

Sygn. akt: KIO 717/18

WYROK
z dnia 27 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka
Członkowie: Małgorzata Matecka
Agata Mikołajczyk

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 kwietnia 2018 r. przez Wykonawcę **M. Sp. z o.o. (ul. Ks. Łukasika 5, 26-600 Radom)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Zarząd Transportu Miejskiego (ul. Głowackiego 4, 25-368 Kielce)**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów:

- 1) naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wskazanie terminu wykonania zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt. 3, art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 2 ust. 4 pkt. 10 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, tj. określenie w pkt 9.4.2 lit. b) warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej i wymagania przedstawienia wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia,

i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści SIWZ (i odpowiednio ogłoszenia o zamówieniu) poprzez:

- określenie w punkcie 8 SIWZ czasu, jakim wykonawca będzie dysponował po dacie zawarcia umowy z Zamawiającym do chwili rozpoczęcia świadczenia usług, pozwalającego na zapewnienie zgodności obiektów zaplecza technicznego z SIWZ

- usunięcie punktu 9.4.2 lit. b) SIWZ przy jednoczesnym pozostawieniu Zamawiającemu możliwości uzupełnienia Opisu Przedmiotu Zamówienia o wymaganie dotyczące realizacji zamówienia przy udziale 100 kierowców, którzy posiadają uprawnienia do kierowania autobusami i minimum sześciomiesięczne doświadczenie jako kierowca autobusu w komunikacji miejskiej zatrudnionych na podstawie umowy o pracę oraz 6 dyspozytorów odpowiedzialnych za koordynowanie przewozów, zatrudnionych na podstawie umowy o pracę

2. oddala odwołanie w zakresie zarzutów:

- 1) naruszenia art. 22 ust. 1b pkt. 2 w zw. z art. 22 ust. 1a oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nadmierne, nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia ustalenie wymagań w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej;
- 2) naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 91 ust. 2c i 2d, art. 91 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez określenie w pkt. 22.6 i 22.7 SIWZ jako kryterium oceny ofert doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia,

3. umarza postępowanie w zakresie zarzutów:

- 1) naruszenia art. 22 ust. 1b pkt. 3 w zw. z art. 22d ust. 1 i art. 22 ust. 1a oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nadmierne, nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia ustalenie liczby i wartości wozokilometrów w ciągu roku wykonywania usługi, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej
- 2) naruszenia art. 22 ust. 1a i ust. 1b w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez określenie w pkt. 9.2.3. SIWZ wymagania, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy złożą wraz z ofertą oświadczenia w zakresie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki podmiotowe

4. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Zarząd Transportu Miejskiego (ul. Głowackiego 4, 25-368 Kielce) i

- 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez Odwołującego – **M. Sp. z o.o. (ul. Ks. Łukasika 5, 26-600 Radom)** tytułem wpisu od odwołania,

4.2. zasądza od Zamawiającego **Zarząd Transportu Miejskiego (ul. Głowackiego 4, 25-368 Kielce)** na rzecz Odwołującego **M. Sp. z o.o. (ul. Ks. Łukasika 5, 26-600 Radom)** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.) 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:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający: Zarząd Transportu Miejskiego w Kielcach prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest wykonywanie usług przewozowych w komunikacji miejskiej w Kielcach autobusami będącymi własnością Zamawiającego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2018/S 145040-2018 w dniu 4 kwietnia 2018 roku.

Odwołujący: M. sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na ukształtowaniu treści ogłoszenia o zamówieniu z dnia 4 kwietnia 2017 roku oraz treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 36 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wskazanie terminu wykonania zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (określenie w 8.1. SIWZ terminu rozpoczęcia świadczenia usług *„01.01.2019 lub w terminie możliwie najkrótszym po dacie wskazanej, jeżeli w dacie wskazanej rozpoczęcie było nie możliwe ze względu na wnoszone środki ochrony prawnej”*), tj. wskazanie sztywnej daty rozpoczęcia świadczenia usług, co uniemożliwi Odwołującemu (jak i innym wykonawcom, nie posiadającym zajezdni autobusowej na terenie miasta Kielce) zapewnienie niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia środków;
- 2) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt. 3, art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 4 pkt. 10 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016r. (Dz. U. z 2016r. poz. 1126) poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję (określenie w pkt 9.4.2 lit. b) warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej do przedstawienia wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, przy czym Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje 100 kierowcami, którzy posiadają uprawnienia do kierowania autobusami i minimum 6 - miesięczne doświadczenie jako kierowca autobusu w komunikacji miejskiej oraz 6 dyspozytorami odpowiedzialnymi za koordynowanie przewozów, jak również zobowiązanie wykonawców do wypełnienia Załącznika nr 2a) tj. nieuzasadnione zobligowanie wykonawców do wskazania imion i nazwisk wszystkich kierowców oraz dyspozytorów, którzy będą brali udział w realizacji zamówienia;
- 3) art. 22 ust. 1b pkt. 3 w zw. z art. 22 d ust. 1 i art. 22 ust. 1 a oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

poprzez nadmierne, nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia ustalenie liczby i wartości wozokilometrów w ciągu roku wykonywania usługi, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (tj. ustalenie w pkt. 9.4.2. lit. a) SIWZ liczby wozokilometrów na poziomie 2.400.000 km i wartości minimum 10.000.000 zł przy czym powyższa liczba kilometrów i wartości musi być osiągnięta w ciągu maksymalnie 1 roku świadczenia usługi na podstawie umowy zawartej z organizatorem publicznego transportu zbiorowego), co stanowi nieuzasadnione ograniczenie konkurencji;

4) art. 22 ust. 1b pkt. 2 w zw. z art. 22 ust. 1 a oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nadmierne, nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia ustalenie wymagań w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej (tj. ustalenie w pkt. 9.4.3. SIWZ, że na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu należy przedłożyć informację z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, przy czym wykonawca potwierdzi spełnienie warunku jeśli wykaże, że posiada nie mniej niż 2.000.000 zł oraz przedłoży dokument potwierdzający, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej na kwotę nie mniejszą niż 3.000.000 zł), co stanowi nieuzasadnione ograniczenie konkurencji;

5) art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 91 ust. 2c i 2d, art. 91 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie w pkt. 22.6 i 22.7 SIWZ jako kryterium oceny ofert doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, przy czym „ocenie w tym kryterium podlegać będą kierowcy spełniający wymagania w zakresie opisanym warunkiem dysponowania osobami (tj. posiadania uprawnień do kierowania autobusami, znajomości topografii miasta i posługiwania się językiem polskim) oraz którzy posiadają udokumentowane w okresie ostatnich 5 lat, 3 - letnie doświadczenie jako kierowca *autobusu komunikacji miejskiej*”, a zatem kryterium, które dotyczy właściwości podmiotowych wykonawcy, ponadto dotyczy wykazu osób, których w ocenie Odwołującego Zamawiający nie może żądać na etapie składania ofert, uniemożliwia sprawdzenie informacji przedstawionych przez wykonawców oraz stanowi nieuzasadnione ograniczenie konkurencji.

6) art. 22 ust. 1a i ust. 1b w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez określenie w pkt. 9.2.3. SIWZ, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy złożą wraz z ofertą oświadczenia w zakresie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki podmiotowe, a nawet gdyby przyjąć, że Zamawiający jest uprawniony do żądania złożenia takiego oświadczenia, to powyższy zapis narusza zasadę uczciwej konkurencji, gdyż uniemożliwia złożenie oferty Odwołującemu (jak i innym wykonawcom, nie posiadającym zajezdni autobusowej na terenie miasta Kielce);

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia zmian w Ogłoszeniu oraz SIWZ w następującym zakresie:

- 1) zmianę pkt 8.1 w SIWZ w taki sposób, aby data rozpoczęcia świadczenia usług została określona na poziomie nie krótszym niż 8 miesięcy od dnia zawarcia umowy;
- 2) zmianę pkt. 9.4.2. lit. b) SIWZ poprzez ograniczenie wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia do osób skierowanych do realizacji zamówienia odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości oraz dostosowanie załącznika nr 2a do SIWZ we wskazanym zakresie;
- 3) zmianę pkt 9.4.2. lit. a) poprzez określenie liczby wozokilometrów na poziomie 200.000 km i wartości minimum 5.000.000 zł
- 4) zmianę pkt. 9.4.3 SIWZ poprzez określenie, iż na potwierdzenie sytuacji ekonomicznej i finansowej należy przedstawić informację z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert Wykonawca potwierdzi spełnienie warunku jeżeli wykaże, że posiada nie mniej niż 500 000,00 PLN jest w pełni adekwatne do wartości zamówienia;
- 5) zmianę pkt 22.6 i 22.7 poprzez ograniczenie oceny doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jedynie do osób skierowanych do realizacji zamówienia odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości;
- 6) wykreślenie pkt 9.2.3 SIWZ.

I. Dot. zarzutu naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w punkcie 8.1 SIWZ w zakresie daty rozpoczęcia świadczenia usług wskazał: 01.01.2019r. lub w terminie możliwie najkrótszym po dacie wskazanej, jeżeli w dacie wskazanej rozpoczęcie nie było możliwe, ze względu na wnoszone środki ochrony prawnej.

W ocenie Odwołującego takie postanowienia rażąco naruszają przepis art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 4 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż pozbawiają wykonawców wiedzy na temat podstawowej okoliczności niezbędnej dla przygotowania oferty - informacji na temat czasu, jakim będzie dysponował wykonawca na rozpoczęcie wykonywania świadczeń po dacie zawarcia umowy, gdyż ani wykonawcy, ani Zamawiający nie mają wiedzy na temat tego kiedy zakończy się niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający zamiast ustalenia terminu na uruchomienie usługi - w konkretnej dacie, powinien określić odpowiedni okres liczony od dnia podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na podjęcie działań ze strony

wykonawcy wybranego do realizacji przedmiotu zamówienia. W opinii Odwołującego przywołane postanowienia narażają również wykonawców na ryzyko zapłaty kar umownych wskutek zbyt krótkiego czasu na wykonanie czynności związanych z uruchomieniem usługi. Zdaniem Odwołującego, realne szanse terminowego wykonania usługi ma jedynie podmiot, który świadczy przedmiotowe usługi w chwili obecnej, gdyż dysponuje infrastrukturą techniczną oraz kadrą pracowniczą niezbędną do jej realizacji. Odwołujący wskazał, iż przed rozpoczęciem wykonywania usługi przewozowej będzie musiał podjąć szereg czynności tj. zatrudnić na umowę o pracę kierowców oraz personel pomocniczy jak również uruchomić zajezdnię. Zdaniem Odwołującego, wykonawca którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą będzie miał około 3 miesiące na dokonanie w/w czynności. Dla podmiotu, który nie ma aktualnie zorganizowanej infrastruktury technicznej oraz zatrudnionych pracowników, jest to niewykonalne. Terminy określone przez Zamawiającego powinny zapewniać wykonawcom czas na przygotowanie się do świadczenia w/w usług. Zamawiający powinien wskazać termin wykonania zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W tym zakresie Odwołujący wskazał także na wyrok KIO 745/17, w którym uwzględniono zarzuty Odwołującego i nakazano Zamawiającemu wprowadzenie do SIWZ odpowiedniego terminu od dnia zawarcia umowy do rozpoczęcia świadczenia usługi.

Odwołujący wskazał, że zaproponowany przez niego termin na rozpoczęcie świadczenia usługi (8 miesięcy od dnia podpisania umowy) będzie w sposób wystarczający zabezpieczał interesy wykonawców i jest zgodny ze stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym w toku postępowania prowadzonego w 2017 roku, gdzie Zamawiający wielokrotnie wskazywał - co więcej sporządzał analizy, opinie i ekspertyzy - że minimalny czas na uruchomienie zajezdni, na której usytuowana jest myjnia automatyczna wynosi 8 miesięcy.

II. Dot. zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt. 3, art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 4 pkt. 10 Rozporządzenia

Zamawiający w punkcie 9.4.2. lit. b) określił warunki w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wskazując, że żąda od wykonawców wykazu osób zawartych w JEDZ, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia publicznego, a warunek ten uzna za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże że dysponuje:

- a) 100 kierowcami którzy posiadają uprawnienia do kierowania autobusami i minimum sześć miesięcy doświadczenia jako kierowca w komunikacji miejskiej. Każdy kierowca musi znać język polski co najmniej w stopniu średnio zaawansowanym (poziom B1) lub zapewnienie dla kierowcy tłumacza języka polskiego;
- b) 6 dyspozytorami odpowiedzialnymi za koordynowanie przewozów, każdy z dyspozytorów musi posiadać minimum 6 miesięczne doświadczenie w koordynowaniu

przewozów osób w komunikacji miejskiej.

W ocenie Odwołującego, takie ukształtowanie wymogu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej jest niezgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych - niezrozumiały jest obowiązek wskazania na etapie poprzedzającym wybór najkorzystniejszej oferty, wykazu w zasadzie wszystkich pracowników, którzy będą uczestniczyć przy wykonywaniu zamówienia. Odwołujący wskazał, że każdy wykonawca za wyjątkiem MPK Kielce, proces rekrutacji pracowników rozpocznie po wyłonieniu wykonawcy, któremu zostanie udzielone do realizacji zamówienie, zatem wskazywanie imiennej listy osób, którymi wykonawcy posługiwać się będą przy realizacji zamówienia jest warunkiem za daleko idącym, utrudniającym bądź nawet uniemożliwiającym złożenie konkurencyjnych ofert przez wykonawców nie dysponujących zasobami ludzkimi na dzień składania ofert i w sposób oczywisty faworyzujący wykonawcę, który aktualnie świadczy usługi na rzecz Zamawiającego.

Odwołujący zauważył, że również powyższa kwestia była przedmiotem analizy przez KIO w postępowaniu KIO 745/17. Izba podzieliła wówczas stanowisko Odwołującego, że nie jest zasadne żądanie nazwisk i imion pracowników, w tym szeregowych pracowników zatrudnionych jako kierowcy i pracownicy obsługi technicznej - w momencie złożenia oferty. Zdaniem Odwołującego, przepisy Rozporządzenia w § 2 ust. 4 odnoszą się do osób odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości, a nie do wszystkich pracowników wykonawcy, których musi on zatrudnić aby zrealizować zamówienie. Z tych względów, w ocenie Odwołującego, nałożenie na wykonawców obowiązku wypełnienia Załącznika nr 2a do SIWZ i jego przedłożenia zamawiającemu w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu należy uznać za nadmierne.

W ocenie Odwołującego tak ukształtowany opis warunków udziału w postępowaniu narusza zasadę uczciwej konkurencji, gdyż w zasadzie uniemożliwia złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu innym podmiotom, aniżeli MPK Kielce. Jak podkreślał Odwołujący, wszyscy wykonawcy powinni mieć umożliwiony dostęp (równy) do udziału w postępowaniu. Zamawiający nie może zarówno faworyzować, jak i uniemożliwiać, czy utrudniać udziału w postępowaniu niektórym wykonawców, gdyż stanowi to oczywiste naruszenie dwóch podstawowych zasad prawa zamówień publicznych: zasady równości i zasady konkurencji.

III. Dot. zarzutu naruszenia art. 22 ust. 1b pkt. 3 w zw. z art. 22 d ust. 1 i art. 22 ust. 1 a oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych

Zgodnie z pkt 9.4.2 SIWZ należy w JEDZ przedstawić informację o nabytym doświadczeniu w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu do składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, potwierdzającą, że Wykonawca

wykonał należycie lub wykonuje należycie przynajmniej 1 (jedną) usługę przewozu o charakterze użyteczności publicznej w komunikacji miejskiej w liczbie minimum 2 400 000 km (dwa miliony czterysta kilometrów) i wartości minimum 10 000 000 PLN, przy czym powyższa liczba kilometrów i wartość musi być osiągnięta w ciągu maksymalnie 1 (jednego) roku świadczenia usługi na podstawie jednej umowy o świadczenie usług zawartej z Organizatorem publicznego transportu zbiorowego w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym. W ocenie Odwołującego wymóg ten jest nadmierny i nieproporcjonalny do wartości zamówienia. Planowana całkowita ilość wozokilometrów w niniejszym postępowaniu wynosi 6.000.000 wzk m przy czym w roku 2019 - 2.400.000 wzk m, w roku 2020 - 2.400.000 wzk m i w roku 2021 - 1.200.000 wzk m. Zgodnie z planem postępowań o udzielenie zamówień publicznych w 2018r., opublikowanym na stronie internetowej Zamawiającego, szacunkowa wartość zamówienia została określona na kwotę 10.719.317,59 zł. W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, żądanie wykazania doświadczenia na poziomie 2.400.000 wzk m i o wartości minimum 10.000.000 zł, która to wartość ma być osiągnięta w ciągu maksymalnie 1 roku jest nieuzasadniony. Proponowana przez Odwołującego modyfikacja SIWZ poprzez określenie ilości wozokilometrów na poziomie 1.200.000 i o wartości minimum 5.000.000 zł będzie adekwatna do wartości usługi i jej zakresu.

IV. Dot. zarzutu naruszenia art. 22 ust. 1b pkt. 2 w zw. z art. 22 ust. 1 a oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z pkt. 9.4.3 SIWZ, na potwierdzenie warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej należy w JEDZ przedstawić informację oraz na żądanie złożyć dokumenty o sytuacji finansowej i ekonomicznej:

a) informację z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert Wykonawca potwierdzi spełnienie warunku jeżeli wykaże, że posiada nie mniej niż 2 000 000,00 PLN

b) dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez Zamawiającego - na kwotę nie mniejszą niż 3 000 000,00 PLN. W ocenie Odwołującego jest to wymóg nieproporcjonalny do wartości zamówienia. W argumentacji Odwołujący wskazał na postępowanie prowadzone przez Zamawiającego na wykonywanie usług przewozowych w komunikacji miejskiej w Kielcach nr 4/2017, gdzie średnia roczna ilość kilometrów wynosiła 10.297.000 wzk m (w niniejszym postępowaniu łączna ilość wozokilometrów przez czas trwania całej umowy wynosi 6.000.000 wzk m), a

cała szacunkowa wartość zamówienia sięgała ponad 800.000.000 zł (w niniejszym postępowaniu jest to kwota 10.000.000 zł), Zamawiający żądał informacji z banku potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy w kwocie 7.000.000 zł oraz dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej na kwotę nie mniejszą niż 3.000.000 zł. Biorąc pod uwagę fakt, iż aktualnie prowadzone postępowanie stanowi 6% wartości poprzedniego zamówienia, zdaniem Odwołującego, nie ma żadnego uzasadnienia do żądania przedstawienia dokumentów na wskazane powyżej kwoty.

Odwołujący wskazywał, że proporcjonalność warunków do przedmiotu zamówienia oznacza, że mają one być adekwatne do osiągnięcia celu, co w niniejszej sprawie nie będzie miało miejsca. W ocenie Odwołującego, treść tego warunku powinna ograniczyć się do wykazania, że Wykonawca posiada nie mniej niż 500 000,00 PLN.

V. Dot. zarzutu naruszenia rt. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 91 ust. 2c i 2d, art. 91 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych

Zgodnie z pkt 22. 6 i 22.7 SIWZ w odniesieniu do wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu komisja dokona oceny ofert na podstawie kryterium: cena brutto – znaczenie 60%, doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia – kierowców – 40%. Zamawiający wskazał, że ocenie w kryterium doświadczenie podlegać będzie dysponowanie ilością kierowców autobusów w następujący sposób: dysponowanie osobami Kierowców autobusów spełniającymi wymagania posiadania uprawnień do kierowania autobusami, znajomości topografii miasta i posługiwania się j. polskim oraz którzy posiadają udokumentowane w okresie ostatnich 5 lat (liczone od daty wyznaczonej do składania ofert) 3 letnie doświadczenie jako kierowca autobusu komunikacji miejskiej:

- Do 10 kierowców - 0 pkt.
- Od 11 do 30 kierowców - 10 pkt.
- Od 31 do 60 kierowców - 20 pkt
- Od 61 do 90 kierowców - 30 pkt
- Od 91 do 100 kierowców - 40 pkt

Informację w tym zakresie należało wskazać w załączniku nr 2a do SIWZ, składanym wraz z ofertą.

Brak złożenia wskazanego załącznika, bądź przedłożenie go w formie uniemożliwiającej jednoznaczne stwierdzenie okresu nabytego doświadczenia, skutkowało będzie nieprzyznaniem punktów w niniejszym kryterium oceny ofert.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien ograniczyć wymaganie podania imion i nazwisk, funkcji przy realizacji zamówienia i rodzaju kwalifikacji w odniesieniu do osób

pełniących u wykonawcy zadania kierownicze, nadzorcze, odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości, czy dyspozytorów. Zamawiający jest uprawniony do oceny doświadczenia wyłącznie pracowników pełniących zadania kierownicze, nadzorcze, odpowiedzialnych za świadczenie usług.

Ponadto Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności: jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne; aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników; aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia; aspekty innowacyjne; organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia; serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.

W ocenie Odwołującego, doświadczenie wszystkich pracowników realizujących usługę, nie wyczerpuje znamion w/w przepisu. Jak dalej argumentował Odwołujący, nie można w sposób racjonalny uzasadnić twierdzenia, że doświadczenie wszystkich kierowców może mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia, z pewnością nie uzasadnia tego charakter postępowania przetargowego. Podmiotem odpowiedzialnym za realizację usługi jest wykonawca i to wykonawca odpowiada, za jakość świadczonych usług. Z doświadczenia Odwołującego wynika, że rotacja na stanowiskach kierowcy jest bardzo duża, a zatem zupełnie abstrakcyjne i oderwane od rzeczywistości jest założenie, że jest to grupa pracowników, który docelowo zrealizuje usługę.

Ponadto w ocenie Odwołującego, tak ukształtowana treść SIWZ narusza treść dyspozycji art. 91 ust. 3, zgodnie z którym kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Ponadto Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 91 ust. 2d ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiając sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców. W ocenie Odwołującego, wprowadzone przez Zamawiającego brzmienie omawianego kryterium oceny pozostaje sprzeczne z tymi wytycznymi. Zamawiający nie wskazał w jaki sposób będzie weryfikował znajomość języka polskiego czy topografii miasta Kielc, co więcej tego drugiego wymogu nie wprowadził w punkcie 9.4.2. dotyczącym potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Powyższe zapisy są dla Odwołującego niejasne i niezrozumiałe.

VI. Dot. zarzutu naruszenia art. 22 ust. 1a i ust. 1b w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z pkt 9.2. SIWZ o udzielenie zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy złożą wraz z ofertą oświadczenia w zakresie: 9.2.1 spełnienia warunków udziału w postępowaniu, 9.2.2 braku podstaw do wykluczenia, 9.2.3 potwierdzenia spełnienia warunków przedmiotowych.

W ocenie Odwołującego wymaganie od wykonawców spełniania warunków przedmiotowych, w sytuacji gdy jednym z nich jest posiadanie zajezdni autobusowej jest sprzeczny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Jak dalej argumentował Odwołujący, wymaganie od wykonawców spełnienia warunków przedmiotowych na dzień składania ofert, jest niezgodne z zasadą uczciwej konkurencji, gdyż faworyzuje podmiot, który aktualnie świadczy usługi na terenie miasta Kielc. Również ta kwestia była przedmiotem analizy w postępowaniu w sprawie KIO 745/17, w którym to postępowaniu Zamawiający był stroną. Odwołujący podkreślił, że uruchomienie zajezdni autobusowej, wyposażonej m.in. w myjnię automatyczną czy warsztat, wymaga znacznych nakładów finansowych i żaden wykonawca nie ma obowiązku przystąpić do jej budowy przed rozstrzygnięciem przedmiotowego zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający winien przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W ocenie Odwołującego zasadnym jest wykreślenie pkt 9.2.3 SIWZ.

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wskazanie terminu wykonania zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zamawiający w punkcie 8.1 SIWZ w zakresie daty rozpoczęcia świadczenia usług wskazał: „01.01.2019r. lub w terminie możliwie najkrótszym po dacie wskazanej, jeżeli w dacie wskazanej rozpoczęcie nie było możliwe, ze względu na wnoszone środki ochrony prawnej.” W ocenie Odwołującego, takie postanowienie rażąco narusza przepis art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 4 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż pozbawia wykonawców wiedzy na temat podstawowej okoliczności niezbędnej dla przygotowania oferty - informacji na temat czasu, jakim będzie dysponował wykonawca na rozpoczęcie wykonywania świadczeń po dacie zawarcia umowy.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Tym samym, obowiązkiem Zamawiającego jest zadbanie o zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wskazywał, że nie jest mu znana lokalizacja, która spełniałaby wszystkie wymagania Zamawiającego. Konieczne zatem będzie dostosowanie terenu do potrzeb Zamawiającego, co łączy się z koniecznością uzyskania pozwoleń, dokonania zmian i poniesienia nakładów.

Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia, opisał wymagania, jakie musi spełnić wykonawca, który będzie realizował usługę. W punkcie II Zamawiający przewidział warunki dla ochrony autobusów, w których zostały sformułowane wymagania dla zaplecza technicznego, jakim musi dysponować wykonawca. W warunkach tych określono, że niezbędne jest posiadanie bazy transportowej o powierzchni nie mniejszej niż 12 000 m², zlokalizowanej w granicach administracyjnych Miasta Kielce, umożliwiającej całodobowe parkowanie autobusów. Baza transportowa została obwarowana szeregiem szczegółowych wymagań, takich jak np. okoliczność, że na terenie musi znajdować się hala (lub hale) obsługowa lub postojowo-obługowa ze stanowiskiem obsługi codziennej, bieżącej i okresowej, automatyczna, mechaniczna myjnia pojazdów z obiegiem zamkniętym wody, zapewniająca codzienne umycie ściany czołowej, obu boków oraz ściany tylnej wszystkich autobusów, stanowisko do mycia podwozia, komór silnika i podzespołów autobusu posiadające wszystkie niezbędne przewidziane prawem dopuszczenia i zezwolenia na jej funkcjonowanie (w tym m.in. decyzje o środowiskowych uwarunkowaniach oraz pozwolenie wodno-prawne), zaplecze administracyjno-biurowe, spełniające stosowne wymogi zawarte w Rozporządzeniu Ministra Pracy i Polityki Socjalnej w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy (tj. Dz. U. 2003 Nr 169, poz. 1650 ze zmianami), zaplecze socjalne dla pracowników, pomieszczenie dyspozytorskie, wyposażone

w system łączności zapewniający stały kontakt z kierowcami, przedstawicielami Zamawiającego oraz służbami ratowniczymi i policją, stanowiska obsługi codziennej, bieżącej i okresowej pojazdów zlokalizowane w hali obsługowej lub postojowo - obsługowej. Wszystkie obiekty zaplecza technicznego muszą spełniać odpowiednie wymagania prawne i stosowne dopuszczenia dla użytkowania.

Nie jest sporne, że wykonawca, który takiej bazy nie posiada, będzie potrzebował czasu dla stworzenia bazy i dla zorganizowania całości przedsięwzięcia w celu rozpoczęcia prawidłowego świadczenia usługi.

Zamawiający nie kwestionował okoliczności, że konieczne jest wyszukanie odpowiedniej lokalizacji, uzyskanie niezbędnych pozwoleń, w celu stworzenia wymaganego zaplecza technicznego. Nie kwestionował także okoliczności, że niezbędne będzie dokonanie zakupu towarów, a nadto zatrudnienie pracowników. W treści odpowiedzi na odwołanie przyznał, że zgodnie z treścią projektu umowy, Wykonawca zobowiązany jest do przystosowania odpowiedniej bazy transportowej. Zatem na wstępie Wykonawca będzie zmuszony ponieść wysokie koszty, które zdaniem Zamawiającego mogą wynieść lub nawet przekroczyć 2.000.000 miliony złotych (uruchomienie bazy, zakup towarów i usług, wynagrodzenia pracowników, itp.). Powyższe oznacza, że Zamawiający jest świadomy okoliczności, że tego rodzaju działania wymagają przewidzenia czasu, jaki jest niezbędny dla wykonania określonych czynności w celu rozpoczęcia świadczenia usługi.

Z tego faktu wynika, że Zamawiający jest zobowiązany określić czas, jakim będzie dysponował Wykonawca dla przygotowania całości zaplecza dla prawidłowej realizacji usługi. Należy podkreślić, że Wykonawca, który takiego zaplecza nie zapewni, narazi się na konieczność zapłaty kary umownej – co wynika z pkt 37 załącznika nr 5 do umowy, w którym określono karę umowną w wysokości 20% wartości zamówienia brutto za niezgodność obiektów zaplecza z SIWZ na 14 dni przed rozpoczęciem świadczenia usług. Tym bardziej przystępując do postępowania przetargowego, Wykonawca powinien mieć możliwość dokonania oceny, czy będzie mógł podołać postawionym przed nim wymaganiom.

Zamawiający w trakcie rozprawy przyznał, że znane są mu trzy lokalizacje na terenie miasta Kielce, które spełniają takie wymagania. Zamawiający nie podał jednak żadnych danych tych lokalizacji. Brak podania przez Zamawiającego lokalizacji powoduje, że wykonawcy mają utrudnione zadanie, są zobowiązani do samodzielnego poszukiwania lokalizacji, co także łączy się z dodatkowym czasem lub też poniesieniem nakładów, w przypadku konieczności dostosowywania zaplecza lub budowy zaplecza od początku.

Brak ustalenia określonego czasu, jakim Wykonawca będzie dysponował po dacie zawarcia umowy z Zamawiającym do chwili rozpoczęcia świadczenia usług spowoduje, że Wykonawca, który będzie chciał wziąć udział w postępowaniu, nie będzie miał realnej

możliwości stworzenia warunków dla realizacji umowy. Tym samym, jak wskazano w sentencji niniejszego wyroku, niezbędne jest określenie w punkcie 8 SIWZ czasu, jakim wykonawca będzie dysponował po dacie zawarcia umowy z Zamawiającym do chwili rozpoczęcia świadczenia usług, pozwalającego na zapewnienie zgodności obiektów zaplecza technicznego z SIWZ. W przeciwnym razie zostałby naruszony art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gwarantujący równe traktowanie wykonawców z przestrzeganiem zasad uczciwej między nimi konkurencji i równego dostępu do zamówienia, gdyż z góry dawałby przewagę dotychczasowemu wykonawcy zamówienia. Nie była kwestionowana okoliczność, że dotychczasowy wykonawca jest już w posiadaniu bazy – zaplecza technicznego. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna zostać zatem ukształtowana w taki 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. Oznacza to, że aby umożliwić realną konkurencję Wykonawcom, należy określić czas, którym będzie dysponował Wykonawca w celu organizacji zaplecza technicznego i personelu dla świadczenia usługi.

Wskazanie czasu, jaki jest niezbędny do zorganizowania zaplecza technicznego i osobowego, winno zostać dokonane przez Zamawiającego. Odwołujący w treści żądania wskazywał na okres 8 miesięcy. Izba jest związana treścią zarzutu, nie jest natomiast związana żądaniem przedstawionym przez Wykonawcę. Należy mieć na uwadze, okoliczność, że Odwołujący formułując żądanie wyznaczenia 8 miesięcy jako czasu niezbędnego na organizację zaplecza, odnosił się do postępowania prowadzonego uprzednio. Odwołujący nie wykazał, aby w niniejszym postępowaniu konieczny był czas 8 miesięcy na organizację zaplecza. Tym samym, Izba uznając za zasadny zarzut naruszenia przepisów postępowania poprzez brak określenia czasu, jakim wykonawca będzie dysponował po dacie zawarcia umowy z Zamawiającym do chwili rozpoczęcia świadczenia usług (pozwalającego na zapewnienie zgodności obiektów zaplecza technicznego z SIWZ), nie wskazała jednocześnie konkretnego okresu, pozostawiając ten obowiązek Zamawiającemu. Podkreślić należy, że czas ten powinien być określony przez Zamawiającego w taki sposób, aby wykonawca, który nie dysponuje zapleczem technicznym i osobowym, miał rzeczywistą możliwość takie zaplecze zorganizować.

Podnoszony przez Zamawiającego argument, że obecna umowa dotycząca eksploatacji autobusów wygasa z dniem 31 grudnia 2018 roku jest całkowicie obojętny dla oceny zasadności zarzutu Odwołującego.

Zamawiający posiada doświadczenie w organizowaniu procedury przetargowej, której przedmiotem jest wykonywanie usług przewozowych w komunikacji miejskiej w Kielcach.

Podobne postępowanie zostało zorganizowane w ubiegłym roku. Tym samym, Zamawiający miał wiedzę, jaki czas jest niezbędny dla przeprowadzenia procedury przetargowej – i w niniejszym postępowaniu to doświadczenie winien uwzględnić. Nadto, w zakresie obowiązku wskazania czasu, jakim wykonawca będzie dysponował po dacie zawarcia umowy z Zamawiającym do chwili rozpoczęcia świadczenia usług, pozwalającego na zapewnienie zgodności obiektów zaplecza technicznego z SIWZ, celem zapewnienia realnej konkurencji w postępowaniu zapadł wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 745/17), tym samym Zamawiający winien uwzględnić wskazania w nim zawarte.

Przed wszystkim, Zamawiający winien tak zorganizować postępowanie (zwłaszcza postępowanie prowadzone w trybie procedury konkurencyjnej, jaką jest przetarg nieograniczony), aby zapewnienie konkurencyjności było realne.

Ponadto Izba miała na uwadze także fakt, że Zamawiający przewidział w punkcie 8.1 SIWZ pewien „margines” czasowy, tj. możliwość rozpoczęcia świadczenia usług w terminie po 1 stycznia 2019 roku (gdy w dacie tej rozpoczęcie było niemożliwe ze względu na wnoszone środki ochrony prawnej). Oznacza to, że istnieje, w ocenie samego Zamawiającego, możliwość rozpoczęcia świadczenia usług w terminie późniejszym niż 1 stycznia 2019 roku.

Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt. 3, art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 2 ust. 4 pkt. 10 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, tj. określenie w pkt 9.4.2 lit. b) SIWZ warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej i wymagania przedstawienia wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia.

W punkcie 9.4.2 b) SIWZ Zamawiający przedstawił następujący warunek: Na potwierdzenie niniejszego warunku należy w JEDZ przedłożyć informacje na temat osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informację o podstawie do dysponowania tymi osobami;

Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje n/w osobami:

a) 100 kierowcami którzy posiadają uprawnienia do kierowania autobusami i minimum sześciomiesięcznym doświadczeniem jako kierowca autobusu komunikacji miejskiej.

- każdy kierowca musi znać język polski co najmniej w stopniu średniozaawansowanym (poziom B1) lub zapewnienie dla kierowcy tłumacza języka polskiego.

b) 6 dyspozytorami odpowiedzialnymi za koordynowanie przewozów, każdy z dyspozytorów musi posiadać minimum 6 miesięczne doświadczenie w koordynowaniu przewozu osób w komunikacji miejskiej.

Kierowcy oraz dyspozytorzy muszą być zatrudnieni na podstawie umowy o pracę.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym powyższy warunek jest nadmierny. W okolicznościach niniejszej sprawy nie jest zasadny obowiązek wskazania na etapie poprzedzającym wybór najkorzystniejszej oferty, wykazu w zasadzie wszystkich pracowników, którzy będą uczestniczyć przy wykonywaniu zamówienia.

Należy zauważyć, że Zamawiający zażądał wykazania niemal całości bardzo licznego, bo wynoszącego ponad 100 osób personelu w okresie 7,5 miesiąca przed rozpoczęciem usługi, w dodatku w odniesieniu do kierowców oraz dyspozytorów żądając zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. Takim personelem wykonawca może nie dysponować na dzień składania ofert, gdyż w chwili składania ofert wykonawca nie ma pewności, czy będzie realizował usługę.

Izba nie kwestionuje co do zasady konieczności realizacji usługi przy udziale tak licznego personelu. Tak opisany warunek wskazuje jednak na sposób realizacji tej konkretnej usługi, a nie ma na celu wykazanie potencjału, jakim dysponuje Wykonawca. Z treści postawionego przez Zamawiającego warunku wynika, że Zamawiający faktycznie wymaga, aby już na etapie składania oferty Wykonawcy zatrudnili co najmniej 106 osób (100 kierowców oraz 6 dyspozytorów), które to osoby zostaną skierowane do realizacji zamówienia publicznego – pod warunkiem, że oferta danego Wykonawcy zostanie uznana za najkorzystniejszą. Tym samym każdy z Wykonawców składających ofertę musi liczyć się z ryzykiem, że nie zwrócą się poniesione przez niego koszty, związane z zatrudnieniem co najmniej 106 osób – co nastąpi w przypadku, gdy oferta danego Wykonawcy nie zostanie uznana za najkorzystniejszą. Zwrócić należy także uwagę na długi czas pomiędzy upływem terminu składania ofert, a terminem rozpoczęcia świadczenia usługi przez Wykonawcę, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza – w okresie tym Wykonawca zostanie postawiony przed koniecznością utrzymywania zatrudnienia wymaganego przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Przy ocenie postawionego przez Zamawiającego warunku należy także uwzględnić także realia niniejszej sprawy - Zamawiający oczekuje wykazania dysponowaniem kierowcami, którzy wykonywać będą usługę w ramach tego konkretnego postępowania, a więc na terenie miast Kielce, gdzie wykonawca może nie dysponować tak liczną kadrą.

Oceny postawionego przez Zamawiającego warunku nie zmienia wprowadzona przez Zamawiającego możliwość zamiany wskazanego przez Wykonawców personelu.

Skoro Zamawiający dopuścił możliwość dokonania przez Wykonawców zmiany osób, które mają zostać skierowane do realizacji zamówienia, to tym bardziej niezrozumiałą jest wymóg podania danych konkretnych osób personelu, które miałyby być skierowane do realizacji usługi.

Trafnie zauważył Odwołujący, że tak ukształtowany warunek udziału w postępowaniu narusza zasadę uczciwej konkurencji. Nie bez znaczenia jest okoliczność, że w obecnie na terenie Miasta Kielce działa wykonawca, który realizuje podobną usługę na rzecz Zamawiającego i ma potencjalną możliwość wykazania żądanego personelu w już na dzień składania ofert. Jak podkreślał Odwołujący, wszyscy Wykonawcy powinni mieć umożliwiony równy dostęp do udziału w postępowaniu. Zamawiający nie powinien faworyzować ani też utrudniać udziału w postępowaniu Wykonawcom, gdyż stanowi to oczywiste naruszenie dwóch podstawowych zasad prawa zamówień publicznych: zasady równości i zasady konkurencji. Ponownie należy wskazać, że Zamawiający, który decyduje się na przeprowadzenie procedury konkurencyjnej, jest zobowiązany zapewnić rzeczywistą konkurencję w postępowaniu.

Należy ponownie zauważyć, że postawiony przez Zamawiającego w SIWZ warunek nie tyle stanowi podstawę oceny rzeczywistego potencjału wykonawcy w ogóle, ale odpowiada warunkom, jakie należy spełnić w czasie realizacji usługi. W konsekwencji, w treści sentencji Izba nakazała Zamawiającemu usunięcie punktu 9.4.2 lit. b) SIWZ. Zamawiający nie jest zobowiązany, jednak zgodnie z brzmieniem sentencji niniejszego wyroku, ma możliwość uzupełnienia Opisu Przedmiotu Zamówienia o wymaganie dotyczące realizacji zamówienia przy udziale 100 kierowców, którzy posiadają uprawnienia do kierowania autobusami i minimum sześciomiesięczne doświadczenie jako kierowca autobusu w komunikacji miejskiej zatrudnionych na podstawie umowy o pracę oraz 6 dyspozytorów odpowiedzialnych za koordynowanie przewozów, zatrudnionych na podstawie umowy o pracę.

Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 22 ust. 1b pkt. 2 w zw. z art. 22 ust. 1a oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nadmierne, nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia ustalenie wymagań w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Stosownie do treści art. 22 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe

w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażające minimalne poziomy zdolności. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymagał m.in. aby Wykonawca przedłożył następujące dokumenty dotyczące sytuacji finansowej i ekonomicznej:

- a) Informację z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo — kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed terminem składania ofert. Wykonawca potwierdzi spełnienie warunku jeżeli wykaże, że posiada nie mniej niż 2.000.000 PLN,
- b) Dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez Zamawiającego — na kwotę nie mniejszą niż 3.000.000 PLN.

Wskazać należy, że katalog dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawców, został określony rozporządzeniem Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Pośród dokumentów, jakich Zamawiający może wymagać w celu potwierdzenia spełnienia warunku spełnienia udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej są: informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu; potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego.

Zgodnie zatem z treścią powołanego rozporządzenia Ministra Rozwoju, Zamawiający uprawniony jest do wyboru sposobu potwierdzenia przez Wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej. W niniejszym postępowaniu Zamawiający dokonał wyboru sposobu potwierdzenia tego warunku w sposób zgodny z treścią rozporządzenia. Tym samym nie można uznać, aby Zamawiający naruszył przepisy prawa w tym zakresie.

Nie można także uznać, aby postawione przez Zamawiającego wymagania co do wartości określonej dla tych dokumentów były nadmierne.

Zamawiający wskazał, że żądana zdolność finansowa w kwocie 2.000.000 złotych stanowi mniej niż 10 % wartości szacunkowej zamówienia, zatem nie można uznać, aby było to nadmierne wymaganie. Ponadto, jak wskazał Zamawiający, zgodnie z treścią projektu

umowy, Wykonawca zobowiązany jest do przystosowania odpowiedniej bazy transportowej po zawarciu umowy. Zatem na wstępie Wykonawca będzie zmuszony ponieść wysokie koszty, które zdaniem Zamawiającego mogą wynieść lub nawet przekroczyć 2.000.000 miliony złotych (uruchomienie bazy, zakup towarów i usług, wynagrodzenia pracowników, itp.). Oznacza to, że wymaganie wykazania, że Wykonawca posiada środki w wysokości 2 000 000 złotych jest adekwatne do przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu i jego celu.

Podobne uwagi należy odnieść do wymagania dotyczącego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Dokument na obecnym etapie potwierdza jedynie zdolność Wykonawcy do opłacenia składki za posiadaną polisę od odpowiedzialności cywilnej. Dodatkowo należy zauważyć, że w treści odwołania Odwołujący nie wskazał, jaka według niego wartość polisy byłaby wystarczająca.

Odwołujący nie wykazał, aby postawione wymagania nie były proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Argumentacja podniesiona w odwołaniu dotyczyła porównania niniejszego postępowania z postępowaniem prowadzonym uprzednio. W żadnym razie nie może to zostać uznane za argument, że przedstawione przez Zamawiającego wymagania naruszają przepisy prawa, są nieadekwatne lub nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia. W konsekwencji należało także uznać, że Odwołujący nie wykazał okoliczności, że wymaganie Zamawiającego w zakresie wykazania zdolności finansowej jest nadmierne.

Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 91 ust. 2c i 2d, art. 91 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez określenie w pkt. 22.6 i 22.7 SIWZ jako kryterium oceny ofert doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia.

Podkreślenia wymaga okoliczność, że niniejszy zarzut odnosi się do jednego z kryteriów oceny ofert – przedstawienia doświadczenia w pracy na stanowisku kierowcy autobusu komunikacji miejskiej. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, doświadczenie w pracy na stanowisku kierowcy autobusu komunikacji miejskiej może stanowić przedmiot oceny Zamawiającego. Nie jest też tak, że Zamawiający jest uprawniony do oceny doświadczenia wyłącznie pracowników pełniących zadania kierownicze, nadzorcze lub odpowiedzialnych za świadczenie usług. Taka teza nie znajduje uzasadnienia w przepisach prawa.

Zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności: jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne; aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2 ustawy, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb

użytkowników; aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia; aspekty innowacyjne; organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia; serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji. Z przepisu tego zatem wynika, że również kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia może stanowić przedmiot kryterium oceny. Zatem Zamawiający, określając jako przedmiot kryterium doświadczenie zawodowe kierowców proponowanych do realizacji usługi, a zatem prawie wszystkich pracowników wykonawcy, nie naruszył przepisów prawa.

Wbrew twierdzeniu Odwołującego, doświadczenie kierowców może mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Doświadczenie kierowców stanowi o bezpieczeństwie mieszkańców i sprawności komunikacji miejskiej.

Nie można także uznać, aby okoliczność, że wykonawca, który jest zainteresowany wzięciem udziału w postępowaniu, dysponuje na dzień składania ofert osobami, które będą świadczyły usługę (i w ramach przygotowania do świadczenia usługi wcześniej zbiera personel), stanowiła naruszenie przepisów prawa.

Treść SIWZ nie narusza również dyspozycji art. 91 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem, kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Jak wskazano powyżej, określone przez Zamawiającego kryterium jest zgodne z określonymi w art. 91 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych kryteriami oceny ofert - kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia. Jako zgodne z przepisem prawa, nie może być jednocześnie sprzeczne z przepisem prawa w tej samej ustawie. Ponadto, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia nie stanowią właściwości wykonawcy, jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Odwołujący w treści odwołania wskazał także, że zgodnie z art. 91 ust. 2d ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiając sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców. W tym zakresie Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie wskazał, w jaki sposób będzie weryfikował znajomość języka polskiego, czy topografii miasta Kielce.

W trakcie rozprawy Zamawiający wyjaśnił, że uzna za wystarczające wpisanie imienia i nazwiska kierowcy autobusu, które będzie stanowiło zgłoszenie danej osoby i potwierdzenie/oświadczenie, że jest to osoba posiadająca ww. kwalifikacje, tj. znajomość języka polskiego i topografii miasta. Formularz nie zawiera dodatkowo przewidzianego miejsca, gdzie należałoby wpisać informacje o znajomości języka czy też topografii miasta,

zatem należy uznać, że samo podanie przez Wykonawcę danych osobowych kierowcy zawierać będzie jednocześnie oświadczenia, że kierowca ten spełnia wymogi w zakresie znajomości języka polskiego i topografii miasta Kielce.

Izba umorzyła postępowanie w zakresie zarzutów: 1) naruszenia art. 22 ust. 1b pkt. 3 w zw. z art. 22d ust. 1 i art. 22 ust. 1a oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nadmierne, nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia ustalenie liczby i wartości wozokilometrów w ciągu roku wykonywania usługi, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej oraz 2) naruszenia art. 22 ust. 1a i ust. 1b w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez określenie w pkt. 9.2.3. SIWZ wymagania, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy złożą wraz z ofertą oświadczenia w zakresie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki podmiotowe.

Zgodnie z art. 186 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów w części, gdy po jego stronie do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów, Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.

Informacja o umorzeniu postępowania odwoławczego w części dotyczącej uwzględnionych zarzutów znalazła odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia. Istotne jest umożliwienie Odwołującemu powołanie się na okoliczność uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów i wyegzekwowanie dokonania przez Zamawiającego czynności zgodnie z żądaniem Odwołującego zawartym w odwołaniu. Zgodnie bowiem z art. 186 ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów podniesionych w odwołaniu, Zamawiający zobowiązany jest do wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w odwołaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

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. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....