Sygn. akt: KIO 1669/21

WYROK
z dnia 5 lipca 2021 r.
Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodniczący:Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 czerwca 2021 r. przez wykonawcę **A. F. prowadzący działalności gospodarczą pod firmą ALL-MIT AUTOMOBILE A. F. z siedzibą w Mławie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Ryn**

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych
2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących naruszenia art. 241 ust. 1 i 3 i art. 16 ustawy Pzp, art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z §9 ust. 1 pkt 10 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, art. 353^1 w zw. z art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ustawy Pzp i nakazuje zamawiającemu **Gminie Ryn** zmianę treści specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) poprzez:
   - zmianę Rozdziału VI pkt 4 lit. c) SWZ dot.warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej poprzez jego doprecyzowanie i wskazanie liczby i parametrów minimalnych wymaganych pojazdów oraz wykreślenie żądania zawartego w załączniku nr 6 do SWZ pn. „Wykaz posiadanych pojazdów wykonujących zamówienie" pod tabelą o treści „Do wykazu należy załączyć stosowne dokumenty potwierdzające dopuszczenie pojazdu do ruchu drogowego (kopie potwierdzone za zgodność z oryginałem);
   - wykreślenie z Rozdziału XVII SWZ kryterium oceny ofert nr II pn. ilość wykonanych usług;
   - wykreślenie § 10 ust. 2 lit. e) Załącznika nr 2 do SWZ wzór umowy lub jego zmianę poprzez odniesienie możliwości rozwiązania umowy z Wykonawcą bez zachowania okresu wypowiedzenia do stwierdzenia realizacji usługi przez Wykonawcę w sposób sprzeczny z istotnymi postanowieniami umowy oraz zdefiniowanie tych istotnych postanowień umowy;
3. w pozostałym zakresie oddala odwołanie
4. kosztami postępowania obciąża zamawiającego – **Gminę Ryn** w części 3/4 i odwołującego **A. F. prowadzący działalności gospodarczą pod firmą ALL-MIT AUTOMOBILE A. F. z siedzibą w Mławie** w części 1/4 i:
   4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 485 zł 60 gr (słownie: czterysta osiemdziesiąt pięć złotych sześćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty dojazdu pełnomocnika odwołującego na posiedzenie i rozprawę oraz kwotę 291 zł 23 gr (słownie: dwieście dziewięćdziesiąt jeden złoty dwadzieścia trzy grosze) stanowiącą uzasadnione koszty noclegu pełnomocnika odwołującego, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 374 zł 64 gr (słownie: trzysta siedemdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt cztery grosze) stanowiącą koszty dojazdu pełnomocnika odwołującego na posiedzenie i rozprawę
   4.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 5 844 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy osiemset czterdzieści cztery złote zero groszy).
   4.3. koszty wynagrodzenia pełnomocników oraz koszty ich dojazdu na posiedzenie i rozprawę znosi się wzajemnie

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

……..

Sygn. akt: KIO 1669/21

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Ryn – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dowóz uczniów do szkół w Rynie na podstawie biletów miesięcznych", znak sprawy ZP.271.13.2021.
Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 roku, poz. 1843) (dalej ustawa Pzp).
W dniu 1 czerwca 2021 roku wykonawca A. F. prowadzący działalności gospodarczą pod firmą ALL-MIT AUTOMOBILE A. F. z siedzibą w Mławie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na niezgodnym z przepisami prawa sporządzeniu treści specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) oraz ogłoszenia o zamówieniu.
W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 241 ust. 1 i 3 i art. 16 ustawy Pzp ustawy poprzez wskazanie w rozdziale XVII. Kryterium II - ilości wykonanych usług dowozu min. 150 uczniów do szkół przez okres co najmniej 1 roku szkolnego/kalendarzowego w ciągu ostatnich trzech lat poprzedzających złożenie oferty, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, o wartości nie mniejszej niż 170.000,00 zł - każda wraz z referencjami lun innymi dokumentami sporządzonymi przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały należycie wykonane. Minimum 2 usługi (0 pkt), 3 usługi (10 pkt), 4 usługi (20 pkt), 5 usług (30 pkt), 6 i powyżej (40 pkt).
2) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny poprzez brak wskazania liczby kilometrów na poszczególnych trasach i w konsekwencji zobligowanie wykonawców do wykonania własnych kalkulacji liczby kilometrów;
3) art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z §9 ust. 1 pkt 10 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415 - dalej jako „rozp. dok").

poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w sposób uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia tj. brak wskazania liczby i parametrów pojazdów jakimi mają dysponować wykonawcy na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz zażądania na potwierdzenie spełniania tego warunku kopii dokumentów potwierdzających dopuszczenie pojazdu do ruchu drogowego (kopie potwierdzone za zgodność z oryginałem);

4)art 433 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie możliwości ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron;

5)art. 353^1 w zw. z art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ustawy Pzp poprzez przyznanie zamawiającemu uprawnienia do rozwiązania umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia w przypadku stwierdzenia przez zamawiającego realizacji usługi przez wykonawcę w sposób sprzeczny z jakimkolwiek postanowieniem umowy.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmian w treści SWZ oraz wzorze umowy polegających na:

1)usunięciu kryterium oceny ofert- liczba wykonanych usług,

2)wskazaniu liczby kilometrów na poszczególnych trasach, które mają przyjąć wykonawcy do kalkulacji ceny ofertowej,

3)wykreśleniu możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego lub zobowiązanie do wprowadzenia stawki wynagrodzenia postojowego,

4)zobowiązaniu zamawiającego do doprecyzowania warunku udziału w zakresie zdolności technicznej poprzez wskazanie liczby i parametrów pojazdów oraz wykreślenia żądania kserokopii dokumentów potwierdzających dopuszczenie pojazdów do ruchu drogowego,

5)wykreśleniu możliwości rozwiązania umowy z jakiejkolwiek przyczyny dowolnie ustalanej przez zamawiającego.

W uzasadnieniu wniesionego odwołania odwołujący odnośnie podniesionych zarzutów wskazał:

I. Zarzut naruszenia art. 241 ust. 1 i 3 ustawy Pzp pkt 12 w zw. z art. 16 ustawy Pzp.

Zamawiający w treści specyfikacji w rozdziale XVII „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert", jako kryterium oceny wskazał:

Kryterium IIilości wykonanych usług dowozu min. 150 uczniów do szkół przez okres co najmniej 1 roku szkolnego/kalendarzowego w ciągu ostatnich trzech lat poprzedzających złożenie oferty, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, o wartości nie mniejszej niż 170.000,00 zł - każda wraz z referencjami lun innymi dokumentami sporządzonymi przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały należycie wykonane.

Minimum 2 usługi (0 pkt), 3 usługi (10 pkt), 4 usługi (20 pkt), 5 usług (30 pkt), 6 i powyżej (40 pkt).

Odwołujący stwierdził, iż przedmiotowy zapis jednoznacznie narusza art. 241 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez sformułowanie kryterium oceny ofert dotyczące właściwości wykonawcy. Na potwierdzenie tej tezy przywołał wyrok ZAUZP z 27.03.2006 r., UZP/ZO/0-824/06 oraz wyrok KIO z 17.01.2020 r., KIO 2674/19).

II. Zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający formułując opis przedmiotu zamówienia nie podał liczby kilometrów jaką należy przyjąć do wyceny przedmiotowego zamówienia, które będą stanowiły podstawę kalkulacji ofert dla potencjalnych wykonawców. Odwołujący podał, iż w §6 umowy zamawiający wskazał, iż kilometraż ma zostać określony przez każdego potencjalnego wykonawcę samodzielnie („Kilometraż powyższych tras - wg własnej kalkulacji!"). Odwołujący podkreślił, iż obowiązek jednoznacznego i precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia ciąży na zamawiającym. Brak określenia liczby kilometrów stanowi nieuzasadnioną preferencję dla wykonawców lokalnych, którzy mogą na podstawie doświadczenia, przy wykorzystaniu przewagi wynikającej z miejsca prowadzonej działalności - dokładnie określić długości tras (z uwzględnieniem adresów szkół). Nadto zamawiający w treści dokumentacji zamówienia zastrzegł sobie prawo do w zasadzie dowolnej modyfikacji (zmniejszenia zakresu zamówienia) bez wynagrodzenia dla wykonawcy za czas przestoju. Dalej odwołujący stwierdził, iż w istocie nie został w sposób prawidłowy opisany przedmiot zamówienia, co stanowi naruszenie podstawowej zasady zamówień publicznych określonej w art. 16 ustawy Pzp. W tym miejscu odwołujący przywołał wyrok WSA w Rzeszowie z 14.02.2017 r. sygn. akt I SA/Rz 1050/16; wyrok S0 w Bydgoszczy z 25.01.2006 r., sygn. akt II Ca 693/05, oraz wyrok KIO z 22.09.2020 r. sygn. akt KIO 2065/20.

III. Zarzut naruszenia art. 112 ust. 1 i ust.2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z §9 ust. 1 pkt 10 rozp. dok.

Odwołujący podał, iż zamawiający w treści Rozdziału VI SWZ w ust. 4 - zdolności techniczne lub zawodowe wskazał w lit. c.: „Wykonawca wykaże, że dysponuje pojazdami lub będzie dysponować pojazdami lub będzie dysponować w okresie wykonywania zamówienia, które skieruje do realizacji". Odwołujący podkreślił, iż jednocześnie z ww. postanowieniem zamawiający nie wskazał żadnych parametrów tych pojazdów oraz ich liczby. W konsekwencji tak sformułowany warunek nie pozwala na ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Nadto - na potwierdzenie spełniania warunku udziału zamawiający żąda kserokopii dokumentów potwierdzających dopuszczenie pojazdów do ruchu drogowego, które nie zostały ujęte w rozporządzeniu w sprawie podmiotowych środków dowodowych. Sformułowanie warunku udziału w sposób zbyt ogólny jednoznacznie narusza naczelną zasadę zamówień publicznych, zawartą w art. 16 ustawy Pzp. W tym miejscu odwołujący przywołał wyrok WSA w Gliwicach z 19.10.2017 r. sygn. akt IV SA/Gl 833/17, oraz wyrok NSA z 6.03.2019 r., sygn. akt I GSK 817/18.

Odwołujący wywodził, iż zakres możliwych do żądania dokumentów i oświadczeń od wykonawców wskazują jednoznacznie przepisy rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych. Jak wskazuje wstęp od wyliczenia w §9 rozp. dok: „W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych". Rozporządzenie zawiera zatem zamknięty katalog podmiotowych środków dowodowych, których może żądać zamawiający na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Kserokopie dokumentów potwierdzających dopuszczenie pojazdów do ruchu drogowego nie zostały ujęte w tym katalogu.

