

WYROK

Warszawa, dnia 13 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Stankiewicz-Baraniak

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 grudnia 2024 r. przez wykonawcę J.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą NEUTENO J.Z. z siedzibą w Krakowie przy ul. Kamiennej 19 B lok. 2 (30-001 Kraków) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zarząd Transportu Publicznego w Krakowie przy ul. Wielopole 1 (31-072 Kraków)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawcy M.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.M. z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Świdnickiej 49 (50-028 Wrocław)

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę J.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą NEUTENO J.Z. z siedzibą w Krakowie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę J.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą NEUTENO J.Z. z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę J.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą NEUTENO J.Z. z siedzibą w Krakowie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Zarząd Transportu Publicznego w Krakowie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 143 zł 65 gr (słownie: sto czterdzieści trzy złote sześćdziesiąt pięć groszy) poniesioną przez zamawiającego Zarząd Transportu Publicznego w Krakowie tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę;

2.2. zasądza od wykonawcy Jacka Ziebury prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą NEUTENO J.Z. z siedzibą w Krakowie na rzecz zamawiającego Zarządu Transportu Publicznego w Krakowie kwotę 3 743 zł 65 gr (słownie: trzy tysiące siedemset czterdzieści trzy złote sześćdziesiąt pięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego Zarząd Transportu Publicznego w Krakowie z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie i 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.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 4693/24

Uzasadnienie

Zarząd Transportu Publicznego w Krakowie (zwany dalej: „Zamawiającym”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez przeprowadzenia negocjacji pn.: „Dostawa rowerów cargo ze wspomaganiem elektrycznym” - numer postępowania: TE.261.23.2024 (zwane dalej: „postępowaniem”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2024/BZP 00571556/01 z dnia 30 października 2024.

Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), (dalej zwanej: „ustawą Pzp”).

W dniu 10 grudnia 2024 r. wykonawca J.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą NEUTENO J.Z. z siedzibą w Krakowie (zwany dalej również: „Odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego, podjętej w postępowaniu polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy M.M., który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, pomimo że Zamawiający był do tej czynności zobowiązany.

We wniesionym środku zaskarżenia Odwołujący postawił Zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia:

- 1.art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy M.M., który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu o którym mowa w pkt 4.2.1 SWZ polegającego na dostawie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej jednego zamówienia na dostawę rowerów cargo o wartości co najmniej 120 000,00 zł brutto;
- 2.art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy M.M. jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w postępowaniu o którym mowa w pkt 4.2.1 SWZ polegającego na dostawie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej jednego zamówienia na dostawę rowerów cargo o wartości co najmniej 120 000,00 zł brutto.

W oparciu o podniesione zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- 1.unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2.powtórzenia przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert;
- 3.odrzućcia oferty wykonawcy M.M..

Ponadto Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie na okoliczności w nich wskazane, jak również zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp we wniesieniu przedmiotowego odwołania, bowiem może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę, która w związku z zajęciem wobec oferty złożonej przez wykonawcę M.M. przesłanek odrzucenia, winna zostać uznana za najkorzystniejszą. Z powodu dokonania przez Zamawiającego niezgodnych z prawem czynności i zaniechań, złożona przez wykonawcę M.M. oferta nie została jednakże odrzućcona a zamiast tego została bezzasadnie uznana za ofertę najkorzystniejszą. Bezprawne działanie Zamawiającego uniemożliwia uzyskanie zamówienia przez Odwołującego. Może też doprowadzić do powstania po stronie Odwołującego strat finansowych i do utraty spodziewanych korzyści.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania, Odwołujący na wstępie przedstawił stan faktyczny oraz wskazał na warunek udziału w postępowaniu określony przez Zamawiającego w SWZ w pkt 4.2.1 mówiący o tym, że w postępowaniu mogą brać udział wykonawcy, którzy mają zdolności techniczne i zawodowe niezbędne do wykonania zamówienia tj: „4.2.1. posiadają doświadczenie - w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres wykonywania działalności jest krótszy – w tym okresie) wykonali co najmniej jedno zamówienie polegające na dostawie rowerów cargo o wartości co najmniej 120 000,00 zł brutto.”

Jak podkreślił Odwołujący w przedmiotowym stanie faktycznym, kluczowa okoliczność dotyczyła tego czy przedłożone przez M.M. podmiotowe środki dowodowe istotnie potwierdzają, że podmiot ten spełnił wymóg określony w postępowaniu o zamówienie, polegający na dostawie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej jednego zamówienia na dostawę rowerów cargo o wartości co najmniej 120 000,00 zł brutto. Czy też alternatywnie rowery, których dostawą wykazał się w/w wykonawca nie są rowerami cargo i w tej sytuacji Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty jako złożonej przez wykonawcę, który nie spełnił warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający w trakcie rozpatrywania złożonych ofert naruszył przepisy o zamówieniach publicznych, bowiem nie odrzucił oferty niespełniającej wymogów formalnych, co do której M.M. przedstawił referencje niespełniające postawionych przez Zamawiającego wymogów. Dostawa stanowiąca podstawę referencji M.M., zdaniem Odwołującego dotyczy bowiem zwykłych rowerów miejskich z przednim bagażnikiem, nie rowerów cargo.

Jak następnie wskazał Odwołujący, pojęcie roweru cargo nie jest zdefiniowane ustawowo, ale pomimo tego, że jest relatywnie nowe w języku polskim, to dorobiło się już bardzo jasnego znaczenia, zarówno w mowie potocznej, jak i języku profesjonalnym. Z tego zapewne powodu Zamawiający nie wprowadził w treści SWZ swojej definicji tego pojęcia, choć oczywiście mógł to uczynić. W sytuacji braku normatywnego uregulowania pojęcia użytego w SWZ, zdaniem Odwołującego należy sięgnąć po standardowe narzędzia wykładni, które pozwolą ustalić jego zakres znaczeniowy, a następnie dokonać subsumpcji odnosząc się do konkretnego, zaistniałego w przedmiotowym postępowaniu przypadku.

Odwołujący wskazał dalej, że rower cargo jest z całą pewnością typem roweru, a zatem pojazdem, o którym mowa w art. 2 pkt 47 ustawy prawo o ruchu drogowym („rower - pojazd o szerokości nieprzekraczającej 0,9 m poruszany siłą mięśni osoby jadącej tym pojazdem; rower może być wyposażony w uruchamiany naciskiem na pedały pomocniczy napęd elektryczny zasilany prądem o napięciu nie wyższym niż 48 V o znamionowej mocy ciągłej nie większej niż 250 W, którego moc wyjściowa zmniejsza się stopniowo i spada do zera po przekroczeniu prędkości 25 km/h”). Szerokość

odróżnia go od wózka rowerowego, który stanowi osobnym typ pojazdów napędzanych siłą ludzkich mięśni. Wózek rowerowy jest szerszy tzn. jego szerokość przekracza 90 cm, zaś przepisy ustawy - Prawo o ruchu drogowym wraz z aktami wykonawczymi nie dopuszczają tego typu pojazdu do korzystania z infrastruktury rowerowej. Już ta dwiistość, specyficzna dla polskiego prawa, wyklucza możliwość postawienia prostego znaku równości między funkcjonującymi w innych językach pojęciami: *cargo bike* (ang.), *Lastenfahrrad* (niem.) czy *bakfiets* (hol.). Zdaniem Odwołującego, argumentacja jakoby polskie znaczenie pojęcia rower cargo było nieprecyzyjne, a znaczenie określenia "cargo bike" miało być "lepsze" jest nieporozumieniem. Jest bardzo możliwe, że istotnie rower cargo to pojęcie węższe niż *cargo bike*. Innymi słowy mówiąc nie każdy rower zaliczony przez jego producenta czy dealera do kategorii "cargo bike" będzie mieścił się w zakresie spolonizowanego pojęcia "rower cargo".

Jak podkreślił Odwołujący, rower cargo posiada pewne szczególne cechy, które fizycznie odróżniają go także od zwykłego roweru. Jego przeznaczeniem jest przewóz ponadnormatywnego ładunku lub pasażerów, zatem musi posiadać konstrukcję specjalnie do tego celu przystosowaną. Dodać należy, że typowa ładowność rowerów, za wyjątkiem rowerów sportowych, to 25-27 kg w przypadku bagażnika tylnego i 10-15 kg na bagażniku przednim. Prawie każdy rower przeznaczony do jazdy po mieście jest lub może zostać wyposażony w tego rodzaju akcesoria, zatem gdy mowa o ładunku ponadnormatywnym należy przez to rozumieć orientacyjnie co najmniej 50 kg dodatkowej ładowności, poza wagą samego rowerzysty. Z powodu tych wymogów wyróżnikiem roweru cargo jest platforma lub skrzynia ładunkowa umieszczona w przedniej lub tylnej części roweru. Rower cargo może, acz nie musi być wyposażony w pomocniczy napęd elektryczny. Typowy rower wyposażony w przyczepę rowerową, mimo że służy do przewozu ładunków lub pasażerów, z pewnością nie należy do kategorii "rowerów cargo". Następnie Odwołujący wskazał, na jego zdaniem, najpopularniejsze typy rowerów cargo. Odwołujący podkreślił ponadto, że pojęcie "rower cargo" pojawiło się także w Opisie Przedmiotu Zamówienia (zwanego dalej również: „OPZ”) w przedmiotowym postępowaniu. Jak wskazał Zamawiający: *„Przedmiotem zamówienia jest dostawa 4 dwukołowych rowerów ze wspomaganiem elektrycznym cargo”*. Treść OPZ opisuje w zakresie części 1, co do istoty rower cargo typu long-john o pewnych specyficznych cechach (wspomaganie elektryczne z silnikiem centralnym, przerzutka w piaście, ładowność przedniej części nie mniejsza niż 120 kg, bateria nie mniejsza niż 500 Wh itd.).

Zdaniem Odwołującego do podstawowych zasad tworzenia tekstów prawnych (a takim jest również dokumentacja przetargowa) należy wymóg używania konkretnego pojęcia w jednolitym znaczeniu. Z tego wynika, że Zamawiający winien mieć na względzie to samo znaczenie pojęcia "rower cargo", gdy mowa o wymaganych referencjach w SWZ i w OPZ (z tym zastrzeżeniem że OPZ doprecyzowuje cechy rowerów cargo, który chce nabyć Zamawiający). Niezależnie od tego Odwołujący podkreślił, że z jednej strony, w obiegu tak potocznym jak i profesjonalnym "rower cargo" ma jednolite znaczenie, a po drugie że istnieje mnogość dowodzących tego faktu źródeł, z których część dla przykładu przytoczył w odwołaniu Odwołujący. Odwołujący wskazał również, iż w zasobach internetowych znajduje się szereg tekstów o charakterze informacji udzielanej przez podmioty publiczne, artykułów z portali i prasy po artykuły naukowe w literaturze fachowej, które posługują się pojęciem "roweru cargo", których przykłady także Odwołujący wskazał w uzasadnieniu odwołania.

Z powyższych przykładów, zdaniem Odwołującego wynika jednoznacznie, iż rower cargo w powszechnie przyjętym w języku polskim rozumieniu to rodzaj roweru, który fizycznie różni się od zwykłych rowerów specjalną konstrukcją, przeznaczoną do przewozu ładunków lub pasażerów, a w szczególności posiada skrzynię lub platformę ładunkową w przedniej (część) lub tylnej części (rzadziej). W żadnym z przytoczonych źródeł nie figuruje jako rower cargo pojazd będący typowym rowerem miejskim, ale wyposażony w przedni i tylny bagażnik. Odwołujący podkreślił również, że na etapie składania ofert żaden z oferentów nie zadał pytania dotyczącego zakresu znaczeniowego pojęcia "rower cargo" i żaden zapewne nie miał wątpliwości co do znaczenia tego zupełnie jasnego pojęcia. Według Odwołującego również jedyny oferent w zakresie zadania nr 2 także wykazał się dostawą rowerów cargo o wymaganej wartości. Podobnie zresztą jak oferta Odwołującego podparta została doświadczeniem w postaci dostawy rowerów cargo.

