyjny: OP/27/ZP/25/22” (dalej jako „Postępowanie”), czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, a także na zaniechania dokonania czynności „odrzczenia oferty Konsorcjum Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Gostyninie Spółki z o.o. oraz PKS Tarnobrzeg Spółki z o.o., skierowania wniosku do właściwego podmiotu na podstawie art. 128 ust. 5 PZP, skierowania wezwania o wyjaśnienie wykazu pojazdów na podstawie art. 128 ust. 4 PZP, a z ostrożności unieważnienia postępowania” w zakresie części III postępowania.

Odwołujący zarzucił:

„1. Naruszenie treści art. 226 ust. 2 pkt b PZP w zw. z art. 17 ust. 2 PZP poprzez wybór wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy pomimo istnienia przesłanki odrzucenia oferty Konsorcjum Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Gostyninie Spółki z o.o. oraz PKS Tarnobrzeg Spółki z o.o. oraz poprzez brak odrzucenia oferty Konsorcjum Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Gostyninie Spółki z o.o. oraz PKS Tarnobrzeg Spółki z o.o., chociaż konsorcjum to nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, nie dysponując wszystkimi wymaganymi przez Zamawiającego pojazdami, które opisano jako przedmiot prawa własności członków tego konsorcjum w wykazie pojazdów złożonym Zamawiającemu.

2. Naruszenie treści art. 128 ust. 5 PZP w zw. z art. 16 pkt 2 PZP poprzez brak bezpośredniego zwrócenia się przez Zamawiającego do podmiotu posiadającego informacje istotne dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Gostyninie S. z o.o. oraz PKS Tarnobrzeg Sp. z o.o., tj. informacje możliwe do pozyskania z Centralnej Ewidencji Pojazdów, wskazujące czy podmioty te są właścicielami pojazdów autobusowych wyprodukowanych w 2022 r. w tym 6 pojazdów o długości do 8 m i 12 pojazdów o

długości od 11,5 do 15 m.

względnie

Naruszenie treści art. 128 ust. 4 PZP poprzez brak wezwania Konsorcjum Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Gostyninie S. z o.o. oraz PKS

Tarnobrzeg Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazu pojazdów, prowadzących do uzyskania potwierdzenia dysponowania na zasadzie prawa własności pojazdami wskazanymi w wykazie pojazdów.

3. Naruszenie treści art. 226 ust. 2 pkt b PZP w związku z art. 16 pkt 1 PZP poprzez wybór wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy pomimo istnienia przesłanki odrzucenia oferty Konsorcjum Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Gostyninie Spółki z o.o. oraz PKS Tarnobrzeg Spółki z o.o. oraz poprzez brak odrzucenia oferty Konsorcjum Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Gostyninie Spółki z o.o. oraz PKS Tarnobrzeg Spółki z o.o., chociaż konsorcjum to nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, albowiem co najmniej jeden z członków konsorcjum nie dysponuje doświadczeniem wymaganym w pkt 5.1 ppkt 2 lit c SWZ,

4. z ostrożności procesowej w przypadku nieuwzględnienia powyższych zarzutów, naruszenie treści art. 255 pkt 6 w zw. z art. 259 w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez brak unieważnienia postępowania w cz. III pomimo istnienia nieusuwalnej wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy polegającej na zastosowaniu niejednorodnych, zróżnicowanych warunków udziału w postępowaniu w stosunku do wykonawców składających oferty w różnych częściach postępowania, skutkujących dopuszczeniem do realizacji zamówienia w zakresie cz. III podmioty, które nie legitymują się poziomem doświadczenia wymaganym (z zachowaniem proporcji) w zakresie cz. I i II.”.

Odwołujący wniósł o:

„- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

- nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum

Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Gostyninie S. z o.o. oraz PKS Tarnobrzeg Sp. z o.o. i dokonanie ponownego badania i oceny ofert spośród pozostałych ofert złożonych w postępowaniu

względnie

nakazanie Zamawiającemu pozyskania informacji od podmiotu prowadzącego Centralną Ewidencję Pojazdów, wskazujących czy Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Gostyninie S. z o.o. względnie PKS Tarnobrzeg Sp. z o.o. są właścicielami pojazdów

autobusowych wyprodukowanych w 2022 r., w tym 6 pojazdów o długości do 8 m i 12

pojazdów o długości od 11,5 do 15 m.

względnie

nakazanie Zamawiającemu wezwania Konsorcjum Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Gostyninie S. z o.o. oraz PKS Tarnobrzeg Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu pojazdów poprzez wyjaśnienie i potwierdzenie dysponowania na zasadzie prawa własności pojazdami stanowiącymi przedmiot warunku udziału w postępowaniu,

- z ostrożności procesowej na wypadek braku uwzględnienia zarzutów z pkt od 1 do 3, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania w zakresie cz. III.

