

WYROK

z dnia 15 września 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę K. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe K. B. w Zaborecznie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Centrum Usług Wspólnych z siedzibą w Kalinowicach

przy udziale wykonawcy I. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „E.i I.T” I. T. w Zamościu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy I. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „E.i I.T” I. T. w Zamościu do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wymaganych w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VII.2.4 lit. a) SWZ, dotyczącego dysponowania wskazanym wyposażeniem (autobusami);
2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy I. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „E.i I.T” I. T. w Zamościu do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wymaganych w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VII.2.4 lit. b) SWZ, dotyczącego posiadania wskazanego doświadczenia i nakazuje zamawiającemu Centrum Usług Wspólnych z siedzibą w Kalinowicach unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach 1-7 i 9-10 zamówienia oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy I. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „E.i I.T” I. T. w Zamościu na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w pkt IX.4.3 SWZ;
3. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
4. kosztami postępowania obciąża odwołującego i zamawiającego w częściach równych i:
 - 4.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 451 zł 00 gr (słownie: czterysta pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez odwołującego z tytułu dojazdu na rozprawę;
 - 4.2. zasądza od zamawiającego Centrum Usług Wspólnych z siedzibą w Kalinowicach na rzecz odwołującego K. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe K. B. w Zaborecznie kwotę 5 776 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy siedemset siedemdziesiąt sześć złotych zero groszy) stanowiącą należną część kosztów postępowania poniesionych przez odwołującego z tytułu wpisu od

odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

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 2022 r. poz. 1710) 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 2258/22

Uzasadnienie

Zamawiający Centrum Usług Wspólnych w Kalinowicach (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na usługi pn.: „Dowożenie uczniów w roku szkolnym 2022/2023 do szkół na terenie Gminy Zamość (nr ref. CUW.2201.2.2022). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 26 lipca 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00276900/01. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 29 sierpnia 2022 r. wykonawca K. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe K. B. w Zaborecznie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie w zakresie części 1-7 oraz 9-10 ww. postępowania:

1. od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności polegającej na wyborze oferty złożonej przez wykonawcę „E.i I.T” I. T. (dalej jako „Przystępujący”) jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta złożona przez ww. wykonawcę powinna zostać odrzucona, co stanowi naruszenie art. 226 ust.1 pkt 1b, c ustawy Pzp;
2. od niezgodnego z przepisami ustawy Pzp zaniechania czynności odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo iż wykonawca nie wykazał spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia co stanowi naruszenie art. 226 ust.1 pkt 1b, c ustawy Pzp,
3. od niezgodnego z przepisami ustawy Pzp zaniechania wezwania Przystępującego do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci dokumentu potwierdzającego posiadanie wiedzy i doświadczenia potwierdzających spełnienie warunków na dzień składania ofert oraz dokumentu potwierdzającego dysponowanie zasobami w postaci taboru - dowody rejestracyjne samochodów;
4. od niezgodnego z przepisami ustawy Pzp zaniechania poprawienia omyłki rachunkowej w zakresie zadania nr 9, co stanowi naruszenie art. 223 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp,
5. od niezgodnego z przepisami ustawy Pzp zaniechania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu spośród ofert, które nie podlegają odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, dokonania powtórnego badania i oceny ofert, poprawienia omyłek w

zadaniu 9, ewentualnie wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień, wykluczenia

Przystępującego, a co za tym idzie odrzucenia jego oferty złożonej w postępowaniu, wyboru

oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Odwołujący wniósł także o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych.

Uzasadniając zarzuty odwołania wskazano, iż wykonawca I. T. nie wykazał spełnienia

warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający wymagał wykazania najmniej 1 usługi dowozu o kwocie nie mniejszej niż 150 000 zł. Przystępujący przedłożył wykaz usług, z którego wynika, iż wykonał 6 usług dla 3 różnych gmin, jednakże żadna nie opiewała na kwotę co najmniej 150 000 zł. W Gminie Grabowiec wykonawca wykonał usługi na podstawie 3 różnych umów, pomiędzy umowami były przerwy w okresie wakacyjnym, stąd nie można sumować wartości tych umów. Były to 3 oddzielne usługi. Usługi nie były wykonywane w czasie ciągłym, stąd są to trzy różne zadania. Wartość tych umów nie może być sumowana, gdyż były to trzy różne usługi. Podobna sytuacja dotyczy referencji z gminy Skierbieszów. Wykonawca dla gminy Skierbieszów wykonywał dwie usługi na podstawie dwóch umów. Odwołujący zauważył, że Zamawiający prowadzi duże postępowanie w zakresie obsługi rozległego terenu dowozu dzieci, stąd Zamawiający określił adekwatny do zakresu obsługi warunek udziału w postępowaniu, aby wyeliminować przewoźników, którzy nie mają odpowiedniego doświadczenia. Przystępujący wraz z wykazem usług przedłożył referencje, które nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Z treści referencji z Gminy Grabowiec wynika wprost, że usługi były wykonywane na podstawie odrębnych trzech umów. Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający zaniechał wykluczenia z udziału w postępowaniu Przystępującego, względnie Zamawiający winien wezwać wykonawcę do uzupełnienia wykazu usług, z którego wynikałoby, że wykonał co najmniej 1 usługę o wartości 150 000 zł. W tym zakresie Zamawiający nie może dokonywać innej interpretacji warunku i na tym etapie odstąpić od wymagania, które sam określił.

Ponadto w odwołaniu podniesiono, że Zamawiający zaniechał wezwania do przedłożenia dokumentów, które wymagał w dokumentacji postępowania w odniesieniu do Przystępującego. Zgodnie z informacją zawartą w załączniku nr 8 do SIWZ, Zamawiający wymagał, aby „do wykazu należy dołączyć informację o podstawie dysponowania środkami transportowymi (kserokopie dowodów rejestracyjnych)”. Następnie Przystępujący przedłożył wykaz taboru, z którego wynika, iż jeden z samochodów jest zakupiony po terminie składania ofert. Oznacza to, że na dzień składania ofert nie spełniał tego wymogu. Nadto wykonawca sam oświadczył, iż nie posiada dowodów rejestracyjnych samochodów, które Zamawiający wymagał do przedłożenia. Zamawiający w tym zakresie zaniechał wezwania do uzupełnienia tego dokumentu. W ocenie Odwołującego jest to nierówne traktowanie wykonawców. Skoro taki wymóg Zamawiający określił w dokumentacji, a po terminie składania ofert w stosunku do jednego wykonawcy go nie stosuje jest to nierówne traktowanie wykonawców.

Odwołujący wskazał także, że Przystępujący podał nieprawdziwe informacje w

zakresie dysponowania osobami - kierowcami, którzy mieliby realizować zadanie. Podniósł, że wykonawca wpisał, że dysponuje osobami na podstawie umowy. Zamawiający zaniechał wezwania do uzupełnienia na podstawie jakiej umowy dysponuje czy są to umowy cywilnoprawne czy umowa o pracę. Część ze wskazanych osób została wpisana bez zgody, dla przykładu Pan W. T. jest wieloletnim pracownikiem K. B. i nie ma podpisanej żadnej umowy z Przystępującym. Zamawiający w tym zakresie powziął wiedzę i został o tym poinformowany pismem z dnia 26 sierpnia 2022 r. Zamawiający powinien powziąć wątpliwość o podstawie do dysponowania kierowcami, skoro wskazani u Przystępującego kierowcy zatrudnieni są u Odwołującego i nie podpisywali żadnych umów i zobowiązań względem Przystępującego. Zamawiający pomimo wątpliwości o prawdziwości dysponowania osobami nie wezwał wykonawcy do wyjaśnień w tym zakresie i dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Odwołujący podniósł też, że w zakresie zadania 9, Zamawiający zaniechał poprawienia omyłki rachunkowej i dokonał wyboru oferty, której wartość netto i brutto są niezgodne. Nadto Zamawiający nie wezwał ww. wykonawcy do złożenia wyjaśnień zgodnie z art. 223 ust.1 ustawy Pzp w zakresie braku wykazania spełnienia warunku w zakresie posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający w dniu 9 września 2022 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, iż nie wymagał wykazania najmniej 1 usługi dowozu w kwocie nie mniejszej niż 150 000,00 zł. Według Zamawiającego z treści warunku wynika, że wykonawca powinien posiadać doświadczenie polegające na wykonaniu usług dowożenia w okresie ostatnich 3 lat przez upływem terminu składania ofert, na kwotę o wartości nie mniejszej niż 150 000,00 zł i dla Zamawiającego nie ma tutaj znaczenia, czy wykonawca realizował dowóz na podstawie kilku umów czy w kilku szkołach lub gminach oraz, że pomiędzy umowami były przerwy w okresie wakacyjnym. Zamawiający wskazał, iż po zsumowaniu kwot wskazanych w wykazie usług przez Przystępującego kwota wynosi 447 427,79 zł. W ocenie Zamawiającego Przystępujący wykazał spełnienie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, dlatego też nie było podstaw do ponownego wzywania go do uzupełnienia wykazu usług, z którego wynikałoby, że wykonawca wykonał co najmniej 1 usługę o wartości 150 000,00 zł.

W odniesieniu do kwestii dysponowania osobami Zamawiający podniósł, iż Przystępujący złożył uzupełniony załącznik i tym samym wykazał, że dysponuje osobami do realizacji zamówienia. Zamawiający wskazał też, że przeprowadził rozmowę z Przystępującym, który przekazał informację, że wszystkie osoby ujęte w wykazie zostaną zatrudnione w firmie Przystępującego. Zamawiający nie widział podstawy do wezwania Przystępującego ze względu na fakt, że jeden pracownik może pracować u kilku pracodawców. Trudno odnieść się do zarzutu, że część osób wskazana w załączniku nr 10 do SWZ została wpisana bez ich zgody, tylko te konkretne osoby mogą wypowiedzieć się w tym zakresie. Oceniając załącznik nr 10 Zamawiający nie miał podstawy do podważania informacji wykazanych w omawianym załączniku. Zamawiający wymagał złożenia oświadczenia wykonawcy o zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę kierowców, dopiero w terminie 7 dni od dnia zawarcia umowy o udzieleniu zamówienia, o czym jest mowa w części II pkt 9 SWZ. Odnosząc się do zarzutu dotyczącego omyłki w ofercie Przystępującego w części 9 zamówienia, Zamawiający wskazał, iż zaistniała omyłka rachunkowa rzeczywiście nie została zauważona przez Zamawiającego i z tego względu nie została poprawiona. Omyłka ta jednak nie ma wpływu na cenę oferty, która została wybrana jako najkorzystniejsza. Cena za jeden bilet miesięczny cena netto 130,37 zł podatek VAT 8 % cena brutto 140,00 zł W ofercie powinno być: Cena za jeden bilet miesięczny cena netto 130,37 zł podatek VAT 8 % cena brutto 140,80 zł. Cenę brutto za jeden bilet należało przemnożyć przez liczbę uczniów w części 9 czyli 25 i przez 10 miesięcy roku szkolnego. $140,80 \times 25 \times 10 = 35\,200,00$ i taka cena została zaoferowana przez Przystępującego w ofercie, została również ujęta do oceny ofert.

Przystępujący w dniu 9 września 2022 r. złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. Podniósł, iż usługi przewozu uczniów do szkół świadczy nieprzerwanie z wyjątkiem wakacji od 3 lat dla szkół położonych w Gminie Grabowiec i Gminie Skierbieszów (kwoty te są większe niż 150 000 zł) oraz w roku ubiegłym w Szkole Podstawowej w Sitańcu (kwota ok. 36 000zł) W okresie wykonywania usługi nie wpłynęła żadna skarga czy zażalenie. Ponadto Przystępujący zauważył, że w SWZ z 2021r w pkt VII ppkt.4b jest identyczny zapis dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia i nie było to zakwestionowane przez Odwołującego. Wtedy Przystępujący uzyskał zamówienia na usługę przewozu uczniów w Szkole w Sitańcu a Odwołujący wygrał przetarg na pozostałe 9 szkół. Przystępujący wskazał też, że sposób dokumentowania zatrudnienia osób ma nastąpić w terminie 7 dni od daty zawarcia umowy z Zamawiającym. Zaznaczył, że ze wszystkimi osobami ujętymi w wykazie osób skierowanych do realizacji zostały przeprowadzone rozmowy telefoniczne jak i osobiste co do zatrudnienia i wszyscy wyrazili gotowość podjęcia pracy u nowego pracodawcy. W zakresie części nr 9 Przystępujący wyjaśnił, iż nastąpiła oczywista omyłka rachunkowa z której wynika, że wpisano kwotę brutto za jeden bilet miesięczny 140,00 zł a winno być 140,80 zł (różnica 0,80 zł co daje w całym okresie 10 miesięcy kwotę 200 zł). Całość wykonania usługi wyniosła 35 200 zł, natomiast kwota za wykonanie usługi przez Odwołującego wynosi 54 825 zł.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę I. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „E.i.I.T” I. T. w Zamościu.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Odwołujący na rozprawie wycofał zarzut dotyczący zaniechania wezwania Przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wymaganych w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VII.2.4 lit.

a) SWZ, dotyczącego dysponowania wskazanym wyposażeniem (autobusami), zarówno w aspekcie odnoszącym się do zakupienia pojazdów po upływie terminu składania ofert, jak i niezłożenia wymaganych dowodów rejestracyjnych pojazdów. Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, zaś zgodnie z ust. 2 tego przepisu cofnięcie odwołania nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby. Cofnięcie odwołania może mieć miejsce zarówno w całości, jak i w części, w zależności od decyzji Odwołującego, który jest dysponentem wniesionego środka ochrony prawnej. W tym stanie rzeczy postępowanie odwoławcze w zakresie wycofanego zarzutu zostało umorzona na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, co znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 sentencji orzeczenia.

Następnie Izba stwierdziła iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako

najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zaskarżonych częściach zamówienia oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, ofertę Przystępującego, podmiotowe środki dowodowe złożone przez Przystępującego, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba dopuściła i przeprowadziła również dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego na rozprawie w postaci umów o pracę zawartych z p. T. W. na okoliczność zatrudnienia ww. osoby u Odwołującego. Izba ponadto dopuściła i przeprowadziła na rozprawie dowód z zeznań świadka T. W. na okoliczność prowadzenia rozmów z Przystępującym na temat zatrudnienia jako kierowcy na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia. Ww. dowody Izba uznała za wiarygodne.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie usługi dowożenia uczniów uczęszczających do szkół na terenie Gminy Zamość w roku szkolnym 2022/2023. Zamawiający podzielił zamówienie na 10 części: Część nr 1 - dowóz (dojazd i powrót) 122 uczniów do Szkoły Podstawowej w Żdanowie, Część nr 2- dowóz (dojazd i powrót) 48 uczniów do Szkoły Podstawowej w Sitańcu, Część nr 3- dowóz (dojazd i powrót) 79 uczniów do Szkoły Podstawowej w Wysokiem, Część nr 4- dowóz (dojazd i powrót) 82 uczniów do Szkoły Podstawowej w Płoskiem, Część nr 5- dowóz (dojazd i powrót) 75 uczniów do Zespołu Szkoły Podstawowej i Przedszkola w Kalinowicach, Część nr 6- dowóz (dojazd i powrót) 38 uczniów do Szkoły Podstawowej w Mokrem, Część nr 7- dowóz (dojazd i powrót) 28 uczniów do Szkoły Podstawowej w Borowinie Sitanieckiej, Część nr 8 - dowóz (dojazd i powrót) 41 uczniów do Szkoły Podstawowej w Zawadzie, Część nr 9 - dowóz (dojazd i powrót) 25 uczniów do Szkoły Podstawowej w Wólce Wieprzeckiej, Część nr 10 - dowóz (dojazd i powrót) 31 uczniów do Szkoły Podstawowej w Białowoli, do Szkoły Podstawowej w Lipsku, do Szkoły Podstawowej w Pniówku.

W pkt II.8 SWZ Zamawiający wskazał, iż wymaga zatrudnienia przez wykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących czynności kierowania autobusem. W pkt II.9 SWZ wskazano, iż Zamawiający wymaga przekazania w terminie 7 dni od dnia zawarcia umowy oświadczenia wykonawcy o zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności, o których mowa w pkt 8.

W pkt VII.2.4) SWZ Zamawiający wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający wskazał, że wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że:

a) dysponuje następującym wyposażeniem w celu wykonania zamówienia publicznego: minimum 1 autobus na każdą trasę, odpowiadających przedmiotowi zamówienia

(wszyscy pasażerowie muszą mieć zapewnione miejsca - zgodnie z liczbą pasażerów), zgodnie z §22 ust.1 pkt 5 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002 roku w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (j.t. Dz. U. z 2019 roku, poz. 2560 ze zm.) - Załącznik nr 8,

b) posiada doświadczenie polegające na wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: co najmniej jednej usługi (w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych uwzględniane są również nadal wykonywane), o wartości nie mniejszej niż 150 000 zł brutto (słownie: sto pięćdziesiąt złotych 00/100) polegającej na dowozie uczniów do szkół - Załącznik nr 7,

c) dysponuje osobami skierowanymi do realizacji zamówienia publicznego - Załącznik nr 10.

W pkt IX.4 SWZ jako podmiotowe środki dowodowe wymagane od wykonawców wskazano m.in.: pkt 3) wykaz usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat liczonych wstecz od dnia upływu terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączenie dowodów określających czy usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są

referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku gdy Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy - wg wzoru - załącznik nr 7 do SWZ; 6) wykaz wyposażenia zakładu dostępnego wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami - załącznik nr 8 do SWZ; 7) wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia - Załącznik nr 10. We wzorze załącznika nr 8 do SWZ wskazano, iż do wykazu należy dołączyć informację o podstawie dysponowania środkami transportowymi (kserokopie dowodów rejestracyjnych). W załączniku nr 10 do SWZ należało podać m.in. informacje o podstawie dysponowania wskazanymi w wykazie osobami.

W postępowaniu oferty złożył m.in. Odwołujący i Przystępujący. Przystępujący w ofercie na część 9 wskazał cenę netto 130,37 zł, VAT 8% - 10,43 zł, cenę brutto 140,00 zł. Łączna cena brutto 35 200 zł.

Zamawiający w dniu 16 sierpnia 2022 r., zgodnie z pkt IX.3 SWZ, wezwał Przystępującego, którego oferta została oceniona najwyżej w częściach 1-7 i 9-10 zamówienia, do złożenia podmiotowych środków dowodowych wskazanych w SWZ. Izba ustaliła, iż w wezwaniu wskazano nieprawidłową podstawę prawną - art. 128 ust. 1 ustawy Pzp zamiast art. 274 ust. 1 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący złożył m.in. wykaz usług, w którym wskazał następujące usługi:

1. ZS w Grabowcu, wartość 49 561,20 zł, okres realizacji: od 24.01.2020 r. do 26.06.2020 r.;
2. ZS w Grabowcu, wartość 94 556,59 zł, okres realizacji: od 01.09.2020 r. do 25.06.2020 r.;
3. Szkoła Podstawowa w Skierbiszowie, wartość 68 670,00 zł, okres realizacji: od 01.09.2020 r. do 25.06.2020 r.;
4. Szkoła Podstawowa w Skierbiszowie, wartość 98 440,00 zł, okres realizacji: od 01.09.2021 r. do 24.06.2022 r.;
5. ZS w Grabowcu, wartość 99 000,00 zł, okres realizacji: od 01.09.2021 r. do 24.06.2022 r.;
6. Szkoła Podstawowa w Sitańcu, wartość 37 200,00 zł, okres realizacji: od 01.09.2021 r. do 24.06.2022 r.

Przystępujący złożył ponadto referencje wystawione przez Zespół Szkół w Grabowcu, w których wskazano, iż Przystępujący wykonywał zamówienie w roku szkolnym 2019/2020, 2020/21 i 2021/22 na podstawie odrębnych umów oraz potwierdzono należyte wykonanie tych umów. Załączył też referencje wystawione przez Gminę Skarbieszów potwierdzające należyłą realizację usługi dowozu dzieci i młodzieży szkolnej od 1.09.2021 r. do 24.06.2022 r. o wartości brutto 104 566,13 zł oraz opinię Szkoły Podstawowej w Sitańcu potwierdzającą należyte wykonanie usługi na rzecz tej instytucji w roku szkolnym 2021/2022.

Przystępujący złożył także wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, w którym wskazał w kolumnie dotyczącej informacji o podstawie dysponowania osobami dla każdej osoby: „umowa” (w tym m.in. w odniesieniu do p. T. W. w części 1 zamówienia).

Zamawiający w dniu 22 sierpnia 2022 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w częściach 1-7 oraz 9 zamówienia. W części 8 dokonano wyboru oferty Odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega uwzględnieniu w części.

Izba za zasadne uznała twierdzenia Odwołującego, iż Zamawiający dokonał wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w częściach 1-7 i 9-10 zamówienia w sytuacji, gdy Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VII.2.4 lit. b) SWZ. Tym samym zarzut zaniechania wezwania Przystępującego do

uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wymaganych celem potwierdzenia ww. warunku udziału w postępowaniu podlegał uwzględnieniu.

Zamawiający w pkt VII.2.4 lit. b) SWZ wskazał, iż wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu, jeżeli wykaże, że posiada doświadczenie polegające na wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: co najmniej jednej usługi (w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych uwzględniane są również nadal wykonywane), o wartości nie mniejszej niż 150 000 zł brutto polegającej na dowozie uczniów do szkół. W ocenie Izby treść ww. warunku udziału w postępowaniu była jednoznaczna i wskazywała na konieczność legitymowania się minimum jedną usługą polegającą na dowozie uczniów do szkół o wartości 150 000 zł brutto. Wbrew stanowisku Zamawiającego w treści kwestionowanego warunku nie dopuszczono możliwości posłużenia się kilkoma usługami o mniejszej wartości, których łączna wartość wynosiłaby min. 150 000 zł brutto. Interpretacja prezentowana przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz w postępowaniu odwoławczym jest sprzeczna z literalnym brzmieniem SWZ. Całkowicie nieuzasadnione jest także twierdzenie Zamawiającego, że jedną usługą o wartości 150 000 zł brutto miał legitymować się tylko ten wykonawca, którego okres prowadzenia działalności jest krótszy niż 3 lata, zaś wykonawca prowadzący działalność dłużej mógł posłużyć się kilkoma usługami o łącznej wartości 150 000 zł brutto. Powyższe nie tylko nie wynika z treści warunku udziału w postępowaniu, ale także prowadziłoby do nierównego traktowania wykonawców w zależności od okresu prowadzenia przez nich działalności. Ustawodawca w takim przypadku sytuacji wykonawców nie różnicuje (por. § 9 ust. 1 pkt 2 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).

Podkreślić należy, że ustalona w postępowaniu treść SWZ wiąże zarówno wykonawców, jak i Zamawiającego, który nie może na etapie badania i oceny ofert odstępować od przyjętych w dokumentach zamówienia wymagań, ponieważ godziłoby to w zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę przejrzystości. Jeżeli Zamawiający uznawał za wystarczające posłużenie się doświadczeniem w realizacji kilku usług dowozu uczniów, których łączna wartość wyniosłaby 150 000 zł brutto, to powinien inaczej sformułować warunek udziału w postępowaniu, wskazując precyzyjnie, że wymagana wartość 150 000 zł brutto może zostać osiągnięta przez sumowanie wartości kilku usług. Zamawiający powyższego nie uczynił, a ustalona przez niego treść warunku udziału w postępowaniu nie była kwestionowana przez wykonawców w drodze środków ochrony prawnej. Zamawiający zobowiązany jest zatem w postępowaniu o udzielenie zamówienia respektować taką treść warunku udziału w postępowaniu, jaka wynika z jego literalnej wykładni, a nie z intencji Zamawiającego, których nie wyartykułował. Jest to tym bardziej istotne, że w przedmiotowym przypadku odmienne sformułowanie warunku udziału w postępowaniu (tj. w sposób, jaki obecnie prezentuje Zamawiający) niewątpliwie mogłoby się przełożyć na krąg wykonawców potencjalnie zainteresowanych ubieganiem się o zamówienie, warunek udziału w postępowaniu został bowiem ostatecznie określony w SWZ na wyższym poziomie zdolności niż stara się to teraz wywodzić Zamawiający.

Doświadczenie wykonawcy, który zrealizował usługę przewozu osób o wartości 150 000 zł brutto nie jest takie samo jak doświadczenie wykonawcy, który zrealizował usługi o wartości niższej (o mniejszym zakresie przedmiotowym). Z perspektywy zaś wartości niniejszego zamówienia (określonej na 782 052,65 zł) i możliwości realizacji przez jednego wykonawcę wszystkich 10 części, nie sposób uznać tak ustalonego warunku za wygórowany.

Izba stwierdziła, iż z treści wykazu usług złożonego przez Przystępującego wprost wynika, że żadna z usług tam wskazanych nie miała wartości 150 000 zł brutto. Usługi te stanowiły odrębne zamówienia, realizowane na podstawie odrębnych umów. Tym samym złożony przez Przystępującego wykaz usług nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VII.2.4 lit. b) SWZ, ponieważ nie zawiera co najmniej jednej usługi dowozu uczniów do szkół o wartości 150 000 zł brutto. Bez znaczenia dla tej oceny pozostaje argumentacja Przystępującego, iż w poprzednim postępowaniu na dowód uczniów w roku szkolnym 2021/2022 prowadzonym przez Zamawiającego, Odwołujący nie kwestionował przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, który miał tożsame brzmienie. Izba weryfikuje zgodność czynności podejmowanych przez Zamawiającego z ustawą Pzp w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia, z uwzględnieniem dokumentów tego konkretnego zamówienia, a nie przez pryzmat innych prowadzonych przez Zamawiającego postępowań. Prawidłowość czynności Zamawiającego dokonanych w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia nie podlega ocenie Izby w tym postępowaniu odwoławczym i w żaden sposób nie rzutuje na rozstrzygnięcie.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, iż Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt VII.2.4 lit. b) SWZ. Natomiast wskazane w odwołaniu

żądanie odrzucenia oferty Przystępującego z tego powodu uznać należy za przedwczesne. Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, który znajduje zastosowanie w postępowaniach prowadzonych w trybie podstawowym (por. art. 266 ustawy Pzp), jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. W przypadku złożenia podmiotowych środków dowodowych, które nie wykazują spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający na gruncie ww. przepisu ma obowiązek wezwać wykonawcę do ich uzupełnienia jednokrotnie. Dopiero zaniechanie złożenia w odpowiedzi na takie wezwanie podmiotowych środków dowodowych, które będą potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, skutkować będzie odrzuceniem

oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) lub c) ustawy Pzp.

W rozpoznawanym przypadku Przystępujący nie był wzywany przez Zamawiającego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wykazujących spełnienie warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt VII.2.4 lit. b) SWZ. Zamawiający co prawda w dniu 16 sierpnia 2022 r. wezwał Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych wskazanych w SWZ powołując się na art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, niemniej podana w wezwaniu podstawa prawna była nieprawidłowa - w rzeczywistości było to wezwanie, o którym mowa w art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, przewidziane w pkt IX.3 SWZ, a nie wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyższej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Przystępujący w odpowiedzi na to wezwanie składał zatem podmiotowe środki dowodowe po raz pierwszy, a stwierdzone w nich nieprawidłowości mogą podlegać na obecnym etapie uzupełnieniu.

W tym stanie rzeczy Izba nakazała Zamawiającemu wezwać Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wskazanych w pkt IX.4.3) SWZ, tj. wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat liczonych wstecz od dnia upływu terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączenie dowodów określających czy usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku gdy wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy. Uzupełnione podmiotowe środki dowodowe powinny potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VII.2.4 lit. b) SWZ, tj. fakt posiadania doświadczenia w wykonaniu (lub wykonywaniu) co najmniej jednej usługi o wartości nie mniejszej niż 150 000 zł brutto.

W pozostałym zakresie Izba oddaliła odwołanie.

Za niezasadne Izba uznała stanowisko Odwołującego podważające dysponowanie przez Przystępującego kierowcami, którzy mieliby realizować zamówienie. Po pierwsze Odwołujący - poza osobą pana T. W. - nie sprecyzował ani w odwołaniu, ani na rozprawie, których kierowców wskazanych przez Przystępującego w wykazie osób, dotyczy zarzut odwołania, wobec czego brak jest możliwości dokonania w tym zakresie jakiegokolwiek oceny. Twierdzenia Odwołującego nie zostały ani skonkretyzowane, ani wykazane. Po drugie, 13

zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie potwierdza tezy Odwołującego, jakoby Przystępujący miał wpisać w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia pana T. W. (pracownika Odwołującego) bez jego zgody. Z zeznań ww. osoby, przesłuchanej w charakterze świadka, wprost wynika, że pan W. wyraził zgodę na wpisanie jego imienia i nazwiska przez Przystępującego w wykazie osób oraz potwierdził, że jeśli Przystępujący zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego z Zamawiającym, to będzie pracował dla Przystępującego, ponieważ priorytetem jest dla niego zatrudnienie. Izba uznała zeznania świadka za wiarygodne. Potwierdzały one stanowisko Przystępującego, że świadek wyraził gotowość do podjęcia u niego pracy. Tym samym stwierdzić należy, że Przystępujący podał w wykazie osób informacje odpowiadające rzeczywistości stanowi rzeczy, wynikające z uzgodnień dokonanych z panem W., a nie informacje nieprawdziwe.

Sam fakt wpisania w wykazie osób jako podstawy dysponowania ww. osobą przez Przystępującego słowa „umowa” nie stanowi okoliczności uzasadniającej wezwanie Przystępującego do wyjaśnień w tym zakresie. W ramach przeprowadzonej przez Przystępującego z T. W. rozmowy doszło do zawarcia pomiędzy nimi ustnego porozumienia, w którym Przystępujący i pan W. uzgodnili, że w przypadku udzielenia zamówienia Przystępującemu pan W. zostanie zatrudniony u Przystępującego na stanowisku kierowcy na umowę o pracę. Obowiązek udokumentowania zatrudnienia kierowców na umowę o pracę przez wykonawcę będzie aktualizował się zaś dopiero w terminie 7 dni od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego i Przystępujący nie musi dysponować na ten moment taką umową. Izba stwierdziła także, iż podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że pan W. obecnie zatrudniony jest u Odwołującego, nie stanowi trwałej przeszkody do zatrudnienia tej osoby przez Przystępującego na potrzeby realizacji zamówienia w oparciu o umowę o pracę. Stosunek pracy wiążący pana W. z Odwołującym może zostać rozwiązany w każdym czasie za porozumieniem stron. Fluktuacja pracowników jest normalnym zjawiskiem rynkowym, a tym bardziej może być ona dostrzegalna na lokalnym rynku przewozowym o ograniczonej liczbie dostępnych usług. Izba miała ponadto na uwadze, iż Odwołujący złożył jako dowód dwie umowy o pracę zawarte z panem W. na czas określony, których okres obowiązywania zakończył się. Szczegółowe warunki obecnego zatrudnienia nie są zatem możliwe do zweryfikowania przez Izbę.

Mając to na uwadze, Izba uznała, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie daje podstaw do podważenia rzetelności informacji wskazanych przez Przystępującego w wykazie osób, skoro okoliczność dokonania przez Przystępującego uzgodnień w zakresie zatrudnienia pana W., została potwierdzona zeznaniami pana W., przesłuchiwanego na wniosek Odwołującego. Tym samym nie sposób uznać, aby Zamawiający poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie dysponowania wymaganym potencjałem kadrowym miał naruszyć przepisy ustawy Pzp. Okoliczności takiej Odwołujący nie wykazał.

Izba nie uwzględniła również zarzutu naruszenia art. 223 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia omyłki rachunkowej w ofercie Przystępującego w zakresie zadania nr 9. Zgodnie z ww. przepisem Zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. W przedmiotowej sprawie okoliczność, że w ofercie Przystępującego znalazła się oczywista omyłka rachunkowa była bezsporna. Przystępujący pomylił się wskazując jako cenę brutto 1 biletu w części 9 zamówienia kwotę 140,00 zł zamiast 140,80 zł. Po zsumowaniu wskazanej ceny netto (130,37 zł) oraz kwoty podatku VAT (10,43 zł), cena brutto winna wynosić 140,80 zł. Okoliczność, że taką właśnie cenę brutto Przystępujący uwzględnił kalkulując cenę oferty potwierdza wskazana cena brutto za realizację zamówienia - 35 200 zł, stanowiąca iloczyn 25 szt. biletów x 10 miesięcy x cena brutto biletu (140,80zł). Mamy zatem do czynienia z oczywistą omyłką rachunkową, którą co do zasady, w świetle ww. przepisu, Zamawiający ma obowiązek poprawić. Niemniej zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie pozostaje bez jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający dokonując oceny ofert w kryterium cenowym wziął pod uwagę łączną cenę brutto 35 200 zł za realizację zamówienia w części 9, która została w ofercie Przystępującego określona w sposób prawidłowy, co nie było kwestionowane. Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W przedmiotowym przypadku wpływu takiego nie stwierdzono, wobec czego zarzut naruszenia art. 223 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp nie mógł podlegać uwzględnieniu.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu w części i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1, § 7 ust. 3 oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a) i b) 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). Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 5 776 zł 00 gr stanowiącą połowę kosztów postępowania poniesionych przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę. Kwotę tę ustalono obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła oraz biorąc pod uwagę znaczenie poszczególnych zarzutów dla wyniku postępowania o udzielenie zamówienia.

Przewodniczący:

