

WYROK

Warszawa, dnia 28 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Protokolant: Patrik Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 października 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 października 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.S. Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe POLKAR z siedzibą

w Krakowie i wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacji K.S. z siedzibą w Tarnobrzegu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Tarnobrzeg,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy PKS Tarnobrzeg Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnobrzegu

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.S. Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe POLKAR z siedzibą w Krakowie i wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacji K.S. z siedzibą

w Tarnobrzegu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i kwotę 261 zł 95 gr (dwieście sześćdziesiąt jeden złotych dziewięćdziesiąt pięć groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem dojazdu na rozprawę.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 3633/24

Uzasadnienie

Miasto Tarnobrzeg, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*świadczenie usług przewozowych transportu zbiorowego dla potrzeb komunikacji miejskiej w Tarnobrzegu*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 lipca 2024 r., pod numerem 2024/S 141-490885.

W dniu 4 października 2024 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: wykonawca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.S. Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe POLKAR z siedzibą w Krakowie i wykonawca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacji K.S. z siedzibą w Tarnobrzegu, zwani dalej „Odwołującym” lub „Konsorcjum”, wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy PKS Tarnobrzeg Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnobrzegu (dalej jako „wykonawca PKS Tarnobrzeg”),

2) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy PKS Tarnobrzeg na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz pkt 5 ustawy PZP,

3) zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PKS Tarnobrzeg pomimo, że wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V pkt 2.4.1 SWZ, tj. warunku dotyczącego potencjału technicznego (zarzut nr 1),

2) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PKS Tarnobrzeg pomimo, że treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia dotyczącymi parametrów techniczno-użytkowych pojazdów przeznaczonych do świadczenia usług określonymi w Załączniku nr 2 do Opisu Przedmiotu Zamówienia, stanowiącego Załącznik nr 9 do SWZ (zarzut nr 2).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy PKS Tarnobrzeg,
- 2) odrzucenie oferty wykonawcy PKS Tarnobrzeg na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz pkt 5 ustawy PZP,
- 3) przeprowadzenia czynności ponownego badania i oceny ofert i wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Ponadto Odwołujący złożył wniosek o zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający jako jeden z wymogów dla taboru, którym powinien dysponować wykonawca, w rozdziale V pkt 2.4.1 ppkt 3 SWZ postawił niskopodłogowość pojazdu. Jednocześnie z § 2.5 pkt 7 załącznika nr 2 do OPZ wynika, że: *„Poziom podłogi – maksymalnie 360 mm od poziomu jezdni (bez stopni wejściowych) w I i II drzwiach oraz bez stopni poprzecznych wewnątrz pojazdu pomiędzy tymi drzwiami; po zastosowaniu przykłęku (w autobusie z przykłękami) wysokość podłogi 240-280 mm od poziomu jezdni”*. Odwołujący zauważył, że pojazdy zgłoszone przez wykonawcę PKS Tarnobrzeg w wykazie taboru, którymi zamierza on realizować usługę na rzecz Zamawiającego, nie spełniają wymogu w zakresie braku stopni wejściowych w I i II drzwiach oraz braku stopni poprzecznych wewnątrz pojazdu pomiędzy tymi drzwiami. Odwołujący dodał, że dokonał identyfikacji pojazdów wskazanych przez wykonawcę PKS Tarnobrzeg (wykaz sporządzony w oparciu o Załącznik nr 8 do SWZ) po numerach rejestracyjnych, dokonał ich oględzin i w sposób nie budzący wątpliwości ustalił, że pojazdy te mają dwie pary drzwi, przy czym w drzwiach wejściowych są schody. Ponadto pomiędzy drzwiami pierwszymi i drugimi wewnątrz pojazdu również znajdują się schody. W ocenie Odwołującego pojazdy te nie spełniają wymogu tzw. niskiej podłogi, w związku z czym wykonawca PKS Tarnobrzeg nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V pkt 2.4.1 SWZ. Ponadto według Odwołującego z dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający nabral wątpliwości czy zgłoszone przez wykonawcę PKS Tarnobrzeg pojazdy spełniają wymagania określone w SWZ, ponieważ wysłał zapytanie do producenta tych pojazdów, ale zaniechał pogłębionej analizy tej kwestii.

Odwołujący podkreślił, że wykonawca PKS Tarnobrzeg był jednokrotnie wzywany na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP do uzupełnienia wykazu poprzez podanie wszystkich informacji dotyczących pojazdów i w odpowiedzi potwierdził, że zgłoszone pierwotnie autobusy są zgodne z warunkami udziału w postępowaniu. Wyczerpanie procedury wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP i ustalenie, że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu powinno skutkować odrzuceniem oferty przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał również, że wymóg realizacji usługi taboru niskopodłogowym, o parametrach wskazanych w Załączniku nr 2 do SWZ, stanowi zarazem warunek zamówienia w rozumieniu art. 7 pkt 29 ustawy PZP. Według Odwołującego parametry taboru to wymaganie określone nie tylko w ramach warunku udziału w postępowaniu, ale także część opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 2 do OPZ) określająca sposób realizacji zamówienia. Odwołujący wskazał, że w § 2 ust. 1 pkt 1 projektu umowy (stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ) Zamawiający wprost napisał, że wykonawca jest zobowiązany w szczególności do „*świadczenia usług na warunkach określonych w niniejszej umowie, przy zachowaniu: parametrów techniczno-użytkowych pojazdów, jakościowych i ilościowych określających sposób świadczenia usług oraz obowiązujących norm i przepisów oraz do zapewnienia, że wykorzystywany przez Wykonawcę sprzęt i pojazdy mają odpowiednie certyfikaty i spełniają wszelkie wymogi prawa w zakresie bezpieczeństwa i ochrony środowiska*”. Parametry techniczno-użytkowe pojazdów zostały natomiast określone w załączniku nr 2 do OPZ, będąc częścią składową SWZ (§ 2 ust. 3 projektu umowy).

W ocenie Odwołującego Zamawiający kształtując warunki udziału w postępowaniu nadał istotne znaczenie wykazowi taboru, którym wykonawca zamierza realizować usługę. Zamawiający sankcjonuje sytuację świadczenia usługi taboru niezgodnym z wymaganiami technicznymi opisanymi w SWZ i zgodnie z § 14 ust. 1 pkt 3 projektu umowy może w takim przypadku nałożyć karę umowną za każdy taki przypadek stwierdzony w ramach kursu w wysokości 500 złotych. Odwołujący idzie dalej i stwierdza, że Zamawiający tak ukształtował treść projektu umowy (będącego częścią SWZ), że wykonawca nie ma możliwości świadczenia usługi innym taboru niż ten wskazany w wykazie składanym w

ramach oceny i wyboru ofert. Jeśli wykonawca naruszy ten obowiązek, to zgodnie z § 17 ust. 3 lit. g projektu umowy, Zamawiający jest uprawniony do natychmiastowego rozwiązania umowy.

Odwołujący podsumował, że złożenie wykazu taboru stanowi zobowiązanie wykonawcy, że zamierza realizować usługę tymi właśnie, konkretnie określonymi pojazdami. Jeśli pojazdy te nie spełniają wymogów SWZ, to zdaniem Odwołującego oznacza to, że treść oferty wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zdaniem Odwołującego nie budzi więc wątpliwości, że wykonawca PKS Tarnobrzeg zamierza zrealizować zamówienie taborem, którego parametry nie są zgodne z wymaganiami określonymi w SWZ, w związku z czym oferta wykonawcy PKS Tarnobrzeg powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w pismach oraz złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania, ponieważ nie została spełniona żadna wynikająca z art. 528 ustawy PZP negatywna przesłanka, która by uniemożliwiała merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Izba stwierdziła ponadto, że wypełnione zostały opisane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę PKS Tarnobrzeg, albowiem zostało ono złożone w terminie przewidzianym w art. 525 ust. 1 ustawy PZP i nie zawierało wad formalnych.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła też stanowiska prezentowane na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, jak również uwzględniła stanowisko zaprezentowane przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 21 października 2024 r. oraz stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w jego piśmie z dnia 16 października 2024 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z dokumentacji zgromadzonej w aktach sprawy odwoławczej, w tym z następujących dokumentów stanowiących załączniki do pism Odwołującego i uczestnika postępowania odwoławczego oraz złożonych na posiedzeniu:

- dokumentacji fotograficznej autobusów załączonej do odwołania,
- pisma wykonawcy PKS Tarnobrzeg z dnia 7 października 2024 r. wraz z załącznikiem,
- opinii prawnej w przedmiocie możliwości zmiany zapisów umowy,
- faktury VAT z dnia 20 sierpnia 2024 r. wraz z tabelą.

Izba uznała wiarygodność i moc dowodową złożonych dokumentów.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zgodnie z rozdziałem III SWZ ust. 1 przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług przewozowych na liniach miejskiej komunikacji samochodowej autobusami miejskimi według rozkładów jazdy, wraz z emisją, sprzedażą i kontrolą biletów na te usługi z uwzględnieniem wszystkich przejazdów ulgowych i bezpłatnych. Usługi przewozowe będą wykonywane na liniach komunikacyjnych organizowanych przez Zamawiającego 16 autobusami.

W rozdziale V pkt 2.4.1 SWZ Zamawiający postawił warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej – w odniesieniu do potencjału technicznego wskazując, że uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował w chwili podpisania umowy w celu realizacji zamówienia minimum następującym taborem:

1. Liczba autobusów – 16 sztuk, w tym:

- a) 7 autobusów o długości do 12 m z liczbą miejsc minimum 80, min 2 drzwi,
- b) 9 autobusów o długości od 7,5 m do 10,5 m z liczbą miejsc minimum 32, min 2 drzwi,

2. Wszystkie autobusy powinny mieć normę spalania min. EURO 4 i rocznik min. 2006.;

3. Wyposażenie: niskopodłogowe, rampy najazdowe lub podnośnik na wózki inwalidzkie, elektroniczne wyświetlacze kierunkowe, kasowniki min. 10 cyfrowe;

4. Posiadać lub wdrożyć system do monitorowania pozycji autobusu w czasie rzeczywistym, realizujący wszystkie wymienione poniżej funkcje.

5. Nie później niż do 1 stycznia 2025 r. zapewnić Zamawiającemu zdalny dostęp (podgląd dyspozytorski) do ww. systemu w zakresie co najmniej poniższych funkcjonalności, przy czym dostęp ma być realizowany przez interfejs WWW:

- raportowanie w czasie rzeczywistym bieżącej pozycji śledzonych pojazdów na mapie z co najmniej 5-sekundową częstotliwością,

- sygnalizowanie przy wykorzystaniu kolorów autobusów opóźnionych lub jadących przed czasem – przy użyciu co najmniej dwóch niezależnie ustawianych progów (oddzielnie dla opóźnień i przyspieszeń),

- identyfikację pojazdów na mapie (poprzez wyświetlenie numeru bocznego,

- zbiorcze raportowanie (w postaci tabelarycznej) odchyłeń punktualności i pozycji w rozkładzie jazdy dla wszystkich realizowanych zadań przewozowych z co najmniej 5-sekundową częstotliwością,

- raportowanie realizacji zadań przewozowych (z określeniem odrębnie dla każdego z kursów ujętych w rozkładzie jazdy punktualności odjazdu z wszystkich przystanków na trasie) z możliwością archiwizowania danych,

- dostęp do informacji statystycznych o międzypzystankowych czasach przejazdów,

- raporty z wykonania zadań przewozowych umożliwiające co najmniej:

- a) identyfikację odjazdów wykonanych powyżej zdefiniowanego przez użytkowników progu opóźnienia / przyspieszenia (w tym przy założeniu ograniczenia wykazu wyłącznie do przystanków początkowych),

- b) informacji o kursach niewykonanych lub wykonanych częściowo w żądanym przedziale czasu.

6. Nie później niż do 1 stycznia 2025 r. udostępnić pasażerom dostęp do ww. systemu, spełniającego co najmniej poniższe funkcjonalności:

- dostęp do informacji o statycznych rozkładach jazdy (widok tabliczki przystankowej dla wybranego dnia) poprzez dedykowaną stronę internetową w sieci komunikacyjnej Zamawiającego poprzez:

- a) dedykowaną stronę internetową,

- b) uproszczoną wersję serwisu przystosowaną do przeglądania w urządzeniach mobilnych,

- c) informacje tekstowe (SMS) wysyłane pod dedykowany numer telefonu,

- d) aplikacje mobilne dostępne co najmniej dla platformy Android oraz Windows Phone.

7. Wykonawca zapewni zabezpieczony loginem i hasłem dostęp do modułu dyspozytorskiego na dowolnej liczbie stanowisk zgłoszonych przez Zamawiającego.

Zgodnie z rozdziałem VI pkt 3 lit. d SWZ wykonawca na wezwanie Zamawiającego był zobowiązany złożyć wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami. Wzór tego wykazu stanowił Załącznik nr 8 do SWZ.

W Załączniku nr 2 do OPZ Zamawiający w sposób szczegółowy opisał parametry techniczno-użytkowe pojazdów przeznaczonych do świadczenia usług.

W dniu 3 września 2024 r. Zamawiający wezwał wykonawcę PKS Tarnobrzeg do złożenia aktualnych podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających m. in. spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V pkt 2.4.1 SWZ.

W dniu 4 września 2024 r. wykonawca PKS Tarnobrzeg złożył wykaz określający potencjał techniczny, które obejmował 7 pojazdów marki Iveco Crossway, którymi wykonawca dysponuje na podstawie umowy leasingu lub są jego własnością oraz 9 pojazdów marki Mercus MB Sprinter, którymi wykonawca dysponuje na podstawie umowy leasingu.

Następnie w dniu 9 września 2024 r. Zamawiający wezwał wykonawcę PKS Tarnobrzeg na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP do uzupełnienia aktualnych podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających m. in. spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V pkt 2.4.1 SWZ. Zamawiający wskazał, że w złożonym wykazie taboru brak jest wszystkich informacji o pojazdach pozwalających uznać Zamawiającemu, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale V pkt 2.4.1 SWZ i przytoczył treść wymagań określonych w ppkt 1-4.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 9 września 2024 r. wykonawca PKS Tarnobrzeg złożył uzupełniony wykaz taboru, w którym oświadczył, że pojazdy ujęte w wykazie spełniają wszystkie wymagania określone w rozdziale V pkt 2.4.1 ppkt 1-4 SWZ i doprecyzował, że podstawą dysponowania pojazdami marki Iveco Crossway jest prawo własności, natomiast podstawą dysponowania 9 pojazdami marki Mercus MB Sprinter jest umowa leasingu.

Następnie w dniu 17 września 2024 r. Zamawiający wezwał wykonawcę PKS Tarnobrzeg na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy PZP do wyjaśnienia złożonych podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V pkt 2.4.1 SWZ, poprzez podanie numerów rejestracyjnych pojazdów przeznaczonych do realizacji przedmiotowego zamówienia, tj. 7 pojazdów marki Iveco Crossway i 9 pojazdów marki Mercus MB Sprinter, celem oceny czy spełniają parametry wskazane w warunku udziału w postępowaniu określonym w SWZ.

W wyjaśnieniach z dnia 19 września 2024 r. wykonawca PKS Tarnobrzeg podał numery rejestracyjne dla każdej z marek pojazdów.

Zamawiający w dniu 24 września 2024 r. próbował jeszcze zweryfikować posiadanie przez pojazdy marki Mercus MB Sprinter parametrów określonych w rozdziale V pkt 2.4.1 ppkt 1-4 SWZ u producenta pojazdów, ale został odesłany ze swoimi pytaniami do wykonawcy.

Ostatecznie Zamawiający uznał, że wykonawca PKS Tarnobrzeg spełnia warunki udziału w postępowaniu i wybrał ofertę tego wykonawcy jako najkorzystniejszą w postępowaniu, przyznając jej 100 pkt w ramach kryteriów oceny ofert.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 22 października 2024 r. i po zapoznaniu się ze stanowiskami stron i uczestnika postępowania odwoławczego uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

We wniesionym środku ochrony prawnej Konsorcjum zarzuciło Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa zamówień publicznych:

– art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, która została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,

art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 odwołania dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP Izba stwierdziła, że Konsorcjum nie wykazało, aby wykonawca PKS Tarnobrzeg nie spełniał wynikającego z rozdziału V pkt 2.4.1 SWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego, tj. posiadania 16 pojazdów o określonych w ustępach od 1 do 4 tego warunku parametrach.

Po pierwsze z uzasadnienia odwołania wynika, że fakt niespełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę PKS Tarnobrzeg Konsorcjum wywodzi z łącznej interpretacji postanowienia rozdziału V pkt 2.4.1 SWZ dotyczącego wymogu niskopodłogowości oraz § 2.5 pkt 7 Załącznika nr 2 do OPZ, w którym Zamawiający określił, jaki ma być poziom podłogi w zamawianych autobusach. Izba wskazuje, że nie ma podstaw do powoływania się na treść zapisów SWZ dotyczących opisu przedmiotu zamówienia przy interpretowaniu postanowień dotyczących warunków udziału w postępowaniu. Warunki udziału w postępowaniu należy wyraźnie odróżnić od wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Jak podnosi się w literaturze prawa zamówień publicznych warunki udziału w postępowaniu odnoszą się do właściwości podmiotowych wykonawcy, natomiast wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia oraz związane z realizacją zamówienia – do przedmiotu zamówienia i sposobu jego wykonania [tak: H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2023, komentarz do art. 112 ustawy, str. 399, teza 3]. Innymi słowy warunki udziału w postępowaniu dotyczą warunków uczestnictwa wykonawców a ich zadaniem jest ocena zdolności wykonawców, czy posiadają odpowiednie zasoby i doświadczenie, aby w sposób należyty zrealizować zamówienie – zgodnie z umową i obowiązującymi w danej dziedzinie przepisami prawa. Jego celem jest dopuszczenie do udziału w postępowaniu tylko takich wykonawców, którzy posiadają

odpowiednie zdolności do wykonania zamówienia oraz uniemożliwienie startu w przetargu tym, którzy takich zdolności nie posiadają a których ewentualny wybór mógłby stwarzać zagrożenie dla prawidłowej realizacji zamówienia publicznego. Z kolei opis przedmiotu zamówienia jest to po prostu opisany w sposób jasny, dokładny i wyczerpujący zbiór wymagań charakteryzujących świadczenie, którego spełnienia od wykonawców oczekuje zamawiający. W ocenie Izby skoro zatem Zamawiający w rozdziale V pkt 2.4.1 ppkt 3 SWZ postawił ogólny wymóg tzw. niskopodłogowości pojazdów, aby ocenić, czy wykonawcy posiadają odpowiednie zasoby techniczne pozwalające im na należyłą realizację zamówienia, to nie można tego postanowienia interpretować w świetle § 2.5 pkt 7 załącznika nr 2 do OPZ, w którym zdecydowanie bardziej precyzyjnie określono, jakie parametry techniczno-użytkowe mają posiadać autobusy, którymi wybrany wykonawca będzie realizować usługę przewozu na terenie miasta Tarnobrzeg.

Po drugie w ocenie Izby załączona do odwołania dokumentacja fotograficzna (14 zdjęć) autobusów nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia tej sprawy, ponieważ dotyczy ona autobusów, które zostały ujęte przez wykonawcę PKS Tarnobrzeg w złożonym wykazie taboru (Załącznik nr 8 do SWZ), a nie konkretnie tych autobusów, którymi wykonawca ten będzie realizował usługę na rzecz Zamawiającego.

Ponadto podstawy do wywodzenia tego, że wybrany wykonawca ma realizować usługę pojazdami wyłącznie ujętymi w złożonym wykazie (Załączniku nr 8 do SWZ), nie może stanowić projektowane postanowienie umowne z § 17 ust. 3 lit. g wzoru umowy. Zamawiający zastrzegł w nim, że jest uprawniony do natychmiastowego rozwiązania umowy w przypadku „rozpoczęcia realizacji usługi będącej przedmiotem umowy taboru innym niż w załączniku nr 6 do SIWZ”. Norma ta nie koresponduje w ogóle z treścią warunku, gdzie Zamawiający wymagał posiadania co najmniej 16 pojazdów o określonych parametrach, a przy tym referuje do załącznika do SWZ regulującego zasady umieszczania reklam na pojazdach i posługuje się nazewnictwem (SIWZ) z nieobowiązującej już ustawy PZP, co wskazuje na to, że prawdopodobnie została bezwiednie przekopiowana z dokumentacji jednego z poprzednio prowadzonych postępowań. Wykonawcy, który wygrał przedmiotowe postępowanie, nie można zatem obciążać konsekwencjami niejasno i niestarannie sformułowanej dokumentacji postępowania.

Mając powyższe na uwadze Izba nie stwierdziła jakichkolwiek podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy PKS Tarnobrzeg na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP, w związku z czym zarzut nr 1 odwołania podlegał oddaleniu.

Oddaleniu podlegał również zarzut nr 2 odwołania dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, czyli niezgodności oferty z warunkami zamówienia. Jak już była o tym mowa powyżej, nie ma podstaw do utożsamiania floty pojazdów, którymi wykonawca chciał wykazać Zamawiającemu w złożonym wykazie, że posiada wystarczający potencjał techniczny aby móc należycie zrealizować zamówienie, z tymi pojazdami, którymi rzeczywiście będzie wykonywał on usługę.

W związku z czym nie było podstaw ani do uznania, że wykonawca PKS Tarnobrzeg nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego, ani również nie można było stwierdzić, że jego oferta w zakresie parametrów techniczno-użytkowych pojazdów przeznaczonych do świadczenia usługi określonych w Załączniku nr 2 do OPZ jest niezgodna z warunkami zamówienia, w tym zwłaszcza z postanowieniem zawartym w § 2.5 pkt 7 Załącznika nr 2 do OPZ.

Mając na uwadze powyższe także zarzut nr 2 odwołania okazał się być niezasadny.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, tj. na podstawie art. 557, art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 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 (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....