Następnie Odwołujący argumentował, iż skoro zdaniem jego został ustalony zakres znaczeniowy pojęcia "rower cargo" to na kolejnym etapie należy dokonać subsumpcji tego pojęcia, stawiając kluczowe z punktu widzenia przedmiotowego postępowania pytanie - czy rowery ujęte w referencjach przedstawionych przez M.M. są rowerami cargo? Jak podkreślił Odwołujący rower elektryczny Batavus Quip Extra Cargo, którego dostawa stanowiła podstawę referencji M.M., nie wyróżnia się specjalnymi cechami, o których mowa powyżej - także w przytaczanej na jego własnej stronie internetowej definicji roweru cargo. Jest to co do istoty typowy rower miejski z przednim i tylnym bagażnikiem, stanowi nieco nowsze wcielenie klasycznego holenderskiego roweru miejskiego określanego w języku holenderskim jako "omafiets". Jego właściwości ładunkowe są również typowe - bagażnik tylny pozwala na transport do 27 kg, a przedni 10 kg ładunku. Jak już podkreślano prawie każdy rower miejski i trekkingowy może być wyposażony w każdym czasie w bagażnik tego typu, oczywiście nie czyniłoby to z niego roweru cargo. Jedyna właściwie wyjątkowość polega na użyciu

słów "extra cargo" w nazwie modelu, co jest irrelevantne z punktu widzenia oceny czy odpowiada on lub nie pojęciu "rower cargo".

Odwołujący wskazał, iż w ofercie M.M. w prowadzonym przez ten podmiot sklepie internetowym rowerystylowe.pl znajduje się inny, uderzająco podobny model roweru tj. Gazelle Heavy Duty. Pomimo że, parametry tego roweru przewyższają Batavus Quip Extra Cargo, a konkretnie ładowność przedniego bagażnika wynosi 15 kg, nie 10 kg, to rower ten w katalogu produktów znajduje się w kategorii "Rowery miejskie - stylowe". Podobnie nieelektryczna wersja roweru Batavus Quip Extra Cargo N7 Unisex znajduje się w kategorii "Rowery miejskie-stylowe". Następnie Odwołujący podkreślił, że rower Batavus Quip Extra Cargo (którego dostawa stanowiła podstawę referencji M.M.) znajdował się do mniej więcej końca listopada 2024 r. w kategorii "rowerów miejskich - stylowych" na stronie rowerystylowe.pl, a dopiero po 27 listopada 2024 r. został przeniesiony do kategorii "rowerów cargo/transportowych", czego dowodem są zrzuty ekranu dokumentujące stan strony w w/w dacie, a także z aktualnym wyglądem tejże strony. Jak więc widać nawet składający ofertę uznawał rower Batavus Quip Extra Cargo za coś zupełnie odrębnego od rowerów cargo, do czasu jednak gdy z powodów koniunkturalnych stwierdził potrzebę zmiany swojego stanowiska.

Według Odwołującego, co wynika z korespondencji między Zamawiającym, a wykonawcą M.M., sam Zamawiający po dokonaniu pierwszy raz wyboru ofert w zakresie zadania nr 1 powziął wątpliwość czy referencje istotne potwierdzają dostawę rowerów cargo. Jak należy sądzić okoliczność ta zdecydowała o uchyleniu pierwszej czynności wyboru oferty w zakresie zadania nr 1. W piśmie z dnia 28 listopada 2024 r., adresowanym do M.M., Zamawiający podniósł swoje wątpliwości, powołując się nawet na część przywołanych wyżej definicji rowerów cargo, opublikowanych w sieci internetowej. Następnie jednak Zamawiający przyjął, jak można sądzić, wyjaśnienia wykonawcy. Według Odwołującego w treści swojej odpowiedzi z dnia 29 listopada 2024 r. M.M. pośrednio potwierdza, że dostarczony przez niego do Uniwersytetu Warszawskiego rower Batavus Quip Extra Cargo nie jest "rowerem cargo" w powszechnie przyjętym w języku polskim znaczeniu. M.M. zamiast tego kwestionuje przytoczone przez Zamawiającego definicje, podnosi że "polska definicja roweru cargo jest niepełna, zapewne z uwagi na mniejszą popularność rowerów transportowych cargo w Polsce" i odwołuje się do rzekomo lepszej "europejskiej", a w istocie anglojęzycznej definicji pojęcia "cargo bike". Podnosi także, że rower którego dostawa stanowi podstawę jego referencji jest zaliczony przez producenta do kategorii rowerów transportowych (w istocie producent używa holenderskiego pojęcia "transportfiets", które nie ma właściwie odpowiednika w języku polskim, zaś w języku holenderskim klasyczne rowery cargo określane są raczej nazwą "bakfiets" - <https://nl.wikipedia.org/wiki/Bakfiets>). Zauważyć należy, iż w swojej korespondencji M.M. używa konsekwentnie nazwy "rower transportowy cargo", a nie "rower cargo".

Odwołujący zauważył, że Zamawiający wymagał doświadczenia polegającego na dostawie "rowerów cargo", a nie np. "rowerów typu cargo bike", zatem znaczenie pokrewnych terminów w innych językach nie jest istotne. Język polski dokonuje regularnie zapożyczeń językowych i tworzy nowe słowa z użyciem obcych elementów. Wyłącznie na marginesie należy w tym miejscu zauważyć, że to do jakiej kategorii producent rowerów zalicza dany produkt i jak go pozycjonuje jest w całości jego autonomiczną decyzją. W tym konkretnym wypadku pozostaje to bez wpływu na ocenę czy konkretny rower podpada pod powszechnie przyjęte w języku polskim znaczenie pojęcia "rower cargo".

Podsumowując, zdaniem Odwołującego rower Batavus Quip Extra Cargo nie jest "rowerem cargo", a zatem oferent M.M. nie wykazał się wymagany przez Zamawiającego doświadczeniem w postaci udokumentowanej dostawy rowerów cargo o wartości 120 000 zł w okresie ostatnich 5 lat. Zamawiający wymagał wg treści Specyfikacji Warunków Zamówienia doświadczenia polegającego na dostawie "rowerów cargo", a nie rowerów dowolnego typu. W konsekwencji więc Zamawiający, nie odrzucając oferty w/w podmiotu jako niespełniającej wymogów formalnych, dopuścił się rażącego naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych tj. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b) ustawy Pzp, który stanowi: "Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu"

W dniu 17 grudnia 2024 r. w ramach przedmiotowego postępowania zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca M.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M.M. z siedzibą we Wrocławiu (zwany dalej: „Przystępującym”).

W dniu 02 stycznia 2025 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego w odwołaniu.

W tym samym dniu tj. 02 stycznia 2025 r. Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym również wniósł o oddalenie odwołania w całości, przedstawiając argumentację na poparcie swoich wniosków.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz uczestnika postępowania wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem

odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia wykonawcy M.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.M. z siedzibą we Wrocławiu do postępowania odwoławczego, nie zgłosiły również opozycji. Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawcę M.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.M. z siedzibą we Wrocławiu. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie z załącznikami oraz pisma procesowego złożonego przez Przystępującego. Izba postanowiła również, dopuścić dowody od nr 1 do nr 7 złożone przez Odwołującego na posiedzeniu.

Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający Zarząd Transportu Publicznego w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę rowerów cargo ze wspomaganiem elektrycznym.

Opisany w treści odwołania oraz w odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym Przystępującego stan faktyczny sprawy odpowiada rzeczywistości, wobec czego Izba uznała za zbędne jego powtarzanie.

Izba oceniła, że materiał dowodowy jest wiarygodny i wszechstronny oraz umożliwiający wydanie rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, który zdaniem Odwołującego nie spełnił warunków udziału w postępowaniu oraz nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 4.2.1 SWZ polegającego na dostawie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej jednego zamówienia na dostawę rowerów cargo o wartości co najmniej 120 000,00 zł brutto.

Odwołujący wskazywał, iż przedmiotowe środki dowodowe, które przedstawił Przystępujący, dotyczą zwykłych rowerów miejskich z przednim bagażnikiem, a nie rowerów cargo, o których mowa w warunku udziału w postępowaniu.

Okolicznością bezsporną pomiędzy stronami jest fakt, iż w obowiązującym stanie prawnym nie ma legalnej definicji roweru cargo. Odwołujący następnie przedstawił kilka definicji, które jego zdaniem mogą właśnie definiować rower cargo. Odwołujący podkreślił, że rower cargo posiada pewne szczególne cechy, które fizycznie odróżniają go także od zwykłego roweru. Jego przeznaczeniem jest przewóz ponadnormatywnego ładunku lub pasażerów, a więc musi posiadać konstrukcję specjalnie do tego celu przystosowaną. Zdaniem Odwołującego zatem, gdy jest mowa o ładunku ponadnormatywnym należy przez to rozumieć orientacyjnie co najmniej 50 kg dodatkowej ładowności, poza wagą samego roweryzisty. Z powodu tych wymogów wyróżnikiem roweru cargo jest platforma lub skrzynia ładunkowa umieszczona w przedniej lub tylnej części roweru.

Na wstępie należy podkreślić, że postanowienia SWZ są wiążące dla Zamawiającego jak również dla wykonawców i nie mogą być one zmieniane po terminie składania ofert. Jeśli istnieją jakiegokolwiek wątpliwości co do sposobu rozumienia zawartych w SWZ postanowień powinny być one wyjaśniane przed terminem składania ofert. W przypadku braku precyzji sformułowań SWZ powodujących możliwość różnych jej interpretacji, wykonawcy nie mogą być obciążani ich negatywnymi skutkami. W związku z tym nawet gdyby uznać, że warunek określony w SWZ mógł prowadzić do różnej jego interpretacji to takie postanowienie SWZ musi być i tak rozstrzygane na korzyść wykonawców, ponieważ to Zamawiający tak uregulował postanowienia, z których można wywieść kilka poprawnych, zgodnych z przepisami i właściwymi normami rozwiązań.

Istotnym dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania jest to, że w dokumentacji zamówienia Zamawiający nie zdefiniował i nie dookreślił co rozumie pod pojęciem „rower cargo”, który został wskazany w warunku udziału w postępowaniu. Co ważne nie istnieje również przepis prawa powszechnie obowiązującego, który wprowadzałby definicję roweru cargo czy określał jego niezbędne cechy albo kluczowe elementy, których zaistnienie powoduje, iż dany rower można nazywać rowerem cargo. Nie można również tracić z pola widzenia okoliczności, że potencjalni oferenci przed upływem składania ofert nie pytali Zamawiającego co należy rozumieć pod pojęciem roweru cargo wskazanego przez

niego w warunku. Dlatego też mając na uwadze powyższe, Izba doszła do przekonania iż wprowadzone na potrzeby przedmiotowego postępowania pojęcie roweru cargo, winno być interpretowane w tym przypadku szeroko. Tym samym, oceniając dokumenty przedłożone przez Przystępującego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, przyjąć należało taką interpretację, która będzie korzystniejsza dla wykonawcy. Skoro warunek udziału określony przez Zamawiającego powoduje możliwość szerokiej jego interpretacji, to mając to na uwadze, takie postanowienie SWZ musi być wykładane na korzyść wykonawcy, bowiem to od Zamawiającego pochodzą postanowienia SWZ. Skoro Zamawiający w rozstrzyganej sprawie nie wskazał w dokumentacji postępowania żadnych cech jakie należałoby przypisać rowerowi cargo, nie może na etapie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu ofert, dokonać zawężającej interpretacji warunku udziału w postępowaniu.

Dostrzec również należy, że wykonawca, który kwestionuje w postępowaniu odwoławczym spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez innego wykonawcę musi wykazać tj. przedstawić dowody na to, że podane w danym dokumencie informacje nie potwierdzają spełniania warunku. Zdaniem składu orzekającego takie okoliczności w niniejszym postępowaniu nie zostały przez Odwołującego wykazane. Odwołujący nie przedstawił dowodów na potwierdzenie, że Przystępujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykazania się doświadczeniem tj. składając dokumenty potwierdzające wykonanie dostawy 10 rowerów elektrycznych Batavus Quip Extra Cargo dla Uniwersytetu Warszawskiego. Niewykazał również, że wskazany w referencjach model roweru Batavus Quip Extra Cargo nie stanowi roweru cargo, o którym mowa w warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący swoją argumentację zbudował w oparciu o przywołanie licznych definicji rowerów cargo, które jego zdaniem wskazują na to jak należy interpretować i definiować rower cargo. Izba stoi na stanowisku, iż wskazanie na kilka definicji, które według Odwołującego są istotne dla zdefiniowania roweru cargo nie są jedynymi dostępnymi, ale przed wszystkim nie pozwalają na jednoznaczne stwierdzenie jak należy rozumieć rower cargo. Dowodzą jedynie, iż w praktyce rower cargo może być definiowany przez różne podmioty w oparciu o inne parametry. Dlatego też Izba, za niezasadną uznała chociażby argumentację Odwołującego wskazującą, na to jak należy definiować rower cargo, ze względu na jego przeznaczenie pod kątem przewozu ponadnormatywnego ładunku lub pasażerów. Jak podnosił Odwołujący rower cargo musi posiadać konstrukcję specjalnie do tego celu przystosowaną, a gdy mowa o ładunku ponadnormatywnym należy przez to rozumieć orientacyjnie co najmniej 50 kg dodatkowej ładowności, poza wagą samego rowerzysty. Należy zauważyć, iż na podstawie przedstawionych przez Odwołującego dowodów, nie sposób taki wniosek uznać za właściwy, a co za tym idzie, stanowisko Odwołującego, iż rower Batavus Quip Extra Cargo wskazany przez Przystępującego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie spełniając tej cechy, nie jest rowerem cargo, jest zbyt daleko idący.

Stanowiska Izby w tej sprawie nie zmieniły również dowody złożone przez Odwołującego na posiedzeniu, a przez wszystkim dowód w postaci opinii z dnia 7 stycznia 2025 r. złożony na okoliczność charakterystyki roweru cargo i jego specyficznych cech wyróżniających go od rowerów standardowych. Po pierwsze Izba potraktowała ten dowód jako rozszerzenie argumentacji Odwołującego, a nie jako dowód z opinii biegłego. Należy w tym miejscu wskazać za judykaturą, że ma ona charakter opinii prywatnej, która jednakże nie może stanowić dowodu w sprawie wskazując, iż na podstawie art. 278 k.p.c opinią biegłego jest wyłącznie opinia sporządzona przez osobę wyznaczoną przez sąd (uzasadnienie wyroku SN z 10.12.1998 r., I CKN 922/97). W konsekwencji opinia prywatna, w takich okolicznościach sprawy, jest stanowiskiem strony i stanowi ona jedynie dowód tego, że osoba, która ją podpisała wyraziła zawarty w niej pogląd, nie korzysta ona natomiast z domniemania zgodności z prawdą zawartych w niej twierdzeń. Po drugie dowód ten zawiera wywód wskazujący na ładowność rowerów cargo. Zdaniem autora: „*cechą roweru cargo jest to, że jego możliwości przewozu ładunków lub osób są w znaczący sposób większe niż „tradycyjnego roweru dwukołowego”*”. W opinii autora, podobnie jak w opinii Odwołującego dolną granicą ładowności jest 50 kg. Następnie autor wskazał, iż rower: „*Batavus Quip Extra Cargo wg specyfikacji ma łączną ładowność netto 37 kg (...). Do dolnej granicy brakuje mu więc 13 kg . Mimo, że jest to granica miękka, nie wyznaczona prawem, a bardziej praktyką użytkowników to odstępstwo od niej jest jednak bardzo wysokie (ponad 20% minimalnej ładowności mniej)*”. Zacytowany powyżej fragment właściwie podważył wartość całego dowodu, szczególnie mając na uwadze konkluzję tego dokumentu wskazaną powyżej. Skoro autor opinii podkreślił, że granica ładowności jest granicą miękką, nie wyznaczoną prawem, a bardziej praktyką użytkowników, to nie można wykluczyć, że jednak dolna granica ładowności może być niższa. Dlatego też przedmiotowy dowód był nieprzydatny na potrzeby rozstrzygnięcia, przez co należało go pominąć.

Reasumując dostrzeżenia wymaga także, iż niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów są jakiegokolwiek interpretacje postanowień SWZ oparte na przekonaniu czy intencjach danego podmiotu, który stara się nadać im znaczenie jakie nie wynika z ich literalnej treści. Takie działanie jest niezgodne z zasadami Prawa zamówień publicznych i przekracza granice oceny w ramach wytycznych określonych w SWZ (por wyrok KIO z dnia 15 listopada 2021 sygn. akt 2821/21). Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że zarzut Odwołującego sprowadzał się w głównej

mierze do próby zawężenia warunku udziału w postępowaniu w nieuprawiony sposób, który z treści tego warunku nie wynikał, wywodząc na jego podstawie dodatkowe przesłanki, które miałyby potwierdzać postawioną przez niego tezę, że wskazany przez Przystępującego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu model roweru Batavus Quip Extra Cargo nie jest rowerem cargo, o którym mowa w warunku udziału w postępowaniu.

Dlatego też odwołanie podlegało oddaleniu wobec niestwierdzenia przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b i lit c).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w związku z § 5 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2 lit. a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, koszt wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, koszt wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego i koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca: