

WYROK

z dnia 18 stycznia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 grudnia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **LZ A. L., M. L. sp. j.; PKS Południe sp. z o.o.; I. K.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **I. K. "IREX"; METEOR sp. z o.o.; IREX-1 sp. z o.o.; IREX-2 sp. z o.o.** z siedzibą dla lidera w m. Zendek, ul. Główna 155A, 42-625 Zendek, w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Transportu Metropolitalnego** w Katowicach ul. Barbary 21a, 40-053 Katowice

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Maz. sp. z o.o.**, ul. Chełmońskiego 33, 05-825 Grodzisk Mazowiecki, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie;**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum: **LZ A. L., M. L. sp. j.; PKS Południe sp. z o.o.; I. K.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **I. K. "IREX"; METEOR sp. z o.o.; IREX-1 sp. z o.o.; IREX-2 sp. z o.o.** na rzecz zamawiającego: **Zarząd Transportu Metropolitalnego** w Katowicach kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zarząd Transportu Metropolitalnego w Katowicach (dalej: Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej: „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Wykonywanie usług autobusowego transportu publicznego na obszarze działania Zarządu Transportu Metropolitalnego, numer referencyjny: OP/14/ZP/11/21. Zamówienie zostało podzielone na siedem części. Wartość szacunkowa zamówienia została określona na kwotę przekraczającą progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 27 lipca 2021r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 143-381489.

Zamawiający 14 grudnia 2021 r. poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części II. Z zachowaniem terminu ustawowego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: LZ A. L., M. L. sp. j., PKS Południe sp. z o.o., I. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą I. K. „IREX”, METEOR sp. z o.o., IREX-1 sp. z o.o., IREX-2 sp. z o.o. (dalej łącznie: „Odwołujący”) wnieśli odwołanie w tej części wobec czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Maz. sp. z o.o. (dalej: „PKS” lub „Wykonawca”). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PKS, pomimo, że została ona złożona przez wykonawcę nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu;
- 2) art. 16 pkt 1 i 2 w związku z art. 116 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PKS, pomimo, że wykonawca ten nie posiada wymaganych zdolności do realizacji zamówienia z uwagi na zaangażowanie zasobów technicznych w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy, co może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia;
2.1. z ostrożności procesowej naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 w związku z art. 128 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie zażądania od PKS wyjaśnienia dotyczącego prawdziwości treści oświadczenia, co do posiadanego taboru tj. 4 szt. autobusów o długości 12m z roku 2021, względnie co do zaangażowania wskazanego taboru przy realizacji innych usług, których termin realizacji zamówienia pokrywa się z terminem realizacji przedmiotowego zamówienia;

2.2. z ostrożności procesowej naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 w związku z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania PKS uzupełnienia wykazu pojazdów, o których mowa w pkt 5.1 ppkt 3 oraz pkt 5.1 ppkt 3.1 do 3.7 SWZ, dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia (zgodnie ze wzorami stanowiącymi Załączniki nr 4a – 4g do SWZ) wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi pojazdami;

- 3) art. 16 pkt 1 i 2 w związku z art. 128 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c Pzp poprzez zaniechanie wezwania PKS do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w związku z niezłożeniem podmiotowego środka dowodowego dla wskazanej w wykazie usługi w zakresie lokalnego transportu zbiorowego na terenie miasta Ząbki, czym jednocześnie wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w specyfikacji warunku zamówienia w pkt 5.1. ppkt 2 lit. b, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert należycie wykonał lub wykonuje usługi przewozów regularnych zgodnie z ustawą o transporcie drogowym dla części II o łącznej pracy eksploatacyjnej nie mniejszej niż 5 750 000 [wozokm], w tym okresie, podczas gdy złożona referencja z Miasta Ząbki została wystawiona już po upływie terminu składania ofert, bo z dnia 25 listopada 2021 r.;
- 4) art. 16 pkt 1 i 2 w związku z art. 128 ust. 4 i 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c Pzp poprzez zaniechanie wezwania PKS do wyjaśnienia podmiotowego środka dowodowego w związku treścią referencji wystawionej przez Miasto Ząbki, która wskazuje na realizację usług na podstawie m.in. umowy z roku 2016, podczas gdy wykonawca ten wskazuje w wykazie usług tę usługę jako świadczoną od roku 2019 i wskazuje jednocześnie tę samą co w referencji ilość wozokilometrów, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w specyfikacji warunku zamówienia w pkt 5.1. ppkt 2 lit. b. Jednocześnie zamawiający przy tak rzucającej się w oczy rozbieżności, nie dokonał w tym zakresie żadnych własnych ustaleń z Miastem Ząbki;
- 5) art. 16 pkt 1 i 2 w związku z art. 239 ust. 1 Pzp, poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty PKS, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu, aby:

- 1) unieważnił czynność wyboru oferty złożonej przez PKS, jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonał ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem procedury wynikającej z art. 128 ust. 4 i 1 oraz 5 Pzp;

3) dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu Odwołujący m.in. wskazał, że Zamawiający w rozdz. 5 ust. 5.1 pkt 3.2 SWZ określił warunek udziału wskazujący na obowiązek wykazania przez wykonawcę że dysponuje pojazdami z homologacją spełniającymi wymagania określone w przepisach ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. - Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. z 2021 r. poz. 450, z późn. zm.) i przepisach wykonawczych do niej dla autobusów miejskiej regularnej komunikacji publicznej, w tym wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z 31 grudnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz. U. z 2016 r. poz. 2022 z późn. zm.). Dodatkowo ukształtowane zostały dalsze wymagania: 3.2) część II, Segment „Wschód B”: a) każdy pojazd wyprodukowany nie wcześniej niż w 2010 roku, spełniający normę emisji spalin nie niższą niż Euro 4, a ich średnia wieku nie przekracza 8 lat, b) cztery pojazdy typu BN i kolejne wymagania opisane w tym punkcie specyfikacji. Na potwierdzenie ww. warunku należało złożyć wykaz pojazdów, o których mowa w pkt 5.1 ppkt 3 oraz pkt 5.1 ppkt 3.1) do 3.7) SWZ, dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia (zgodnie ze wzorami stanowiącymi Załączniki nr 4a – 4g do SWZ) wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi pojazdami. Wykonawca przedłożył wykaz, jednak Odwołujący kwestionuje prawdziwość tego oświadczenia na dzień 10 listopada 2021r., co do:

- a) posiadanego taboru tj. 4 szt. autobusów o długości 12m z roku 2021;
- b) możliwości skierowania przez PKS do realizacji przedmiotowego zadania 4 szt. autobusów o długości 12m z roku 2021 r., z uwagi na zauważalną ekspansję PKS na rynku krajowej komunikacji miejskiej, w szczególności z uwagi na realizację długoterminowego (8 lat) przetargu ZTM cz. II 14/2016 na rzecz Miasta Stołecznego Warszawy, którego realizacja rozpoczęła się 23.08.2017 r.

Odwołujący podniósł, że PKS oświadczył, iż wskazany przez niego tabor stanowi jego „zasób własny”, zaś Zamawiający nie zbadał, jak Wykonawca rozumie to pojęcie i czy rozumienie jest zgodne z oświadczeniem złożonym w dokumencie JEDZ. Zdaniem Odwołującego przy tego typu wątpliwości Zamawiający miał obowiązek ją wyjaśnić w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp. W świetle art. 112 ust. 1 Pzp badanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu polega na ocenie zdolności wykonawcy do należytego wykonania tego konkretnego zamówienia, a nie na abstrakcyjnej ocenie zdolności wykonawcy. Wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie ma znaczenia wyłącznie formalnego, lecz powinno być postrzegane w aspekcie materialnym, czyli zdolności do wykonania zamówienia z należytą starannością. PKS nie dysponuje wymagany potencjałem technicznym, w szczególności nie dysponuje czterema autobusami o długości

12m z roku 2021. Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu powinien następnie zweryfikować ich spełnienie i podawane przez wykonawców informacje. Zamawiający ocenia warunki dotyczące zdolności technicznej i zawodowej m.in. przez pryzmat dostępności wymaganych zasobów do prawidłowego wykonania zamówienia. Wskazane przez wykonawcę PKS zasoby są już wykorzystywane do realizacji innych przedsięwzięć gospodarczych, co obiektywnie zagraża prawidłowej realizacji udzielanego zamówienia, zatem Zamawiający powinien uznać, że warunek nie jest spełniony. Przepis art. 116 ust. 2 Pzp ma zapobiec wyborowi wykonawcy, który wprowadzi formalnie odpowiednie zasoby posiada i wykazał ich posiadanie Zamawiającemu, jednakże te zasoby są już wykorzystywane do wykonywania innych umów lub własnych przedsięwzięć wykonawcy. Zaangażowanie w inne przedsięwzięcia powoduje więc, że zasoby nie mogą być wykorzystane do realizacji przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, a należyte wykonanie zobowiązania może być zagrożone. Ustawodawca zrównuje sytuację braku posiadania zasobów w ogóle z posiadaniem zasobów zaangażowanych w inne przedsięwzięcia, uznając, że wykonawca nie daje gwarancji prawidłowej realizacji umowy. Jak zauważyła Izba w wyroku z 11.02.2020 r., KIO 148/20, LEX nr 2923322: Sformułowanie «może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia publicznego» (...) należy wyklądać – mając na względzie art. 14 ust. 1 ustawy [przepis z poprzednio obowiązującej ustawy z 2004 r., którego odpowiednikiem jest art. 8 ust. 1] – przez pryzmat zasad wykonywania zobowiązań i skutków ich niewykonania, bądź nienależytego wykonania, przewidzianych w prawie cywilnym, mając na uwadze okoliczności konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a szczególnie zobowiązania, które przyjmuje na siebie dany wykonawca, z uwzględnieniem konieczności zabezpieczenia zarówno interesu wykonawcy, jak i zasady racjonalnego wydatkowania środków publicznych. Konsekwencją uchybień Zamawiającego jest przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, bowiem tylko prawidłowe stosowanie wszystkich przepisów ustawy Pzp pozwala na prowadzenie postępowania z zachowaniem tych zasad. Co więcej, emanacją respektowania zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest także skrupulatne weryfikowanie spełniania wszystkich warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, któremu udzielone zostać ma zamówienie, pamiętając, iż weryfikacja ta nie może być oderwana od podstawowego celu tego mechanizmu jakim jest udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Jak wskazano w komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza: „Z kolei art. 116 ust. 2 Pzp przewiduje warunek dyskwalifikujący zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy związany z posiadaniem przez niego sprzecznych interesów. (...) Art. 116 ust. 2 Pzp przyznaje zamawiającemu prawo do

zakwestionowania, na każdym etapie postępowania, zdolności technicznych lub zawodowych wykonawcy, jeżeli wykonawca ma sprzeczne interesy, które mogą mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Celem przepisu jest przeciwdziałanie sytuacjom sprzeczności interesów po stronie wykonawcy. Najczęściej dotyczy to sprzeczności interesów różnych klientów wykonawcy, jak np. powiązanie wykonawcy z konkurentem zamawiającego, ale zdarzają się również inne sytuacje. Przykładowo w postępowaniu o udzielenie zamówienia na audyt systemu informatycznego ofertę składa przedsiębiorca, który aktualnie świadczy usługi na rzecz wykonawcy tego systemu informatycznego; albo – żeby użyć innego przykładu – w przetargu na obsługę prawną zamawiającego startuje kancelaria prawna, która doradza firmie realizującej dla tego zamawiającego kluczowy kontrakt. W opisanych przypadkach powstaje wątpliwość, czy wykonawca będzie uwzględniał interes zamawiającego i lojalnie realizował zamówienie, czy też górę wezmą sprzeczne interesy własne wykonawcy lub innego klienta wykonawcy. Ze stylizacji przepisu („zamawiający może”) wynika, że ocena, czy taka sprzeczność interesów ma miejsce, należy wyłącznie do zamawiającego. Tylko od woli zamawiającego więc zależy, czy zakwestionuje zdolności wykonawcy. Jako przykład sprzecznych interesów ustawodawca podaje zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy. Chodzi zatem o usunięcie sprzeczności interesów polegającej na tym, że np. wykonawca, dysponując ograniczonymi zasobami techniczno-zawodowymi, nie angażuje ich w wykonanie zamówienia, którego dotyczy postępowanie, tylko skieruje je do realizacji zamówienia wykonywanego na rzecz innego klienta, uznając je za bardziej priorytetowe np. z powodu perspektyw otrzymania od tego klienta nowych zamówień. Natomiast przepis nie ma zastosowania do sytuacji, gdy wykonawca celem potwierdzenia spełnienia warunków dotyczących zdolności techniczno-zawodowych wskazuje osoby, urządzenia itp., które będą w tym samym czasie zaangażowane w realizację innego zamówienia dla tego samego zamawiającego. Trudno mówić w tym wypadku o sprzecznych interesach, skoro realizacja obu przedsięwzięć leży zarówno w interesie zamawiającego, jak i wykonawcy. W tego rodzaju przypadkach nie trzeba sięgać do art. 116 ust. 2 Pzp. Zamawiający może na ogólnych zasadach uznać, że wykonawca nie udowodnił, że będzie dysponował odpowiednimi zasobami na potrzeby realizacji zamówienia. W świetle art. 112 ust. 1 Pzp badanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu polega na ocenie zdolności wykonawcy do należytego wykonania tego konkretnego zamówienia, a nie na abstrakcyjnej ocenie zdolności wykonawcy. Wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie ma przecież znaczenia wyłącznie formalnego, lecz powinno być postrzegane w aspekcie materialnym, czyli właśnie zdolności do wykonania zamówienia z należytą starannością.” Sposób posiadania na dzień składania ofert i wykorzystania wskazanych zasobów powinno być przedmiotem wyjaśnień co najmniej z wykonawcą PKS, i w zależności od ich rzetelności

i wiarygodności zamawiający mógłby skorzystać z kolejnej procedury, tj. uzupełnienia wykazu pojazdów.

Następnie, uzasadniając swoje stanowisko dotyczące braku złożenia przez PKS podmiotowego środka dowodowego, Odwołujący podał, że zgodnie z pkt 7.3.1c SWZ: „w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.” Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415), referencje powinny być wystawione w okresie ostatnich trzech miesięcy. Skoro ustalony przez Zamawiającego termin składania ofert upłynął 10.11.2021 r., to referencje powinny być wystawione w okresie między 10.09.2021 r. a 10.11.2021 r. Tymczasem PKS przedłożył referencję od podmiotu obcego w stosunku do Zamawiającego, bowiem wystawione przez Burmistrza Miasta Ząbki, po upływie terminu składania ofert, tj. z dnia 25 listopada 2021 r. Powyższe powinno skłonić do wezwania PKS do uzupełniania przedmiotowej referencji z Miasta Ząbki w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem z uwagi na datę wystawienia, nie sposób twierdzić, że PKS spełnia warunek udziału w postępowaniu albo, że złożył podmiotowy środek dowodowy potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu, skoro pochodzi on z okresu nieprzewidzianego w ww. rozporządzeniu. Tak też w wyroku KIO z dnia 18 kwietnia 2018 r., sygn. akt: KIO 644/17 - brak daty wystawienia referencji może mieć znaczenie jedynie w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych, bowiem w odniesieniu do tego rodzaju usług zastrzeżono, że referencje powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Zgodnie z uchwałą KIO z 2 kwietnia 2019 r., o sygn. KIO/KD 20/19 „W tzw. procedurze odwróconej dokumenty składane na wezwanie po upływie terminu składania ofert muszą być aktualne co do daty ich wystawienia, a przede wszystkim co do daty potwierdzającej spełnianie warunków udziału wykonawcy w postępowaniu. W żadnym okresie obowiązywania p.z.p. nie występowały przyzwolenia na potwierdzanie spełniania wymagań dokumentami stwierdzającymi stan faktyczny powstały (nabycie praw) po upływie terminu składania ofert. Okoliczności takie stanowią o naruszeniu przepisów stanowiących o obowiązku zamawiającego wykluczenia wykonawcy z postępowania, odrzucenia oferty wykonawcy, stanowią o rażącym naruszeniu zasady zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”. Zdaniem Odwołującego w związku z referencją z Miasta Ząbki, Zamawiający powinien powziąć jeszcze jedną wątpliwość. Zamawiający ten wskazuje bowiem, że usługi w zakresie przewozu regularnego w ramach lokalnego transportu zbiorowego na liniach komunikacji

miejskiej „Ząbki-1”, „Ząbki-2” i „Ząbki-3” realizowane były na podstawie umów Nr 272.145.2016, Nr 272.209.2019 i od dnia 01.11.2019 r. na podstawie umowy Nr 272.250.2019 z 25 października 2019 w ilości 1 425 690 wozokilometrów. Tymczasem PKS w złożonym wykazie usług pominął umowę Nr 272.145.2016, jednak pozostawił wartość 1 425 690 wozokilometrów, co nie koresponduje z treścią przedmiotowej referencji. Powyższe powinno skłonić Zamawiającego do wezwania PKS do wyjaśnienia przedmiotowej referencji z Miasta Ząbki i wykazu w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, jak też powinien dokonać własnych obiektywnych ustaleń w trybie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp.

Pismem z 17 stycznia 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie, jako niezasadnego. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m.in., że twierdzenia Odwołującego są gołosłowne, niepoparte żadnymi dowodami. Wskazanie w przedmiotowym wykazie na „zasób własny” przez PKS jest deklaracją Wykonawcy, iż samodzielnie i w pełnym zakresie spełnia warunki udziału w postępowaniu, tj. użycie w wykazie pojazdów wyrażenia „zasób własny” wskazuje, że dane pojazdy nie pochodzą z zasobów podmiotów trzecich. Powyższe koresponduje z JEDZ złożonym przez PKS, w którym podmiot ten w części II lit. C wskazał, iż nie będzie polegał na zasobach podmiotu trzeciego, natomiast w części II lit. D poinformował, iż nie zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwa jakiegokolwiek części zamówienia. Powołując się na przywołane orzecznictwo Izby Zamawiający stwierdził, że żądanie wskazania podstawy do dysponowania danym zasobem przez wykonawcę nie jest tożsame z żądaniem wskazania podstawy prawnej tego dysponowania. Dysponowanie bezpośrednio czyli jako „zasób własny” danego wykonawcy może mieć podstawę w różnych stosunkach prawnych min. własność, najem, dzierżawa, leasing itp. Dysponowanie jest szerokim pojęciem i w tym zakresie wydaje się, iż Odwołujący błędnie interpretuje złożony przez PKS wykaz, bowiem „Odwołujący kwestionuje prawdziwość tego oświadczenia (...) co do posiadanego taboru, podczas gdy pojazdy, które zostały wskazane w wykazie mogą znajdować się w dyspozycji PKS na podstawie rozmaitych tytułów prawnych. Treść kwestionowanego przez Odwołującego oświadczenia, co do informacji o podstawie dysponowania autobusami, nie może budzić jakichkolwiek wątpliwości i Zamawiający nie był zobowiązany do podejmowania jakichkolwiek czynności w trybie art. 128 ust. 1 lub ust. 4 Pzp.

Zamawiający stwierdził także, że ustawodawca w art. 116 ust. 2 Pzp, dopuszcza zaangażowanie zasobów przeznaczonych do realizacji zamówienia w inne przedsięwzięcia gospodarcze, jeżeli tylko nie będzie to wywierało negatywnego skutku na realizację zamówienia, o które dany wykonawca się ubiega. Sam fakt realizacji innych przedsięwzięć nie jest więc żadną przeszkodą. Odwołujący natomiast nie wykazał aby wskazane przez PKS pojazdy były zaangażowane w inne przedsięwzięcia, a w szczególności w realizację

wskazanego zamówienia na rzecz Miasta Stołecznego Warszawy zwłaszcza, że Zamawiający nie żądał konkretyzacji pojazdów w składanym wykazie przez np. podanie numeru rejestracji czy innych danych identyfikujących konkretny pojazd oraz w jaki sposób realizacja kontraktu dla Miasta Stołecznego Warszawy miałyby uniemożliwiać PKS realizację zamówienia w niniejszym postępowaniu. Odwołujący nie wykazał też związku przyczynowego pomiędzy rzekomym zaangażowaniem wskazanych przez PKS pojazdów w inne przedsięwzięcie gospodarcze, a zarzucanym brakiem możliwości realizacji zamówienia w niniejszym postępowaniu przez tego wykonawcę. Wykazanie zaś zaistnienia każdej ze wspomnianych powyżej przesłanek spoczywa na Odwołującym. Zamawiającemu nie były i nie są znane jakiegokolwiek powody lub okoliczności, które wskazywałyby, że tabor widniejący w komentowanym podmiotowym środku dowodowym nie będzie dostępny w toku realizacji zamówienia. Nadto nie można czynić zarzutu Zamawiającemu dotyczącego rzekomego zaniechania skorzystania z ww. przepisu w sytuacji, gdy przewiduje on jedynie uprawnienie Zamawiającego, a nie jakiegokolwiek obowiązek w tym zakresie. Nie bez znaczenia jest też fakt, iż celem realizacji części II postępowania docelowo niezbędnych jest 50 autobusów, lecz liczba ta jest wymagana dopiero od 1 stycznia 2025 roku. Jak wskazano w SWZ, zapotrzebowanie taborowe wzrasta w toku realizacji zamówienia, więc nie jest tak, iż zaangażowanie taborowe od początku jest takie samo. Wykonawca zatem ma odpowiedni czas na zorganizowanie pojazdów celem realizacji zamówienia, bez konieczności angażowania taboru przeznaczonego do realizacji innych przedsięwzięć. Nie bez znaczenia jest fakt, że takie rozłożenie w czasie wprowadzania kolejnych pojazdów, powoduje, że mogą się one „zwolnić” w innych przedsięwzięciach realizowanych dla innych zamawiających, co umożliwi ich przeznaczenie celem realizacji niniejszego zamówienia. Nadto, zgodnie ze zmianą SWZ dokonaną w dniu 23 września 2021 roku: Planowany termin rozpoczęcia realizacji Usług - 01.01.2022 r., jednak nie wcześniej niż po upływie 45 dni od udzielenia zamówienia (zawarcia umowy). W świetle ww. okoliczności nawet obecne zaangażowanie części pojazdów w realizację innych przedsięwzięć u wykonawcy (czego Odwołujący w ogóle nie wykazał w odniesieniu do pojazdów wykazywanych przez PKS) nie może automatycznie świadczyć o negatywnym wpływie na realizację zamówienia w postępowaniu. Potencjalny wykonawca ma wystarczająco dużo czasu aby zorganizować tabor niezbędny do realizacji zamówienia, bez potrzeby angażowania taboru z innych przedsięwzięć. Samo zaangażowanie zasobów w inne przedsięwzięcia gospodarcze nie powoduje automatycznie utraty zdolności do realizacji danego zamówienia przez wykonawcę. Istotnym z punktu widzenia analizowanego przepisu jest bowiem wykazanie czy owo zaangażowanie zasobów w inne przedsięwzięcia gospodarcze może wywołać negatywny wpływ na realizację tego zamówienia publicznego. Zamawiający nie miał żadnych podstaw aby stwierdzić, iż wykonawca PKS Grodzisk Maz. Sp. z o.o. nie posiada

wymaganych zdolności w tym zakresie. Brak też było podstaw do wezwania tegoż wykonawcy do składania wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 Pzp.

Odnosząc się do kolejnych zarzutów, Zamawiający m.in. stwierdził, że skoro termin składania ofert upłynął w dniu 10 listopada 2021 roku, to referencje zachowują swoją ważność, o ile zostały wystawione najwcześniej 10 sierpnia 2021 roku (a nie 10 września 2021 roku, jak wskazuje na to Odwołujący), jednak nie oznacza to, iż niedopuszczalnym jest posługiwanie się referencjami wystawionymi po upływie terminu składania ofert, jak miało to miejsce w niniejszym przypadku (referencje zostały wystawione dnia 25 listopada 2021 roku). Zgodnie z art. 126 ust. 1 Pzp: Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Referencje są podmiotowym środkiem dowodowym, natomiast przepisy ustawy Pzp mają pierwszeństwo przed treścią Rozporządzenia. Powołując się na przywołane orzecznictwo Izby Zamawiający wskazał, że przepisy Pzp wskazują, iż wszelkie podmiotowe środki dowodowe mają być aktualne na dzień ich złożenia, co samo w sobie przesądza, iż mogą być one wystawione po upływie terminu składania ofert i mogą być datowane nawet na dzień ich złożenia, a istotnym jest jedynie, aby dokument ten poświadczał stan rzeczy istniejący na dzień składania ofert. Interpretacja przedstawiona przez Odwołującego jest sprzeczna z art. 126 ust. 1 Pzp.

W ocenie Zamawiającego także twierdzenia Odwołującego odnoszące się do treści referencji Miasta Ząbki są błędne. Z przedłożonych przez PKS referencji w sposób niebudzący żadnych wątpliwości wynika, iż dotyczą one okresu od 1 stycznia 2019 r. do 31 października 2021 r. i taki okres został wskazany w wykazie usług, jak też, że wskazana suma wozokilometrów dotyczy ww. okresu i stanowi wynik realizacji wszystkich wskazanych umów tj. nr 272.145.2016, oraz 272.209.2019, a także 272.250.2019 (do dnia 31 października 2021r.). Wobec powyższego z treści referencji wynika w sposób jednoznaczny iż PKS świadczył na rzecz Miasta Ząbki w okresie od 01.01.2019 roku do 31.10.2021 roku usługi w zakresie przewozu regularnego w ramach lokalnego transportu zbiorowego na liniach komunikacji miejskiej „Ząbki-1”, „Ząbki-2”, „Ząbki-3” na podstawie umów nr 272.145.2016, 272.209.2019 i od dnia 01.11.2019 r. na podstawie umowy nr 272.250.2019 z 25 października 2019 (do dnia 31 października 2021 r.) w łącznej ilości 1 425 690 wozokilometrów. Nie sposób więc twierdzić, iż w wykazie usług doszło do pominięcia jakichkolwiek umów wskazanych w referencjach, skoro na żadne umowy PKS Grodzisk Maz. Sp. z o.o. nie wskazywał, traktując zbiorczo wszystkie usługi wykonane w ramach umów wskazanych w referencjach. Tym samym oba dokumenty złożone przez Wykonawcę są ze

sobą zgodne. Brak było więc jakichkolwiek podstaw do wyjaśniania komentowanego podmiotowego środka dowodowego lub jego kwestionowania.

Do pisma zostały załączone referencje Miasta Ząbki znak: ITP.7243.5.2021.TK oraz złożony przez PKS wykaz usług.

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawca Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Maz. sp. z o. o. (dalej również: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego stając się jego uczestnikiem.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego, oraz dowody załączone do ww. pisma Zamawiającego, a także złożone na rozprawie przez: Odwołującego w postaci zawiadomienia z 30.09.2019 r. przez Miasto Ząbki o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz wydruku ze strony internetowej phototrans.pl i Przystępującego w postaci: umowy o świadczenie usług przewozowych w zbiorowej komunikacji miejskiej nadzorowanej przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie z 1 marca 2017 r., pisma ZTM w Warszawie z 19.10.2021 r. skierowanego do Przystępującego wraz z plikiem certyfikatów zgodności pojazdu z wymogami technicznymi w ramach umowy nr 232/17 z 1 marca 2017 r., wyciągu (pierwsza strona) z umowy nr 272.145/2016 z 27.06.2016 r. zawartej pomiędzy Miastem Ząbki a Przystępującym, wyciągu (pierwsza strona) z umowy nr 272.209/201 z 30.08.2019 r. zawartej pomiędzy Miastem Ząbki a Przystępującym, Wyjaśnienia Burmistrza Miasta Ząbki z 17 stycznia 2022 r. do Referencji znak: ITP.7243.5.2021.TK .

Izba postanawia nie uwzględniać wniosku Odwołującego o zobowiązanie Przystępującego do przedłożenia dowodów, że dysponuje czterema wymaganymi w SWZ pojazdami, uznając, iż wniosek ten został złożony dla zwłoki.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący m.in. wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami Pzp, to dokonałby sumiennego zbadania oświadczeń i dokumentów złożonych w przetargu przez PKS i zastosowałby przepisy ustawy które są dla niego kategoryczne i obowiązkowe. Poprzez dokonanie i zaniechanie powyższych czynności Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (lucrum cessans).

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Postępowanie zostało podzielone na 7 części (segmentów). W części nr 2 tj. Segment Wschód B (główny obszar, na którym będą świadczone usługi: którego główne gminy to: Będzin, Bobrowniki, Bytom, Czeladź, Dąbrowa Górnicza, Katowice, Łazy, Mierzęcice, Ożarowice, Piekary Śląskie, Psary, Siemianowice Śląskie, Siewierz, Sławków, Sosnowiec, Świerklaniec, Tarnowskie Góry, Wojkowice) oferty złożyło dwóch wykonawców tj. Odwołujący i Przystępujący.

Zgodnie z rozdziałem 5 SWZ zawierającym postanowienia określające warunki udziału w postępowaniu pkt 5.1 ppkt 3 SWZ wykonawcy byli zobowiązani do wykazania, że dysponują pojazdami z homologacją spełniającymi wymagania określone w przepisach ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. - Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. z 2021 r. poz. 450, z późn. zm.) i przepisach wykonawczych do niej dla autobusów miejskiej regularnej komunikacji publicznej, w tym wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z 31 grudnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz. U. z 2016 r. poz. 2022 z późn. zm.). Na potwierdzenie ww. warunku, stosownie do pkt 7.3. pkt 1 lit c wykonawcy mieli złożyć wykaz dostępnych im pojazdów, o których mowa w pkt 5.1 ppkt 3 oraz pkt 5.1 ppkt 3.1) do 3.7) SWZ w celu wykonania zamówienia (zgodnie ze wzorami stanowiącymi Załączniki nr 4a – 4g do SWZ) wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi pojazdami (dalej: „Wykaz pojazdów”).

Stosownie do pkt 5.1. ppkt 2 lit. b SWZ o udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert należycie wykonał lub wykonuje usługi przewozów regularnych zgodnie z ustawą o transporcie drogowym dla części II o łącznej pracy eksploatacyjnej nie mniejszej niż 5 750 000 [wozokm], w tym okresie. Zgodnie z punktem 7.3. SWZ ppkt 1 lit. b), celem wykazania

spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci doświadczenia, wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona był zobowiązany do przedłożenia wykazu usług (zgodnie ze wzorem stanowiącym Załączniki nr 3 do SWZ), o których mowa w pkt 5.1 ppkt 2 lit. a do g SWZ, wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (dalej: „Wykaz usług”), wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane lub są wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów oświadczenie Wykonawcy. W przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Izba zważyła, co następuje:

Odwolanie nie zasługuje na uwzględnienie. Nie potwierdziły się zarzuty odwołania w granicach których Izba orzeka.

Ad zarzuty dotyczące oświadczenia PKS Grodzisk Maz. Sp. z o.o. w zakresie złożonego wykazu pojazdów.

Stosownie do art. 16 pkt 1 i 2 Pzp: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty;*

W myśl art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b i c Pzp: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę: b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;*

Zgodnie z art. 128 ust. 1, 4 i 5 Pzp: *1. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. 4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art.*

125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. 5. Jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

Na wstępie zauważenia wymaga, że Przystępujący złożył Wykazy: pojazdów i usług, zawierające wymagane w SWZ oświadczenia, odnoszące się do postawionych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu. Nie zostało wykazane przez Odwołującego, aby nie potwierdzały one spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji, że oferta PKS podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b Pzp lub 116 ust. 2 Pzp, bądź, że Zamawiający zaniechał wystąpienia o wyjaśnienia, do którego był obowiązany.

Wykaz pojazdów, o których mowa w pkt 5.1. ppkt 3 oraz pkt 5.1. ppkt 3.2 SWZ, dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia zawiera m.in. oświadczenia dotyczące dysponowania czterema pojazdami o długości 12 m z 2021 r. Odwołujący zakwestionował prawdziwość oświadczenia Przystępującego złożonego w Wykazie pojazdów na dzień składania ofert, tj. 10 listopada 2021 r. stwierdzając w tym zakresie, że Wykonawca nie posiadał wskazanego w tym wykazie 4 szt. autobusów o długości 12m z roku 2021, a jednocześnie stwierdził, że Wykonawca nie posiadał możliwości skierowania przez PKS do realizacji przedmiotowego zadania 4 szt. autobusów o długości 12m z roku 2021, z uwagi na realizację długoterminowego (8 lat) zamówienia na rzecz Miasta Stołecznego Warszawy, którego realizacja rozpoczęła się 23.08.2017 r. Jak słusznie zauważył Zamawiający powyższa argumentacja Odwołującego wzajemnie się wyklucza. Wynika z niej bowiem, iż Wykonawca nie posiada wykazywanych pojazdów, a jednocześnie, że z uwagi na realizację innego zamówienia, posiadanych pojazdów nie może przeznaczyć do realizacji zamówienia, jakie ma być udzielone w wyniku przedmiotowego postępowania, co oznacza, że jednak je posiada.

Niezależnie od powyższego, odnosząc się z osobna do ww. twierdzeń Odwołującego wskazania wymaga, że żadna z okoliczności podnoszonych w odwołaniu nie została przez niego wykazana, ani nawet uprawdopodobniona, chociaż to na Odwołującym stosownie do art. 6 k.c. w związku z art. 8 ust. 1 Pzp spoczywał ciężar dowodu.

Złożony na rozprawie przez Odwołującego wydruk z portalu phototrans.pl, w ocenie Izby, nie może być uznany za wystarczający, nadto za wiarygodny dowód na okoliczność

braku dysponowania przez Przystępującego 4 pojazdami o długości 12 m z 2021 r. Nie zostało bowiem wykazane, że portal ten dysponuje pełnymi, sprawdzonymi informacjami, nadto, że ma wiedzę o każdym dysponowaniu przez dany podmiot określonymi pojazdami, także na podstawie innego tytułu niż własność. Zamawiający w SWZ określił wymóg dysponowania pojazdami, co oznacza, że wykonawcy mogą nimi dysponować także na podstawie np. najmu, dzierżawy czy leasingu. Nadto, jak stwierdził Przystępujący odnosząc się do ww. wydruku z portalu internetowego, jest to prywatna strona internetowa miłośników komunikacji, a informacje tam zawarte są niekompletne. Nadto, jak stwierdził Przystępujący, przedstawiony przez Odwołującego wydruk zawiera nieprawdziwe informacje, ponieważ tylko z roku 2021 PKS posiada ponad 40 autobusów, tymczasem złożony wydruk wskazuje na 22 pojazdy, z czego na 8, których nie posiada.

Nie zostało także wykazane, aby zaistniała podstawa wystąpienia przez Zamawiającego do Przystępującego w wyjaśnienie rozumienia przez Wykonawcę terminu „zasób własny”, który to termin należy odnosić do braku korzystania w tym zakresie z zasobów podmiotu trzeciego. Jak zauważył Zamawiający, co nie jest sporne, PKS w złożonym JEDZ wskazał, iż nie będzie polegał na zasobach podmiotu trzeciego, oraz, że nie zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwa jakiegokolwiek części zamówienia. Jak wyżej wskazano Zamawiający nie wymagał, aby pojazdy przeznaczone do realizacji zamówienia stanowiły własność wykonawcy. Nie wymagał też wskazania tytułu prawnego dysponowania podanymi w wykazie pojazdami. Zgodzić się zatem należy z Zamawiającym, że treść oświadczenia Wykonawcy, co do informacji o podstawie dysponowania autobusami, nie budzi wątpliwości i w związku z tym nie był zobowiązany do podejmowania czynności wyjaśniających.

Za niepotwierdzoną należy także uznać argumentację Odwołującego dotyczącą braku możliwości skierowania przez PKS pojazdów wskazanych w ww. wykazie do realizacji zamówienia ze względu na ich zaangażowanie w inne przedsięwzięcia gospodarcze.

Zgodnie z art. 116 ust. 2 Pzp: Oceniając zdolność techniczną lub zawodową, zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Odwołujący nie wykazał, aby Zamawiający miał podstawy do uznania, że wystąpiły okoliczności wymienione w ww. przepisie. W pierwszej kolejności zauważenia wymaga, że Wykaz pojazdów złożony przez Przystępującego zawiera wskazanie „2021”, jako rok

produkcji przedstawionych w nim pojazdów. Tymczasem Przystępujący złożył umowę z 1 marca 2017 r. o świadczenie usług przewozowych w zbiorowej komunikacji miejskiej nadzorowanej przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie oraz pismo ZTM w Warszawie z 19.10.2021 r. wraz z plikiem certyfikatów zgodności pojazdu z wymogami technicznymi w ramach umowy nr 232/17 z 1 marca 2017 r., które wskazują, że usługi na rzecz ZTM są świadczone pojazdami wyprodukowanymi w 2017 roku. Oznacza to, że przy wykonywaniu tej umowy wykorzystywane są inne pojazdy, niż te, które zostały przeznaczone przez Wykonawcę do realizacji przedmiotowego zamówienia. W konsekwencji wskazuje to na to, że zaangażowanie PKS w ww. przedsięwzięcie gospodarcze nie skutkuje negatywnie dla możliwości realizacji obecnego zamówienia publicznego.

W ocenie Izby nie potwierdziły się także zarzuty dotyczące podmiotowego środka dowodowego.

Wykaz usług złożony przez Przystępującego zawiera oświadczenia dotyczące świadczonych usług na m.in. rzecz Miasta Ząbki w ilości 1 425 690,00 wkm w okresie 01.01.2019 – 31.10.2021 r. Referencja złożona odnośnie tej usługi wskazuje jako datę wystawienia 25 listopada 2021 r. i podaje: *Firma Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Maz. sp. z o.o. z siedzibą 05-825 Grodzisk Mazowiecki przy ul. Chełmońskiego 33, świadczyła na rzecz Miasta Ząbki w okresie od 01.01.2019 roku do 31.10.2021 roku usługi w zakresie przewozu regularnego w ramach lokalnego transportu zbiorowego na liniach komunikacji miejskiej „Ząbki-1”, „Ząbki-2” i „Ząbki-3” na podstawie umów Nr 272.145.2016, Nr 272.209.2019 i od dnia 01.11.2019 r. na podstawie umowy Nr 272.250.2019 z 25 października 2019 w ilości 1 425 690 wozokilometrów za łączne wynagrodzenie brutto w wysokości 8 126 469,00 zł. Powyższe usługi zostały wykonane należycie zgodnie z zapisami umów przy zachowaniu norm jakościowy i parametrów taboru określonych w umowach. Na podstawie dotychczasowej współpracy firmę Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Maz. sp. z o. o. możemy polecić jako potencjalnego wykonawcę usług przewozu regularnego w ramach lokalnego transportu zbiorowego. Realizacja umowy Nr 272.250.2019 nie została zakończona referencje dotyczą wskazanego okresu. Przy elektronicznym podpisie wystawcy referencji (Zastępcy Burmistrza A. P.) widnieje: Date / Data: 2021-11-05 13:35*

Z pisma z 17 stycznia 2022 r. podpisanego przez Zastępcę Burmistrza A. P., przedłożonego na rozprawie przez Przystępującego, zawierającego Wyjaśnienia Miasta Ząbki do Referencji znak: ITP.7243.5.2021.TK wynika, że referencja została omyłkowo opatrzona datą 25 listopada 2021 r., podczas gdy została podpisana cyfrowo przez ww. Zastępcę Burmistrza 5 listopada 2021 r. Analiza referencji potwierdza ww. stwierdzenie. Podpis kwalifikowany złożony przez ww. osobę został złożony 5 listopada 2021 r., a więc

przed terminem składania ofert w analizowanym postępowaniu. Podstawa zarzutu Odwołania tj. data 25 listopada 2021 r., jako data wystawienia referencji, nie ma zatem uzasadnienia.

Niezależnie od powyższego, z analizy złożonych przez PKS dokumentów wynika, że wbrew stanowisku Odwołującego, istnieje korelacja pomiędzy Wykazem usług złożonym przez Przystępującego a referencjami, które, zgodnie z celem, dla którego są wystawiane, potwierdzają należyte wykonanie usług podanych w wykazie. Nawet zatem, gdyby data wystawienia referencji była taka, jak podana na piśmie (późniejsza niż złożony pod nimi podpis Zastępcy Burmistrza), to zważywszy na to, że potwierdzają one należyte wykonanie usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, należałby je uznać za wymagany przez Zamawiającego podmiotowy środek dowodowy.

Także podniesiona w odwołaniu okoliczność, że w referencjach jest mowa o trzech umowach i wskazanej liczbie wkm, zaś w Wykazie usług PKS, jak stwierdził Odwołujący, Wykonawca pominął umowę z Nr 272.145.2016, przy jednoczesnym wskazaniu takiej samej jak w referencjach wielkości wkm, nie jest w ocenie Izby argumentem przemawiającym na rzecz konieczności wystąpienia przez Zamawiającego o wyjaśnienia. Skoro zarówno w Wykazie usług, jak też w referencji jest mowa o tym samym okresie wykonania referencyjnych usług tj. 01.01.2019 – 31.10.2021, a ten zawiera się w przedziale czasu określonym w SWZ i to do tego okresu odnosi się wielkość 1 425 690 wozokilometrów, to zarzut dotyczący braku wystąpienia Zamawiającego o wyjaśnienia należy uznać za niewykazany.

Wbrew stanowisku Odwołującego prezentowanemu na rozprawie, to, że w referencjach są wskazane trzy numery umów, nie oznacza, że w Wykazie usług powinny być one potraktowane jako odrębne usługi. Zarówno bowiem SWZ, jak też Wykaz usług nie wskazują na formalną odrębność umów, lecz odnoszą się do dat rozpoczęcia i zakończenia referencyjnych usług. Nie zostało wykazane, aby Zamawiający wprowadził na potrzeby zamówienia definicję, z której by wynikało, że przez usługę należy rozumieć taką, która jest wykonywana na podstawie odrębnej umowy. Oznacza to, że w przypadku następujących po sobie takich samych usług, które były świadczone na rzecz tego samego zamawiającego na podstawie odrębnych umów, nie jest wyłączona możliwość uwzględnienia przez Przystępującego części okresu ich świadczenia, mieszczącego się w przedziale ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (zgodnie z warunkiem), któremu odpowiada wskazana liczba wozokilometrów, i pominięcia pozostałego okresu oraz liczby wkm z tego okresu, jako irrelevantnych dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący na rozprawie dodatkowo podniósł, że usługi na rzecz Miasta Ząbki były świadczone przez konsorcjum, którego liderem był PKS, co poparł dowodem w postaci Zawiadomienia z 30.09.2019 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty, nie podnosząc jednak i nie wykazując jednocześnie niezgodności ww. referencji z rzeczywistym stanem rzeczy. Zauważenia wymaga, że okoliczność ta nie była podnoszona w odwołaniu, a zatem nie stanowi elementu zarzutu odwołania, na który składa się nie tylko podstawa prawna, ale też faktyczna. W związku z tym zarzut ten nie może być przedmiotem rozpoznania przez Izbę.

Stosownie do art. 239 ust. 1 Pzp: *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*

Odwołujący nie przedstawił argumentacji na poparcie zarzutu naruszenia ww. przepisu ustawy przez Zamawiającego poprzez wybór oferty Przystępującego. Jak można zatem jedynie przypuszczać zarzut ten jest konsekwencją pozostałych zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Zarzuty te okazały się nietrafione. Z tych względów zarzut ten należy uznać za nieuzasadniony.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.*

W analizowanej sprawie nie zostało stwierdzone zarzucane przez Odwołującego naruszenie przepisów Pzp, które miało lub mogłoby mieć wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Izba oddaliła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący, który został obciążony kosztami postępowania, na które składał się uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezes Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: