Sygn. akt: KIO 338/21

WYROK
z dnia 9 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Magdalena Rams
Protokolant:Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lutego 2021 r. przez wykonawcę **Sanimax-Transport s.c. J. S. i M. S., Warszawa,**
w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Czarnia,**

orzeka:

1.**uwzględnia odwołanie w zakresie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i nakazuje zamawiającemu: (i) unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej; (ii) odrzucić ofertę wykonawcy W. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą WAR-CAR Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe W. W. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.**

2.**w pozostałym zakresie oddala odwołanie.**

3.kosztami postępowania obciąża **zamawiającego Gminę Czarnia** i:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00** gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Sanimax-Transport s.c. J. S. i M. S., Warszawa**tytułem wpisu od odwołania;

3.2.zasądza od **zamawiającego Gminy Czarnia**na rzecz wykonawcy **Sanimax-Transport s.c. J. S. i M. S., Warszawa** kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wpisu od odwołania oraz kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych przez pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1919 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący:……..…

Sygn. akt: KIO 338/21

UZASADNIENIE

W dniu 1 lutego 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy: Sanimax-Transport s.c. J. S. i M. S., Warszawa (dalej „**Odwołujący**") zarzucając zamawiającemu Gminie Czarnia (dalej „**Zamawiający**") naruszenie:

1)Art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 2 p.z.p. poprzez bezzasadne odrzucenie oferty w sytuacji w której złożenie oferty przez odwołującego nie może być kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji z art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zwanej dalej: „u.z.n.k."), a nadto w sytuacji nierównego traktowania - Odwołujący został potraktowany nierówno w stosunku do wykonawcy wybranego, którego sytuacja jest analogiczna, jak sytuacja odwołującego;

2)Art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 91 ust. 1 p.z.p. poprzez odrzucenie oferty wykonawcy w sytuacji w której jeśli Zamawiający kwestionował informacje podane do kryteriów oceny ofert, to nie powinien w świetle SIWZ przyznać w tym zakresie punktów, a nie odrzucać ofertę Odwołującego, albowiem nie można uznać, że czyn nieuczciwej konkurencji wiąże się z kryteriami w sytuacji wątpliwości, co do ich spełnienia;

3)Art. 87 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień Odwołującego w zakresie podstaw stanowiących uzasadnienie odrzucenia oferty, w sytuacji w której dopiero na skutek tych wyjaśnień Zamawiający powziął wątpliwości w zakresie możliwości realizacji zamówienia w zakresie podstawienia w ciągu 1 minuty pojazdy zastępczego, w sposób opisany w wyjaśnieniach Odwołującego z dnia 5 stycznia 2021 r. i 14 stycznia 2021 r.;

4)Art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 387 k.c. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy WAR-CAR, którego oferta została wybrana, w sytuacji w której, jeśli uznając, że czas podstawienia oferowany przez Odwołujący stanowi nieuczciwą konkurencję, to i czas oferowany przez wykonawcę WAR-CAR również stanowi o takim czynie, a nadto brak odrzucenia oferty wykonawcy WAR-CAR stanowi o nierównym traktowaniu wykonawców, odnosząc się zaś do wyjaśnień wykonawcy WAR-CAR z 5 stycznia 2021 r. to, ich wniosek powinien być analogiczny, jak przy wyjaśnieniach Odwołującego;

5)Art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. w zw. z art. 387 k.c. poprzez brak wykluczenia wykonawcy WAR-CAR, w sytuacji w której zaoferowanie podstawienia w 5 minut stanowi o wprowadzeniu w błąd przez wykonawcę WAR-CAR mającą wpływ na wynik postępowania, albowiem siłą rzeczy w sposób obiektywny nie jest fizycznie możliwe podstawienia zastępczego pojazdu w takim czasie, mając dodatkowo na uwadze wyjaśnienia wykonawcy;

6)Ewentualnie, art. 93 ust. 1 pkt 1 p.z.p. poprzez brak unieważnienia postępowania, kiedy nie ma ofert nie podlegających odrzuceniu

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania wywołanego wniesieniem niniejszego odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, w konsekwencji powyższego wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego w przypadku uwzględnienia zarzutu ewentualnego, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty na j korzystniejszej, nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy WAR-CAR, nakazanie Zamawiającemu unieważnienie postępowania.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że w dniu 16 grudnia 2020 r. Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu na usługi, którego przedmiotem jest dowóz uczniów z terenu Gminy Czarnia do Publicznych Szkół Podstawowych w Czarni i w Surowem, w roku 2021 na podstawie zakupu biletów miesięcznych oraz do Specjalnego Ośrodka Szkolno-Wychowawczego w Czarni na podstawie wozokilometra (nr referencyjny FUK.271.60.2020). Postępowanie zostało przeprowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej poniżej progów określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p.

Pismem z dnia 5 stycznia 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie zaproponowanej w ofercie cenie za wykonanie zadania oraz w zakresie wskazanego czasu na podstawienie pojazdu zastępczego w

przypadku awarii w czasie 1 minuty. Pismem z dnia 8 stycznia 2021 r. Odwołujący udzielił Zamawiającemu wyjaśnień odnośnie powyższego, w szczególności poprzez wskazanie, że firma dysponuje flotą 150 autobusów i ok. 20 innych pojazdów przeznaczonych do przewozu osób rozlokowanych na terenie całego województwa mazowieckiego, jednocześnie podkreślając, że stosuje zasadę dublowania autobusu. Zamawiający pismem z dnia 12 stycznia 2021 r. zwrócił się do Odwołującego o udzielenie dodatkowych wyjaśnień w zakresie stosowania zasady dublowania. Pismem z dnia 14 stycznia 2021 r. Odwołujący wyjaśnił, że zasada dublowania polega na zabezpieczaniu linii autobusowej, drugą linią autobusową na tej samej trasie. Podkreśli, że w przypadku gdyby zaistniała konieczność, jest w stanie uruchomić także dodatkowe linię obejmującą trasy przejazdów dzieci do szkoły. Odwołujący powoła się także na to, że metoda dublowania się stosowana jest przez niego skutecznie też na innych trasach, gdzie co prawda nie było potrzeby zaplanowania odjazdów autobusów co minutę, natomiast to Odwołujący układa rozkład jazdy autobusów i jest w stanie dostosować go do potrzeb Zamawiającego.
Odwołujący wskazał, że Zamawiający powziął także wątpliwości odnośnie wskazanej przez WAR-CAR Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe W. W. (dalej zwanego: „WAR-CAR") w kryterium „Czas podstawienia pojazdu zastępczego w przypadku wystąpienia awarii" wartości (5 min). Zamawiający wezwał WAR-CAR do złożenia wyjaśnień odnośnie realności ww. wartości. Pismem z dnia 5 stycznia 2021 r. WAR-CAR odniósł się do wątpliwości Zamawiającego, wskazując, że dysponuje flotą 9 autobusów, gdzie 4 są zaangażowane w dowóz dzieci, a pozostałe stacjonują w bazie lub w miejscu zamieszkania kierowców. WAR-CAR w sposób opisowy przedstawił na czym ma polegać podstawienie pojazdu zastępczego, tak naprawdę powołując się na zasadę dublowania, którą stosuje także Odwołujący, jednocześnie informując o możliwości zastąpienia pojazdu, który uległ awarii pojazdem linii powiatowej. WAR-CAR wskazał także, że ma możliwość dostosowania rozkładów jazdy innych linii do godzin szkolnych, tak by zabezpieczyć podróż dzieci.
Zamawiający ostatecznie odrzucił ofertę Odwołującego wskazując, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego są niewiarygodne, jednocześnie uznając za wiarygodne wyjaśnienia WAR-CAR i uznając jego ofertę za najkorzystniejszą.
Odwołujący wskazał, że w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 25 stycznia 2021 r. Zamawiający wskazał, że: „W opinii Zamawiającego zaproponowany w ofercie czas jest bardzo krótki. Biorąc pod uwagę strukturę przestrzenną całej gminy w oraz siedzibę firmy Wykonawcy wskazanie 1 minuty na reakcję jest się czasem niemożliwym. Wykonawca udzielił odpowiedzi w terminie. Oferent w przedstawionych wyjaśnieniach przedstawił rozwiązanie, które w opinii Zamawiającego jest utrudnianiem dostępu do ryku innych Wykonawców poprzez nieuczciwe działalnie. Zaproponowane rozwiązanie eliminuje z wolnej gry rynkowej innych przedsiębiorców rzetelnie oferujących swoje usługi. Zaoferowanie czasu reakcji podstawienie innego pojazdu w przypadku awarii w okresie 1 minuty jest nierzeczywiste. Prace nad budowaniem rozkładu jazdy powinny być poprzedzone badaniem ruchu na danym terenie oraz analizą wyników tych badań. Pozwala to na określenie popytu na usługi komunikacyjne oraz poznanie oczekiwań klientów. Po analizie potrzeb oraz możliwości technicznych posiadanej infrastruktury należy zaprojektować dokładny przebieg trasy wraz z układem przystanków. Plan linii komunikacyjnych powinien spełniać wymagania i potrzeby pasażerów oraz być dostosowany do struktury przestrzennej gminy. Zaproponowane przez Oferenta rozwiązanie wymaga przeprowadzenia złożonej procedury administracyjnej, która uniemożliwi Wykonawcy zastosowanie rozwiązania od dnia podpisania umowy z Zamawiającym. Biorąc pod uwagę kryterium w opinii Zamawiającego wyjaśnienia oferenta należy zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji."; dalej Zamawiający wskazuje, że: „Ponadto przedstawione wyjaśnienie są wewnętrznie sprzeczne, ponieważ zaproponowana dodatkowa linia według Oferenta będzie się sama finansować, co nie wpłynęło na zaproponowaną cenę w ofercie. Analizując szczegółowo takie rozwiązanie Zamawiający powziął wątpliwości, w jaki sposób oferent planuje na każdej linii wskazanej w SWIZ przy awarii autobusu zapewnić możliwość podstawienia pustego pojazdu, by dzieci mogły niezwłocznie dotrzeć do miejsca docelowego, biorąc pod uwagę, że w linii dodatkowej, która sama na siebie ma zarabia będą zajęte miejsca w autobusie przez innych pasażerów."
Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 2 p.z.p.; Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 91 ust. 1 p.z.p.; naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 91 ust. 1 p.z.p.
Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 13 marca 2012 r. o sygn. akt: KIO 406/12 oraz opinię Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r. (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1, poz. 240),
W ocenie Odwołującego w przedmiotowej sprawie nie zachodzi sytuacja, w której oferta Odwołującego złożona w toku postępowania może być uznana za czyn nieuczciwej konkurencji. Złożone przez Odwołującego wyjaśnienia do oferty odpowiadają realnej możliwości zaspokojenia potrzeb Zamawiającego. Zaproponowany przez Odwołującego czas podstawienia zastępczego autobusu, przez wzgląd na oferowaną przez Odwołującego flotę pojazdów oraz stosowanie zasady dublowania się pojazdów, jest czasem realnym i wykonalnym. Zamawiający nie określił w jakim czasie ma być wykonane podstawienie, w tym nie przedstawił zasad odnośnie sposoby podania czasu w ramach omawianego kryterium. W konsekwencji wartość podana przez Odwołującego i sposób jej wyliczenia jest zasadne, w szczególności w świetle wyjaśnień złożonych przez wykonawcę WAR-CAR, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza.
Ustalony przez Zamawiającego sposób oceny kryterium czasu podstawienia pojazdu wskazuje, że kryterium jest spełnione niezależnie od czasu jaki zostanie przez wykonawcę wskazany, a otrzymana ilość punktów jest przyznawana proporcjonalnie do wskazanej wartości, obrazującej zwinność i możliwości danego przedsiębiorcy. Zdaniem Odwołującego nie można uznać za prawidłowe twierdzenia Zamawiającego odnośnie naruszania przez Odwołującego dobrych obyczajów w działalności gospodarczej. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 17 września 2020 r. o sygn. akt 2048/20.
W ocenie Odwołującego w uzasadnieniu do odrzucenia oferty Zamawiający nie wykazał, aby złożona przez Odwołującego oferta naruszała chociażby jedną z ww. składowych dobrych obyczajów. Odwołujący w oparciu o swoje bogate doświadczenie zawodowe oraz w ocenie możliwości swojego przedsiębiorstwa zaproponował realny do wykonania czas podstawienia zastępczego pojazdu. W wyjaśnieniach z dnia 14 stycznia 2021 r. Odwołujący podkreślił, że w swojej dotychczasowej praktyce stosował już z powodzeniem zasadę dublowania, co więcej na poparcie skuteczności proponowanych rozwiązań zostały przez Odwołującego przedstawione rozkłady jazdy innych linii oraz opisana przykładowa trasa, na której to rozwiązanie funkcjonuje (na tej trasie funkcjonują aż 4 linie zabezpieczające się).
W konsekwencji powyższego Odwołujący dysponuje sprawdzonym rozwiązaniem, które zapewni asekurację autobusów zawożących dzieci do placówek edukacyjnych. Odwołujący wskazał, że czas, w którym jest w stanie podstawić zastępczy autobus nie wynika z chęci ograniczania konkurencji, ale z realnych możliwości przedsiębiorstwa, które jest w

stanie uruchomić nawet dodatkowe linie autobusowe na trasach wskazanych w SIWZ, które stanowiłyby zaplecze dla ewentualnych awarii autobusów przeznaczonych do zawożenia dzieci. Odwołujący podkreślił, że proponowany czas podstawienia jest w znacznej mierze uzależniony od ustawienia rozkładu jazdy, a jego zmiana, czy uruchomienia nawet nowej linii nie stanowi dla Odwołującego problemu. Odwołujący ma faktyczną możliwość organizacji odjazdów pojazdów z przystanków z 1 minutowym odstępem, tak by na trasie przewozu dzieci zawsze w pobliżu był autobus zastępczy, mogący w ciągu 1 minuty dojechać.
Odwołujący wskazał, że zaproponowane przez niego rozwiązania są rozwiązaniami standardowymi i powszechnie stosowanymi w branży, o czym świadczą także wyjaśnienia złożone przez WAR-CAR. WAR-CAR w swoich wyjaśnieniach zaproponował tożsame rozwiązania, jak Odwołujący tj. zastosowanie zasady dublowania oraz dostosowanie rozkładów jazdy. Prawdopodobnie rozbieżność zaproponowanego czasu wynika z możliwości flotowych przedsiębiorców (WAR-CAR dysponuje 9 pojazdami; Odwołujący - 150). W konsekwencji nie sposób mówić o sytuacji stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedsiębiorcy działający na rynku proponują takie same lub podobne metody, a różnica między ich możliwościami wynika z wielkości przedsiębiorstwa, co jest naturalną sytuacją występującą na rynku.
W ocenie Odwołującego złożona przez niego oferta nie jest niezgodna z prawem, gdyż uwzględnia wszystkie wymogi prawa, nie jest też niezgodna z dobrymi obyczajami, gdyż wynika z faktycznych możliwości firmy, a tym bardziej nie ma wpływu na konkurencję pomiędzy przedsiębiorcami, a wręcz przeciwnie stanowi wyraz zasad konkurencyjności w działalności przedsiębiorstw. Znamiennym jest, że to Zamawiający był zobowiązany do wykazania, że oferta odrzucona stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, czego nie uczynił. Zamawiający ograniczył się jedynie do wskazania, że zaproponowane rozwiązanie eliminuje z wolnej gry rynkowej innych przedsiębiorców rzetelnie oferujących swoje usługi, a w konsekwencji wyjaśnienia Odwołującego należy zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji. Złożone wyjaśnienia przez Odwołującego nie stanowią w żadnym wypadku czynu, którym eliminuje z wolnej gry rynkowej innych przedsiębiorców. W postępowaniu zostały złożone także inne oferty, w ramach których m.in. P.T.H.U. „DAR-BUS" wskazał możliwość podstawienia autobusu w ciągu 1 minuty. Zamawiający nie określił także czasu w jakim takie podstawienie jest jego zdaniem możliwe do wykonania, pozostawiając określenie tej wartości oferentom, spoczywając na ich doświadczeniu zawodowym i możliwością przedsiębiorstwa, gdyż tak naprawdę ta wartość zależy od możliwości przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego złożenie oferty w żaden sposób nie eliminuje innych konkurentów, gdyż złożone zostały inne oferty, w których został wskazany czas 1-5 min. Zamawiający błędne uznał, że faktyczne możliwości przedsiębiorstwa i opieranie się na nich przez oferenta stanowi eliminacje z wolnej gry rynkowej.
W ocenie Odwołującego, Zamawiający mimo takich samych lub równoważnych sytuacji podmiotów tj. Odwołującego oraz WAR-CAR a także oferowanych rozwiązań potraktował oferentów w sposób różny, przez co dopuścił się naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Analogiczność sytuacji obu podmiotów przejawia się w tym, że w złożonych wyjaśnieniach na wezwania Zamawiającego, przedstawili takie same lub równoważne rozwiązania, które w sytuacji Odwołującego zostały niesłusznie uznane za czyn nieuczciwej konkurencji, a w przypadku WAR-CAR stanowiły podstawę wyboru jego oferty jako oferty najkorzystniejszej. Obaj wykonawcy zaproponowali rozwiązania opierające się na stosowaniu zasady dublowania się pojazdów (tzn. zasady polegającej na asekuracji jednego pojazdu drugi, który stacjonuje w bazie lub jest w trasie; w tym zaproponowano zastosowanie innych linii obsługiwanych przez wykonawców - w przypadku WAR-CAR linii powiatowej, a w przypadku Odwołującego - innej linii funkcjonującej lub utworzenie dodatkowych linii mających zabezpieczać przewóz dzieci). W złożonych przez oferentów wyjaśnieniach zaproponowano także możliwość zmiany rozkładu jazdy innych linii i dostosowanie ich do godzin przejazdu linii szkolnych.
Odwołujący wskazał, że art. 7 ust. 1 p.z.p. stanowi, że to 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. Zasada równego traktowania wykonawców, jak wyjaśnił SO w Bydgoszczy, oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania ulg i przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców lub złożonych przez nich ofert (post. SO w Bydgoszczy z dnia 13 marca 2008 r. sygn. akt VIII Ga 22/08; wyrok KIO z dnia 17 lipca 2013 r. sygn. akt KIO 1567/13). Również w orzecznictwie TSUE wskazuje się, że zasada równego traktowania oraz powiązany z nią obowiązek przejrzystości i niedyskryminacji wymagają jednakowego traktowania przez instytucję zamawiającą oferentów pod względem stawianych im wymagań oraz stosowania jednakowych zasad na etapie późniejszej weryfikacji ich spełniania. Oznacza to, że zamawiający mają obowiązek zapewnienia wykonawcom takich samych szans zarówno na etapie formułowania wniosków lub ofert, jak i ich badania oraz oceny (wyrok TSUE z dnia 7 kwietnia 2016 r. w sprawie Partner A. D. v. Zarząd Oczyszczania Miasta, C-324/14; wyrok TSUE z dnia 24 maja 2016 r. w sprawie MT Hpjgaard A/S i Zublin A/S v. Banedanmark, C-396/14; wyrok TSUE z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie Michaniki, C-213/07).
W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, poprzez niejednolite stosowanie zasad weryfikacji wobec WAR-CAR oraz SANIMAX-Transport przez Zamawiającego, znajdującego wyraz w odrzuceniu oferty SANIMAX-Transport i wyboru ofert WAR-CAR, Zamawiający dopuścił się naruszenia zasad uczciwej konkurencji, a w szczególności wynikającej z niej zasady równego traktowania wykonawców w analogicznej sytuacji.
Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią art. 87 ust. 1 p.z.p. w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. W niniejszym postępowaniu Zamawiający rozpoczął procedurę wyjaśnień w stosunku do treści oferty złożonej przez Odwołującego i powinien ją prowadzić do momentu uzyskania wszystkich niezbędnych informacji wyczerpujących wszystkie wątpliwości powstałe wątpliwości, także te powstałe na skutek uprzednio złożonych przez oferenta wyjaśnień. SANIMAX-Transport złożył dwukrotnie wyjaśnienia odnośnie treści złożonej oferty, pismem z dnia 5 stycznia 2021 r. oraz pismem z dnia 14 stycznia 2021 r. Nic nie stało na przeszkodzie, aby Odwołujący przygotował kolejne wyjaśnienia na żądanie Zamawiającego, jednakże Zamawiający mimo wątpliwości, które pojawiły się po złożeniu przez Odwołującego drugich wyjaśnień, postanowił odrzucić ofertę Odwołującego. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 16 października 2020 r. o sygn. akt KIO 2064/20.
W ocenie Odwołującego, z zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 25 stycznia 2021 r. Zamawiający wskazał, że: „Analizując szczegółowo takie rozwiązanie Zamawiający powziął wątpliwość, w jaki sposób Oferent planuje na każdej linii wskazanej w SIWZ przy awarii autobusu zapewnić możliwość podstawienia pustego pojazdu, by dzieci mogły niezwłocznie dotrzeć do miejsca docelowego, biorąc pod uwagę, że w linii dodatkowej, która sama na siebie ma zarabiać będą zajęte miejsca w autobusie przez innych pasażerów."
W konsekwencji powyższego Zamawiający był zobowiązany do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie objętym wątpliwościami, w sytuacji w której na skutek wyjaśnień z dnia 14 stycznia 2021 r. (II wyjaśnienia)

zamawiający powziął wątpliwości. W ocenie Odwołującego nieprawidłowym jest takie działanie Zamawiającego, który przez wzgląd na podjęte wątpliwości i w braku ich wyjaśnienia postanawia odrzucić ofertę, tym bardziej, że żadna z podstaw odrzucenia oferty wskazana w art. 89 p.z.p. nie umożliwia Zamawiającemu odrzucenie oferty z powodu powziętych wątpliwości co do treści oferty.
Odwołujący wskazał również, że jeżeli zdaniem Zamawiającego wskazana przez SANIMAX- Transport wartość w kryterium oceny „czas podstawienia pojazdu zastępczego w przypadku wystąpienia awarii (Z)" nie spełnia tego kryterium, to powinien przyznać Odwołującemu 0 punktów za to kryterium, nie spełnienie kryterium oceny nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy. Za nieprawidłowością w działalności Zamawiającego przemawia także stanowisko wyrażone przez KIO w wyroku z dnia 14 października 2020 r. (sygn. akt KIO 1615/20) zgodnie z którym sankcją negatywnej oceny oferty w ramach ustalonego kryterium nie jest wyeliminowanie wykonawcy z postępowania poprzez odrzucenie jego oferty, lecz nieprzyznanie mu punktów lub przyznanie ich mniejszej ilości. Oceny ofert dokonuje się w celu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert nie podlegających odrzuceniu. Na fakt, że Zamawiający w takiej sytuacji powinien nie przyznać SANIMAX-Transport punktów w kryterium ocen, a nie odrzucić ofertę wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 grudnia 2019 r. o sygn. akt KIO 2284/19;KIO 2288/19.
Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 387 k.c.
W ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien odrzucić ofertę wykonawcy WAR-CAR, w sytuacji w której, jeżeli uznał, że czas podstawienia oferowany rzez Odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, to i czas oferowany przez wykonawcę WAR-CAR również stanowi o takim czynie, a nadto w sytuacji zastosowania przez obu oferentów takich samych lub równoważnych rozwiązań i uznania, że w wypadku WAR-CAR te rozwiązania nie naruszają zasad uczciwej konkurencji a w przypadku SANIMAX-Transport stanowi, doszło po stronie Zamawiającego do nierównego traktowania wykonawców. Analizując wyjaśnienia złożone przez WAR-CAR pismem z dnia 5 stycznia 20201 r., w porównaniu do SANIMAX-Transport, to wniosek wobec nich powinien być taki sam jak w stosunku do SANIMAX-Transport. WAR-CAR złożonych wyjaśnieniach wskazał, że 4 autobusy będą obsługiwać dowóz dzieci do szkół, a pozostałe 5 będzie przebywało w bazie lub u kierowców na wypadek awarii, któregoś z 4 autobusów. Daje to uzasadnione wątpliwości czy 4 autobusy, które są w trasie mogą stanowić dla siebie nawzajem zabezpieczenie, gdyż będą kursowały między miejscami położonymi na liniach dowozu, jednocześnie w sytuacji, gdy Zamawiający w ramach przedmiotu zamówienia wskazał na trzy niezależne od siebie zadania dowozu dzieci do szkół, w ramach których przewidziane są odrębne kursy. Nie sposób uznać, by w takiej sytuacji, gdy autobusy będą zapełnione dziećmi, była możliwość zastosowania któregoś z autobusów jako zabezpieczenia dla innego.
Odwołujący wskazał, że trasy przejazdu są trasami odległymi (od 10 do 23 km), w przypadku awarii na ostatnich kilometrach trasy, autobus z bazy położonej w Gminie Czarnia nie ma możliwości dojechania na miejsce awarii w ciągu pięciu minut, biorąc pod uwagę potrzebę organizacji wolnego kierowcy i chociażby czas niezbędny na wyruszenie z bazy, a następnie dojazd na miejsce awarii. W konsekwencji, jeżeli Zamawiający uznał, że nie możliwym jest aby w przypadku Odwołującego, autobus, który rozkładowo jedzie 1 minutę za autobusem z dziećmi nie miał możliwości stanowienia zastępstwa w przypadku awarii, to tym bardziej nie ma takiej możliwości w przypadku autobusu, który stoi w bazie i wymaga przejścia procedury kontrolnej przed wyjazdem na trasę. W swoich wyjaśnieniach WAR-CAR wskazał także, że dysponuje linią powiatową oraz dostosowuje rozkłady jazdy autobusów do linii tzw. szkolnych co roku. Zamawiający uznał, że takie zachowanie jest jak najbardziej prawidłowe i wykonalne, jednocześnie uznając, że w przypadku organizacji dodatkowych linii przez Odwołującego, nie ma możliwości by były one zastępstwem, gdyż autobusy będą zapełnione pasażerami. W jaki sposób uznał Zamawiający zatem, że linie powiatowe oferowane przez WAR-CAR mogą stanowić zabezpieczenie, skoro są samodzielnymi liniami, prawdopodobnie także zapełnionymi, i może okazać się, że dzieci z autobusu szkolnego nie zmieszczą się w całości do linii zastępczej. Zatem zaoferowane rozwiązanie, w obliczy wielkości floty oferowanej przez WAR-CAR jest niemożliwe do spełnienia. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający uznał także, że możliwość zmiany rozkładu jazdy pojazdów oferowanych przez WAR-CAR jest możliwa, gdy tym czasem ta sama propozycja w wyjaśnieniach Odwołującego została uznana za naruszającą konkurencję.
Odwołujący wskazał, że godnie z treścią art. 387 k.c., który znajduje zastosowanie przez wzgląd na art. 14 § 1 p.z.p., umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna, a strona, która w chwili zawarcia umowy wiedziała o niemożliwości świadczenia, a drugiej strony z błędu nie wyprowadziła, obowiązana jest do naprawienia szkody, którą druga strona poniosła przez to, że zawarła umowę nie wiedząc o niemożliwości świadczenia. Jeżeli mimo możliwości przez Odwołującego świadczenia pojazdu zastępczego w przeciągu 1 minuty, zostało uznane za świadczenie niemożliwe i naruszające konkurencję, to tym bardziej świadczenie WAR-CAR, które przez wzgląd na właściwości Wykonawcy, nie jest możliwe do wykonania w przeciągu 5 minut, powinno zostać uznane za także niemożliwe i naruszające konkurencję, a w konsekwencji oferta WAR-CAR powinna zostać odrzucona.
Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. w zw. z art. 387 k.c.
W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt. 17 p.z.p. w zw. z art. 387 k.c.. poprzez brak wykluczenia wykonawcy WAR-CAR, w sytuacji w której zaoferowanie podstawienia w 5 minut stanowi o wprowadzeniu w błąd przez wykonawcę WAR-CAR mającą wpływ na wynik postępowania, albowiem siłą rzeczy w sposób obiektywny nie jest fizycznie możliwe podstawienia zastępczego pojazdu w takim czasie, mając dodatkowo na uwadze wyjaśnienia wykonawcy WAR-CAR. Wykonawca WAR-CAR wprowadził Zamawiającego w błąd poprzez wskazanie, że jego świadczenie polegające na podstawieniu pojazdu zastępczego w przeciągu 5 minut po zgłoszeniu awarii jest możliwe, gdy tym czasem, przez wzgląd na treść złożonych przez WAR-CAR wyjaśnień, jest świadczeniem niemożliwym do spełnienia w rozumieniu art. 387 k.c. Zgodnie z dorobkiem doktryny i orzecznictwa niemożliwość świadczenia jest obiektywnym i trwałym stanem, w którym dłużnik nie może spełnić świadczenia. W złożonych wyjaśnieniach WAR-CAR wskazał na następujące rozwiązania, jego zdaniem umożliwiające mu realizację podstawienia nowego pojazdu w przeciągu 5 minut:
1.Lokalizacja bazy tj. centrum Gminy;
2.9 pojazdów przeznaczonych do realizacji zadań objętych przedmiotem zamówienia - w tym 4 pojazdy do realizacji czynnej a 5 do zabezpieczenia;
3.Lokalizacja pojazdów służących zabezpieczeniu w bazie oraz w miejscach zamieszkania kierowców;
4.Zmiana rozkładu jazdy innych linii zabezpieczających celem dostosowania do kursów pojazdów zawożących dzieci do szkoły;
5.Dysonowanie linią powiatową.
Żadne z powyższych nie uzasadnia możliwości realizacji świadczenia w przeciągu 5 minut po stronie WAR-CAR. Odnosząc się do bazy w centrum gminy, trzeba wskazać, że w przypadku awarii pojazdu na trasach wskazanych w

SIWZ, m.in. na trasie wskazanej w zadaniu nr I Czarnia-Rutkowo-Cyk-Czarnia-Brzozowy Kąt-Czarnia, autobus stacjonujący w bazie nie będzie w stanie przejechać trasy w 5 min, nie biorąc pod uwagę konieczność organizacji kierowcy i przejścia procedury bezpieczeństwa przed wyjazdem pojazdu z bazy, to samo dotyczy się pojazdów stacjonujących w miejscu zamieszkania poszczególnych kierowców, gdyż kierowca poinformowany o nagłej konieczności wyjścia z domu do awarii, prawdopodobnie potrzebuje ok. 2 minut na wyjście z domu, ok. 1-2 na wyjazd autobusem z podwórka, zatem nie ma fizycznej możliwości by w ciągu 5 minut znalazł się na miejscu zdarzenia i mógł zabrać dzieci.
Zdaniem Odwołującego niewiarygodnym jest też, aby w prosperującym przedsiębiorstwie do realizacji jednego zadania przeznaczono 9 autobusów, w tym 5 aby stało na zabezpieczeniu nie zarabiając jakkolwiek na swoje chociażby utrzymanie. Powyższe jest sprzeczne z jakimikolwiek zasadami prowadzenia przedsiębiorstwa oraz wiedzą wynikającą z doświadczenia życiowego odnośnie prowadzenia działalności gospodarczej. Wykonawca nie wykazał także w jaki sposób skutecznie jest w stanie zabezpieczyć dojazd za pomocą linii powiatowej, patrząc np. na sytuację w której przy realizacji zadania nr I przewidywana liczba uczniów do przewozu to ok. 58 osób, w przypadku, gdy linią powiatową również są przewożone osoby. Fakty przedstawione przez wykonawcę WAR-CAR jednoznacznie obrazują, że nie jest on w stanie podstawić zamiennego pojazdu w przeciągu 5 min. w przypadku awarii pojazdu szkolnego. W konsekwencji przedstawione przez wykonawcę informację wprowadzają w błąd wykonawcę i stanowią świadczenie niemożliwe. Oznacza to, że wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 17 p.z.p.
Zarzut ewentualny naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 p.z.p.
W ocenie Odwołującego, Zamawiający jest zobowiązany do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żadne wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu (art. 93 ust. 1 pkt. 1) p.z.p.), a taka sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu. Do dnia otwarcia ofert wpłynęły do Zamawiającego 4 oferty, z czego 3 zostały przez Zamawiającego odrzucone tj. oferta PKP Siedlce Sp. z o.o., P.T.H.U. „DAR-BUS" oraz oferta SANIMAX-Transport. Ja zostało już wykazane w uzasadnieniu do zarzutu b i c, oferta wykonawcy WAR-CAR powinna zostać odrzucona lub WAR-CAR powinien podlegać wykluczeniu. Gdyby Zamawiający działał w sposób prawidłowy i zgodny z regulacjami prawnymi zawartymi w p.z.p., w postępowaniu zaistniałaby sytuacja w której wszystkie oferty złożone podlegały odrzuceniu a wykonawcy wykluczeniu, czyli wypełnione zostałyby przesłanki unieważnienia postępowania, co Zamawiający powinien uczynić.
Izba ustaliła co następuje:
Z uwagi na datę wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w niniejszej sprawie (tj. 16.12.2020 r.) ma zastosowanie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.), który stanowi, że do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r., wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp".
Zgodnie natomiast z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.), do postępowań odwoławczych wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej „nPzp".

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 505 ust. 1 nPzp.

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dowóz uczniów z terenu Gminy Czarnia do Publicznych Szkół Podstawowych w Czarni i w Surowem, w roku 2021 na podstawie zakupu biletów miesięcznych oraz do Specjalnego Ośrodka Szkolno-Wychowawczego w Czarni na podstawie wozokilometra (nr referencyjny FUK.271.60.2020). Postępowanie zostało przeprowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej poniżej progów określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.
Izba ustaliła, że w Rozdziale XIV SIWZ Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert: (i) cena - 60%: (ii) ilość posiadanych środków transportu do przewozu osób odpowiadających technicznie przedmiotowi zamówienia - 20%; (iii) czas podstawienia pojazdu zastępczego w przypadku wystąpienia awarii (Z) 20%.
Izba ustaliła, że w postępowaniu złożono 4 oferty. Dwóch wykonawców zadeklarowało czas podstawienia pojazdu zastępczego na poziomie 1 minuty, dwóch na poziomie 5 minut.
Izba ustaliła, że pismem z dnia 5 stycznia 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny za wykonanie zadania oraz w zakresie wskazanego czasu na podstawienie pojazdu zastępczego w przypadku awarii w czasie 1 minuty. Pismem z dnia 8 stycznia 2021 r. Odwołujący udzielił Zamawiającemu wyjaśnień. Odwołujący wskazał, że firma dysponuje flotą 150 autobusów i ok 20 innych pojazdów przeznaczonych do przewozu osób rozlokowanych na terenie całego województwa mazowieckiego. Odwołujący wskazał, że stosuje zasadę dublowania autobusu.
Zamawiający pismem z dnia 12 stycznia 2021 r. zwrócić się do Odwołującego o udzielenie dodatkowych wyjaśnień w zakresie stosowania zasady dublowania. Pismem z dnia 14 stycznia 2021 r. Odwołujący wyjaśnił, że zasada dublowania polega na zabezpieczaniu linii autobusowej, drugą linią autobusową na tej samej trasie. Podkreśli, że w przypadku gdyby zaistniała konieczność, jest w stanie uruchomić także dodatkowe linię obejmującą trasy przejazdów dzieci do szkoły. Odwołujący powołał się także na to, że metoda dublowania stosowana jest przez niego skutecznie także na innych trasach, gdzie co prawda nie było potrzeby zaplanowania odjazdów autobusów co minutę, natomiast to Odwołujący układa rozkład jazdy autobusów i jest w stanie dostosować go do potrzeb Zamawiającego.
Izba ustaliła, że Zamawiające pismem z dnia 5 stycznia 2021 r. wezwał wykonawcę WAR-CAR Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe W. W. (dalej „**WAR-CAR**") do złożenia wyjaśnień w zakresie zaproponowanego 5-minutowego czasu na podstawie pojazdu zastępczego. Wykonawca wskazał w wyjaśnieniach, że dysponuje flotą 9 autobusów, gdzie 4 są zaangażowane w dowóz dzieci, a pozostałe stacjonują w bazie lub w miejscu zamieszkania kierowców. WAR-CAR przedstawił na czym ma polegać podstawienie pojazdu zastępczego, powołując się na zasadę dublowania, jednocześnie informując o możliwości zastąpienia pojazdu, który uległ awarii pojazdem linii powiatowej. WAR-CAR wskazał także, że ma możliwość dostosowania rozkładów jazdy innych linii do godzin szkolnych, tak by zabezpieczyć podróż dzieci.
Pismem z dnia 25 stycznia 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. Odnośnie oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał, że: „W opinii Zamawiającego zaproponowany w ofercie czas jest

bardzo krótki. Biorąc pod uwagę strukturę przestrzenną całej gminy w oraz siedzibę firmy wykonawcy wskazanie 1 minuty na reakcję jest się czasem niemożliwym. Wykonawca udzielił odpowiedzi w terminie. Oferent w przedstawionych wyjaśnieniach przedstawił rozwiązanie, które w opinii Zamawiającego jest utrudnianiem dostępu do ryku innych wykonawców poprzez nieuczciwe działalnie. Zaproponowane rozwiązanie eliminuje z wolnej gry rynkowej innych przedsiębiorców rzetelnie oferujących swoje usługi. Zaoferowanie czasu reakcji podstawienie innego pojazdu w przypadku awarii w okresie 1 minuty jest nierzeczywiste. Prace nad budowaniem rozkładu jazdy powinny być poprzedzone badaniem ruchu na danym terenie oraz analizą wyników tych badań. Pozwala to na określenie popytu na usługi komunikacyjne oraz poznanie oczekiwań klientów. Po analizie potrzeb oraz możliwości technicznych posiadanej infrastruktury należy zaprojektować dokładny przebieg trasy wraz z układem przystanków. Plan linii komunikacyjnych powinien spełniać wymagania i potrzeby pasażerów oraz być dostosowany do struktury przestrzennej gminy. Zaproponowane przez oferenta rozwiązanie wymaga przeprowadzenia złożonej procedury administracyjnej, która uniemożliwi Wykonawcy zastosowanie rozwiązania od dnia podpisania umowy z Zamawiającym. Biorąc pod uwagę kryterium w opinii Zamawiającego wyjaśnienia oferenta należy zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto przedstawione wyjaśnienie są wewnętrznie sprzeczne, ponieważ zaproponowana dodatkowa linia według oferenta będzie się sama finansować, co nie wpłynęło na zaproponowaną cenę w ofercie. Analizując szczegółowo takie rozwiązanie Zamawiający powziął wątpliwości, w jaki sposób oferent planuje na każdej linii wskazanej w SIWZ przy awarii autobusu zapewnić możliwość podstawienia pustego pojazdu, by dzieci mogły niezwłocznie dotrzeć do miejsca docelowego, biorąc pod uwagę, że w linii dodatkowej, która sama na siebie ma zarabia będą zajęte miejsca w autobusie przez innych pasażerów."

Izba zważyła co następuje:

Wskazać należy, że zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 1993 Nr 47 poz. 211ze zm.) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

W ocenie Izby, biorąc pod uwagę przedmiot niniejszego zamówienia, działanie

Odwołującego i wykonawcy War – Car polegające na zaoferowaniu czasu podstawienia pojazdu zastępczego w ciągu 1 minuty oraz 5 minut, odpowiednio, ma znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Działanie wykonawców nie daje się logicznie wytłumaczyć niczym innym, jak tylko zamiarem sztucznego zawyżenia punktacji, którą Odwołujący i wykonawca War – Car spodziewali się uzyskać w Kryterium „Czas podstawienia pojazdu zastępczego w przypadku wystąpienia awarii". Zasady wiedzy i doświadczenia życiowego nakazują przyjąć, iż podstawienie pojazdu zastępczego w okresie 1 czy 5 minut na trasie przejazdu pojazdów od 10 km do 23 km jest nierealne, sami zaś wykonawcy nie wykazali w jaki sposób taki pojazd w sposób bezpieczny miałby być podstawiony w razie awarii. Zdaniem Izby, obaj wykonawcy musieli mieć świadomość, że zaoferowanie czasu na podstawienie pojazdu zastępczego jest oderwane od realiów przedmiotowego zamówienia i nie będzie wiązać się w rzeczywistości z możliwością wykonywania świadczeń w tak określonym czasie. Można bowiem stwierdzić z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością, że już tylko czas potrzebny na przygotowanie kierowcy do przejazdu, uruchomienie pojazdu, sprawdzenie przynajmniej pobieżne stanu bezpieczeństwa wyczerpie czas wskazany przez wykonawców, nie mówiąc już o czasie dojazdu na miejsce. Należy zaznaczyć, że pojazdy mają służyć do przewozu dzieci i winny spełniać odpowiednie standardy bezpieczeństwa.

Zdaniem Izby wykonawcy zaoferowali czas podstawienia pojazdu zastępczego mając świadomość, że nie będą w stanie wykonać takiego świadczenia w tak zakreślonym czasie. Zatem zobowiązanie to miało na celu wyłącznie uzyskanie dodatkowych punktów przy ocenie ofert, nie w drodze normalnej walki konkurencyjnej, ale w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami. Celem takiego działania nie było bowiem konkurowanie rzetelną ofertą, złożoną w zgodzie z dobrymi obyczajami, lecz dążenie do uzyskania przewagi nad innymi wykonawcami. Takiemu zachowaniu Zamawiający zobowiązany jest przeciwdziałać, odrzucając obie oferty.

Izba wskazuje, że Zamawiający w sposób prawidłowy odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Izba nie ma wątpliwości, że podstawienie jakiegokolwiek pojazdu zastępczego w ciągu 1 minuty jest nierealne i celem wykonawcy było wyłącznie uzyskanie maksymalnej liczby punktów w kryterium pozacenowym. Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia maja charakter ogólny i na ich podstawie nie można uznać, że czas 1 minuty jest czasem realnym i rzeczywistym na wykonanie obowiązku wskazanego przez Zamawiającego. Wykonawca nie wskazał z jakiej bazy będą wyruszały pojazdy zastępcze tak, aby można było przynajmniej z przybliżeniem określić czas dojazdu do miejsca awarii na trasie przejazdu autobusów szkolnych, wykonawca powołuje się na zasadę dublowania, wskazując, iż postara się uruchomić dodatkową linię, która pokrywałaby się z istotną częścią linii Zamawiającego, przy czym wykonawca w żaden sposób nie wykazuje w jaki sposób ta dodatkowa linia miałby funkcjonować, czy pusty pojazd miałyby poruszać się za pojazdem szkolnym, co w przypadku braku miejsca dla dzieci w pojeździe funkcjonującym na dodatkowej linii powiatowej. Zdaniem Izby wykonawca przyjmuje bliżej nieokreślone teoretyczne założenia co do funkcjonowania dodatkowej linii, bez wykazania w jaki realny i rzeczywisty sposób taki pojazd zastępczy byłby podstawiony na miejsce awarii w ciągu 1 minuty. Wykonawca powołuje się na możliwość ułożenia dogodnego dla Zamawiającego rozkładu jazdy linii dodatkowej, przy czym w żaden sposób nie wykazuje konkretnie na jakich zasadach i w jakiej konfiguracji obliczył możliwość podstawienia pojazdu zastępczego w ciągu jednej minuty. Wykonawca ma wiedzę na jakich trasach mają funkcjonować autobusy służące do przewożenia dzieci do szkoły, zna długość trasy i liczbę uczniów. Tym samym w treści jego wyjaśnień powinny być wskazane konkretne okoliczności i założenia jakie wykonawca przyjął obliczając czas podstawienia pojazdu zastępczego. Izba nie odnalazła w treści wyjaśnień takich okoliczności. Wykonawca posługuje się ogólnymi stwierdzeniami o zasadzie dublowania, w oderwaniu od realiów postępowania, a co więcej bez wykazania, że nawet stosując zasadę dublowania będzie w stanie podstawić pojazd, z wymaganą liczbą miejsc, w określonym przez siebie czasie. Tym samym, w ocenie Izby, Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że Zamawiający miał obowiązek wezwać Odwołującego do złożenia kolejnych wyjaśnień dotyczących przyjętego czasu na podstawienie pojazdu zastępczego. Zamawiający dwukrotnie wzywał wykonawcę do wyjaśnienia założeń jakie wykonawca przyjął deklarując 1 minutę na podstawienie takiego pojazdu. Pomimo tego, wyjaśnienia wykonawcy były ogólne i nie potwierdzały realności przyjętych założeń. Zamawiający wykonał ciążący na nim obowiązek wyjaśnienia treści oferty wykonawcy przed jej odrzuceniem. Nie jest obowiązkiem Zamawiającego dociekanie u wykonawcy dlaczego przyjął określone rozwiązania. To obowiązkiem wykonawcy, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, jest dołożenie należytej staranności i przygotowanie takich wyjaśnień na podstawie, których można stwierdzić, że założenia wykonawcy są realne i rzeczywiste. Tego zaś Odwołujący nie uczynił.

Zdaniem Izby Zamawiający winien również odrzucić ofertę wykonawcy War – Car na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3

