

Sygn. akt: KIO 2897/20

**POSTANOWENIE**  
**z dnia 12 listopada 2020 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 12 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 listopada 2020 r. przez wykonawcę **M. S., prowadzącego w Smolajnach działalność gospodarczą pod firmą Transport Osobowy S. M. S.**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Banie Mazurskie z siedzibą w Baniach Mazurskich** postanawia:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **M. S., prowadzącego w Smolajnach działalność gospodarczą pod firmą Transport Osobowy S. M. S.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez **M. S., prowadzącego w Smolajnach działalność gospodarczą pod firmą Transport Osobowy S. M. S.** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejsze postanowienie -

w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Suwałkach**.

**Przewodniczący:.....**

Sygn. akt: KIO 2897/20

**Uzasadnienie**

Gmina Banie Mazurskie z siedzibą w Baniach Mazurskich, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn zm.) – zwanej dalej „ustawą Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „dowożenie uczniów z miejscowości położonych na terenie Gminy Banie Mazurskie do szkoły w Baniach Mazurskich w okresie od 2 listopada 2020 r. do 31 grudnia 2021 r. w formie zakupu biletów miesięcznych wraz ze sprawowaniem opieki nad uczniami w czasie ich przewozu- ponowna procedura”.

W dniu 6 listopada 2020 r. wykonawca M. S., prowadzący w Smolajnach działalność gospodarczą pod firmą Transport Osobowy S. M. S., zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 18a pkt 4 ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw z dnia 22 czerwca 2016 r. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty K. K. jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów (art. 73 § 1 KC) z uwagi na okoliczność, że oferta oraz oświadczenie wstępne nie zostały podpisane;
  - 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2, art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy K. K., podczas gdy złożona przez niego oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) – Zamawiający wezwał wykonawcę, którego oferta jeszcze nie została najwyżej oceniona, do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 PZP, podczas gdy zgodnie z rozdziałem III ust. 3 pkt 6 SIWZ w zw. z art. 26 ust. 2 oraz art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający był zobligowany po dokonaniu oceny ofert wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy oraz informacji zawartych w oświadczeniach. W związku z powyższym jedynie oświadczenia i dokumenty złożone po wezwaniu przez zamawiającego przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona mogły stanowić potwierdzenie, że wykonawca ten spełnienia warunków udziału w postępowaniu określone w SIWZ, a brak skutecznego wyzwania wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona w konsekwencji doprowadził do dokonania przez Zamawiającego wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który nie wykazał w przewidzianym przez ustawę i SIWZ trybie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co w konsekwencji doprowadziło do dokonania przez Zamawiającego wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, która to oferta powinna podlegać odrzuceniu;
  - 3) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez wybór oferty Krzysztofa Kobusa jako oferty najkorzystniejszej wskutek błędnego uznania przez zamawiającego, że wykonawca ten wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, co w konsekwencji spowodowało niezastosowanie przez zamawiającego powyższych przepisów i zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy K. K., podczas gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia zgodnie z zarzutem opisanym w pkt 2) warunków udziału w postępowaniu;
  - 4) art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przez zaniechanie unieważnienia postępowania i dokonanie wyboru oferty K. K. w sytuacji, gdy postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego z uwagi na wewnętrzne sprzeczności w SIWZ, nieprecyzyjne wskazanie kryteriów oceny ofert, połączenie w jednym postępowaniu zakupu biletów dla dzieci realizujących obowiązek szkolny oraz dzieci niepełnosprawnych, co stoi w sprzeczności z obowiązkami nałożonymi na gminę na podstawie art. 39 ustawy Prawo oświatowe;
  - 5) art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przez zaniechanie unieważnienia postępowania i dokonanie wyboru oferty K. K. w sytuacji, gdy postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego z uwagi na to, że zgodnie z SIWZ oraz umową stanowiącą załącznik do SIWZ przedmiot postępowania ma być realizowany od dnia 2 listopada, natomiast w dniu wniesienia odwołania ten termin już minął. Zatem podpisanie umowy po 2 listopada, (przy czym wykonawca ma realizować przewóz za stawkę obliczoną od dnia 2 listopada) jest niemożliwe, niezgodne z SIWZ i umową, których to nie można aktualnie zmienić, a przy tym umowa będzie stanowić umowę o świadczenie niemożliwe, tj. nieważną od chwili jej podpisania, a jednocześnie będzie to stanowić naruszenie dyscypliny finansów publicznych.
- Odwołujący wskazał, że wnosi odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty K. K. z 3 listopada 2020 r. Podniósł, że w dniu 3 listopada 2020 r. dokonano zmiany zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty poprzez uznanie, że odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i jego oferta nie podlega odrzuceniu.

Odwołujący wskazał, iż wcześniej, tj. w ramach czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 14.10.2020 r. jego oferta została odrzucona. Odwołujący podniósł, że nie był wówczas uprawniony do złożenia odwołania od czynności zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty. Odwołujący wskazał, że na skutek złożenia odwołania do KIO na czynność odrzucenia swej oferty, zamawiający uwzględnił odwołanie i postanowił unieważnić czynność wykluczenia odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty. W związku z tym odwołujący argumentował, że dopiero 3 listopada 2020 r. uzyskał uprawnienie do wniesienia odwołania na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że iż oferta złożona przez K. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą INTER-TRANS K. K. podlega odrzuceniu jako nieważna na podstawie odrębnych przepisów (art. 73 § 1 KC) z uwagi na okoliczność, że oferta oraz oświadczenie wstępne nie zostały podpisane. Na stronie 2 w pkt. 16 formularza ofertowego K. K. oświadczył, że oferta została złożona na 8 stronach podpisanych i kolejno ponumerowanych od nr 1 do 8. Oświadczenie powyższe jest niezgodne z prawdą – strony 4 i 8 oferty nie zostały w ogóle podpisane ani nawet zaparafowane, natomiast pozostałe strony oferty opatrzone jedynie parafą. Zdaniem odwołującego zamawiający dokonał naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 18a pkt 4 ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw z dnia 22 czerwca 2016 r. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty K. K. jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów (art. 73 § 1 KC) z uwagi na okoliczność, że oferta oraz oświadczenie wstępne nie zostały podpisane.

Ponadto odwołujący podniósł, że formularz ofertowy, stanowiący załącznik do SIWZ wymaga, aby wykonawca podał numer REGON i NIP. Wykonawca K. K. w ofercie wskazał tylko numer NIP, bez numeru REGON. Zdaniem odwołującego powyższa okoliczność powinna zostać wyjaśniona przez zamawiającego przed wyborem oferty.

W uzasadnieniu zarzutu 2 i 3 odwołania odwołujący podniósł, że w rozdziale I, pkt 1 SIWZ Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 24aa ustawy PZP w postępowaniu stosuje tzw. procedurę odwróconą. W rozdziale III SIWZ w ust. 3 pkt 6 Zamawiający wskazał, że wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyższej oceniona do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust.1 ustawy oraz informacji zawartych w oświadczeniach. Odwołujący argumentował, że otwarcie ofert nastąpiło 18 września 2020 r. i dopiero po tym dniu zamawiający mógł przystąpić do oceny ofert, zaklasyfikować jedną z nich jako najwyższej ocenioną i wystosować wezwanie do przedłożenia dokumentów, o którym mowa powyżej. Tymczasem zamawiający wystosował do K. K. wezwanie do złożenia dokumentów w dniu 05.09.2020 r., czyli na długo przed terminem otwarcia ofert. Odwołujący argumentował, że jedynie oświadczenia i dokumenty złożone przez wykonawcę, którego oferta została najwyższej oceniona mogły stanowić potwierdzenie, że wykonawca ten spełnienia warunków udziału w postępowaniu określone w SIWZ. Brak skutecznego wyzwania wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona w konsekwencji doprowadziło do dokonania przez Zamawiającego wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który nie wykazał w przewidzianym przez ustawę i SIWZ trybie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że zasadą postępowania powinna być tożsamość umowy z treścią SIWZ oraz ogłoszeniem o zamówieniu, a także wszelkimi załącznikami do SIWZ np. formularzem ofertowym. Odwołujący zwrócił uwagę na wewnętrzną sprzeczność SIWZ, tj. sprzeczność SIWZ z jej załącznikiem, tj. umową oraz formularzem ofertowym. Zamawiający sporządził bowiem w załączniku nr 1 do SIWZ formularz ofertowy, w którym wykonawca ma podać kwotę ryczałtową za wykonanie zadania. W żadnym miejscu w formularzu ofertowym nie pojawia się jakkolwiek wzmianka o biletach miesięcznych oraz o ich cenie. Odwołujący wywiódł, że w umowie, która stanowi załącznik nr 4 do SIWZ w § 1 wskazano, iż: *„Przedmiotem niniejszej umowy jest świadczenie usługi przewozowej przez Wykonawcę polegającej na dowożeniu uczniów z miejscowości położonych na terenie Gminy Banie Mazurskie do szkoły w Baniach Mazurskich i odbiór po zajęciach na podstawie zakupionych biletów miesięcznych przez Zamawiającego wraz ze sprawowaniem opieki nad uczniami w czasie ich przewozu. Podstawą rozliczenia stron stanowić będzie suma ceny wszystkich zakupionych przez Zamawiającego u Wykonawcy biletów miesięcznych.*” – a zatem pojawia się wzmianka na temat biletów miesięcznych. Idąc dalej w § 7 umowy wskazano, że: *„Wykonawcy przysługuje miesięcznie wynagrodzenie obliczone jako iloczyn cen jednostkowych brutto i faktycznie wydanej Zamawiającemu ilości biletów na trasach*”. Nigdzie nie określono z kolei jaka jest relacja pomiędzy kwotą ryczałtową brutto określaną w ofercie Wykonawcy na cały okres realizacji umowy, a zapisami, że wynagrodzenie Wykonawcy jednak będzie stanowiło iloczyn zakupionych przez Zamawiającego biletów miesięcznych. Jednocześnie co jest zupełnie niezrozumiałe w SIWZ w punkcie III.6 wskazano, że: *„Cena może być tylko jedna...”, a także że „Cena za bilety miesięczne podana w formularzu ofertowym, nie będzie podwyższana przez okres trwania umowy*”. Zdaniem odwołującego zapisy te są sprzeczne i niezrozumiałe, że doprowadziły do sytuacji, która nie ma prawa zaistnieć, zatem nie ma możliwości zrealizowania takiego zamówienia, które zostało opisane w SIWZ. Bowiem w związku z tym, że wykonawcy w formularzu ofertowym nie mieli obowiązku podania ceny biletu miesięcznego, a jedynie ogólną wartość zamówienia prowadzi to do sytuacji, w której cena biletu miesięcznego będzie się różnić w zależności od miesiąca. Co jednak będzie sprzeczne z SIWZ, który stanowi, iż cena biletu nie może ulec zmianie.

Odwolujący podniósł także, że w punkcie 1.2 SIWZ wskazano, że zamówienie dotyczy dowozu i odbioru 133 dzieci do szkoły oraz 10 osób niepełnosprawnych. Jednakże oczywistym jest, iż cena biletu miesięcznego dziecka realizującego obowiązek szkolny oraz dziecka niepełnosprawnego w takiej sytuacji nie może być taka sama. Powyższe wynika w szczególności z art. 5a ustawy z dnia 20 czerwca 1992 r., o uprawnieniach do ulgowych przejazdów środkami publicznego transportu zbiorowego, który stanowi, iż w przypadku nabywania przez gminę biletów miesięcznych dla dzieci w celu wykonania obowiązku określonego w art. 32 ust. 5 oraz 39 ust. 3 ustawy z dnia 14 grudnia 2016 r. Prawo oświatowe, uwzględnia się ulgi, o których mowa w art. 4 ust. 6 i art. 5 ust. 1. Odwołujący wywiódł, iż cena biletu dla dzieci realizujących obowiązek szkolny, które to są nabywane przez gminę, stanowi cenę z uwzględnieniem ulgi, tj. jest biletem ulgowym. Natomiast taka ulga nie przysługuje dzieciom niepełnosprawnym, gdyż w przypadku nabywania przez gminę biletów miesięcznych dla takich dzieci gmina realizuje swój obowiązek wynikający z innych przepisów niż wskazane w art. 5a ustawy o uprawnieniach do ulgowych przejazdów środkami publicznego transportu zbiorowego, a mianowicie obowiązek z art. 39 ust. 4 ustawy Prawo oświatowe. Zatem bilet dla niepełnosprawnych nie będzie uwzględniał ulgi, a co za tym idzie jego cena będzie wyższa, niż cena biletu ulgowego dla ucznia. Zdaniem odwołującego nie ma więc możliwości w żaden sposób spełnienia warunków wskazanych w SIWZ, jakoby cena była tylko jedna i jej wartość nie była zmieniana.

Zdaniem odwołującego kolejna sprzeczność pojawia się w formularzu ofertowym, który jest załącznikiem do SIWZ. Argumentował, że w punkcie 15 formularza wskazano, że do oferty załącza się wszystkie wymagane w SIWZ dokumenty, wymienione w rozdziale V (SIWZ) oraz dodatkowe dokumenty stanowiące integralną część umowy. Jest to warunek niemożliwy do spełnienia, zatem żaden wykonawca nie sprostą obowiązkowi określone przez

Zamawiającego, bowiem rozdział V SIWZ to rozdział o środkach ochrony prawnej. Nie wskazano tam żadnych dokumentów, które wykonawca ma obowiązek złożyć, bowiem treść rozdziału V dotyczy wyliczenia sytuacji, w których wykonawca ma prawo wnieść odwołanie.

Odwołujący podniósł także, że w postępowaniu wystąpił także błąd odnośnie kryteriów wyboru oferty. Zwrócił uwagę na kryterium terminu płatności. Po pierwsze wskazano, iż oferta o najdłuższym terminie płatności uzyska maksymalną ilość punktów, tj. 40 punktów. Stąd też pojawiły się oferty z terminami płatności np. 65 dni, czy oferta odwołującego, która powinna otrzymać najwięcej punktów z tego kryterium, bowiem wskazał najdłuższy ze wszystkich ofert termin płatności, tj. 65 dni. Z kolei wzór matematyczny stosowany do obliczeń punktacji za ww. kryterium wskazuje, że maksymalny termin płatności to 30 dni, co sugeruje, iż każdy wykonawca, który poda termin 30 dni uzyska maksymalną liczbę punktów. Powyższe stanowi sprzeczność SIWZ odnośnie określenia przedmiotowego kryterium terminu płatności.

Odwołujący podniósł także, że zamawiający w trakcie postępowania działał niezgodnie z zapisami ustawy Prawa zamówień publicznych. Argumentował, iż otwarcia ofert w niniejszym postępowaniu Zamawiający dokonał 18 września 2020 r. o godzinie 14:15, zaś informację z ogłoszenia ofert opublikował dopiero 21 września 2020 r. o godz. 10:00.

Odwołujący podniósł także, że zgodnie z SIWZ oraz umową stanowiącą załącznik do SIWZ przedmiot postępowania ma być realizowany od dnia 2 listopada 2020 r., natomiast w dniu wniesienia odwołania ten termin już minął. Zatem podpisanie umowy po 2 listopada, (przy czym wykonawca ma realizować przewóz za stawkę obliczoną od dnia 2 listopada) jest niemożliwe, niezgodne z SIWZ i umową, których to nie można aktualnie zmienić, a przy tym umowa będzie stanowić umowę o świadczenie niemożliwe, tj. umowa jest nieważna od chwili jej podpisania, a jednocześnie będzie to stanowić naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W oparciu o przytoczoną argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) odrzucenia oferty K. K. i wykluczenia z postępowania wykonawcy K. K.,
- 3) dokonania ponownej oceny ofert w sposób zgodny z zasadami Prawa zamówień publicznych.

ewentualnie:  
unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

**Na podstawie całości dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności: postanowień ogłoszenia o zamówieniu, postanowień SIWZ, informacji z otwarcia ofert, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 14 października 2020 r., wezwania do złożenia dokumentów skierowanego do K. K. datowanego na 5 września 2020 r, wraz z potwierdzeniem wysłania tego wezwania z dnia 6 października 2020 r., odwołania wniesionego przez odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2688/20, zmiany zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 3 listopada 2020 r., odwołania w niniejszej sprawie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 2 września 2020 r. nr 580630-N-2020 (ogłoszenie, w aktach sprawy). W tej samej dacie na stronie internetowej zamawiającego została zamieszczona specyfikacja istotnych warunków zamówienia (wydruk ze strony internetowej, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego przy sprawie KIO 2688/20 i KIO 2694/20).

Szacunkowa wartość zamówienia wynosi 268.518,52 zł netto, co stanowi równowartość 62.895,21 euro, a zatem nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp (pkt 2.4 protokołu postępowania, strona tytułowa specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Jak wynika z pkt 1.1 i 1.2. SIWZ, przedmiotem zamówienia jest dowóz i odbiór 133 dzieci do szkoły oraz 10 osób niepełnosprawnych w terminie od dnia 2 listopada 2020 r. do dnia 31 grudnia 2020 r.

Ustalono, że we wzorze formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ zamawiający wymagał od wykonawców podania kwoty ryczałtowej za realizację zadania. W pkt 15 wzoru formularza ofertowego zamawiający wymagał złożenia od wykonawców oświadczenia o treści: *załączamy wszystkie wymagane w SIWZ dokumenty – wymienione w ROZDZIALE V oraz dodatkowe dokumenty stanowiące integralną część umowy (należy przedłożyć wykaz dokumentów składających się na ofertę i stanowiących jej część integralną).*

We wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ, w § 7 ust. 1 wskazano, że *„Wykonawcy przysługuje miesięcznie wynagrodzenie obliczone jako iloczyn cen jednostkowych brutto i faktycznie wydanej Zamawiającemu ilości biletów na trasach”*.

W pkt III. 5 SIWZ zamawiający wskazał, że *„cena może być tylko jedna, nie dopuszcza się wariantowości cen”*. W pkt III. 6 SIWZ zamawiający wskazał, że *„cena za bilety miesięczne podana w formularzu ofertowym, nie będzie podwyższana przez okres realizacji umowy”*.

Rozdział V SIWZ dotyczy opisu środków ochrony prawnej przysługujących wykonawcom.

W pkt III. b SIWZ zamawiający opisał jedno z kryteriów oceny ofert: termin płatności – 40 %.

*Oferta o najdłuższym terminie płatności uzyska maksymalną ilość punktów tj. 40 pkt. Pozostałym wykonawcom przyznana zostanie odpowiednio mniejszą (proporcjonalnie mniejsza) ilość punktów wg. wzoru:*

$$\text{Termin płatności} = \frac{\text{Termin płatności oferty badanej}}{\text{Maksymalny termin płatności (tj. 30 dni)}} \times 40 \text{ pkt}$$

*Najdłuższym możliwym terminem płatności faktury wymagany przez zamawiającego, a który będzie uwzględniany przy ocenie ofert – 30 dni.*

Termin składania ofert upłynął w dniu 18 września 2020 r. (piątek) o g. 14.00 (por. pkt III.10.1 SIWZ). Do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęła m.in. oferta wykonawcy Inter Trans K. K. oraz oferta odwołującego.

Informacja z otwarcia ofert została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego w dniu 21 września 2020 r. (poniedziałek) (por. informacja w aktach sprawy).

Ustalono, że oferta wykonawcy Inter Trans K. K. została złożona na 8 stronach. Strona 4, na której znajduje się wyliczenie podstaw do wykluczenia nie została podpisana. Całe oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu zostało podpisane przez wykonawcę na stronie 5 oferty. Na str. 8 oferty znajduje się wygenerowany na podstawie art. 7 ustawy Prawo bankowe dowód wniesienia wadium, który – jak wynika z jego treści- nie wymaga podpisu ani stempla. Dowód nie jest podpisany przez wykonawcę K. K. . Pozostałe strony oferty zostały podpisane i opatrzone pieczęcią „Inter-Trans, K. K., NIP 239-53-55-08, REGON 510642755” (oferta wykonawcy K. K., w aktach spraw KIO 2688/20 i Kio 2694/20).

Ustalono ponadto, że pismem datowanym na dzień 5 września 2020 r., zamawiający wezwał wykonawcę K. K. w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp do złożenia dokumentów celem wykazania warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia. Pismo to zostało wysłane do K. K. w dniu 6 października 2020 r. drogą elektroniczną (wezwanie w aktach sprawy KIO 2688/20 i KIO 2694/20 wraz z potwierdzeniem wysłania korespondencji drogą elektroniczną z dnia 6 października 2020 r.).

Ustalono także, że zamawiający w dniu 14 października 2020 r. zawiadomił o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Inter Trans K. K. . W zawiadomieniu tym zamawiający wskazał, że odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp (zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego).

W dniu 19 października 2020 r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności wykluczenia go z postępowania i odrzucenia swej oferty.

W dniu 5 listopada 2020 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w sprawie KIO 2688/20, w której oświadczył, iż uwzględnia w całości zarzuty podniesione w odwołaniu. Ponadto zamawiający oświadczył, że postanawia unieważnić czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty (oświadczenie, w aktach sprawy KIO 2688/20).

Ustalono, że postanowieniem z dnia 5 listopada 2020 r. Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2688/20 (postanowienie, w aktach sprawy KIO 2688/20).

Ustalono ponadto, że zamawiający w dniu 3 listopada 2020 r. zmienił zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 14 października 2020 r. w ten sposób, że uznał, że odwołujący nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, a jego oferta nie podlega odrzuceniu. Pozostałe postanowienia zawiadomienia pozostały bez zmian. Jak wynika z zawiadomienia z dnia 3 listopada 2020 r. oferta odwołującego na podstawie kryteriów oceny ofert sklasyfikowana została na miejscu piątym (zmiana zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z 3 listopada 2020 r., w aktach sprawy).

Wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 3 listopada 2020 r. zostało wniesione odwołanie w przedmiotowej sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 2897/20.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż odwołanie podlega odrzuceniu.

Stosownie do przepisu art. 189 ust. 2 Pzp, *Izba odrzuca, jeżeli stwierdzi, że:*

3) *odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.*

6) *w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2.*

Art. 180 ust. 2 ustawy Pzp stanowi zaś, że *Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:*

1) *wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;*

2) *określenia warunków udziału w postępowaniu;*

3) *wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;*

4) *odrzucenia oferty odwołującego;*

5) *opisu przedmiotu zamówienia;*

6) *wyboru najkorzystniejszej oferty.*

1.

Stwierdzono, że odwołanie jest spóźnione w części dotyczącej:

a) sprzeczności w opisie przedmiotu zamówienia między formularzem ofertowym a wzorem umowy i SIWZ,

b) opisaniem w opisie przedmiotu zamówienia, że cena biletu miesięcznego nie może ulec zmianie,

c) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez K. K. i zaniechania wykluczenia go z udziału w postępowaniu.

ad. a) i b)

Nie ulegało wątpliwości, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia w SIWZ, załączył do SIWZ wzór formularz ofertowego jako załącznik nr 1 i wzór umowy jako załącznik nr 4. Specyfikacja ta zaś została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego w dniu 2 września 2020 r.

Zatem już w dacie 2 września 2020 r., w oparciu o SIWZ, odwołujący, działający z należytą starannością, wymaganą w warunkach postępowania pomiędzy profesjonalistami, mógł i powinien sformułować wobec opisu przedmiotu zamówienia zarzuty dotyczące sprzeczności w opisie przedmiotu zamówienia między formularzem ofertowym a wzorem umowy i SIWZ, czy wskazywać że w opisie przedmiotu zamówienia błędnie postanowiono, że cena biletu miesięcznego nie może ulec zmianie.

Skoro odwołujący już w oparciu o postanowienia SIWZ opublikowanej w dniu 2 września 2020 r. wiedział o podnoszonych przez siebie wadach opisu przedmiotu zamówienia, to mógł w terminach wynikających z art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp składać środki ochrony prawnej wobec treści SIWZ, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp odwołanie wobec postanowień SIWZ, w postępowaniu o wartości niższej niż kwoty określone w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, składa się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia specyfikacji na stronie internetowej.

Podkreślić należy, że wybór oferty najkorzystniejszej dokonany w dniu 3 listopada 2020 r. nie stanowi żadnej nowej okoliczności, która uzasadniałaby liczenie od nowa terminu do wniesienia odwołania wobec nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia. Wybór oferty najkorzystniejszej z dnia 3 listopada 2020 r. nie wprowadził żadnych nowych informacji w stosunku do postanowień SIWZ, które by to zmieniały.

W świetle przepisu art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp *odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.*

Treść SIWZ została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego 2 września 2020 r. Termin na wniesienie odwołania wobec treści SIWZ upłynął zatem w dniu 7 września 2020 r. Tymczasem odwołujący wniósł zarzuty wobec postanowień SIWZ dopiero w dniu 6 listopada 2020 r. Reasumując, należało uznać, że odwołanie w części dotyczącej zarzutów wobec treści SIWZ, które wpłynęło w dniu 6 listopada 2020 r. było odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Termin na wniesienie odwołania ma bowiem charakter terminu zawitego, nie podlegającego

przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Ad. c)

Nie ulegało wątpliwości, że odwołujący o tym, iż zamawiający nie odrzucił oferty złożonej przez K. K. i nie wykluczył go z udziału w postępowaniu powziął informację w dniu 14 października 2020 r. kiedy zamawiający zawiadomił o wyborze oferty złożonej przez tego wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Nie można zgodzić się z odwołującym, że nie był wówczas uprawniony do złożenia odwołania od czynności zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty, gdyż wtedy on sam został wykluczony z udziału w postępowaniu. Odwołujący argumentował, że uzyskał uprawnienie do wniesienia odwołania na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu dopiero w dniu 3 listopada 2020 r. kiedy zamawiający zawiadomił, iż odwołujący nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

Odwołujący nie wskazał, dlatego uważa, że uprawnienie do skarżenia nieodrzczenia oferty konkurenta uzyskał dopiero w dniu 3 listopada 2020 r. Nic nie stało na przeszkodzie, aby odwołujący wobec czynności z dnia 14 października 2020 r. sformułował zarówno zarzuty dotyczące własnego wykluczenia z udziału w postępowaniu, jak i równoległe zarzuty dotyczące niewykluczenia z postępowania wykonawcy K. K. i nieodrzczenia jego oferty. Tymczasem w odwołaniu z 19 października 2020 r. wniesionym w sprawie sygn. akt KIO 2688/20 odwołujący zdecydował się kwestionować jedynie czynność swego wykluczenia z udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

O niewykluczeniu wykonawcy K. K. z udziału w postępowaniu i nieodrzczeniu jego oferty odwołujący powziął wiadomość w dniu 14 października 2020 r. Termin na wniesienie odwołania wobec zaniechania wykluczenia i odrzczenia oferty tego wykonawcy upłynął zatem w dniu 19 października 2020 r. Tymczasem odwołujący wniósł zarzuty dopiero w dniu 6 listopada 2020 r. Reasumując, należało uznać, że odwołanie w części dotyczącej niewykluczenia wykonawcy K. K. z udziału w postępowaniu i nieodrzczenia jego oferty, które wpłynęło w dniu 6 listopada 2020 r. było odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzczenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Termin na wniesienie odwołania ma bowiem charakter terminu zawitego, nie podlegającego przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

2.

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w części dotyczącej:

- a) czynności zamawiającego polegającej na opisanu kryteriów oceny ofert,
- b) zaniechania przez zamawiającego czynności niezwłocznego zamieszczenia na stronie internetowej informacji z otwarcia ofert,
- c) zaniechania przez zamawiającego czynności unieważnienia postępowania z powodu wyznaczenia początkowego terminu realizacji zamówienia na dzień 2 listopada 2020 r., co jest terminem niemożliwym.

Z zawartego w odwołaniu opisu zarzutów wynikało, że dotyczyły ono czynności zamawiającego polegającej na opisanu kryteriów oceny ofert, czynności zamieszczenia na stronie internetowej informacji z otwarcia ofert, zaniechania czynności unieważnienia z powodu wyznaczenia początkowego terminu realizacji zamówienia na dzień 2 listopada 2020 r. jako terminu niemożliwego do realizacji.

Nie ulegało również wątpliwości, że zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę, która nie przekracza kwot określonych w wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy przepisie § 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 16 grudnia 2019 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2019 r. poz. 2450). Powyższe wynikało z pkt 2.4 protokołu postępowania oraz strony tytułowej specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W świetle powyższego zachodziła przesłanka skutkująca koniecznością odrzczenia odwołania określona w art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym *Izba odrzuca odwołanie jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.* W powołanym art. 180 ust. 2 ustawy Pzp wskazano, iż w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzczenia oferty odwołującego,
- 5) opisu przedmiotu zamówienia,
- 6) wyboru oferty najkorzystniejszej.

Analiza przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż ustawodawca nie przyznał środka ochrony prawnej w postaci odwołania wobec czynności zamawiającego polegającej na opisanu kryteriów oceny ofert, czynności zamieszczenia przez zamawiającego na stronie internetowej informacji z otwarcia ofert, zaniechania przez zamawiającego czynności unieważnienia z powodu wyznaczenia początkowego terminu realizacji zamówienia na dzień 2 listopada 2020 r. jako terminu niemożliwego do realizacji. Zarzuty te zdecydowanie nie mieszczą się w katalogu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Z powodu braku tego typu czynności w katalogu pomieszczonym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp stwierdzić należy, iż wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 189 ust. 2 ustawa nie przyznaje ochrony prawnej w postaci odwołania odnośnie takiego rozstrzygnięcia.

Biorąc pod uwagę wyżej poczynione sprostowanie, a także wartość szacunkową przedmiotowego zamówienia, koniecznym było odrzucenie odwołania. Przepis art. 189 ust. 2 ustawy Pzp obliguje bowiem Izbę do odrzczenia odwołania, w przypadku stwierdzenia, że zachodzi którakolwiek z okoliczności tam wskazanych, co podlega weryfikacji przez Izbę z urzędu.

Na marginesie Izba wskazuje, że jeśli wykonawca kwestionował zasadność czynności zamawiającego, wobec której nie przysługiwało odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, to służyło mu prawo do poinformowania zamawiającego o tej okoliczności w oparciu o przepis art. 181 ust. 1 ustawy Pzp w stosownym terminie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Z powyższego przepisu wynika zakaz wydawania orzeczeń o

charakterze merytorycznym, do jakich zalicza się oddalenie czy uwzględnienia odwołania, w innej formie aniżeli wyrok. Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie w żadnej części nie miało jednak charakteru merytorycznego, zatem musiało przybrać postać postanowienia.

Zgodnie z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, *Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym.*

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 3, art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t. jedn. Dz. U. z 2018 r. Nr 41 poz. 972). W myśl powołanych przepisów, a także zgodnie z poglądem jednolicie prezentowanym w orzecznictwie tak Izby jak i Sądów Okręgowych, w przypadku odrzucenia odwołania odwołującego obciąża się całością wniesionego wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp (por. przykładowo wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 22 listopada 2012 r., sygn. akt XII Ga 517/11).

**Przewodniczący:.....**