- przyznanie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.”.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania oraz o „zasądzenie kosztów postępowania od Odwołującego na rzecz Zamawiającego, w tym kosztów zastępstwa na podstawie przedłożonego rachunku”.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PKS Tarnobrzeg spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnobrzegu oraz Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Gostyninie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gostyninie (dalej jako „Przystępujący”). Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co

następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 3 maja 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 086-234399.

W punkcie 5.1 ppkt 2) Specyfikacji Warunków Zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ”) Zamawiający określił warunek udziału w Postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w następujący sposób „o udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert należycie wykonał lub wykonuje usługi przewozów regularnych zgodnie z ustawą o transporcie drogowym: a) dla części I: o łącznej pracy eksploatacyjnej nie mniejszej niż 4 100 000 [wozokm], w tym okresie, b) dla części II: o łącznej pracy eksploatacyjnej nie mniejszej niż 1 800 000 [wozokm], w tym okresie, c) dla części III: o łącznej pracy eksploatacyjnej nie mniejszej niż 5 900 000 [wozokm], w tym okresie”.

W punkcie 5.1 ppkt 3) SWZ określono, że „o udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który „dysponuje pojazdami z homologacją spełniającymi wymagania określone w przepisach: Regulaminie nr 107 Europejskiej Komisji Gospodarczej Organizacji Narodów Zjednoczonych (EKG ONZ) - Jednolite przepisy dotyczące homologacji pojazdów kategorii M2 i M3 w zakresie ich budowy ogólnej, ustawie z dnia 20 czerwca 1997 r. - Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. z 2021 r. poz. 450, z późn. zm.) i przepisach wykonawczych do niej dla autobusów miejskiej regularnej komunikacji publicznej, w tym wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz. U. z 2016 r. poz. 2022, z późn. zm.) oraz następujące wymagania dodatkowe (...) 3.3) część III, Segment „Wschód C, Południe B”: (...) b) sześć pojazdów typu MN oraz dwanaście pojazdów typu BN, c) każdy pojazd o długości: - MN - do 8000 mm, - BN - 11500 -15000 mm (...)”.

W punkcie 5.5 SWZ określono, że „w sytuacji składania oferty przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz analogicznie w sytuacji, gdy Wykonawca będzie polegał na zasobach innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp, warunek o którym mowa w pkt 5.1 ppkt 2 lit. a) albo b) SWZ, ma być spełniony w całości przez co najmniej jednego z Wykonawców wspólnie składającego ofertę lub podmiot, na zasobach którego Wykonawca polega i który zrealizuje usługi, do których realizacji te zdolności są wymagane”.

W punkcie 5.9 SWZ Zamawiający określił, że „jeżeli Wykonawcy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia, powinni łącznie spełniać warunki, o których mowa w pkt 5.1 ppkt 3 oraz pkt 5.1 ppkt 3.1) albo 3.2) albo 3.3)”.

W punkcie 6.2 SWZ określono, że „Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający najpierw dokona badania i oceny ofert, a następnie dokona kwalifikacji podmiotowej Wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona (najwyższej ocenionej), w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający zażąda oświadczenia, o którym mowa w pkt 6.1, od Wykonawcy, którego oferta zostanie najwyższej oceniona. Oświadczenie, w formie elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, Wykonawca przesyła na standardowym formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ), zwanego dalej „jednolitym dokumentem”.”, zaś w punkcie 6 ppkt 6.5 lit. c), iż „w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 5.1 ppkt 1 - 3 SWZ, Wykonawca ogranicza się jedynie do wypełnienia sekcji a (alfa) w części IV jednolitego dokumentu i nie wypełnia żadnej z pozostałych sekcji w części IV jednolitego dokumentu”.

W punkcie 7.3 SWZ określono, że „Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyższej oceniona w danej części zamówienia, do złożenia w wyznaczonym

terminie, nie krótszym niż 10 dni od dnia wezwania, aktualnych na dzień złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych potwierdzających: 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu: (...) b) wykaz usług (zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 3 do SWZ), o których mowa w pkt 5.1 ppkt 2 lit. a) do c) SWZ, wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane lub są wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy. W przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, c) wykaz pojazdów, o których mowa w pkt 5.1 ppkt 3 oraz pkt 5.1 ppkt 3.1) do 3.3) SWZ, dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia (zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 4a - 4c do SWZ) wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi pojazdami”.

Pismem datowanym na 29 lipca 2022 roku Zamawiający wezwał Przystępującego do „złożenia oświadczeń stanowiących dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu (JEDZ) - pkt 6.1 SWZ” oraz „do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w pkt 7.3 SWZ”.

W dniu 8 sierpnia 2022 roku Przystępujący złożył oświadczenia PKS Tarnobrzeg spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnobrzegu oraz Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Gostyninie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gostyninie o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu na formularzach jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, w których w części IV w sekcji a Ogólne oświadczenie dotyczące wszystkich kryteriów kwalifikacji zawarte były oświadczenia, że w odniesieniu do kryteriów kwalifikacji wykonawca spełnia wszystkie wymagane kryteria kwalifikacji.

W dniu 9 sierpnia 2022 roku Przystępujący złożył „Wykaz pojazdów, o których mowa w pkt 5.1 ppkt 3 oraz pkt 5.1 ppkt 3.1) do 3.3) SWZ, dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia” (dalej jako „Wykaz”), sporządzony zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 4c do SWZ, w którym zawarte zostały informacje dotyczące 18 pojazdów. W przedmiotowym wykazie w zakresie wszystkich 18 pojazdów w wierszu „Informacja o podstawie dysponowania autobusem” wpisano „Własność”.

W dniu 10 sierpnia 2022 roku Przystępujący złożył:

- 1) „Wykaz usług, o których mowa w pkt 5.1 ppkt 2 lit. a) do c) SWZ, wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert”, sporządzony przez Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Gostyninie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gostyninie zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 3 do SWZ, wypełniony w zakresie części III zamówienia, w którym suma wartości w kolumnie „Wozokilometry w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert” wynosiła 5.328.277,21,
- 2) „Wykaz usług, o których mowa w pkt 5.1 ppkt 2 lit. a) do c) SWZ, wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert”, sporządzony przez PKS Tarnobrzeg spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnobrzegu zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 3 do SWZ, wypełniony w zakresie części III zamówienia, w którym suma wartości w kolumnie „Wozokilometry w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert” wynosiła 3.083.018,45.

Suma obu ww. sum wartości w kolumnie „Wozokilometry w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert” wynosiła 8.411.295,66.

W dniu 1 września 2022 roku Zamawiający dokonał wyboru oferty Przystępującego

w Postępowaniu w części III, wskazując w uzasadnieniu tej czynności, że złożył on „oferę, która nie podlegała odrzuceniu i została najwyżej oceniona w części III postępowania” oraz że złożył „w terminie, prawidłowe oświadczenia stanowiące dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu (JEDZ), a także wszystkie podmiotowe środki dowodowe wymagane specyfikacją warunków zamówienia (SWZ)”.

Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Gostyninie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gostyninie oraz PKS Tarnobrzeg spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnobrzegu zawarli przed 9 sierpnia 2022 roku zawarli umowy sprzedaży pojazdów wymienionych w Wykazie, a pojazdy te nie zostały

zarejestrowane.

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach zawartych w dokumentacji Postępowania, twierdzeniach Przystępującego w zakresie zawarcia umów sprzedaży pojazdów wymienionych w Wykazie, którym strony postępowania odwoławczego nie zaprzeczyły, oraz twierdzeniu Zamawiającego, iż pojazdy te nie zostały zarejestrowane, których Odwołujący nie kwestionował, wobec czego Izba uznała je za przyznane zgodnie z art. 533 ust. 2 Pzp.

Izba oddaliła wnioski o dopuszczenie dowodu z informacji z Centralnej Ewidencji Pojazdów ze względu na to, że dowód ten nie miałby znaczenia dla ustalenia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy.

Mając na uwadze zarzuty przedstawione w odwołaniu stwierdzić należy, iż twierdzenie, że Przystępujący nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu określonego w punkcie 5.1 ppkt 3) SWZ Odwołujący wywodził z tego, że Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Gostyninie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gostyninie ani PKS Tarnobrzeg spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnobrzegu nie dysponuje pojazdami wymienionymi w Wykazie, gdyż nie jest ich właścicielem. Przeprowadzenie dowodu z przedmiotowej informacji miało służyć wykazaniu, że ww. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, nie są właścicielami tych pojazdów. W świetle treści punktu 5.1 ppkt 3) SWZ, w którym określono, iż o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który dysponuje określonymi pojazdami (które wykonawca zobowiązany był wymienić w wykazie pojazdów sporządzonym zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 4c do SWZ), należało uznać, że określonym w tym postanowieniu warunkiem udziału w Postępowaniu nie było bycie właścicielem pojazdów wymienionych w przedmiotowym wykazie. Warunkiem tym było dysponowanie tymi pojazdami, a pojazdem można dysponować nie tylko będąc jego właścicielem. Wykonawca może zatem spełniać ww. warunek nie będąc właścicielem pojazdów wymienionych w wykazie pojazdów sporządzonym zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 4c do SWZ, a w konsekwencji ustalenie, że Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Gostyninie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gostyninie ani PKS Tarnobrzeg spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnobrzegu nie są właścicielami pojazdów wymienionych w Wykazie nie mogłoby prowadzić do uznania, że Przystępujący nie spełnia ww. warunku udziału w Postępowaniu.

Ponadto Izba wskazuje, że zgodnie z art. 80a ust. 2 ustawy Prawo o ruchu drogowym z dnia 20 czerwca 1997 r. w centralnej ewidencji pojazdów gromadzi się dane o właścicielach pojazdów zarejestrowanych na podstawie art. 73 albo art. 74 tej ustawy oraz o właścicielach pojazdów, w stosunku do których wydano ostateczną decyzję uchylającą decyzję wydaną na podstawie art. 73 albo art. 74 tej ustawy albo decyzję o stwierdzeniu nieważności decyzji wydanej na podstawie art. 73 albo art. 74 tej ustawy, albo wydano decyzję odmowną na podstawie art. 74 tej ustawy, albo decyzję umarzającą postępowanie po wydaniu decyzji w trybie art. 74 tej ustawy. Wobec powyższego oraz twierdzenia Zamawiającego, któremu Odwołujący nie zaprzeczał, iż pojazdy wymienione w Wykazie nie zostały zarejestrowane, brak w tej ewidencji informacji, że właścicielem każdego z tych pojazdów jest Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Gostyninie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gostyninie albo PKS Tarnobrzeg spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnobrzegu nie stanowiłaby dowodu, że żadnemu z tych podmiotów nie przysługuje prawo własności tychże pojazdów.

W konsekwencji nie było podstaw do kierowania „wniosku o pozyskanie informacji

z Centralnej Ewidencji Pojazdów” przez Izbę, Prezesa Izby, czy przez „Prezesa Izby za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych”.

Wniosek o dopuszczenie dowodu z przesłuchania świadków Radosława Marka i Edwarda Bujaka Izba oddaliła mając na uwadze, że zgodnie z art. 540 ust. 2 pkt 3) Pzp świadkami nie mogą być przedstawiciele ustawowi stron lub uczestników postępowania oraz osoby, które mogą być przesłuchane w charakterze strony lub uczestnika postępowania, jako organy osoby prawnej lub innej organizacji mającej legitymację do wniesienia odwołania. Obie ww. osoby są członkami zarządów Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Gostyninie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gostyninie i PKS Tarnobrzeg spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnobrzegu, a tym samym są osobami, które mogą być przesłuchane w charakterze strony lub uczestnika postępowania, jako organy osoby prawnej.

Oddalić należało także wniosek o dopuszczenie dowodu z przesłuchania stron i ograniczenia go do Przystępującego, zważywszy, że Przystępujący jest uczestnikiem postępowania odwoławczego, a nie jego stroną (zgodnie z art. 525 ust. 3 Pzp, por. również art. 525 ust. 4 Pzp), wobec czego nie może być on przesłuchiwany jako strona.

Izba oddaliła wniosek o zobowiązanie Przystępującego do przedstawienia dokumentów, tj. dowodów rejestracyjnych pojazdów lub innych dokumentów, w tym kopii umów sprzedaży autobusów, ze względu na to, że przedstawienie przedmiotowych dokumentów nie miałyby znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania. Jak wskazano powyżej, ustalenie, że Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Gostyninie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gostyninie ani PKS Tarnobrzeg spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnobrzegu nie są właścicielami pojazdów wymienionych w Wykazie nie mogłoby prowadzić do uznania, że Przystępujący nie spełnia ww. warunku udziału w Postępowaniu.

Izba pominęła, gdyż nie miały one znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania, następujące dokumenty:

- 1) załączone do odwołania - „wydruki z bazy phototrans.pl dla Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Gostyninie Sp. z o.o.”, „wydruki z bazy phototrans.pl dla PKS Tarnobrzeg Sp. z o.o.”, „wydruki z bazy danych <https://BezpiecznyAutobus.gov.pl>”, „Wniosek do CEP”, „Wniosek do Powiatu Gostynińskiego”, „Sprawozdanie z działalności Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Gostyninie Sp. z o.o. - wyciąg”, „Korespondencja w sprawie OP/14/ZP/11/21, cz. II”,
- 2) załączone do odpowiedzi na odwołanie - „regulamin pochodzący ze strony phototrans.pl”,
- 3) złożone w postępowaniu odwoławczym - „oświadczenia Kłosok Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k.”, „oświadczenia N. Transport B. N.”, „oświadczenia Powiatu Gostynińskiego” oraz „przygotowany przez Przystępującego załącznik nr 13 do Umowy - wykaz pojazdów przeznaczonych do obsługi obszaru o nazwie segment „Wschód C, Południe B”.

Dokumenty „wydruki z bazy phototrans.pl dla Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Gostyninie Sp. z o.o.” oraz „wydruki z bazy phototrans.pl dla PKS Tarnobrzeg Sp. z o.o.” w ocenie Izby mogą stanowić wyłącznie dowód tego, jaka była treść strony internetowej phototrans.pl (jej podstron) w określonym dniu, w związku z czym nie można na jej podstawie czynić ponad wszelką wątpliwość ustaleń dotyczących przysługiwania Przedsiębiorstwu Komunikacji Samochodowej w Gostyninie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gostyninie bądź PKS Tarnobrzeg spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnobrzegu prawa własności pojazdów wymienionych w Wykazie.

Z tych samych powodów pominąć należało dokument „regulamin pochodzący ze strony phototrans.pl” (w zakresie w jakim Zamawiający przedstawił jego tłumaczenie na język polski), który również stanowił wydruk ze strony internetowej phototrans.pl. W zakresie, w jakim nie przedstawiono tłumaczenia tego dokumentu, w świetle art. 506 ust. 2 Pzp należało uznać, że nie został on w ogóle przedstawiony w postępowaniu odwoławczym.

Dopuszczenie dowodu z dokumentów „oświadczenia Kłosok Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k.” i „oświadczenia N. Transport B. N.” mogło wyłącznie mieć na celu wykazanie aktualności danych w zakresie dotyczącym podmiotów, które te oświadczenia złożyły, czyli innych niż Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Gostyninie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gostyninie oraz PKS Tarnobrzeg spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnobrzegu.

Dokonaniu ustaleń dotyczących przysługiwania ww. wykonawcom prawa własności pojazdów wymienionych w Wykazie nie mogą również służyć „wydruki z bazy danych <https://BezpiecznyAutobus.gov.pl>”. Nie ulega wątpliwości, że w wydrukach tych nie są podane dane właściciela pojazdu, jak również, że baza ta zawiera wyłącznie informacje o pojazdach zarejestrowanych. W konsekwencji, brak w tej bazie informacji, że Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Gostyninie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gostyninie albo PKS Tarnobrzeg spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnobrzegu przysuguje prawo własności określonego pojazdu nie stanowiłyby dowodu, że rzeczywiście żadnemu z tych podmiotów nie przysuguje prawo własności tego pojazdu.

Dokument „Wniosek do CEP” mógł służyć wyłącznie wykazaniu, że Odwołujący zwrócił się o udzielenie informacji z centralnej ewidencji pojazdów. Nie jest to okoliczność mająca znaczenie dla rozstrzygnięcia odwołania.

Podobnie rzecz się ma w przypadku dokumentów „Wniosek do Powiatu Gostynińskiego”, „Sprawozdanie z działalności Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Gostyninie Sp. z o.o. - wyciąg”, „Korespondencja w sprawie OP/14/ZP/11/21, cz. II)”, które miały na celu wykazanie, że Odwołujący „zwrócił się również do Powiatu Gostynińskiego o udostępnienie danych na zasadzie dostępu do informacji publicznej” oraz iż Powiat Gostyniński jest współnikiem Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Gostyninie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gostyninie. Biorąc ponadto pod uwagę treść „oświadczenia Powiatu Gostynińskiego” dokumenty te mogły stanowić podstawy ustaleń dotyczących przysługiwania ww. wykonawcom prawa własności pojazdów wymienionych w Wykazie.

Dokument „Korespondencja w sprawie OP/14/ZP/11/21, cz. II)” mógł służyć wyłącznie ustaleniu, jaka była treść korespondencji pomiędzy Zamawiającym a Przedsiębiorstwem Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim dotyczącym wykonywania określonej umowy, co nie ma żadnego znaczenia dla ustalenia, czy Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Gostyninie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gostyninie lub PKS Tarnobrzeg spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnobrzegu jest właścicielem ww. pojazdów.

Dokument „przygotowany przez Przystępującego załącznik nr 13 do Umowy - wykaz pojazdów przeznaczonych do obsługi obszaru o nazwie segment „Wschód C, Południe B” miał służyć wykazaniu, że pojazdy wymienione w Wykazie nie są zarejestrowane, co nie było okolicznością sporną.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej w świetle art. 505 ust. 1 Pzp oraz że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, określonych w art. 528 Pzp, w szczególności że odwołanie nie zostało wniesione po upływie terminu określonego w Pzp.

Po zapoznaniu się z argumentacją Stron, wyrażoną w pismach wniesionych w postępowaniu odwoławczym oraz przedstawionymi w trakcie rozprawy w dniu 30 września 2022 roku, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu naruszenia „art. 226 ust. 2 pkt b Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp”

należało przyjąć, że w odwołaniu przedstawiono zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Pzp w związku z art. 17 pkt 1) Pzp, biorąc pod uwagę, że w Pzp nie ma przepisu art. 226 ust. 2 pkt b Pzp, którego naruszenie zarzucono w odwołaniu, wskazane przez Odwołującego okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania w odniesieniu do wyboru oferty Przystępującego jako złożonej przez wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, oraz zaniechania odrzucenia tej oferty, jak również, iż Izba nie jest związana wskazaniem przepisu, którego naruszenie jest zarzucane. Zarzut ten nie był uzasadniony.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Pzp „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu”. Art. 17 ust. 2 Pzp stanowi zaś, że „zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy”.

Odwołujący wskazywał, że przepisy te zostały naruszone poprzez wybór oferty Przystępującego pomimo istnienia przesłanki odrzucenia tej oferty oraz poprzez brak odrzucenia oferty Przystępującego pomimo że nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie dysponuje „wszystkimi wymaganymi przez Zamawiającego pojazdami, które opisano jako przedmiot prawa własności” Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Gostyninie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gostyninie i PKS Tarnobrzeg spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnobrzegu w Wykazie. Stanowisko to jest nietrafne.

Jak wskazano powyżej, Odwołujący wywodził, że Przystępujący nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu określonego w punkcie 5.1 ppkt 3) SWZ z tego, że Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Gostyninie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gostyninie ani PKS Tarnobrzeg spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnobrzegu nie jest właścicielem pojazdów wymienionych w Wykazie. Z treści punktu 5.1 ppkt 3) SWZ wynika, że określonym w tym postanowieniu warunkiem udziału w Postępowaniu nie było bycie właścicielem pojazdów wymienionych w przedmiotowym wykazie, lecz dysponowanie tymi pojazdami. Pojęcie „dysponowania” jest szersze niż pojęcie „bycia właścicielem” - pojazdem można dysponować nie tylko będąc jego właścicielem, ale również na przykład jako najemca (na podstawie umowy najmu) czy leasingobiorca (na podstawie umowy leasingu). Wykonawca może zatem spełniać ww. warunek udziału w Postępowaniu nie będąc właścicielem pojazdów wymienionych w wykazie pojazdów sporządzonym zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 4c do SWZ. Przedstawiane przez Odwołującego w odwołaniu oraz postępowaniu odwoławczym rozumowanie, że jeżeli Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Gostyninie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gostyninie ani PKS Tarnobrzeg spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnobrzegu nie są właścicielami pojazdów wymienionych w Wykazie, to Przystępujący nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu określonego w punkcie 5.1 ppkt 3) SWZ, nie znajdowało więc uzasadnienia w treści tego postanowienia, wobec czego nie można go było uznać za trafne.

Odwołujący ograniczył się do wskazywania dowodów dla stwierdzenia, że Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Gostyninie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gostyninie ani PKS Tarnobrzeg spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnobrzegu nie jest właścicielem pojazdów wymienionych w Wykazie, nie podejmując nawet próby wykazania okoliczności istotnej w świetle ww. warunku udziału w Postępowaniu - że wykonawcy ci nie dysponują tymi pojazdami.

Mając ponadto na uwadze, że Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Gostyninie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gostyninie oraz PKS Tarnobrzeg spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnobrzegu zawarły przed 9 sierpnia 2022 roku zawarli umowy sprzedaży pojazdów wymienionych w Wykazie (które nie zostały zarejestrowane), w tym stanie rzeczy Izba nie miała jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że Przystępujący nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu określonego w punkcie 5.1 ppkt 3) SWZ, a w konsekwencji, że Zamawiający zobowiązany był odrzucić jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Pzp oraz że Zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp, czym naruszył art. 17 ust. 2 Pzp.

Nieuzasadniony był także zarzut naruszenia art. 128 ust. 5 Pzp w związku z art. 16

pkt 2) Pzp.

Zgodnie z art. 128 ust. 5 Pzp, „jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów”. Stosownie zaś do art. 16 pkt 2) Pzp, „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób przejrzysty”.

Jak wskazano powyżej:

1) zgodnie z art. 80a ust. 2 ustawy Prawo o ruchu drogowym z dnia 20 czerwca 1997 r.

w centralnej ewidencji pojazdów gromadzi się dane o właścicielach pojazdów zarejestrowanych na podstawie art. 73 albo art. 74 tej ustawy oraz o właścicielach pojazdów, w stosunku do których wydano ostateczną decyzję uchylającą decyzję wydaną na podstawie art. 73 albo art. 74 tej ustawy albo decyzję o stwierdzeniu nieważności decyzji wydanej na podstawie art. 73 albo art. 74 tej ustawy, albo wydano decyzję odmowną na podstawie art. 74 tej ustawy, albo decyzję umarzającą postępowanie po wydaniu decyzji w trybie art. 74 tej ustawy,

2) ustalenie, że Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Gostyninie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gostyninie ani PKS Tarnobrzeg spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnobrzegu nie są właścicielami pojazdów wymienionych w Wykazie nie mogłoby prowadzić do uznania, że Przystępujący nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu określonego w punkcie 5.1

ppkt 3) SWZ

W konsekwencji pozyskanie z centralnej ewidencji pojazdów informacji wskazujących, czy ww. wykonawcy są właścicielami „pojazdów autobusowych wyprodukowanych w 2022 r. w tym 6 pojazdów o długości do 8 m i 12 pojazdów o długości od 11,5 do 15 m” nie stanowiłoby dowodu, że żadnemu z tych podmiotów nie przysługuje prawo własności pojazdów wymienionych w Wykazie, a tym bardziej, że Przystępujący nie spełnia ww. warunku udziału w Postępowaniu. Nie były one zatem informacjami istotnymi dla oceny spełnienia przez Przystępującego tego warunku. W świetle treści art. 128 ust. 5 Pzp należy wskazać, że skorzystanie z uprawnienia określonego w tym przepisie jest dopuszczalne wtedy, gdy informacje, który posiada dany podmiot, są istotne dla oceny spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie był więc uprawniony ani zobowiązany do pozyskania z centralnej ewidencji pojazdów przedmiotowych informacji, wobec czego nie naruszył tego przepisu.

W zakresie w jakim ww. zarzut dotyczy art. 16 pkt 2) Pzp stwierdzić należy, że „zarzut tworzą okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przepisów ustawy w związku z dokonaną czynnością lub zaniechaniem czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy” (tak w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2022 r., wydanego w postępowaniu o sygn. KIO 124/22). W odwołaniu nie wskazano, w jaki sposób w zakresie zaniechania czynności odrzucenia oferty Przystępującego czy wyboru tej oferty Zamawiający przeprowadził Postępowanie w sposób nieprzejrzysty. W tym stanie rzeczy nie było jakichkolwiek podstaw do uznania, że przepis ten został naruszony przez Zamawiającego.

Zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 Pzp nie był uzasadniony. Zgodnie z tym przepisem, „Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu”.

Należy stwierdzić, że - jak wskazała Izba w wyroku z dnia 23 listopada 2021 roku, wydanym w postępowaniu sygn. KIO 3229/21, „procedura wskazana w art. 128 ust. 4 Pzp dotyczy sytuacji, w której zamawiający nie jest pewien, jak rozumieć treść oświadczeń lub dokumentów złożonych przez wykonawcę (.) zamawiający powinni korzystać z procedury wyjaśnień zawsze, gdy mają jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oświadczeń lub dokumentów”. W ocenie Izby w sytuacji, gdy Przystępujący w toku Postępowania złożył:

- oświadczenia PKS Tarnobrzeg spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnobrzegu oraz Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Gostyninie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gostyninie o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu na formularzach jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, w których w części IV w sekcji a Ogólne oświadczenie dotyczące wszystkich kryteriów kwalifikacji zawarte były oświadczenia, że w odniesieniu do kryteriów kwalifikacji wykonawca spełnia wszystkie wymagane kryteria kwalifikacji, oraz
- Wykaz, w którym w zakresie wszystkich wymienionych w nim 18 pojazdów w wierszu „Informacja o podstawie dysponowania autobusem” wpisano „Własność”,

nie sposób uznać, że mogły istnieć wątpliwości co do tego, jak należy rozumieć treść oświadczeń i dokumentów złożonych przez Przystępującego dotyczących spełniania warunku udziału w Postępowaniu określonego w punkcie 5.1 ppkt 3) SWZ (dysponowania pojazdami wymienionymi w Wykazie). W konsekwencji Zamawiający nie był zobowiązany do żądania od Przystępującego wyjaśnień w zakresie Wykazu, wobec czego nie naruszył art. 128 ust. 4 Pzp.

W zakresie zarzutu naruszenia „art. 226 ust. 2 pkt b PZP w związku z art. 16 pkt 1

PZP” należało przyjąć, że w odwołaniu przedstawiono zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Pzp w związku z art. 16 pkt 1) Pzp, biorąc pod uwagę, że w Pzp nie ma przepisu art. 226 ust. 2 pkt b Pzp, którego naruszenie zarzucono odwołaniu, wskazane przez Odwołującego okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania w odniesieniu do zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako złożonej przez wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, jak również, iż Izba nie jest związana wskazaniem przepisu, którego naruszenie jest zarzucane. Zarzut ten nie był uzasadniony.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Pzp „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu”. Art. 16 pkt 1) Pzp stanowi zaś, że „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców”.

Zdaniem Izby w świetle treści pkt 5.5 SWZ nie może ulegać wątpliwości, że w przypadku, gdy o udzielenie zamówienia w zakresie części IIII zamówienia wykonawcy ubiegają się wspólnie, warunek o którym mowa w pkt 5.1 ppkt 2 lit. c) SWZ nie musi być spełniony w całości przez co najmniej jednego z tych wykonawców.

Stosownie do art. 117 ust. 1 Pzp, „zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne”. Wobec treści tego przepisu stwierdzić należy, że określenie szczególnego sposobu spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunku udziału w postępowaniu jest dozwolone jedynie w określonych przypadkach, i stanowi wyraz zastosowania wyjątku od zasady, iż wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia należy traktować (łącznie) jako jednego wykonawcę, wynikającej z art. 58 ust. 5 Pzp, stosownie do którego „przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia”. W konsekwencji należy uznać, że wykonawcy tacy mogą łącznie wykazywać spełnianie każdego warunku udziału w postępowaniu, chyba że zamawiający w dokumentach zamówienia określił szczególny sposób spełniania danego warunku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Określenie tego, zważywszy na zasadę przejrzystości wyrażoną w art. 16 pkt 2) Pzp (stosownie do którego „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób przejrzysty”), musi być wyraźne i jednoznaczne.

Skoro zatem w pkt 5.5 SWZ określono, że „spełniony w całości przez co najmniej jednego z Wykonawców wspólnie składającego ofertę” ma być „warunek o którym mowa w pkt 5.1 ppkt 2 lit. a) albo b) SWZ”, wywodzenie ze stanowiska wyrażonego w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 września 2020 r., wydanego w postępowaniu sygn. KIO 2005/20, iż Przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.1 ppkt 2 lit. c) SWZ, gdyż „w przypadku wymagania określonej ilości jednego rodzaju powtarzalnych usług, dla ustalenia zdolności do należytej realizacji zamówienia, jeden członek konsorcjum powinien wykazać doświadczenie w ich realizacji w

całości" nie zasługuje na aprobatę.

O ile rzeczywiście, jak podnosi Odwołujący, art. 16 pkt 1) Pzp nakazuje „takie prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia, które będzie realizowało zasadę równego traktowania wykonawców”, to nie sposób uznać za trafne jego stanowiska, że „nie jest do pogodzenia z tą zasadą takie działanie Zamawiającego w ramach jednego postępowania, w którym w odniesieniu do części I zamówienia wymaga od wykonawców występujących wspólnie aby co najmniej jeden z wykonawców spełniał w całości warunek doświadczenia, a w odniesieniu do cz. III dopuszczając takich wykonawców występujących wspólnie, z których żaden samodzielnie nie spełnia warunku doświadczenia”. Należy stwierdzić, jak zasadnie wskazywał Zamawiający w czasie rozprawy, iż każda część zamówienia jest w istocie odrębnym postępowaniem o udzielenie zamówienia, w związku z czym zamawiający nie jest zobowiązany zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców do identycznego oceniania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, którzy złożyli oferty w zakresie różnych części zamówienia, w których odmiennie określony jest sposób spełniania danego warunku udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący nie kwestionował, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia PKS Tarnobrzeg spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnobrzegu oraz Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Gostyninie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gostyninie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert należycie wykonali (łącznie ujmując) usługi przewozów regularnych zgodnie z ustawą o transporcie drogowym o łącznej pracy eksploatacyjnej wynoszącej 8.411.295,66 wozokm, a zatem nie było podstaw do przyjęcia, że Przystępujący nie spełniał warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.1 ppkt 2 lit. c) SWZ, a w konsekwencji, iż Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Pzp. Nie czyniąc tego, Zamawiający nie naruszył więc art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Pzp w związku z art. 16 pkt 1) Pzp.

Nieuzasadniony był także zarzut naruszenia art. 255 pkt 6 Pzp w związku z art. 259 Pzp w związku z art. 16 pkt 1) Pzp.

Zgodnie z art. 255 pkt 6) Pzp, „zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”. Art. 259 Pzp stanowi zaś, że „jeżeli zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, do unieważnienia w części postępowania o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy art. 255-258”.

Jak wskazano powyżej, z treści pkt 5.5 SWZ wynika, że warunek o którym mowa w pkt 5.1 ppkt 2 lit. c) SWZ nie musi być spełniony w całości przez co najmniej jednego z wykonawców wspólnie składającego ofertę. Tym samym sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunku w zakresie doświadczenia został określony odmiennie w zakresie części I i części II zamówienia, a odmiennie w zakresie części III zamówienia. Brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, że jest to niedopuszczalne, a w konsekwencji - że w Postępowaniu wystąpiła wada postępowania w rozumieniu art. 255 ust. 6 Pzp, polegająca na „zastosowaniu niejednorodnych, zróżnicowanych warunków udziału w postępowaniu w stosunku do wykonawców składających oferty w różnych częściach postępowania”, jak wywodził Odwołujący.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 2), § 5 pkt 1) i 2) oraz § 8 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego”, stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw

ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 1 pkt 2) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 15.000 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1) i 2) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (.) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: a) koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę (.) d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego”. § 8 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia stanowi, że „w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego”.

Zamawiający na posiedzeniu niejawnym i rozprawie był reprezentowany przez radcę prawnego. Jak wynika ze złożonej na rozprawie faktury, koszty Zamawiającego w zakresie wynagrodzenia tego radcy prawnego wyniosły 3.600 złotych.

Stosownie do § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości uiszczony przez Odwołującego, tj. 15.000 złotych. Zgodnie § 5 pkt 2) ww. rozporządzenia, do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego zaliczono także wynagrodzenie radcy prawnego reprezentującego Zamawiającego w kwocie 3.600 złotych. Ponadto do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego należało zaliczyć kwotę, którą jak wynika z wydruku potwierdzenia przelewu załączonego do odwołania uiszczoną przez Zamawiającego, uiszczył on tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa złożonego przez tego radcę prawnego, a która w ocenie Izby stanowi inny uzasadniony wydatek Zamawiającego w rozumieniu § 5 pkt 2 pkt d) ww. rozporządzenia - to jest kwotę 17 złotych.

Wobec oddalenia odwołania zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia koszty postępowania ponosi Odwołujący, a Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.617 złotych, stanowiącą sumę wysokości ww. wynagrodzenia i wydatku.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: .....