

Sygn. akt KIO 1636/20

WYROK
z dnia 5 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2020 r. przez wykonawcę PKS Gorzów Wlkp. Sp. z o.o. w Gorzowie Wielkopolskim w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Rakoniewice w Rakoniewicach

przy udziale wykonawcy T. B. w Wolsztynie zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu wyboru jako najkorzystniejszej oferty T. B. w Wolsztynie i nakazuje Gminie Rakoniewice w Rakoniewicach unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, oddala odwołanie w pozostałym zakresie

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Rakoniewice w Rakoniewicach i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez PKS Gorzów Wlkp. Sp. z o.o. w Gorzowie Wielkopolskim tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Gminy Rakoniewice w Rakoniewicach na rzecz PKS Gorzów Wlkp. Sp. z o.o. w Gorzowie Wielkopolskim kwotę 12.200,61 zł (słownie: dwanaście tysięcy dwieście dwadzieścia złotych 61 groszy) stanowiącą zwrot uzasadnionych kosztów strony poniesionych z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu pełnomocnika na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Rakoniewice w Rakoniewicach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem są przewozy uczniów do szkół podstawowych i przedszkoli wraz z opieką na terenie Gminy Rakoniewice na podstawie biletów miesięcznych.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych 18 czerwca 2020 r. pod numerem 551787-N-2020. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania wykonawca PKS Gorzów Wlkp. Sp. z o.o. w Gorzowie Wielkopolskim wniósł odwołanie 15 lipca 2020 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 2 pkt 5) lit. a) w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp przez wybranie oferty T. B. w Wolsztynie jako najkorzystniejszej, pomimo iż wykonawca nie spełniał warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych samodzielnie, co deklarował w ofercie, zatem zamawiający nie miał podstaw do dokonania wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej,
2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie oceny oferty T. B. w sposób nierzetelny, niezgodny ze stanem faktycznym, a także zasadami określonymi w siwz i przyznanie T. B. w kryterium oceny ofert „Spełnianie przez pojazdy przeznaczone do realizacji zamówienia normy EURO4” maksymalnej liczby punktów – 20, pomimo iż wykonawca nie złożył wraz z ofertą dokumentów potwierdzających, że zadeklarowane w ofercie pojazdy (zresztą nieoznaczone co do tożsamości, co w ogóle uniemożliwiało ich weryfikację na dzień złożenia oferty) spełniały wymogi, normy EURO 4 co powinno skutkować przyznaniem przez zamawiającego temu wykonawcy 0 punktów w tym kryterium, a ponadto z dokumentów przekazanych przez wykonawcę dopiero na wezwanie zamawiającego, a nie wraz z ofertą wynikało, iż część pojazdów wymienionych w ofercie ww. wykonawcy nie spełniała normy EURO 4,

3. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie zbadania, czy wobec T. B. zachodzą podstawy wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, pomimo iż z dokumentów będących w posiadaniu zamawiającego wynika, iż nie wykazał on samodzielnego spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, pomimo iż deklarował on w ofercie taki stan rzeczy, co w konsekwencji mogło doprowadzić do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp, gdyby wykonawca nie wykazał na wezwanie zamawiającego, iż dysponuje 5 pojazdami do realizacji zamówienia spełniającymi wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako „siwz” i w związku z tym odrzucenia jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp.
4. art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp i art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia T. B., pomimo iż wykonawca przez złożenie w ofercie oświadczenia o spełnianiu przez pojazdy wskazane do realizacji zamówienia normy EUR04 i niekompletnych dokumentów, mógł wywołać u zamawiającego mylne wyobrażenie co do rzeczywistego stanu rzeczy, co miało istotne znaczenie przy podejmowaniu przez niego decyzji co do wyboru najkorzystniejszej oferty, co w konsekwencji powinno skutkować odrzuceniem jego oferty;
5. art. 2 pkt 5) lit. a) w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp przez niewybranie oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, pomimo iż ww. wykonawca spełniał wszystkie warunki udziału w postępowaniu i nie zachodziły wobec niego podstawy do wykluczenia a jego oferta miała najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert określonych przez zamawiającego w siwz;
6. naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie przez zamawiającego postępowania w sposób nie zapewniający równego traktowania wykonawców i dokonanie czynności oraz zaniechanie dokonania czynności opisanych powyżej, przez co oferta T. B. została oceniona w sposób nierzetelny, niezgodny ze stanem faktycznym i stanem prawnym.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty tj. oferty Tomasza Barskiego,
2. powtórzenia badania ofert i oceny ofert i przyznanie T. B. 0 punktów w kryterium oceny ofert „Spełnianie przez pojazdy przeznaczone do realizacji zamówienia normy EURO 4”, a w przypadku uznania, że nadal jest to oferta najwyżej punktowana w rankingu ofert wezwanie T. B. na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia wykazu sprzętu, z którego będzie wynikać, iż dysponuje on samodzielnie 5 pojazdami do realizacji zamówienia spełniającymi wymagania siwz, a w przypadku gdyby

wykonawca nie wykazał tego warunku samodzielnie wykluczenie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz odrzucenie jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp, ewentualnie wykluczenie T. B. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp, oraz odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp, i w konsekwencji nakazanie zamawiającemu powtórzenie oceny ofert i wybranie oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł również o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wpisu, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa i kosztów zastępstwa procesowego przed Izba.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że w wyniku badania i oceny ofert jako najkorzystniejsza została wybrana oferta T. B., która uzyskała 100 pkt (60 pkt w kryterium „Cena”; 20 pkt w kryterium „Termin płatności”, i 20 pkt w kryterium „Spełnianie przez pojazdy przeznaczone do realizacji zamówienia normy EUR04”). Oferta odwołującego otrzymała 83,62 pkt (43,62 pkt w kryterium „Cena”; 20 pkt w kryterium „Termin płatności”, i 20 pkt w kryterium „Spełnianie przez pojazdy przeznaczone do realizacji zamówienia normy EURO4 ”).

Odwołujący podniósł, że zamawiający w siwz w rozdziale IV „Warunki udziału w postępowaniu wymagane od wykonawców ubiegających się o niniejsze zamówienie publiczne w pkt 2.2 lit. b) wskazał, że wykonawca w celu spełnienia warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej winien wykazać dysponownie min. pięcioma pojazdami nie starszymi niż 20 lat o opisanym wyposażeniu. T. B. w odpowiedzi wskazał w ofercie, że do realizacji umowy przeznaczy 5 pojazdów spełniających normę EURO wg zestawienia:

1. Mercedes Sprinter - EURO VI,
2. Irisbus Ares - EURO IV,
3. Neoplan - EURO IV,
4. Neoplan - EURO IV,
5. Mercedes - EURO IV.

Na stronie 2 oferty w pkt 4 T. B. oświadczył, że nie będzie polegał na zasobach podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Złożył oświadczenie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie polega na zasobach innych podmiotów celem wykazania warunków udziału w postępowaniu. Podobnie w oświadczeniu dotyczącym braku podstaw do wykluczenia stwierdził, że nie powołuje się na zasoby innego podmiotu. T. B. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego złożył wykaz sprzętu, w którym w pozycji 5 wskazał pojazd Mercedes Travego stanowiący własność podwykonawcy.

Wskazując na te okoliczności odwołujący wywiódł, że nie sposób uznać dysponowanie przez T. B. pojazdem bezpośrednio, nie jest to bowiem najem, dzierżawa, leasing, użyczenie czy inna forma bezpośredniego dysponowania sprzętem, nawet przy

założeniu, że podwykonawca będzie realizował część umowy, co T. B. wskazał w ofercie. Niezbędne jest złożenie wraz z ofertą zobowiązania podmiotu trzeciego albo innego dokumentu służącego do wykazania udostępnienia wykonawcy potencjału technicznego określonego w siwz na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 Pzp. Zobowiązanie podmiotu trzeciego albo inny dokument, służący wykazaniu udostępnienia wykonawcy potencjału przez podmiot trzeci w zakresie określonym w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, stanowi potwierdzenie, że określony potencjał dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu został wykonawcy faktycznie udostępniony.

Odwołujący wywiódł, że zamawiający, oceniając spełnianie warunków udziału w postępowaniu w oparciu o wstępne oświadczenia, w szczególności jednolity europejski dokument zamówienia, dokonuje także oceny braku podstaw do wykluczenia z postępowania podmiotów trzecich. W celu dokonania takiej oceny zamawiający musi dysponować pełną informacją o tym, że w ogóle potencjał podmiotu trzeciego powinien podlegać jego wstępnej ocenie. Dla osiągnięcia takiego celu konieczne jest złożenie przez wykonawców wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zobowiązania podmiotu trzeciego.

Odwołujący zarzucił, że T. B. zawarł umowę najmu dwóch pojazdów typu Neoplan już po otwarciu ofert i tylko na potrzeby spełnienia warunku siwz, co potwierdza obowiązywanie umowy od 1 września 2020 r. Powinien zatem zostać przez zamawiającego wezwany do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem technicznym, tj. 5 pojazdami, i w przypadku niewykazania spełniania tego warunku wykluczony z postępowania a jego oferta winna zostać odrzucona. Wybór oferty T. B. był co najmniej przedwczesny.

Odwołujący podniósł, że zamawiający dokonał oceny oferty T. B. z naruszeniem siwz w kryterium oceny ofert „Spełniania przez pojazdy przeznaczone do realizacji zamówienia normy EURO 4. Zamawiający w siwz poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, że jeżeli wykonawca nie załączy do treści oferty dokumentu potwierdzającego spełnianie tej normy, zamawiający uzna, że wykonawca nie posiada pojazdów spełniających minimum normie EURO 4 i przyzna w tym kryterium 0 punktów. T. B. nie załączył dokumentów potwierdzających spełnianie przez pojazdy wskazanie w treści oferty normy EURO 4. Nie dokonał nawet identyfikacji pojazdów co umożliwiłoby zamawiającemu ich sprawdzenie pod kątem spełniania normy EURO 4. Dokumenty w tym zakresie dołączył dopiero na wezwanie zamawiającego.

Nadto odwołujący wskazał, że T. B. oświadczył w ofercie, iż dysponuje 5 pojazdami spełniającymi normę EURO 4, na skutek czego otrzymał w kryterium oceny ofert pn. „Spełnianie przez pojazdy przeznaczone do realizacji zamówienia normy EURO4” maksymalną liczbę

punktów, tj. 20 choć część pojazdów nie spełniała normy EURO 4. Wywiódł, że w kserokopii dowodu rejestracyjnego autobusu Mercedes Benz Travego rok prod. 2002 nr rej. PWL43222 widnieje wpis w adnotacjach "Poziom emisji spalin - EURO IV" - zgodnie z załącznikiem 2a rozporządzeniem Ministra Infrastruktury zał. nr 3 w sprawie szczegółowych czynności organów w sprawach związanych z dopuszczeniem pojazdu do ruchu oraz wzorów dokumentów w tych sprawach. Takiego wpisu urząd może dokonać na podstawie oświadczenia producenta pojazdu lub jego upoważnionego przedstawiciela, albo na podstawie roku produkcji pojazdu, przyjmując zasady: EURO III od 2000 do 2004 roku, EURO IV od 2005 do 2007 r. T. B. nie przedstawił żadnego dokumentu od producenta pojazdu poświadczającego spełnienie normy EURO 4, natomiast z roku produkcji wynika, że spełnia on normę EURO 3. Dlatego zamawiający nie miał podstaw' do uznania, że pojazd spełnia normę EURO 4.

Odwołujący zarzucił, że ze złożonych przez T. B. kserokopii pierwszych stron dowodów rejestracyjnych dwóch autobusów NEOPLAN o nr rej. PG036792 oraz PG035349 z roku 2005, nie sposób zweryfikować spełnienia przez pojazdy normy EURO 4. W dokumentacji nie ma kserokopii drugich stron dowodów rejestracyjnych, na których powinny znajdować się wpisy dokonane w adnotacjach, m.in. poziom emisji spalin tych autobusów. Z uzyskanej przez odwołującego informacji pochodzącej z bazy serwisowej producenta pojazdu po wpisaniu numeru VIN autobusu o nr rej. PG036792 wynika, że autobus posiada klasę emisji EURO 3. Również drugi zadeklarowany autobus marki Neoplan o nr rej. PG035349 spełnia jedynie normę emisji spalin BORO 3, co wynika z informacji z bazy serwisowej. Na dowód tych twierdzeń odwołujący złożył zdjęcia.

W związku z tym odwołujący podniósł, że oferta T. B. powinna uzyskać 80 pkt, a nie 100. Wówczas to oferta odwołującego byłaby najwyżej oceniona w rankingu, otrzymała bowiem 83,64 pkt. Zamawiający nie powinien zatem wzywać tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów i badać jej pod kątem spełniania warunków podmiotowych lecz odwołującego.

Odwołujący zarzucił również, że niekompletne dokumenty i zapewnienia, co do spełniania norm EURO4 przez pojazdy wskazane w ofercie, złożone przez T. B. mogły u zamawiającego wywołać mylne wyobrażenie, co miało istotne znaczenie przy podejmowaniu przez niego decyzji co do wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący ocenił, że na rynku istnieją „pseudo” firmy montuje „filtry cząstek stałych”, które następnie wystawiają zaświadczenia, że pojazd po zamontowaniu takiego filtra spełnia normę EURO 4. Takie zaświadczenie jest wystarczające, aby pojazd zarejestrować w systemie poboru opłat ViaToll jako spełniający normę EURO 4, jednak ono nie stanowi podstawy prawnej do zamieszczenia, w adnotacjach dowodu rejestracyjnego odpowiedniego wpisu. Dlatego, zdaniem odwołującego, T. B. nie załączył ksera drugiej strony dowodu rejestracyjnego dla autobusów Neoplan. Gdyby zamawiający miał realną wiedzę na temat emisji spalin pojazdów

wskazanych przez wykonawcę, nie przyznałby mu punktacji w kryterium oceny ofert pn. spełnianie przez pojazdy przeznaczone do realizacji zamówienia normy EURO4, a jego oferta nie uzyskałaby w rankingu najwyższej punktacji, co w konsekwencji spowodowałoby, że to oferta odwołującego uzyskałaby najwyższą punktację i to jego oferta podlegałaby badaniu podmiotowemu, co do spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wykonawca T. B. w Wolsztynie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z 20 lipca 2020 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, na którą nie stawili się zamawiający i przystępujący. Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący powołuje wymagania zamawiającego opisane w siwz zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy, zatem ponowne ich przytaczanie jest zbędne. Jedynie uzupełniająco należy wskazać, że zamawiający wykorzystuje tzw. procedurę odwróconą opisaną w art. 24aa ust. 1 Pzp.

Zamawiający ocenił ofertę T. B. jako najkorzystniejszą i wezwał go do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W odpowiedzi wykonawca złożył m.in. wykaz autobusów oraz kopie dwóch stron dowodów rejestracyjnych dla autobusów: Mercedes Trivago, Mercedes Sprinter oraz Irisbus Ares. Dla autobusów Neoplan złożył kopie pierwszych stron dowodów rejestracyjnych oraz wydruk z systemu ViaToll. Dokumenty te zostały złożone w celu potwierdzenia spełnianie przez oferowane pojazdy wymagań normy EURO4.

Izba ustaliła również na podstawie formularza ofertowego odwołującego, że w celu uzyskania punktów w kryterium spełnianie normy EURO 4 pięciu autobusów ze wskazaniem ich marki, typu, roku produkcji oraz normy EURO.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, który złożył

ofertę z najniższą ceną, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie podzieliła wniosków wywodzonych przez zamawiającego i przystępującego z faktu posłużenia się przez zamawiającego tzw. procedurą odwróconą. Zgodnie z art. 24aa ust. 1 Pzp zamawiający dokonuje oceny ofert, a następnie bada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Do dokonania wezwania do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu niezbędne jest zatem przeprowadzenie oceny ofert i ustalenie, która z ofert jest ofertą najkorzystniejszą. Tej właśnie czynności oceny ofert zamawiający dokonał z rażącym naruszeniem art. 91 Pzp, gdyż całkowicie pominął wymagania opisane w siwz. Prawdą jest, że zamawiający nie nakazał podania w formularzu ofertowym numeru rejestracyjnego autobusu lub numeru VIN. Niemniej jednak zamawiający jasno wskazał, że brak złożenia wraz z ofertą dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań normy EURO4 spowoduje nie przyznanie punktów kryterium spełniania wymagań normy EURO4. Skoro zamawiający nie ustalił przy tym katalogu dokumentów, z których ma wynikać potwierdzenie tego wymagania, wykonawcy mogli to uczynić za pomocą dowolnie wybranego przez siebie oświadczenia lub dokumentu. Mógł również uczynić to tak, jak zrobił to odwołujący, który wskazał markę oraz typ autobusu, rok produkcji oraz właściwą normę EURO. Ponieważ obowiązujące przepisy rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 27 września 2003 r. w sprawie szczegółowych czynności organów w sprawach związanych z dopuszczeniem pojazdu do ruchu oraz wzorów dokumentów w tych sprawach wiążą daną normę EURO z rokiem produkcji pojazdu mechanicznego, dane te były wystarczające do oceny oferty w kryterium spełniania wymagań normy EURO4. Tymczasem przystępujący w dwóch z pięciu wskazanych w formularzu ofertowym pojazdów wskazał markę i typ autobusu oraz normę EURO, w trzech pozostałych jedynie markę i normę EURO. Brak wskazania roku produkcji oraz niezłożenie przez przystępującego jakichkolwiek innych dokumentów dotyczących autobusów przewidzianych do wykonania umowy uniemożliwił w każdym przypadku potwierdzenie przez zamawiającego spełniania przez autobusy wymagań normy EURO4. Przystępujący zatem w tym kryterium oceny ofert nie powinien otrzymać punktów. Przyznanie mu przez zamawiającego maksymalnej liczby 20 pkt stanowiło naruszenie nie tylko art. 91 ust. 1 Pzp, ale również zasad wskazanych w art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający przez swoje działanie

faworyzował przystępującego kosztem odwołującego, pomimo tego, że wskazał on w swej ofercie informacje umożliwiające przyznanie mu punktów za spełnianie wymagań normy EURO4. Enigmatyczne informacje przedstawione przez przystępującego nie pozwalają na przyznanie mu punktów w tym kryterium. Niezasadnie powołują się zamawiający i przystępujący na złożenie tych dokumentów w odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Dostrzec bowiem trzeba, że warunkiem udziału w postępowaniu było posiadanie minimum 5 autobusów nie starszych niż 20 lat o cechach opisanych przez zamawiającego, czyli wyposażonych w sprawne, niezależne od silnika, ogrzewanie postojowe i zabezpieczenie przed otwarciem wszystkich drzwi sterowane z kokpitu kierowcy.

Spełnianie wymagań normy EURO4 nie było zawarte w opisie warunku, zatem tym bardziej logiczne było przedstawienie informacji dotyczących spełniania tej normy już na etapie składania ofert przez wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w tym postępowaniu, tak jak tego wymagał zamawiający.

W konsekwencji do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu zamawiający powinien wezwać odwołującego, a nie przystępującego. Przystępujący w kryterium spełniania przez autobusy normy EURO4 powinien otrzymać 0 pkt, zatem jego oferta nie powinna być uznana za najkorzystniejszą. Naruszenie przez zamawiającego art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez pominięcie zasad oceny ofert opisanych w siwz miało zatem wpływ na wynik postępowania, co przyniosło skutek w postaci uwzględnienia odwołania.

Pozostałe zarzuty odwołania dotyczące spełniania przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale IV pkt 2.2 lit. b) siwz nie znalazły potwierdzenia.

Przystępujący w wykazie złożonym na wezwanie zamawiającego wskazał na potrzeby wykonania zamówienia pięć autobusów, z których dwa stanowią jego własność, a trzema dysponuje na podstawie umów najmu. Umowy te, zawarte 20 i 22 czerwca 2020 r., a zatem przed upływem terminu składania ofert w dniu 26 czerwca 2020 r. złożył zamawiającemu wraz z wykazem. Spełnianie przez te autobusy wymagania zamawiającego dotyczącego wieku i wyposażenie pojazdów nie jest sporne. Istotą sporu jest to, czy najem autobusów uzasadnia wskazanie ich jako znajdujących się w dyspozycji wykonawcy. Zdaniem odwołującego najem autobusów stanowi powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego.

W ocenie składu orzekającego przystępujący dysponuje autobusami przeznaczonymi do wykonania zamówienia i nie musiał w tym celu powoływać się na zasoby podmiotu

trzeciego. Dysponowanie sprzętem niezbędnym do wykonania zamówienia może mieć charakter bezpośredni, gdy wykonawca jest właścicielem sprzętu, w tym przypadku autobusów, albo pośredni, gdy dysponuje nimi na podstawie innego tytułu prawnego, przykładowo umowy najmu, dzierżawy lub leasingu. Istotne jest tutaj władztwo nad rzeczą, które zostało wykazane za pomocą umów najmu.

T. B., ani na etapie składania ofert, ani w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie wskazywał podmiotu trzeciego, na którego sprzęcie polega w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca w formularzu ofertowym oświadczył, że nie polega na zasobach innych osób, zastrzegł natomiast, że część zamówienia zamierza wykonać przy pomocy podwykonawcy.

Okoliczność, iż w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w pozycji nr 5 wykazu sprzętu podał, że pojazd Mercedes Travego stanowi „własność podwykonawcy” nie oznacza, że nie przysługuje mu do niego tytuł prawny, czy że nie dysponuje on zdolnością techniczną do realizacji zamówienia. Autobusy Neoplan wymienione w pozycji nr 3 i 4 wykazu sprzętu wykonawca wynajął od osoby trzeciej D. D. i w wykazie sprzętu oznaczył je jako „najem”. Mercedes Travego stanowi własność podwykonawcy, zgłoszonego w formularzu ofertowym, przy pomocy którego wykonawca będzie realizował część zamówienia. Wykonawca dysponuje tytułem prawnym także i do tego pojazdu, zatem dysponuje potencjałem technicznym wymaganym w siwz tj. pięcioma pojazdami nie starszymi niż 20 lat,

W tym stanie rzeczy brak jest podstaw do wezwania przystępującego do uzupełnienia wykazu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Izba uznała również, że przystępujący nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Jak Izba wskazała wcześniej, zamawiający nie ustalił sposobu wykazywania przez wykonawców spełniania przez pojazdy przeznaczone do wykonywania zamówienia normy EURO4. Wobec tego oraz sformułowaniu zarzutu odwołania wyłącznie na podstawie nieuprawdopodobnionych przypuszczeń zarzut ten został uznany za niewykazany przez wykonawcę.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł oraz koszty dojazdu pełnomocnika odwołującego na posiedzenie w łącznej kwocie 4.720 zł 61 gr zgodnie z § 3 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 poz. 972).

Przewodniczący: