

Sygn. akt: KIO 2051/17

WYROK

z dnia 16 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Przemysław Dzierzędzki
Danuta Dziubińska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 października 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w 29 września 2017 r. przez wykonawcę **M. Sp. z o. o., (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Transportu Miejskiego, (...)**,

przy udziale **M. P. K. Sp. z o. o., (...)**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu - Zarządowi Transportu Miejskiego w Kielcach - unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego M. Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert.
2. kosztami postępowania obciąża **Zarząd Transportu Miejskiego, (...)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **M. Sp. z o. o., (...)** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Zarządu Transportu Miejskiego, (...)** na rzecz **M. Sp. z o. o., (...)** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Zarząd Transportu Miejskiego w K. - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest wykonywanie usług przewozowych w komunikacji miejskiej w K. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 kwietnia 2017 roku pod poz. 2017/S 067-126355.

W dniu 29 września 2017r. Odwołujący – M. sp. z o.o. – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności Zamawiającego polegające na:

1. dokonaniu oceny złożonych ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej M. sp. z o.o.,
2. wykluczeniu Odwołującego w związku z niespełnieniem wymogów określonych w pkt 13.4 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo, iż zgodnie ze złożonymi dokumentami i wyjaśnieniami, spełnia on wymogi określone w SIWZ,
2. art. 26 ust. 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie przygotowania parkingu, co w konsekwencji doprowadziło do wykluczenia Odwołującego z postępowania;
3. § 2 ust. 4 pkt 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 roku poz. 1126) poprzez jego zastosowanie pomimo, że Zamawiający w trakcie toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia nie żądał dokumentów wskazanych w § 2 ust. 4 pkt 4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, oraz obowiązek ich złożenia nie wynikał z treści SIWZ
4. § 2 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów poprzez jego zastosowanie pomimo, iż wskazany przepis odnosi się wyłącznie do dokumentów dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej Wykonawcy, podczas gdy spełnianie przez M. Sp. z o.o. warunków udziału w postępowaniu w powyższym zakresie nie było kwestionowane przez Zamawiającego.

5. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W konsekwencji Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego;
4. dokonania ponownego badania i oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a w tym zakresie: uznanie spełnienie przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu ewentualnie wezwania Odwołującego do uzupełnienia wyjaśnień w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu;
5. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy KIO 745/17, 760/17, w szczególności wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 kwietnia 2017 roku wydanego w przedmiotowej sprawie;
6. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy oraz KIO 883/17 KIO 1399/17, w szczególności postanowień Krajowej Izby Odwoławczej o umorzeniu postępowań w w/w sprawach;
7. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy KIO 1527/17, w szczególności protokołu i wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 sierpnia 2017 roku wydanego w przedmiotowej sprawie;

Ponadto Odwołujący wniósł o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania i nakazanie Zamawiającemu wypłaty na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów niniejszego postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego w kwocie wynikającej z faktury VAT, która zostanie przekazana przez Odwołującego przed zamknięciem rozprawy.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący podniósł, że wykluczenie wykonawcy M. sp. z o.o. z udziału w postępowaniu jest całkowicie niezasadne oraz nie znajduje podstaw faktycznych i prawnych. Jediną wskazaną przez Zamawiającego w „informacji o wynikach” z dnia 21 września 2017r. podstawą wykluczenia Odwołującego był brak możliwości przystosowania zajezdni do wymogów Zamawiającego w określonym 5 miesięcznym terminie od dnia podpisania umowy ze względu na terminy niezbędnych, zdaniem Zamawiającego, decyzji

administracyjnych. Dla Odwołującego już *prima facie* teza o braku możliwości spełnienia przez wykonawcę „przyszłego” warunku, na którego spełnienie ma on zgodnie z SIWZ 5 miesięcy od dnia podpisania umowy jest całkowicie niezrozumiała i bezpodstawsza. Odwołujący powołał orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15lipca 2015r Sygn. akt KIO 1397/15, który odnosił się do podobnego stanu faktycznego. Wskazał, że w orzeczeniu KIO 68/16 z dnia 3 lutego 2016r. Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła pogląd, że „wątpliwości zamawiającego nie mogą stanowić podstawy do wykluczenia, wezwanie do uzupełnienia musi być precyzyjne, a zamawiający wykluczając wykonawcę musi mieć pewność, że wykonawca nie spełnia postawionego warunku”. Odwołujący podniósł, że Zamawiający konstruując warunek udziału wskazał na jakiej podstawie będzie dokonywał oceny spełniania tego warunku przez wykonawców i jakich dokumentów będzie żądał na potwierdzenie spełniania tego warunku („na potwierdzenie należy załączyć oświadczenie na załączniku nr 7 do SIWZ”). Wobec zapisów jasno sformułowanych przez Zamawiającego, dokumentem potwierdzającym spełnienia przez wykonawcę warunku określonego w pkt 13.4 jest oświadczenie wykonawcy zgodne z załącznikiem nr 7 do SIWZ. Zamawiający nie wymagał od wykonawców przedstawienia w tym zakresie jakichkolwiek innych dokumentów. Odwołujący stwierdził, że już samo twierdzenie Zamawiającego, że wykonawcy w przysługującym terminie 5 miesięcy od podpisania umowy, nie uda się uzyskać wymaganych decyzji administracyjnych umożliwiających przystosowanie bazy autobusowej do wymagań postawionych w SIWZ jest całkowicie dowolne i poparte dokumentami stanowiącymi jedynie „opinie prywatne” strony (opinia prawna oraz opinia biegłego sporządzone na zlecenie Zamawiającego). Opinie te bazują tylko i wyłącznie na wyliczonych potencjalnie terminach uzyskania decyzji administracyjnych, a także na potencjalnych twierdzeniach Zamawiającego, że takie decyzje administracyjne w ogóle będą wykonawcy wymagane do przystosowania bazy do warunków przedstawionych w SIWZ. Zastanawiające wydaje się, na jakiej tak naprawdę podstawie Zamawiający oraz pozostałe podmioty, na które powołuje się Zamawiający (autor opinii prawnej, Prezydent Miasta K., biegły będący autorem opinii) stwierdzili, że decyzje te będą wymagane, skoro na obecny moment nie wiedzą one jakie technologie zamierza w procesie inwestycyjnym wykorzystać Wykonawca (wybór takich technologii należy oczywiście do samego Wykonawcy, skoro Zamawiający nie narzucał w SIWZ konkretnych wymogów oraz rozwiązań technicznych) oraz jaki zakres prac jest niezbędny do przystosowania wskazanej przez Wykonawcę zajezdni do wymogów SIWZ, a wręcz starają się wskazywać na pewien zakres prac, o których specyfikacja kompletnie nie wspomina.

W zakresie warsztatu Odwołujący, odnosząc się do opinii biegłego, na którą powołał się Zamawiający, wykazując, że nie jest możliwym w terminie 5 miesięcy zrealizowanie prac związanych z przygotowaniem warsztatu, podniósł, że jest mu wiadome na jakiej podstawie biegły, a w ślad za biegłym także Zamawiający, przyjmuje w/w zakres prac, skoro SIWZ nie stawia Wykonawcy żadnych wymogów w zakresie bram, wejść, a tym bardziej układu pomieszczeń socjalnych lub doświetleń. Orzecznictwo KIO wyraźnie wskazuje, że określonych w SIWZ warunków udziału w postępowaniu, nie można interpretować rozszerzająco, ani domniemywać na podstawie ogólnych twierdzeń zawartych w specyfikacji. W zakresie kanałów naprawczych, należy także zaznaczyć, że budynek warsztatowy ma posiadać sześć stanowisk wyposażonych w kanały naprawcze lub podnośniki. Wykonawca nie musi więc w ogóle wykonywać na hali warsztatowej dodatkowych kanałów naprawczych, ale umieścić w niej odpowiednią ilość podnośników, co z pewnością jest w stanie zrobić w terminie dużo krótszym niż 5 miesięcy. Z ostrożności procesowej wskazał, że szacowany przez Zamawiającego czas przeprowadzenia prac budowlanych i uzyskania decyzji, związanych ze zmianą sposobu użytkowania przedmiotowego budynku jest nieuprawniony i znacznie zawyżony. Odwołujący podniósł, że nie można zgodzić się z twierdzeniami Zamawiającego, że każda ze spraw o wydanie decyzji o warunkach zabudowy oraz decyzji o pozwoleniu na budowę jest sprawą szczególnie skomplikowaną w rozumieniu Kodeksu postępowania administracyjnego. Oczywistym jest, że zgodnie z wolą ustawodawcy, zakwalifikowanie postępowania administracyjnego do spraw szczególnie skomplikowanych jest pewnym wyjątkiem i powinno odbywać się jedynie w szczególnych przypadkach skomplikowania danego stanu faktycznego, sytuacji precedensowej, nadzwyczajnej. W żadnym wypadku nie można zakwalifikować sprawy administracyjnej do niniejszej kategorii wyłącznie w oparciu o przedmiot postępowania tak jak czyni to Zamawiający w przedstawionej opinii biegłego, co w oczywisty sposób czyni rozważania Zamawiającego w tym zakresie subiektywnymi i jedynie hipotetycznymi. W ocenie Odwołującego można odnieść wrażenie, że mają one na celu potwierdzenie, z góry wybranej przez Zamawiającego przyczyny wykluczenia. Odwołujący wskazał, że Państwo A. i L. T. w dniu 29 lutego 2016 r. wystąpili o wydanie decyzji o warunkach zabudowy dla hali usytuowanej na działce 362/26 i przedmiotową decyzję uzyskali w dniu 18 kwietnia 2016r. a zatem w terminie 1,5 miesiąca, po uprzednim uzupełnieniu braków formalnych. Zważywszy na fakt, iż krąg podmiotów, którym przysługiwał będzie status strony w przedmiotowym postępowaniu został już ustalony w w/w postępowaniu, należy założyć, że postępowania toczące się z wniosku Wykonawcy, również

zostaną rozpatrzone w zbliżonym terminie. (dowód: decyzja o warunkach zabudowy z dnia 18 kwietnia 2016 roku.)

Zdaniem Odwołującego, niemożność uzyskania decyzji w przewidzianych terminach jest więc założeniem czysto teoretycznym, odnoszącym się do okoliczności tak naprawdę przyszlých i niemożliwych do przewidzenia. Uznał, że dywagacje Zamawiającego, dotyczące konieczności uzyskania decyzji administracyjnych, terminów ich uzyskania, są jedynie przypuszczeniami, które nie znajdują potwierdzenia w rzeczywistości. Zamawiający pominął również możliwość skracania terminów uprawomocnienia się decyzji, która wynika z art. 127a. § 1 k.p.a. Już samo skrócenie okresu uprawomocnienia się decyzji (o łącznie 28 dni) pozwoli na przeprowadzenie procesu inwestycyjnego w terminie wskazanym w SIWZ. bowiem nawet założenia przyjęte przez ekspertów Zamawiającego - w przypadku warsztatu - wskazywały minimalny czas przeprowadzenia inwestycji 5,6 miesiąca. Ponadto wskazał, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 kwietnia 2017r (Sygn. akt 745/17, 760/17) odnosiła się do przedstawionego przez Wykonawcę żądania zmiany SIWZ przez Zamawiającego w zakresie terminu pozwalającego na przygotowanie się do świadczenia usług na rzecz Zamawiającego, wskazując: „Oczywistym jest, że przed uzyskaniem zamówienia wykonawca nie zatrudni kierowców, nie dokupi autobusów, ani nie musi kupić lub też wdzierzać obiektów bazy transportowej. Wystarczającym jest przedłożenie zobowiązania dysponenta, że w razie uzyskania przez wykonawcę zamówienia, zostanie zawarta umowa dająca wykonawcy tytuł prawny do władania odpowiednią do wymagań SIWZ bazą transportową, z możliwością jej dostosowania do szczegółowych wymagań SIWZ. W przeciwnym bowiem wypadku zostałby naruszony art 29 ust 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust 1 Pzp, gwarantujący równe traktowanie wykonawców z przestrzeganiem zasad uczciwej między nimi konkurencji i równego dostępu do zamówienia, gdyż z góry dawałby przewagę dotychczasowemu wykonawcy zamówienia. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia ma być ukształtowana w ten sposób, aby złożenie ofert mogło się odbywać w porównywalnych warunkach, z wyrównaniem szans wobec dotychczasowego wykonawcy usługi, który z przyczyn obiektywnych znajduje się w najlepszej sytuacji, może zawrzeć nową umowę bez specjalnych przygotowań i nakładów, o ile zamawiający nie zmienia radykalnie warunków zamówienia. Mając na uwadze powyższe oraz fakt, że zgodnie z§9 ust 1 umowy, stanowiącej załącznik nr 10 do SIWZ w przypadku nie rozpoczęcia świadczenia usług w terminie, (Organizator) zamawiający rozwiąże umowę w trybie natychmiastowym, bez zachowania okresu wypowiedzenia, Izba uznała, że zmiana zaskarżonego zapisu jest konieczna i uzasadniona. Wykonawca musi przynajmniej

częściowo pozyskać autobusy, zakupić używane lub nowe, jeżeli nie będzie miał możliwości alokacji dotychczas posiadanych, dostosować autobusy do wymaganej kolorystyki, wyposażyć je w wyznaczone urządzenia pokładowe, zatrudnić pracowników i dostosować bazę transportową do szczegółowych wymagań. Izba nie zgodziła się jednak z odwołującym, który postulował udzielenie okresu na wdrożenie i rozpoczęcie usługi na rzecz zamawiającego - wynoszącego 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy. W ocenie Izby wystarczającym terminem będzie 5 miesięcy od daty zawarcia umowy." Odwołujący wskazał także, że nie bez znaczenia jest fakt, iż w postępowaniu KIO 745/17 i KIO 760/17 Zamawiający wskazywał, iż termin 5 miesięcy będzie wystarczający na dostosowanie nieruchomości innych niż MPK Sp. z o.o. w K. do wymogów SIWZ. Idąc tokiem rozumowania Zamawiającego, w chwili obecnej - po przedstawionych przez Zamawiającego opiniach i ekspertyzach, przyjmując wskazane w nich terminy na dostosowanie zajezdni za prawidłowe - należy przyjąć, że żadna nieruchomość usytuowana na terenie miasta Kielce, we wskazanym terminie nie może zostać dostosowana do wymogów SIWZ.

Odwołujący wskazał, że pismo Prezydenta Miasta Kielce z dnia 14 września 2017r., w którym Prezydent stwierdza, że Odwołujący nie podjął żadnych czynności zmierzających w kierunku przystosowania bazy do wymogów SIWZ jest absurdalne, a wymagania Zamawiającego, aby wykonawcy jeszcze przed udzieleniem zamówienia podejmowali czynności związane z przygotowaniem infrastruktury niezbędnej do realizacji zamówienia, nie znajdują potwierdzenia w przepisach ustawy Pzp. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej dnia 2 września 2010, sygn. akt KIO 1756/10 Wykonawcy nie mają żadnego obowiązku przygotowywania się do realizacji zamówienia, którego jeszcze nie uzyskali z tej tylko przyczyny, że Zamawiający nie uwzględnił właściwego terminu na przygotowanie się do świadczenia usług na zasadach równości wykonawców. Takie działanie byłoby w oczywisty sposób nieracjonalne i generowałoby dla tych podmiotów ogromne ryzyko ekonomiczne. W prosty sposób można wyobrazić sobie przecież sytuację, w której wykonawca zainwestowałby znaczne środki finansowe w zakup i rozbudowę nieruchomości pod zajezdnię, a następnie jego oferta nie zostałaby wybrana, co prowadziłoby z pewnością do znacznej straty finansowej po stronie takiego podmiotu, a w skrajnych przypadkach nawet do jego upadłości.

W zakresie myjni, Odwołujący wskazał, że SIWZ ogranicza się do stwierdzenia, że na terenie bazy musi znajdować się „myjnia umożliwiająca codzienne mycie autobusów”. Zauważył, że SIWZ w żaden sposób nie stawia warunków w przedmiocie zastosowanej przez Wykonawcę technologii codziennego mycia autobusów. O możliwości skorzystania z urządzeń nie wymagających zezwoleń i decyzji, o których pisze Zamawiający, Odwołujący wskazywał w wyjaśnieniach z dnia 26 lipca 2017 roku. Ponadto na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 1 sierpnia 2017 roku Odwołujący przedstawiał oferty na urządzenia, które mogłyby wykorzystać do czasu uruchomienia myjni automatycznej. Odwołujący składał wówczas oświadczenie, że co prawda myjnia automatyczna jest docelowo planowana przez Odwołującego, jednak do czasu uzyskania stosownych zezwoleń i decyzji, korzystał będzie z mobilnych myjni parowych. (dowód: protokół rozprawy z dnia 1 sierpnia 2017r: KIO 1527/17). Odwołujący zaznaczył, że rynek urządzeń i technologii mycia pojazdów zapewnia szeroki wybór możliwości zapewniających brak konieczności ubiegania się wskazane przez Zamawiającego pozwolenie wodno-prawne. Są to m. in. urządzenia zapewniające system recyrkulacji wody oraz urządzenia pozwalające na mycie przy użyciu pary, co eliminuje konieczność odprowadzania ścieków wymagającą dodatkowych zezwoleń. (dowód: oferta K. - tajemnica przedsiębiorstwa, oferta Firmy O. - tajemnica przedsiębiorstwa, oferta P. G. C. i D. Sp. z o.o. - tajemnica przedsiębiorstwa Oferta A. S. wraz z ekspertyzą środowiskową dotyczącą wpływu na środowisko). Odwołujący wskazał na przepisy art. 122 ust. 1 pkt 11 oraz art. 9 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 18 lipca 2001 Prawo wodne i podniósł, że w przypadku mycia pojazdów przy pomocy urządzeń generujących tzw. suchą parę oraz bez użycia w tym celu środków chemicznych, nie powstają ścieki przemysłowe w rozumieniu ustawy Prawo wodne, a zatem nie jest konieczne uzyskanie pozwolenia wodnoprawnego. (dowód: pismo Pomorskiej Grupy Czystości i Dozoru sp. z o.o. z dnia 25 lipca 2017r).

Odnośnie parkingu, Odwołujący wskazał, że w SIWZ wymagano, aby baza transportowa jakiej wymaga się do wykonawców miała co najmniej 25 000 m² z przeznaczeniem na miejsca parkingowo-postojowe oraz umożliwiała postój 150 autobusów. Odwołujący zauważył, że SIWZ w żaden sposób nie precyzuje jak wskazane miejsca parkingowo-postojowe mają wyglądać, w jakiej technologii mają być wykonane oraz jakie mają mieć wymiary. Co więcej należy stwierdzić, że teren bazy zaproponowanej przez Wykonawcę, już w obecnej chwili umożliwia postój 150 autobusów na terenie, który jest utwardzony nawierzchnią asfaltowo-betonową. a w części tłuczniem, co wynika także z oględzin dokonanych przez Zamawiającego i sporządzonego protokołu tej czynności. Wskazał, że

wobec braku jakiegokolwiek legalnej definicji parkingu, co więcej, że Zamawiający operuje w SIWZ pojęciem „miejsca postojowo- parkingowe” oraz, że wymogiem jest tak naprawdę, żeby wskazana baza umożliwiała postój 150 autobusów, należy uznać, że już w chwili obecnej baza zaproponowana przez wykonawcę spełnia powyższy warunek. Wykonawca nie musi więc wykonywać żadnych dodatkowych czynności, a jedynie drobne doraźne remonty nawierzchni, które nie wymagają uzyskania jakichkolwiek decyzji administracyjnych. Całkowicie niezgodne z prawdą jest więc twierdzenie Zamawiającego o konieczności budowy nowego parkingu, konieczności uzyskiwania w tym celu decyzji administracyjnych w tym tzw. decyzji środowiskowej (dowód: dokumentacja fotograficzna - 4 szt.).

Z ostrożności wskazał, że na terenie wytypowanej przez Wykonawcę bazy są również wytyczone w pewnym zakresie konkretne miejsca parkingowe. Przyjmując więc nawet konieczność wyznaczenia dodatkowej liczby miejsc i zakładając, że będzie się to wiązało z przeprowadzeniem procedur administracyjnych wskazywanych przez Zamawiającego, z pewnością nie będzie to oznaczało konieczności uzyskania decyzji środowiskowej, gdyż brakująca powierzchnia wytyczonych miejsc nie przekroczy wynikającej z rozporządzenia powierzchni 0,5 ha, która kwalifikowałaby takie przedsięwzięcie do przedsięwzięć mogących znacząco oddziaływać na środowisko.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp Odwołujący podniósł, że pismem z dnia 20 lipca 2017 roku Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów, co do możliwości wybudowania warsztatu i myjni. Co prawda Zamawiający w przedmiotowym piśmie opisywał procedurę budowy parkingu, jednak nie wskazywał, iż w tym zakresie również kwestionuje możliwości Odwołującego, co oznacza, że wykluczenie Odwołującego na w/w podstawie jest co najmniej przedwczesne. Instytucja wezwania wykonawcy ma za zadanie odformalizować postępowanie zobowiązując zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia stosownych uzupełnień zarówno w sytuacji ich niezłożenia, jak i w sytuacji, gdy zawierają one błędy. Zamawiający ma przy tym obowiązek wezwać wykonawcę wskazując na czym polega okoliczność wymagająca wyjaśnienia bądź uzupełnienia. W sytuacji, gdy zamawiający dopiero później dopatry się także i innych okoliczności, które tak samo jak wcześniejsza, wymagają wyjaśnienia lub uzupełnienia, winien on tak samo jak wcześniej, wezwać wykonawcę do wypowiedzenia się w tym temacie. W innej sytuacji mielibyśmy do czynienia z iluzorycznością art. 26 ust. 3 Pzp. Jego funkcja ochronna byłaby bowiem uzależniona od tego, czy zamawiający w dniu wystosowania wezwania dostrzegł istniejące wątpliwości w dokumentacji wykonawcy. W konsekwencji sytuacja wykonawcy byłaby uzależniona od staranności działania ze strony

zamawiającego - jeżeli zamawiający w pierwszym wezwaniu nie wskazałby na wszystkie wątpliwości, a podniósłby jedynie na część z nich, wykonawca uzupełniając dokumenty w pełni zgodnie z wezwaniem i tak zostałby wykluczony z postępowania, gdyż zamawiający (przyjmując rozumowanie zamawiającego w niniejszej sprawie] nie mógłby go wezwać ponownie do uzupełnienia dokumentacji w zakresie okoliczności pierwotnie nie kwestionowanych przez zamawiającego.

W zakresie zarzutu naruszenia § 2 ust. 4 pkt 4 oraz § 2 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, Odwołujący podniósł, że nie miały one zastosowania w niniejszym postępowaniu. Z Informacji o wynikach z dnia 21 września 2017 roku wynika, iż Zamawiający na poparcie swojego stanowiska wskazał, że przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia zastosował przepis § 2 ust. 4 pkt 4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Należy jednak zaznaczyć, że ZTM w K. w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej nie żądał od Wykonawców dokumentów w postaci: opisu urządzeń technicznych oraz środków organizacyjno - technicznych zastosowanych przez Wykonawcę w celu zapewnienia jakości oraz opisu zaplecza naukowo - badawczego posiadana przez Wykonawcę lub które będzie pozostawało w dyspozycji Wykonawcy. Ponadto nawet gdyby Zamawiający żądał od M. Sp. z o.o. wskazanych dokumentów byłoby to niezgodne z przepisem art. 25 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, gdyż obowiązek ich złożenia nie wynikał z treści SIWZ.

W zakresie zarzutu naruszenia przepisu § 2 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów należy wskazać, że - jak wynika z pisma ZTM w K. z dnia 21 września 2017 roku - Zamawiający konstruując warunek udziału w postępowaniu wziął pod uwagę przepis § 2 ust. 3 rozporządzenia. Przepis ten odnosi się jednak wyłącznie do dokumentów dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej Wykonawcy, podczas gdy spełnianie przez M. Sp. z o.o. warunków udziału w postępowaniu w powyższym zakresie nigdy nie było kwestionowane przez Zamawiającego.

W konsekwencji Odwołujący wskazał na naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, wskazując, że ZTM w K. o wykluczeniu spółki M. Sp. z o.o. i wybraniu oferty MPK w K. jako najkorzystniejszej została podjęta z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Po pierwsze, nie jest dopuszczalne uzależnianie rozstrzygnięcia przetargu od czyjejkolwiek „woli politycznej”. Po drugie, Zamawiający przygotowując i przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego nie

może faworyzować jednych wykonawców, a innym uniemożliwiać bądź utrudniać udziału w postępowaniu, gdyż wszyscy wykonawcy powinni mieć umożliwiony równy dostęp do udziału w postępowaniu. W zakresie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp Odwołujący podniósł, że od wszystkich wykonawców należy bowiem egzekwować wymagania na tych samych warunkach i w ten sam sposób. Zasada równego traktowania nie pozwala faworyzować ani dyskryminować wykonawców z jakiegokolwiek powodu, poza rygorami przewidzianymi dla zapewnienia uczciwej konkurencji. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w takiej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wszystkich wykonawców (tak: J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, Legalis). Powszechnie znanym jest fakt, iż w chwili składania ofert gotową bazę transportową spełniającą wymagania, o których mowa w pkt 13.4 SIWZ posiada jedynie MPK Sp. z o.o. w K. Inni przedsiębiorcy tj. M. Sp. z o.o. muszą mieć możliwość dostosowania obiektów, które wykażą jako swój potencjał techniczny, do szczegółowych wymagań SIWZ. Spółka M. Sp. z o.o. dysponuje terenem na bazę transportową o powierzchni minimum 2,5 ha w granicach administracyjnych miasta K., jednak musi dostosować posadowione na nim budynki do wymagań określonych w SIWZ, co wbrew twierdzeniom Zamawiającego jest w stanie zrobić w terminie 5 miesięcy od dnia podpisania umowy. Na marginesie należy zauważyć, że w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 745/17, 760/17 Zarząd Transportu Miejskiego w K. stał na stanowisku, że termin 6 czy 5 miesięcy na wdrożenie i rozpoczęcie świadczenia usługi jest nadmierny, natomiast w chwili obecnej twierdzi, że termin ten jest niewystarczający na dostosowanie nieruchomości do wymogów SIWZ.

Porównując sytuację MPK w K. oraz M. Sp. z o.o. należy wskazać, iż w niniejszym postępowaniu ZTM w K. nie zagwarantował Wykonawcom równego traktowania oraz nie przestrzega zasad uczciwej konkurencji między nimi.

Zamawiający, nie zgadzając się ze stanowiskiem Odwołującego, wniósł pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie (dokument w aktach sprawy).

Na podstawie dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne oraz dopuszczonej jako dowód w sprawie dokumentację poprzednich postępowań odwoławczych, w tym: w tym: wyroku KIO z dnia 26 kwietnia 2017r. Sygn. akt 745/17, 760/17, wyroku z dnia 3 sierpnia 2017r. Sygn. akt KIO 1527/17, postanowienia o umorzeniu sprawy o Sygn. akt KIO 883/17i 1399/17 a także mając na uwadze stanowiska stron i uczestnika postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

W dniu 9 czerwca 2017r. Zamawiający dokonał otwarcia ofert, w postępowaniu zostały złożone dwie oferty: M. P. K. Sp. z o.o. w K. oraz M. Sp. z o.o. (dalej Odwołujący). Odwołujący zaoferował średnią stawkę - 6,07zł/km, zaś M. P. K. sp. z o.o. - 6,57zł/km. Obaj wykonawcy zadeklarowali 30 - dniowy termin płatności.

Oferta Odwołującego została oceniona przez Zamawiającego najwyżej wg ustalonych kryteriów oceny ofert (średnia cena brutto za1km - 60% oraz termin płatności - 40%), dlatego Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia. Odwołujący, na wezwanie Zamawiającego w dniu 22 czerwca 2017r. złożył przedmiotowe dokumenty.

W dniu 23 czerwca 2017r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że dniu 27 czerwca 2017r. Komisja Przetargowa dokona sprawdzenia czy baza transportowa odpowiada wymaganiom SIWZ. W odpowiedzi, Odwołujący potwierdził możliwość przeprowadzenia wizji w wyznaczonym terminie i przedstawił Zamawiającemu umowę dzierżawy nieruchomości z dnia 16 maja 2017r. Odwołujący wskazał jednak, że w jego ocenie wizja lokalna jest przedwczesna, gdyż dostosowanie zajezdni do wymogów SIWZ ma nastąpić na dzień rozpoczęcia świadczenia usług, zgodnie z wyrokiem z dnia 27 kwietnia 2017r. sygn. akt KIO 745/17, 760/17, gdzie Krajowa Izba Odwoławcza przesądziła o tym, że wybrany wykonawca w czasie od zawarcia umowy do rozpoczęcia świadczenia usług będzie mógł dostosować obiekt do wszystkich szczególnych wymagań SIWZ.

W dniu 27 czerwca 2017r. odbyła się wizja lokalna, w której brali udział przedstawiciele Zamawiającego oraz wykonawcy. Z przeprowadzonej wizji został sporządzony protokół, który stanowi dowód w sprawie. Wynika z niego, że teren bazy jest o powierzchni 25 000 m² - utwardzony, odwodniony, dwa wjazdy ze szlabanami, ogrodzenie terenu - planowane dodatkowe oświetlenie miejsc parkingowych, ogrodzony stale, utwardzenie - utwardzona nawierzchnia, asfaltowo – betonowa, część utwardzona tłuczniem, monitoring tereny czynny, do modernizacji, obiekt chroniony całodobowo, budynek warsztatowy - 18m dł pomieszczenie biurowe, kanały naprawcze lub podnośniki - hala w budowie, 6 stanowisk, 1

kanal +podnośniki zbudowano w części starej hali, dyspozytornia – w budynku biurowo – administracyjnym, myjnia - stanowisko myjni i krótkiego OC przed parkowaniem – stara hala wymiary ok. 26x17m, możliwość wjazdu autobusów: od strony ul. Przędzowej, instalacja wodna i sanitarna jest, budynek administracyjno – biurowy.

W dniu 4 lipca 2017r. (pismo z dnia 3 lipca w aktach sprawy) Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłożenia decyzji ustalającej warunki zabudowy dla nieruchomości, mającej stanowić bazę transportową, określającej warunki zabudowy myjni dla autobusów, parkingu oraz przeznaczenia hali na warsztat naprawczy, w którym będą dokonywane przeglądy i naprawy autobusów. Zamawiający wskazał w piśmie, że przedłożenie tych dokumentów pozwoli ustalić czy na dzierżawionej nieruchomości będzie możliwe zorganizowanie bazy transportowej w okresie pięciu miesięcy do zawarcia umowy. Zamawiający wezwał także do złożenia wyjaśnień, w jaki sposób wykonawca zapewni dysponowania bazą transportową przez okres obowiązywania umowy na świadczenie usług przewozowych skoro, jak wynika z § 7 ust. 1 umowy dzierżawy, wydzierżawiający może umowę rozwiązać za uprzednim miesięcznym okresem wypowiedzenia.

W odpowiedzi, w dniu 7 lipca 2017r., Odwołujący złożył wymagane wyjaśnienia i załączył decyzję nr 112/2016 o warunkach zabudowy z dnia 18 kwietnia 2016r. ustalającą warunki i szczegółowe zasady zagospodarowania terenu i jego zabudowy dla inwestycji budowa hali magazynowej z częścią biurowo- socjalną oraz ekspozycyjną. Jednocześnie, Odwołujący nie zgadzając się z czynnością Zamawiającego polegającą na wezwaniu go do złożenia dokumentów, niewymienionych w SIWZ poinformował, że składa na tę czynność odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący załączył także oświadczenie wydzierżawiającego nieruchomości p. T. z dnia 8 czerwca 2017r., w której potwierdzono, że w przypadku udzielenia wykonawcy zamówienia, wydzierżawiający zobowiązuje się do niekorzystania z uprawnienia do wypowiedzenia umowy przez czas świadczenia usług przewozowych.

W dniu 10 lipca 2017r. Zamawiający uwzględnił zarzuty Odwołującego w zakresie naruszenia art. 25 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp. W konsekwencji Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie (postanowienie z dnia 18 lipca 2017r. Sygn. akt KIO 1399/17).

W dniu 14 lipca 2017r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, ponownie wezwał Odwołującego do wyjaśnienia umowy dzierżawy zawartej dnia 16 maja 2017r. przez wskazanie numerów działek ewidencyjnych, ich powierzchni oraz budynków na nich położonych i ich aktualnie pełnionych funkcji, które są przedmiotem dzierżawy o powierzchni

25 000m². Zamawiający wezwał także do wskazania jakie niezbędne działania będą podjęte w celu dostosowania wskazanej nieruchomości do wymogów bazy transportowej określonych w pkt 13.4 SIWZ. Ponadto Zamawiający wezwał do oznaczenia na nieruchomości budynków, które będą pełniły funkcje warsztatu z sześcioma stanowiskami wraz niezbędnym wyposażeniem umożliwiającym dokonywanie przeglądów i napraw, myjni, a także miejsc postojowych dla autobusów.

W dniu 17 lipca 2017r. Odwołujący złożył wyjaśnienia dotyczące umowy dzierżawy, podał nr ewidencyjne działek, złożył także aneks nr 1 do umowy dzierżawy z dnia 2 czerwca 2017r., gdzie podano większą ilość działek ewidencyjnych oraz zmianie uległ § 2 umowy w zakresie powierzchni dzierżawionej nieruchomości z 25 000m² na co najmniej 25 000m². Odwołujący w piśmie tym wskazał także na niezbędne czynności jakie zamierza podjąć w celu dostosowania nieruchomości do wymogów SIWZ oraz przedłożył mapę, na której zaznaczył granice nieruchomości będącej przedmiotem dzierżawy oraz budynki, które będą pełniły funkcję warsztatu z sześcioma stanowiskami (kanałami naprawczymi lub podnośnikami), myjnię i miejsca postojowe dla autobusów.

W dniu 20 lipca 2017r. Zamawiający poinformował Odwołującego, iż uznał, że przedłożone dokumenty i wyjaśnienia nie potwierdzają spełnienia opisanego warunku w zakresie dysponowania bazą transportową. W związku z tym Zamawiający wezwał do złożenia

- wyjaśnień i przedstawienia dowodów, co do możliwości wybudowania warsztatu i myjni, wraz z harmonogramem działań tak aby udowodnić Zamawiającemu, iż możliwe to jest w okresie 5 miesięcy od dnia zawarcia umowy, mając na uwadze procedury administracyjne, terminy uprawnomocnienia się decyzji oraz okres faktycznych prac budowlanych i remontowych niezbędnych do powstania bazy,

- wyjaśnień jaka jest podstawa prawna posiadania dodatkowej części nieruchomości przez Wydzierżawiającego i na jakiej podstawie Wydzierżawiający oddał w dzierżawę przedmiotową nieruchomość Spółce. Zamawiający wskazał, że mając na uwadze, iż poprzednie wyjaśnienie nie udowodniło w żaden sposób dysponowania bazą transportową Zamawiający po raz kolejny – na zasadzie art. 26 ust. 4 Pzp – wzywa do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami potwierdzającymi spełnienie warunku podmiotowego w zakresie dysponowania bazą transportową w wymaganym zakresie. Wskazał, że w przypadku braku możliwości udowodnienia powyższych kwestii z uwagi na 5 miesięczny okres na wykonanie bazy transportowej i konieczności zawarcia umowy w pierwszych dniach sierpnia wzywa Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do wskazania nowej lokalizacji bazy transportowej nie później niż do 26 lipca br. godz. 12.00 w taki sposób, aby Zamawiający nie miał żadnych

wątpliwości co do spełnienia warunku podmiotowego w zakresie dysponowania bazą transportową.

W odpowiedzi, w piśmie z dnia 24 lipca 2017r, Odwołujący złożył wyjaśnienia podając harmonogramy planowanych prac oraz określając przyjęte terminy wydania i uprawomocnienia się decyzji administracyjnych, koniecznych w ocenie Odwołującego. Jednocześnie Odwołujący poinformował, że w jego ocenie wezwanie do złożenia wyjaśnień jaka jest podstawa posiadania dodatkowej części nieruchomości przez p. T. jest niezgodne przepisami ustawy Pzp i w związku z tym złożył odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej.

Pismem z dnia 25 lipca 2017r. Zamawiający, odpowiadając na pismo z dnia 24 lipca, wskazał, że uznaje wyjaśnienia Odwołującego w zakresie podstawy prawnej i faktycznej zawartej umowy najmu, nie uznaje wyjaśnień w zakresie dysponowania myjnią. Podał, że wskazany budynek na działce 362/29, w którym planowana jest myjnia samochodowa znajduje się obecnie w złym stanie technicznym – zgodnie z uzyskaną z Urzędu Miasta K. informacją. W świetle powyższego wymaga on niezbędnego remontu w celu jego przystosowania do założonych celów i uzyskania niezbędnych decyzji administracyjnych. Zamawiający nie uznał także wyjaśnień w zakresie dysponowania budynkiem warsztatowym, który również wymaga remontu. Wskazał, że samo uzyskanie decyzji administracyjnych niezbędnych do uruchomienia myjni i warsztatu przekracza okres 5 miesięcy na utworzenie bazy.

W dniu 26 lipca 2017r. Odwołujący wskazał, że nie przedstawi nowej lokalizacji bazy transportowej nie tylko dlatego, że na terenie miasta K. nie ma nieruchomości, która mogłaby te warunki spełnić na dzień składania ofert -poza zajezdnią M. P. K. sp. z o.o. w K., ale także dlatego, że w ocenie Spółki wymóg jest nadmierny i nieuzasadniony. W ocenie spółki Zamawiający dysponuje instrumentami, które będzie mógł zastosować w przypadku niedostosowania zajezdni do wymogów SIWZ, jednak powyższa sytuacja może mieć miejsce po upływie 5 miesięcy od dnia zawarcia umowy, a nie na etapie oceny ofert.

Pismem z dnia 31 lipca 2017r. Zamawiający, uwzględnił odwołanie w części dotyczącej żądania wyjaśnień w zakresie podstawy prawnej posiadania dodatkowej nieruchomości przez p. T. oraz złożenia wyjaśnień na jakiej podstawie Wydierżawiający wydierżawili Odwołującemu nieruchomość. Zamawiający nie uwzględnił odwołania w części dotyczącej kwestionowania prawidłowości i zasadności wezwania do złożenia wyjaśnień i dowodów co do możliwości przystosowania warsztatu i myjni wraz z harmonogramem działań. Wyrokiem z dnia 3 sierpnia 2017r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie, wskazując na brak możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp (sygn.

akt KIO 1527/17).

W dniu 21 września 2017r. Zamawiający poinformował o wynikach postępowania, podając, że ofertę ważną z najwyższą ilością punktów wg kryteriów oceny ofert złożył wykonawca M. P. K. Sp. z o.o. Jednocześnie Zamawiający poinformował, że wykluczył z postępowania wykonawcę M. Sp. z o.o. w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, gdyż wykonawca ten nie spełnił wymogu określonego w pkt 13.4 SIWZ. W uzasadnieniu faktycznym decyzji Zamawiający podał, że warunek z pkt 13.4 SIWZ nie został spełniony, bowiem sentencja wyroku z dnia 27 kwietnia 2017r. sygn. akt 745/17 oraz 760/17 wskazywała jednoznacznie na obowiązek spełnienia powyższego warunku w terminie 5 miesięcy od dnia zawarcia umowy zaś z dokumentów uzyskanych przez Zamawiającego od Prezydenta Miasta K., wynika jednoznacznie, że same terminy uzyskania poszczególnych decyzji administracyjnych związanych z przystosowaniem przedmiotowej bazy do wymogów SIWZ wykraczają poza ten termin. W związku z czym przystosowanie bazy w wymaganym 5-miesięcznym terminie jest niemożliwe.

Zamawiający wskazał, że w dniu 31 sierpnia 2017r. uzyskał opinię prawną obsługującej do Kancelarii, z której również wynika, że wykonawca podlega wykluczeniu z powodu braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu bazą transportową. Opinia ta zalecała powołanie biegłego na zasadzie art. 21 ust.4 Pzp, który potwierdzi przedmiotową kwestię.

Zamawiający wskazał także, iż Komisja Przetargowa w wyniku oględzin zweryfikowała oświadczenie wykonawcy w zakresie jego bazy transportowej, następnie Zamawiający podjął działania zmierzające do uzyskania informacji od Prezydenta Miasta K. w zakresie możliwości dostosowania posiadanej bazy do wymogów SIWZ oraz umowy. W wyniku korespondencji uzyskał pisma Prezydenta Miasta K. z dnia 20 lipca 2017r. znak AB-I.6740.4.171.2017.II oraz z dnia 25 lipca 2017r. znak: AB- I -6740.4.171.2017.II.

Zamawiający, zarządzeniem z dnia 7 września 2017r, 27/2017 powołał biegłego w trybie art. 21 ust. 1 Pzp, prof. dr hab. Inż. J. Z. P. oraz zespół badawczo -opiniujący reprezentujący Politechnikę Świętokrzyską w K. Z opinii tej wynika, że przedmiotowy warunek nie będzie spełniony, albowiem: najkrótszy termin uzyskania niezbędnych decyzji i przeprowadzenia realizacji procesu inwestycyjnego wynosi 5,6 miesięcy (warsztat) i 8,1 miesięcy (myjnia i parking). Ze względów eksploatacyjnych i konieczności oddania do użytku wszystkich obiektów minimalnym okresem realizacji jest 8,1 miesięcy, zatem nie ma żadnej możliwości spełnienia wymogu SIWZ w zakresie 5- miesięcznego okresu na przystosowanie bazy transportowej do wymogów SIWZ. Dodatkowo Zamawiający zwrócił się do Prezydenta Miasta K. z zapytaniem jakie działania zmierzające do uzyskania koniecznych decyzji administracyjnych związanych z przystosowaniem bazy do wymogów SIWZ podjął M. Sp. z

o.o. Z uzyskanych w dniu 14 września 2017r. od Prezydenta Miasta K. informacji (pismo znak AB-I. 6740.4.171II) wynika, że wykonawca nie podjął żadnych czynności zmierzających w kierunku przystosowania bazy do wymogów SIWZ. Zamawiający, ostatecznie przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy, zwrócił się do Prezydenta Miasta K. z zapytaniem czy istnieje możliwość skrócenia terminów uzyskania decyzji administracyjnych koniecznych do przystosowania bazy do wymogów SIWZ. Pismem z dnia 19 września 2017r. Prezydenta Miasta K. wyjaśnił, że podane w poprzedniej korespondencji terminy są terminami minimalnymi, które mogą ulec wyłącznie wydłużeniu. Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu spółki M. z udziału w postępowaniu.

W zakresie postanowień SIWZ, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z postanowieniem pkt 13.4 SIWZ, zmodyfikowanym w dniu 19 kwietnia 2017r., o zamówienie publiczne mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują lub będą dysponować bazą transportową umożliwiającą postój 150 autobusów o powierzchni nie mniejszej niż 25000m² i budynkiem warsztatowym z co najmniej sześcioma stanowiskami (kanały naprawcze lub podnośniki) wraz z niezbędnym wyposażeniem umożliwiającym dokonywanie przeglądów i napraw zlokalizowaną w granicach administracyjnych Miasta Kielce oraz myjnią.

Zamawiający wskazał, że na potwierdzenie tego warunku należy załączyć oświadczenie wykonawcy złożone na załączniku nr 7 do SIWZ.

W pkt 12.1 SIWZ Zamawiający podał, że z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

W Załączniku nr 1 do SIWZ Zamawiający podał Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia.

W pkt 10 na str. 23 Załącznika nr 1 Zamawiający podał, że wykonawca zobowiązany jest dysponować bazą transportową zlokalizowaną w granicach administracyjnych miasta K., umożliwiającą całodobowy postój autobusów. Teren bazy powinien:

- a. posiadać co najmniej 25 000 m² z przeznaczeniem na miejsca parkingowo - postojowe dla autobusów,
- b. zapewniać ruch bezkolizyjny,
- c. być zorganizowany zgodnie z przepisami BHP i p.poż.
- d. być ogrodzony i utwardzony,
- e. być chroniony i monitorowany całodobowo.

Na terenie bazy musi znajdować się:

- a. budynek warsztatowy z co najmniej sześcioma stanowiskami (kanały naprawcze lub podnośniki) – po modyfikacji z dnia 19 kwietnia 2017 r.- wraz z niezbędnym wyposażeniem umożliwiającym dokonywanie przeglądów i napraw,

- b. dyspozytornia wyposażona w system łączności zapewniający stały kontakt z kierowcami, z przedstawicielami Zamawiającego oraz służbami ratowniczymi i policją,
- c. myjnia umożliwiająca codzienne mycie autobusów.

Jednocześnie z SIWZ Zamawiający wskazał, że termin rozpoczęcia świadczenia usług to 01.01.2018r., okres trwania umowy to 10 lat do 31.12.2027r.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając odwołanie spółki M. w wyroku z dnia 26 kwietnia 2017r. Sygn. akt KIO 745/17, 760/17, nakazała Zamawiającemu „wprowadzenie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowienia, że termin rozpoczęcia realizacji usług przewozowych przez wybranego wykonawcę zamówienia, nie będzie krótszy niż 5 miesięcy od daty zawarcia umowy i zamieszczenie ww. postanowienia w sposób spójny w odpowiednich dokumentach przetargu”.

Zamawiający, w dniu 8 maja 2017r., wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, dokonał modyfikacji pkt 10.1 SIWZ i nadał mu brzmienie o treści „rozpoczęcie świadczenia usług nastąpi po upływie pięciu miesięcy od dnia zawarcia umowy, nie wcześniej niż od 1.01.2018r. a zakończenie świadczenia usług nastąpi z dniem 31.12.2027r.” Tej samej treści postanowienie Zamawiający zamieścił w § 2 umowy, stanowiącej załącznik nr 10 do SIWZ. (modyfikacja SIWZ z dnia 12 maja 2017r.).

Jednocześnie, w dniu 8 maja 2017r., Zamawiający wprowadził modyfikację w § 9 ust. 2 umowy, wskazując, że „w przypadku nienależytego wykonywania umowy Organizator zastrzega sobie prawo rozwiązania umowy za uprzednim 1-miesięcznym wypowiedzeniem na koniec miesiąca kalendarzowego”.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek, określonych w art. 189 ust. 2 ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania.

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki do wniesienia odwołania, określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Podkreślić należy, że rolą Krajowej Izby Odwoławczej jest ocena zgodności działań Zamawiającego z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych oraz postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W rozpatrywanym postępowaniu odwoławczym przedmiotem oceny była czynność Zamawiającego z dnia 21 września 2017r. polegająca na

wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp z uwagi na niespełnienie przez ten podmiot wymagań określonych w pkt 13. 4 SIWZ.

Na wstępie wskazać należy, że ustalenie warunków udziału w postępowaniu jest jedną z kluczowych czynności zamawiającego, bowiem wpływa ono na krąg podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Warunki udziału w postępowaniu są definiowane i precyzowane przez samego zamawiającego w toku przygotowania postępowania o zamówienie publiczne i odnoszą się one do kwalifikacji podmiotowej danego wykonawcy, których spełnienie warunkuje możliwość udziału danego wykonawcy w postępowaniu o zamówienie publiczne. *A contrario* niespełnienie warunków podmiotowych stanowi przeszkodę w ubieganiu się o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba podkreśla, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem sformułowane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu nie podlegają wykładni rozszerzającej a wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego musi być oparte na obiektywnie i jednoznacznie dających się wykazać przesłankach. Kwalifikacja podmiotowa wykonawców może być dokonana wyłącznie w oparciu o postawione w ogłoszeniu i SIWZ wymagania oraz na podstawie żądanych dokumentów z zachowaniem zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji (*tak np. wyrok KIO z dnia 18 marca 2011r. Sygn. akt KIO 442/11*)

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, który legł u podstaw wykluczenia Odwołującego, z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne. Zgodnie z treścią warunku, określonego w pkt 13.4 SIWZ, który został zmodyfikowany w dniu 19.04.2017r Zamawiający wymagał, aby wykonawcy przystępujący do udziału w tym postępowaniu o zamówienie publiczne, wykazali, że dysponują lub będą dysponować bazą transportową umożliwiającą postój 150 autobusów o powierzchni nie mniejszej niż 25000m² i budynkiem warsztatowym z co najmniej sześcioma stanowiskami (kanały naprawcze lub podnośniki) wraz z niezbędnym wyposażeniem umożliwiającym dokonywanie przeglądów i napraw zlokalizowaną w granicach administracyjnych Miasta Kielce oraz myjnią. Zamawiający wskazał, że na potwierdzenie tego warunku należy załączyć oświadczenie wykonawcy złożone na załączniku nr 7 do SIWZ. Niespornym między stronami jest, że wykonawca M. Sp. z o.o. złożył w postępowaniu o zamówienie publiczne stosowne oświadczenie o dysponowaniu bazą transportową, spełniającą wymagania określone w treści warunku udziału w postępowaniu.

Z przywołanego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, który był podstawą wykluczenia Odwołującego nie wynika, aby pięciomiesięczny termin na dostosowanie bazy transportowej do wymagań Zamawiającego był objęty treścią referencyjnego warunku. Pięciomiesięczny termin liczony od zawarcia umowy do rozpoczęcia świadczenia usług, został wprowadzony na skutek modyfikacji SIWZ z dnia 12.05.2017r. (dokonanej w wyniku orzeczenia KIO z dnia 26 kwietnia 2017r. Sygn. akt KIO 745, 760/17) jako postanowienie dotyczące terminu rozpoczęcia świadczenia usługi. W tym zakresie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 kwietnia 2017r, uwzględniając odwołanie wykonawcy M. sp. z o.o. wskazała, m.in. *„Oczywistym jest, że przed uzyskaniem zamówienia wykonawca nie zatrudni kierowców, nie dokupi autobusów, ani nie musi kupić lub też wypożyczyć obiektów bazy transportowej. Wystarczającym jest przedłożenie zobowiązania dysponenta, że w razie uzyskania przez wykonawcę zamówienia, zostanie zawarta umowa dająca wykonawcy tytuł prawny do władania odpowiednią do wymagań SIWZ bazą transportową, z możliwością jej dostosowania do szczegółowych wymagań SIWZ. W przeciwnym bowiem wypadku zostałby naruszony art 29 ust 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust 1 Pzp, gwarantujący równe traktowanie wykonawców z przestrzeganiem zasad uczciwej między nimi konkurencji i równego dostępu do zamówienia, gdyż z góry dawałby przewagę dotychczasowemu wykonawcy zamówienia. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia ma być ukształtowana w ten sposób, aby złożenie ofert mogło się odbywać w porównywalnych warunkach, z wyrównaniem szans wobec dotychczasowego wykonawcy usługi, który z przyczyn obiektywnych znajduje się w najlepszej sytuacji, może zawrzeć nową umowę bez specjalnych przygotowań i nakładów, o ile zamawiający nie zmienia radykalnie warunków zamówienia. Mając na uwadze powyższe oraz fakt, że zgodnie z§9 ust 1 umowy, stanowiącej załącznik nr 10 do SIWZ w przypadku nie rozpoczęcia świadczenia usług w terminie, (Organizator) zamawiający rozwiąże umowę w trybie natychmiastowym, bez zachowania okresu wypowiedzenia, Izba uznała, że zmiana zaskarżonego zapisu jest konieczna i uzasadniona. Wykonawca musi przynajmniej częściowo pozyskać autobusy, zakupić używane lub nowe, jeżeli nie będzie miał możliwości alokacji dotychczas posiadanych, dostosować autobusy do wymaganej kolorystyki, wyposażyć je w wyznaczone urządzenia pokładowe, zatrudnić pracowników i dostosować bazę transportową do szczegółowych wymagań. Izba nie zgodziła się jednak z odwołującym, który postulował udzielenie okresu na wdrożenie i rozpoczęcie usługi na rzecz zamawiającego - wynoszącego 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy. W ocenie Izby wystarczającym terminem będzie 5 miesięcy od daty zawarcia umowy.”*

Zauważyć należy, że orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej nie zostało zaskarżone przez żadną ze stron i stało się prawomocne. Zamawiający, wykonując orzeczenie Krajowej Izby

Odwoławczej dokonał wyłącznie modyfikacji treści postanowień dotyczących terminu realizacji zamówienia, gdzie wprowadził 5- miesięczny termin na rozpoczęcie świadczenia usług liczony od dnia zawarcia umowy. Nie dokonał żadnych modyfikacji w treści warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt 13.4 SIWZ. W konsekwencji oznacza to, że okres 5- miesięcy na rozpoczęcie świadczenia usług nie stanowił warunku podmiotowego, przesądzającego o zakwalifikowaniu danego wykonawcy do udziału w postępowaniu, a zatem konsekwentnie nawet jego ewentualne niespełnienie nie może stanowić podstawy do wyeliminowania wykonawcy z udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne. Zgodzić się należy ze stanowiskiem Przystępującego, że aktualnie po nowelizacji ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016r. (Dz. U. poz. 1020), Zamawiający może wykluczyć wykonawcę na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, ale podkreślić należy, że wykluczenie to może mieć miejsce wyłącznie w przypadku niepotwierdzenia uprzednio zdefiniowanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu.

Zdaniem Izby, w analizowany stanie faktycznym wymaganie rozpoczęcia świadczenia usług w terminie 5 miesięcy należy ocenić wyłącznie jako wymaganie o charakterze przedmiotowym dotyczące zdarzenia przyszłego, którego zaistnienie ma nastąpić dopiero po podpisaniu umowy. Oznacza to tyle, że niespełnienie tego wymagania tj. niedochowanie 5 miesięcznego terminu na rozpoczęcie świadczenia usług, może rodzić negatywne skutki dla wykonawcy wynikające wyłącznie z postanowień projektu umowy typu kary umowne za nienależyte świadczenie usług czy też odstąpienie od umowy.

Skutki te mogą nastąpić w przyszłości, po podpisaniu umowy a na obecnym etapie postępowania o zamówienie publiczne, nawet hipotetyczny brak możliwości spełnienia tego wymagania nie może stanowić podstawy do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Już samo stwierdzenie tej okoliczności stanowi wystarczającą podstawę do uznania, że czynności Zamawiającego polegająca na wykluczeniu spółki M. była niezasadna. Okoliczność ta powoduje także, że wszelkie złożone przez Zamawiającego dowody potwierdzające brak możliwości dochowania 5 - miesięcznego terminu na przystosowanie nieruchomości wskazanej przez Odwołującego do wymagań opisanych w SIWZ są dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu nieprzydatne, zbędne.

Uzasadnienie faktyczne, na którym oparto czynność wykluczenia spółki M. z postępowania sprowadzało się do twierdzenia, że nie jest możliwym dochowanie przez tego wykonawcę 5 - miesięcznego terminu na dostosowanie dzierżawionej nieruchomości do wymagań postawionych w SIWZ. Jak wskazano powyżej, termin ten nie jest wprowadzony w SIWZ jako warunek udziału w postępowaniu, a zatem analiza w zakresie możliwości jego

zachowania nie może wpływać na ocenę podmiotową w przedmiotowym postępowaniu, a w konsekwencji na ewentualne wykluczenie wykonawcy. Nadto, twierdzenie to jest hipotetyczne i odnosi się do zdarzenia przyszłego, którego na tym etapie postępowania nie można w sposób jednoznaczny i obiektywny stwierdzić. Nie można zatem jeszcze przed podpisaniem umowy, *a priori* zakładać, że wykonawca nie spełni wymagań dotyczących bazy transportowej. Wszelkie rozważania w tym zakresie, w szczególności co do terminów w jakich zostaną wydane decyzje administracyjne to jedynie przypuszczenia, nie poparte żadnym wiarygodnym dowodem. Niezależnie od powyższego, oceniając powoływane przez Zamawiającego w Informacji o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu, pisma Prezydenta Miasta K., w których wskazano, że nie jest możliwym wydanie stosownych decyzji administracyjnych w terminie 5 miesięcy do zawarcia umowy, Izba zwróciła uwagę na fakt, że Miasto K. jest jednym z udziałowców w spółce M. P. K. sp. z o.o. Okoliczność ta wynika wprost z KRS MPK Sp. z o.o., złożonego w aktach sprawy. Mając na uwadze powyższe, Izba oceniła, że powoływane przez Zamawiającego dowody, pochodzące od organu wydającego decyzje administracyjne, który jednocześnie reprezentuje Miasto K. – udziałowca spółki, nie są dowodami o charakterze obiektywnym i wiarygodnym i mogą być one ocenione przez Izbę jedynie jako stanowisko strony, zainteresowanej konkretnym rozstrzygnięciem sporu. Podobnie, dowód w postaci opinii biegłego, powołanego przez Zamawiającego ma jedynie charakter opinii prywatnej, sporządzonej na zlecenie strony sporu.

Podkreślić także należy, że zarówno w treści warunku udziału w postępowaniu, który stał się podstawą wykluczenia z udziału w postępowaniu, jak również w załączniku nr 1 stanowiącym Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia brak było jakichkolwiek precyzyjnych wymagań co do rodzaju myjni, jaką należy zastosować przy świadczeniu usług, jak również częstotliwości mycia autobusów. Z tego względu, zupełnie nieuzasadnione jest twierdzenie Zamawiającego, że treść tych postanowień formułowała wymagania co do konieczności zastosowania myjni automatycznej. Wymagania określone w SIWZ w zakresie myjni są dość ogólne, jedynym wymaganiem w tym zakresie było zapewnienie „myjni umożliwiającej codzienne mycie autobusów”. W orzecznictwie wskazuje się, że do interpretacji postanowień SIWZ stosuje się art. 65 § 1 kodeksu cywilnego, a zatem interpretacji należy dokonywać kierując się przede wszystkim jej bezpośrednim brzmieniem i najbardziej prawdopodobnym rozumieniem przez ogół odbiorców (wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2010 r., sygn. KIO/UZP 1648//09). Jakakolwiek interpretacja rozszerzająca, nie wynikająca z literalnego brzmienia postanowień SIWZ nie jest dopuszczalna.

Z tych względów Izba uznała, że w rozpatrywanej sprawie, wykluczenie wykonawcy M. Sp. z o.o. zostało dokonane z naruszeniem przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp i nakazała jak w sentencji orzeczenia.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....