ustawy Pzp. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, wyjaśnienia tego wykonawcy również miały charakter ogólny i nie potwierdzały, że wykonawca może podstawić pojazd zastępczy w ciągu 5 minut. Izba wskazuje, że Zamawiający odmiennie oceniał wyjaśnienia wykonawców, pomimo braku przesłanek ku temu. Obaj wykonawcy powołali się na zasadę dublowania i obaj wykonawcy w żaden sposób nie wyjaśnili jak ta zasada będzie realizowana w ramach realizacji przedmiotowego postępowania, a co więcej wykonawca War – Car, podobnie jak Odwołujący, nie wykazał, aby było możliwe podstawienie pojazdu zastępczego w ciągu 5 minut, nawet przy zastosowaniu zasady dublowania Argumentacja Izby przedstawiona powyżej w odniesieniu do wyjaśnień Odwołującego, odnosi się również do wyjaśnień wykonawcy War – Car.
Zamawiający wskazał, że siedziba wykonawcy War – Car mieści się w centrum Gminy Czarnia, co ma znaczny wpływ na szybkość dojazdu w przypadku awarii. Tyle tylko, że trasa przejazdu autobusów szkolnych wynosi od 10 do 23 km i w treści wyjaśnień nie ma żadnych wyliczeń w jaki sposób autobus zastępczy byłby wstanie dojechać w ciągu 5 minut z siedziby wykonawcy War – Car na przykład na końcowy odcinek trasy. Poza tym, Izba wskazuje, że wykonawca War – Car powoływał się na okoliczność, iż autobusy zastępcze stacjonują u kierowców, nie wskazując jednocześnie samej lokalizacji miejsca pobytu kierowców ani w żaden sposób nie wyjaśniając korelacji pomiędzy czasem dojazdu z miejsca zamieszkania kierowców na miejsce awarii, które może nastąpić na każdym odcinku trasy. Nie ma znaczenia, zdaniem Izby, okoliczność, iż wykonawca War – Car obecnie już dysponuje dwoma liniami powiatowymi. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach powoływał się na możliwość skorzystania z takich linii, przy czym Izba wskazuje, że z treści wyjaśnień w żaden sposób nie wynika, co w sytuacji gdy autobusy linii powiatowych będę zapełnione, jak w rzeczywistości funkcjonuje zasada dublowania, czy oznacza ona, że autobus linii powiatowej porusza się za autobusem linii szkolnej. Wykonawca twierdzi, że może udostępnić pojazd z linii powiatowej na linii Zamawiającego i podstawić nowy pojazd na linię powiatową. Przy czym, nie jest jasne dla Izby czy to rozwiązanie oznacza, że pasażerowie z linii powiatowej mają opuścić pojazd w miejscu awarii i czekać na pojazd zastępczy? Żadna z tych okoliczności nie została wyjaśniona przez wykonawcę, a mają one istotny wpływ na czas podstawienia autobusu zastępczego.
Izba podkreśla, że trasy przejazdu autobusów szkolnych są trasami odległymi (od 10 do 23 km), w przypadku awarii na ostatnich kilometrach trasy, autobus z bazy położonej w Gminie Czarnia nie ma, zdaniem Izby, realnej możliwości dojechania na miejsce awarii w ciągu pięciu minut, biorąc pod uwagę potrzebę organizacji wolnego kierowcy i chociażby czas niezbędny na wyruszenie z bazy/miejsca zamieszkania kierowcy, a następnie dojazd na miejsce awarii. W konsekwencji, zdaniem Izby, nie możliwym, aby w przypadku autobusu, który stoi w bazie i wymaga przejścia procedury kontrolnej przed wyjazdem na trasę dojechał na miejsce awarii w ciągu 5 minut. W swoich wyjaśnieniach WAR-CAR wskazał także, że dysponuje linią powiatową oraz dostosowuje rozkłady jazdy autobusów do linii tzw. szkolnych co roku. Zamawiający uznał, że takie zachowanie jest jak najbardziej prawidłowe i wykonalne, jednocześnie uznając, że w przypadku organizacji dodatkowych linii przez Odwołującego, nie ma możliwości by były one zastępstwem, gdyż autobusy będą zapełnione pasażerami. Nie jest jasne dla Izby w jaki sposób uznał Zamawiający zatem, że linie powiatowe oferowane przez WAR-CAR mogą stanowić zabezpieczenie, skoro są samodzielnymi liniami, prawdopodobnie także zapełnionymi, i może okazać się, że dzieci z autobusu szkolnego nie zmieszczą się w całości do linii zastępczej. Zamawiający uznał także, że możliwość zmiany rozkładu jazdy pojazdów oferowanych przez WAR-CAR jest możliwa, uznając arbitralnie, że Odwołujący nie ma możliwości uruchomienia linii powiatowej, gdyż wymaga to zatwierdzenia rozkładu jazdy przez odpowiedni organ. Przy czym Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnia dlaczego wykonawca nie uzyskałby takiej zgody przed rozpoczęciem realizacji zamówienia. Zdaniem Izby, Zamawiający w sposób nierówny potraktował obu wykonawców, pomimo, iż znajdowali się oni w podobnej sytuacji. Zamawiający w sposób niezasadny uznał wyjaśnienia wykonawcy War – Car za prawidłowe, pomimo, iż zdaniem Izby, były one równie ogólne jak wyjaśnienia Odwołującego i w żaden sposób nie uzasadniały realności czasu podstawienia pojazdu zastępczego.
Przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Czyn nieuczciwej konkurencji to nie tylko zachowanie niezgodne z prawem, czy warunkami postępowania o udzielenie zamówienia, ale także takie zachowanie wykonawcy, która podlega nagannej ocenie moralnej z punktu widzenia klauzuli generalnej jakimi są dobre obyczaje. Generalnie dobre obyczaje powinny wyrażać się w szacunku dla drugiej strony, uczciwości, rzetelności, zaufaniu, lojalności, szczerości, fachowości, poszanowaniu godności, prywatności, interesów drugiej strony czy niewprowadzaniu w błąd. I w ocenie Izby tym zasadom wykonawca uchybił deklarując nierealny czas podstawienia pojazdu zastępczego na trasie przejazdu autobusów szkolnych. Co istotne, sam Zamawiający na rozprawie potwierdził, że czas 1 czy 5 minut jest czasem nierealnym na podstawienia zastępczego autobusu. Potwierdził w ten sposób, że obaj wykonawcy wyłącznie celu uzyskania dodatkowych punktów w kryterium pozacenowym określili nierealne czasu podstawienia pojazdów zastępczych, wiedząc, że realizacja takiego zobowiązania na etapie wykonania umowy będzie niemożliwa. Taki działanie stanowi naruszenie zasady uczciwości i rzetelności kontraktowej, a więc dobrych obyczajów kupieckich.
Biorąc powyższe pod uwagę, należy stwierdzić, że Zamawiający winien odrzucić ofertę wykonawcy War – Car na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.
Zdaniem Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, które informacje wskazane przez wykonawcę War – Car były informacjami nieprawdziwymi. To, że wykonawca błędnie obliczył wymagany czas na podstawienie pojazdu zastępczego nie wypełnia przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Odwołujący nie wykazał, iż informacje zwarte w treści wyjaśnień tj. lokalizacja bazy tj. centrum Gminy, 9 pojazdów przeznaczonych do realizacji zadań objętych przedmiotem zamówienia - w tym 4 pojazdy do realizacji czynnej a 5 do zabezpieczenia, lokalizacja pojazdów służących zabezpieczeniu w bazie oraz w miejscach zamieszkania kierowców, zmiana rozkładu jazdy innych linii zabezpieczających celem dostosowania do kursów pojazdów zawożących dzieci do szkoły, dysonowanie linią powiatową, są informacjami nieprawdziwymi.
Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Zdaniem Izby uwzględnienie zarzut najdalej idącego tj. wykluczenia wykonawcy z postępowania, uzasadnia zastosowanie z §7 ust. 1 pkt 1 *ww.* rozporządzenia.

Przewodniczący:……