IV. Zarzut naruszenia art. 433 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 i art. 353^1 k.c. poprzez wprowadzenie możliwości ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Odwołujący przywołał brzmienie:

- § 1 ust. 3 wzoru umowy: „Przewoźnikowi nie będzie przysługiwało wynagrodzenia z tytułu gotowości do wykonywania przewozu w przypadku, jeżeli wykonanie przewozu stanie się niemożliwie z przyczyn od Stron niezależnych, w szczególności ze względu na wprowadzone ograniczenie lub zawieszenie stacjonarnych zajęć szkolnych z jakichkolwiek przyczyny, w tym w szczególności w związku z obowiązywaniem na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii lub zagrożenia epidemicznego";

- „rozliczenie usługi, o której mowa w §1 następować będzie na podstawie ilości wystawionych biletów miesięcznych. Zamawiający informuje, że w związku z ogłoszonym stanem epidemii, w przypadku możliwości wystąpienia czasowego

zamknięcia szkół może wystąpić przestój w realizacji zamówienia, za co Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności, a za okres ten nie będzie przysługiwać Przewoźnikowi wynagrodzenie".
W ocenie odwołującego ww. zapisy wskazywały na możliwość ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego. Zamawiający wbrew dyspozycji art. 433 pkt 4 ustawy Pzp wprowadził zapisy przewidujące możliwość ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Taką możliwość daje m.in. konstrukcja wynagrodzenia postojowego. Na marginesie, odwołujący zauważył, iż zamawiający żądał, aby wszystkie czynności wykonywane w ramach niniejszego zamówienia, były wykonywane przez osoby zatrudnione na podstawie stosunku pracy (Rozdział III pkt 22 SWZ). Zatem z jednej strony zamawiający obliguje potencjalnego wykonawcę do zatrudnienia osób na podstawie stosunku pracy (przez cały okres wykonywania zamówienia), z drugiej wskazuje, że może w zasadzie dowolnie ograniczać zakres świadczonej usługi. Odwołujący stwierdził, iż kalkulacja ceny ofertowej jest w takich realiach praktycznie niemożliwa. Wykonawca nie wie jaki zakres usługi będzie wykonywał i przez jaki okres czasu.

V. Zarzut naruszenia art. 353^1 w zw. z art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp poprzez przyznanie zamawiającemu uprawnienia do rozwiązania umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia w przypadku stwierdzenia przez zamawiającego realizacji usługi przez wykonawcę w sposób sprzeczny z postanowieniami umowy

Odwołujący stwierdził, iż w §10 ust. 2 lit c) umowy zamawiający wskazał, że rozwiązanie umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia może nastąpić: „w przypadku stwierdzenia realizacji usługi przez Wykonawcę w sposób sprzeczny z postanowieniami niniejszej umowy".
Odwołujący stwierdził, iż tak sformułowany zapis w istocie pozwala zamawiającemu na odstąpienie od umowy w przypadku jakiegokolwiek naruszenia postanowień umowy przez potencjalnego wykonawcę, nawet z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. W ocenie odwołującego takie sformułowanie w sposób rażący narusza art. 353^1 oraz art. 5 k.c. rozumianej jako zasad słuszności kontraktowej. Odwołujący, wskazywał, że zdaje sobie sprawę, że zasada równości stron doznaje istotnych ograniczeń na gruncie ustawy Pzp, jednak prawo do kształtowania postanowień umownych nie ma charakteru absolutnego. W tym miejscu przytoczył wyrok o sygn. akt KIO 897/15 oraz wyrok o sygn. akt KIO 2280/16.
Zamawiający w dniu 22 czerwca 2021 r. wniósł, przed otwarciem rozprawy, odpowiedź na odwołanie w której wnosił o:
1.Umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp w zakresie:
   1)naruszenia art. 241 ust. 1 i 3 i art. 16 ustawy Pzp poprzez wskazanie w rozdziale XVII Kryterium II - ilości wykonanych usług dowozu min. 150 uczniów do szkół przez okres co najmniej 1 roku szkolnego/kalendarzowego w ciągu ostatnich trzech lat poprzedzających złożenie oferty, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, o wartości nie mniejszej niż 170.000,00 zł - każda wraz z referencjami lun innymi dokumentami sporządzonymi przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały należycie wykonane. Minimum 2 usługi (0 pkt), 3 usługi (10 pkt), 4 usługi (20 pkt), 5 usług (30 pkt), 6 i powyżej (40 pkt).
   Zamawiający oświadczył, iż uwzględnia zarzut odwołującego i zmienia uregulowania Rozdziału XVII SWZ dotyczące Kryterium II: Ilość wykonanych usług (40%) w następujący sposób:
   „Ilość wykonanych usług dowozu uczniów do szkół:
   •minimum 2 usługi - 0 pkt;
   •3 usługi - 10 pkt;
   •4 usługi - 20 pkt;
   •5 usług - 30 pkt ,
   •6 usług i powyżej - 40 pkt.
   Zamawiający poinformował, że będzie przyznawać punkty, w oparciu o dowody jakie Wykonawca załączy do Wykazu usług - Załącznik nr 4 do SWZ,
   Zamawiający poinformował, iż powyższa zmiana została wprowadzona do postępowania w dniu 22 czerwca 2021 r.
   2)art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny poprzez brak wskazania liczby kilometrów na poszczególnych trasach i w konsekwencji zobligowanie wykonawców do wykonania własnych kalkulacji liczby kilometrów
   Zamawiający oświadczył, iż uwzględnia zarzut odwołującego i zmienia uregulowania Załącznika nr 9 do SWZ poprzez podanie liczby kilometrów na poszczególnych trasach (w załączeniu).
   Zamawiający poinformował, iż powyższa zmiana została wprowadzona do postępowania w dniu 22 czerwca 2021 r.
2.Oddalenie odwołania z dnia 01 czerwca 2021 r. złożonego przez odwołującego w części dotyczącej:
   1)naruszenia art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z §9 ust. 1 pkt 10 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r., poz. 2415; dalej: „Rozp. PŚD"). poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w sposób uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia tj. brak wskazania liczby i parametrów pojazdów jakimi mają dysponować wykonawcy na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz zażądania na potwierdzenie spełniania tego warunku kopii dokumentów potwierdzających dopuszczenie pojazdu do ruchu drogowego (kopie potwierdzone za zgodność z oryginałem);
   2)naruszenia art. 433 pkt 4 w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie możliwości ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron;
   3)naruszenia art. 353^1 w zw. z art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ustawy Pzp, poprzez przyznanie zamawiającemu uprawnienia do rozwiązania umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia w przypadku stwierdzenia przez zamawiającego realizacji usługi przez wykonawcę w sposób sprzeczny z jakimkolwiek postanowieniem umowy.
3.dopuszczenie do niniejszej odpowiedzi dołączonych dokumentów i dowodów oraz z uwagi na charakter sprawy Zamawiający zastrzegł sobie możliwość wniesienia dodatkowych dokumentów i dowodów na dalszym etapie postępowania;
4.zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z dokumentami przedstawionymi przez zamawiającego w tym zakresie w wysokości 3.974,64 zł (słownie: trzy tysiące dziewięćset

siedemdziesiąt cztery 64/10 złotych), pełnomocnik oświadczył, iż nie jest pracownikiem Zamawiającego i nie otrzymuję z innego źródła zwrotu kosztów dojazdu.

Zamawiający przedstawił również swoje stanowisko odnośnie podnoszonych zarzutów.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

W terminie wskazanym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 568 pkt 1 ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w sprawie w zakresie zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy.* Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.*

Odwołujący na rozprawie oświadczył, że cofa odwołanie w tej części. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już tego zarzutu, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanego zarzutu.

Rozstrzyganie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dowóz uczniów do szkół w Rynie na podstawie biletów miesięcznych". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27 maja 2021 r. pod nr 2021/BZP 00066518/01.

Na podstawie akt sprawy Izba ustaliła, iż SWZ postępowania,, w brzmieniu ustalonym 22 czerwca 2021 r.,zawiera następujące postanowienia:

1. Rozdział III Opis przedmiotu zamówienia (OPZ) ppkt 20 Zamawiający zastrzega sobie prawo do zmniejszenia przedmiotu umowy w zakresie ilościowym +/-15%. Z uwagi na trwający proces rekrutacji, liczba dzieci dowożonych i odwożonych do szkoły może ulec zmianie."
2. Rozdział IV Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia:
   „Na podstawie art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu dotyczące: (…)
   pkt 4 zdolności technicznej i zawodowej :
   a) Wykonawca posiada wiedzę i doświadczenie, tj. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności gospodarczej jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej 2 usługi dowozu minimum 150 uczniów do szkół przez okres co najmniej 1 roku szkolnego lub 1 roku kalendarzowego, o wartości rocznej nie mniejszej niż 170 000,00 zł - każda, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane należycie. W przypadku wspólnego ubiegania się Wykonawców o udzielenie zamówienia, Wykonawcy muszą wykazać, że łącznie spełniają powyższy warunek (załącznik nr 4 SWZ).
   b)(…)
   c) Wykonawca wykaże, że dysponuje pojazdami lub będzie dysponować pojazdami w okresie wykonywania zamówienia, które skieruje do jego realizacji (załącznik nr 6 SWZ).
   pkt 5. Zamawiający dokona oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu na podstawie oświadczeń i dokumentów, o których mowa w rozdziale XI."
3. Rozdział VIIIWykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia
   pkt. 4 „Zgodnie z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni, aktualnych na dzień złożenia, następujących podmiotowych środków dowodowych: (…)
   ppkt 4. Potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie, kwalifikacje zawodowe kadry technicznej):
   a) Wykonawca posiada wiedzę i doświadczenie, tj. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej 2 usługi dowozu min. 150 uczniów do szkół przez okres co najmniej 1 roku szkolnego/kalendarzowego o wartości rocznej nie mniejszej niż 170 000,00 zł - każda, wraz z podaniem ich wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane (załącznik nr 4 do SWZ).
   b)(…)

c)Wykaz posiadanych pojazdów dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami (załącznik nr 6 SWZ).”

Przy czym Izba ustaliła, że zgodnie z Załącznikiem nr 6 Wzór„Wykaz posiadanych pojazdów wykonujących zamówienie (wykaz posiadanych pojazdów, które będą wykorzystywane podczas realizacji zamówienia lub będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia)”, zamawiający żądał podania w treści tego wykazu: marki pojazdu, rodzaju pojazdu i ilości miejsc siedzących, roku produkcji, informacji o posiadaniu przez pojazd elektrycznie otwieranych drzwi, numeru rejestracyjnego oraz statusu prawnego. Ponadto zgodnie z informacją zawartą pod wzorem wykazu „Do wykazu należy załączyć stosowne dokumenty potwierdzające dopuszczenie pojazdu do ruchu drogowego (kopie potwierdzone za zgodność z oryginałem).”

4.Rozdział XVII Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie kierował się przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert:

(…)

Kryterium II: Ilość wykonanych usług (40%) dowozu w ciągu ostatnich 3 lat poprzedzających złożenie oferty, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - każda, wraz z referencjami lub innymi dokumentami sporządzonymi przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane wraz z podaniem ich wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie - załącznik nr 4 do SWZ.

Kryterium II - ilość wykonanych usług dowozu w ciągu ostatnich 3 lat poprzedzających złożenie oferty, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - każda, wraz z referencjami lub innymi dokumentami sporządzonymi przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane:

minimum 2 usługi (0 pkt), 3 usługi (10 pkt), 4 usługi (20 pkt), 5 usług (30 pkt), 6 i powyżej (40 pkt).

Przy czym Izba ustaliła, iż w odpowiedzi na odwołanie zamawiający deklarował, iż zmieni uregulowania Rozdziału XVII SWZ dot. Kryterium II: Ilość wykonanych usług (40%) poprzez odniesienie ich do „Ilości wykonanych usług dowozu uczniów do szkół”.

5.§ 1 ust. 3 Załącznika nr 2 do SWZ wzór umowy w brzmieniu: „Przewoźnikowi nie będzie przysługiwać wynagrodzenia z tytułu gotowości do wykonania przewozu w przypadku, jeżeli wykonanie przewozu stanie się niemożliwe z przyczyn od Stron niezależnych, w szczególności ze względu na wprowadzone ograniczenie lub zawieszenie stacjonarnych zajęć szkolnych z jakichkolwiek przyczyny, w tym w szczególności w związku z obowiązywaniem na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii lub stanu zagrożenia epidemicznego.”

6.§ 2 ust. 1 pkt 7 Załącznika nr 2 do SWZ wzór umowy w brzmieniu: „Wykonawca zobowiązuje się, że: rozliczenie usługi, o której mowa w § 1 następować będzie na podstawie ilości wystawionych biletów miesięcznych, Zamawiający informuje, że w związku z ogłoszonym stanem epidemii, w przypadku możliwości wystąpienia czasowego zamknięcia szkół może wystąpić przestój w realizacji zamówienia, za co Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności, a za okres ten nie będzie przysługiwać Przewoźnikowi wynagrodzenie”;

7.§ 10 Załącznika nr 2 do SWZ wzór umowy w brzmieniu:

„ust. 1 Zamawiający przewiduje możliwość rozwiązania umowy z Wykonawcą bez zachowania okresu wypowiedzenia.

ust. 2 lit. e) Zgodnie z powyższym może to nastąpić w sytuacji w przypadku stwierdzenia realizacji usługi przez Wykonawcę w sposób sprzeczny z postanowieniami niniejszej umowy.”

W dniu 1 czerwca 2021 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie wykonawcy w kwestii ustalonego kryterium nr II, w którym wykonawca wskazywał m.in. iż zamawiający nie mogą określać kryteriów oceny ofert w sposób naruszający uczciwą konkurencje oraz równe traktowanie wykonawców. Zamawiający nie wyrażając zgody na zmianę kryterium wskazał m.in. że „Podkreślić także należy, że konkurencja nie polega na tym, że zamawiający ma dopuścić możliwość złożenia oferty na cokolwiek, lecz ma prawo określić swoje potrzeby. Opis przedmiotu zamówienia oraz kryteria oceny ofert powinny umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję, co nie oznacza, że zasada konkurencji ma prowadzić do sytuacji, w której o zamówienie muszą móc ubiegać się wszyscy wykonawcy, którzy oferują rzeczy zbliżone, podobne do tych wymaganych przez zamawiającego. (…)

Warunki udziału w postępowaniu dotyczą właściwości podmiotowych wykonawcy i należy je odróżnić od kryteriów oceny ofert, które odnoszą się do przedmiotu zamówienia. Co za tym idzie, należy rozróżnić etap kwalifikacji podmiotowej wykonawców i etap oceny złożonych przez nich ofert. Podczas pierwszego etapu ocenie podlega spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, czyli minimalnego zakresu wymagań, które muszą spełnić wykonawcy, aby mogli ubiegać się o dane zamówienie publiczne. Ocena spełniania tych wymagań ma charakter zerojedynkowy, co oznacza, że można je spełniać lub nie, a spełnianie wymogów w stopniu wyższym niż minimalny nie jest na tym etapie co do zasady dodatkowo punktowane (z wyjątkiem tzw. kryteriów selekcji). Podczas etapu oceny ofert ocenie nie podlegają już właściwości wykonawców, lecz złożone przez nich oferty. Inaczej niż przy ocenie warunków udziału w postępowaniu, ofertom przyznawana jest różna liczba punktów zgodnie ze wskazaną przez zamawiającego skalą punktacji. Kryteria oceny ofert służą m.in. zagwarantowaniu lepszej jakości oferowanego przedmiotu zamówienia, co wiąże się z możliwością punktowania przez instytucje zamawiające na tym etapie spełnienia przez wykonawców wymagań wyższych niż minimalne. Zasadnicza różnica między kryteriami oceny ofert a warunkami udziału w postępowaniu jest taka, że warunki dotyczą właściwości wykonawcy, a kryteria oceny ofert - przedmiotu zamówienia.”

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1.Art. 241 ust. 1 ustawy Pzp tj. Kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia.

2.Art. 241 ust. 3 ustawy Pzp tj. Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.;

3.Art. 16 ustawy Pzp tj. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

4.Art. 112 ust. 1 ustawy Pzp tj. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

5.Art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp tj. Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej.

6.Art. 433 pkt 4 ustawy Pzp tj. . Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia

zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

7. Art. 8 ust. 1 ustawy Pzp tj. Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.
8. Art. 5. Kodeksu cywilnego tj. Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.
9. Art. 353^1 Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Izba, rozpoznała zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 241 ust. 1 i 3 i art. 16 ustawy Pzp ustawy poprzez wskazanie w rozdziale XVII. SWZ- Kryterium II - ilość wykonanych usług dowozu (…), pomimo jego zmiany w toku postępowania odwoławczego przez zamawiającego - zmiana dokonana przez zamawiającego nie zmieniła kwestionowanej przez odwołującego istoty kryterium tj. jego powiązania z podmiotowością wykonawcy, a nie z przedmiotem zamówienia jak tego wymaga ustawa Pzp. Izba uznała, iż zarzut ten podlega rozpatrzeniu ze względu na utrzymanie kryterium z zakresie niezmienionym co do jego charakteru oraz ze względu na niewykonanie żądania odwołującego. Podkreślić należy, iż kryteria mają umożliwiać wybór najkorzystniejszej oferty i takiego wykonawcy który w lepszy sposób będzie wykonywał zamówienie.

Nadmienić także należy, iż brzmienie kryterium po zmianie SWZ dokonanej przez zamawiającego w dniu 22 czerwca 2021 r. odbiega od brzmienia które zamawiający wskazywał w odpowiedzi na odwołanie. Niemniej jednak Kryterium nr II - ilość wykonanych usług dowozu w ciągu ostatnich 3 lat poprzedzających złożenie oferty, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - każda, wraz z referencjami lub innymi dokumentami sporządzonymi przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane: minimum 2 usługi (0 pkt), 3 usługi (10 pkt), 4 usługi (20 pkt), 5 usług (30 pkt), 6 i powyżej (40 pkt), niewątpliwie odnosi się do właściwości wykonawcy i jako takie jest niedopuszczalne w świetle ustawy Pzp. Izba stwierdziła, że zasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 241 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez określenie kryterium tzw. podmiotowego, do czego zamawiający nie był uprawniony wobec brzmienia tych przepisów. Art. 241 ust. 1 wskazuje, iż kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia. Ponadto art. 241 ust. 3 ustawy Pzp doprecyzowuje, iż kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Z treści tego przepisu wprost wynika zakaz stosowania kryteriów o charakterze podmiotowym, odnoszących się do właściwości wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Biorąc pod uwagę konstrukcję tego przepisu uznać należy, iż wyliczone w nim kryteria odnoszące się do właściwości wykonawcy mają charakter przykładowy. Do kategorii kryteriów tzw. podmiotowych należy zaliczyć również doświadczenie wykonawcy, gdyż dotyczy właściwości podmiotu, a nie cech przedmiotowych zamówienia które wykonawca ma zrealizować. Skoro zamawiający zamierza oceniać ilość wykonanych usług dowozu, to niewątpliwie tak ustalone kryterium wpisuje się w podmiotową ocenę wykonawcy, która jest niedozwolona w zakresie kryteriów oceny ofert i narusza podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, wobec czego zarzut ten zasługiwał na uwzględnienie.

Dostrzeżenia, w aspekcie tego zarzutu jak i zarzutu kolejnego tj. naruszenia art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, wymaga stanowisko zamawiającego w trakcie udzielania odpowiedzi na pytania wykonawców i udzielania wyjaśnień SWZ z dn. 1 czerwca 2021 r. gdzie wykonawca wskazywał m.in. na sformułowanie Kryterium nr II z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający nie wyrażając zgody na zmianę tego kryterium przedstawił wywód w którym wskazał jak prawidłowo należy rozumieć cele jakie przed warunkami udziału w postępowaniu oraz kryteriami oceny ofert stawia ustawa Pzp i w jaki sposób należy je formułować w postępowaniu. Zamawiający wskazał, że „Warunki udziału w postępowaniu dotyczą właściwości podmiotowych wykonawcy i należy je odróżnić od kryteriów oceny ofert, które odnoszą się do przedmiotu zamówienia. Co za tym idzie, należy rozróżnić etap kwalifikacji podmiotowej wykonawców i etap oceny złożonych przez nich ofert. Podczas pierwszego etapu ocenie podlega spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, czyli minimalnego zakresu wymagań, które muszą spełnić wykonawcy, aby mogli ubiegać się o dane zamówienie publiczne. Ocena spełniania tych wymagań ma charakter zerojedynkowy, co oznacza, że można je spełniać lub nie, a spełnianie wymogów w stopniu wyższym niż minimalny nie jest na tym etapie co do zasady dodatkowo punktowane (z wyjątkiem tzw. kryteriów selekcji). Podczas etapu oceny ofert ocenie nie podlegają już właściwości wykonawców, lecz złożone przez nich oferty. Inaczej niż przy ocenie warunków udziału w postępowaniu, ofertom przyznawana jest różna liczba punktów zgodnie ze wskazaną przez zamawiającego skalą punktacji. Kryteria oceny ofert służą m.in. zagwarantowaniu lepszej jakości oferowanego przedmiotu zamówienia, co wiąże się z możliwością punktowania przez instytucje zamawiające na tym etapie spełnienia przez wykonawców wymagań wyższych niż minimalne. Zasadnicza różnica między kryteriami oceny ofert a warunkami udziału w postępowaniu jest taka, że warunki dotyczą właściwości wykonawcy, a kryteria oceny ofert - przedmiotu zamówienia.” Izba w pełni podziela pogląd zamawiającego wyrażony powyżej i stwierdza, iż tym bardziej budzi zdumienie sformułowanie kryterium nr II w SWZ w odniesieniu do właściwości wykonawcy oraz kwestionowanego przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu bez określenia minimalnego zakresu wymagań, które stoją w sprzeczności z przytoczonym powyżej stanowiskiem zamawiającego.

Ze słusznego stanowiska zamawiającego przytoczonego powyżej wynika, iż warunki udziału w postępowaniu określają minimalny zakres wymagań, które muszą spełnić wykonawcy, aby mogli ubiegać się o dane zamówienie publiczne. Ocena spełniania tych wymagań ma charakter zerojedynkowy, co oznacza, że można je spełniać lub nie, a spełnianie wymogów w stopniu wyższym niż minimalny nie jest na tym etapie co do zasady dodatkowo punktowane (z wyjątkiem tzw. kryteriów selekcji). Izba stwierdziła, iż warunek zdolności technicznej określony w Rozdziale VI pkt 4 lit c) SWZ w brzmieniu „Wykonawca wykaże, że dysponuje pojazdami lub będzie dysponować pojazdami w okresie wykonywania zamówienia, które skieruje do jego realizacji” został określony wadliwie. Warunek udziału w postępowaniu winien umożliwić zamawiającemu ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia, w szczególności wyrażać minimalne poziomy tej zdolności dające podstawę do uznania, iż wykonawca posiada zasoby pozwalające na stwierdzenie, iż podoła on realizacji zamówienia. Natomiast warunek określony przez zamawiającego nie spełnia tej funkcji tj. nie daje gwarancji prawidłowej realizacji zamówienia przez podmiot zweryfikowany w oparciu o ten warunek. Ponadto takie sformułowanie warunku nie daje wykonawcom pewności co do sposobu i zakresu informacji

podlegających ocenie w zakresie wykazania spełniania tego warunku udziału w postępowaniu. Wobec powyższego Izba uznała, iż kwestionowany przez odwołującego warunek został skonstruowany wadliwie. Nie zasługuje również na akceptację stanowisko zamawiającego, iż przedmiotowy warunek udziału należy czytać przez pryzmat minimalnych parametrów pojazdów określonych we wzorze umowy, w sytuacji gdy brzmienie warunku nie odnosi się do tych postanowień. Należy zwrócić uwagę, iż zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, iż z całą świadomością nie określał ilości pojazdów, chcąc aby to wykonawca w optymalny sposób, biorąc pod uwagę liczbę i specyfikę tras skierował do realizacji odpowiednią ilości pojazdów. Taka argumentacja w ocenie Izby jest błędna w odniesieniu do określenia warunku udziału w postępowaniu jak i do oceny jego spełniania. Jak już wskazano powyżej warunek, w szczególności ma wyrażać minimalne poziomy zdolności wykonawcy dające podstawy do uznania, iż wykonawca posiada zasoby pozwalające na stwierdzenie, iż podoła on realizacji zamówienia, a contrario brak określenia przez zamawiającego minimalnej liczby pojazdów czy też ich parametrów nie daje zamawiającemu możliwości stwierdzenia spełnienia warunku przez wykonawcę. Warunki te powinny być jasno skonkretyzowane, tak aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, czy je spełniają i czy wybór wykonawcy nastąpi między uczestnikami, którzy rzeczywiście spełniają konieczne wymagania, jak wskazał sam zamawiający w odpowiedzi z 1 czerwca 2021 r. ocena spełniania tych wymagań ma charakter zerojedynkowy, co oznacza, że można je spełniać lub nie. W sytuacji braku skonkretyzowania warunku taka ocena jest niemożliwa.
Odnośnie drugiego aspektu tego zarzutu tj. naruszenia przez zamawiającego § 9 ust. 1 pkt 10 rozp. dok poprzez żądanie załączenia do wykazu stosownych dokumentów potwierdzających dopuszczenie pojazdu do ruchu drogowego (kopii potwierdzonych za zgodność z oryginałem), Izba stwierdziła, iż jest on zasadny. Stosownie do § 9 ust. 1 pkt 10 rozp. dok w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych - środków dowodowych wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami. Paragraf ten ze względu na jego sformułowanie ma charakter zamkniętej listy. Oznacza to, że zamawiający nie posiadają uprawnień, żądania na potwierdzenie zdolności technicznej, innych dokumentów (lub produktów), niż określone w tym paragrafie rozporządzenia. Wśród wymienionych tam dokumentów brak jest dokumentów potwierdzających dopuszczenie pojazdu do ruchu drogowego, wobec czego żądanie zamawiającego sformułowane zostało z przekroczeniem przepisów i jako takie nie może się ostać.
W związku z powyższym Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z §9 ust. 1 pkt 10 rozp. dok i nakazała zamawiającemu dokonanie stosownych zmian.

Za zasadny Izba uznała również zarzut naruszenia art. 353^1 w zw. z art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ustawy Pzp poprzez przyznanie zamawiającemu uprawnienia do rozwiązania umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia w przypadku stwierdzenia przez zamawiającego realizacji usługi przez wykonawcę w sposób sprzeczny z jakimkolwiek postanowieniem umowy. Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku KIO 2280/16, przywołany przez odwołującego, iż zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczają jego interes w wykonaniu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Zgodzić się należy także z twierdzeniami, że uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z przywołanych powyżej ograniczeń zasady swobody umów, jak i innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 k.c.. W ocenie Izby, kwestionowane postanowienie wzoru umowy tj. § 10 ust. 2 lit. e), jest nadmiernie sankcyjne dla wykonawców, nie odnosi się realizacji istotnych postanowień umowy i dając zamawiającemu kompetencję rozwiązania umowy w bardzo szerokim zakresie, nawet z przyczyn niezawinionych przez wykonawcę, prowadzi do niepewności co do trwałości stosunku zobowiązaniowego, czym w ocenie Izby narusza zasady współżycia społecznego.

Natomiast, w ocenie Izby, nie potwierdził się zarzut naruszenia art 433 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie możliwości ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Zgodnie z art. 433 pkt 4 ustawy Pzp projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.
Izba ustaliła, że zgodnie z Rozdziałem II pkt . 20 SWZ zamawiający zastrzegł sobie prawo do zmniejszenia przedmiotu umowy w zakresie ilościowym +/-15%. Zamawiający wskazał, że z uwagi na trwający proces rekrutacji, liczba dzieci dowożonych i odwożonych do szkoły może ulec zmianie. Postanowienie to nie było kwestionowane przez odwołującego. Z dokumentacji postępowania wynika zatem, że Zamawiający określił minimalną wartość świadczenia w przypadku ograniczenia zamówienia na poziomie 85% zakresu ilościowego umowy. Nie można więc uznać, iż zamawiający nie określił minimalnej wielkości świadczenia stron, zgodnie z art. 433 pkt. 4 ustawy Pzp. Odwołujący kwestionował w oparciu o art. 433 pkt. 4 ustawy Pzp, postanowienia § 1 ust. 3 wzoru umowy tj. „Przewoźnikowi nie będzie przysługiwać wynagrodzenia z tytułu gotowości do wykonania przewozu w przypadku, jeżeli wykonanie przewozu stanie się niemożliwe z przyczyn od Stron niezależnych, w szczególności ze względu na wprowadzone ograniczenie lub zawieszenie stacjonarnych zajęć szkolnych z jakichkolwiek przyczyny, w tym w szczególności w związku z obowiązywaniem na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii lub stanu zagrożenia epidemicznego" oraz § 2 ust. 1 pkt 7) wzoru umowy tj. rozliczenie usługi, o której mowa w § 1 następować będzie na podstawie ilości wystawionych biletów miesięcznych, Zamawiający informuje, że w związku z ogłoszonym stanem epidemii, w przypadku możliwości wystąpienia czasowego zamknięcia szkół może wystąpić przestój w realizacji zamówienia, za co Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności, a za okres ten nie będzie przysługiwać Przewoźnikowi wynagrodzenie.
W ocenie Izby nieuzasadnione jest kwestionowanie powyższych postanowień wzoru umowy w oparciu o art. 433 pkt 4 ustawy Pzp. Zdaniem Izby art. 433 pkt. 4 ustawy Pzp dot. realizacji zamówienia w normalnym toku, a nie w sytuacji nadzwyczajnej. Natomiast kwestionowane postanowienia dot. uregulowania sytuacji ze spectrum vis maior i zasad wówczas rządzących realizacją umowy. Należy podkreślić, iż to nie od arbitralnej decyzji zamawiającego będzie zależało zawieszenie świadczenia usług i płatności wynagrodzenia, lecz jest to uzależnione od przyczyn niezależnych od Stron – tak zamawiającego jak i wykonawcy, a taką przyczyną jest, niewątpliwie decyzja organów władzy publicznej o ograniczeniu lub zawieszeniu stacjonarnych zajęć szkolnych. Nałożenie na zamawiającego, konieczności zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, w sytuacji zaprzestania przez niego świadczenia usług, w ocenie Izby mogłoby naruszać zasadę efektywności i zasadności wydatkowania środków publicznych. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, iż wykonawca w takiej sytuacji może skorzystać z różnych form pomocy przewidzianych w tzw. tarczy antykryzysowej.
Z tych powodów nie można uznać powyższych postanowień za niedozwolone w świetle art. 433 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba zauważa również, że istotnym elementem przy odwołaniach na treść SWZ mającym wpływ na sformułowanie treści sentencji orzeczenia, jest przepis art. 554 ust. 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba nie może nakazać zawarcia umowy lub wprowadzenia do umowy postanowienia o określonej treści.

Izba uznała, że odwołanie podlega częściowemu uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b) w zw. z § 7 ust. 2 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).

Wobec powyższego, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono, jak w sentencji.

……