

Sygn. akt: KIO 161/23

WYROK z dnia 2 lutego 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 31 stycznia 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2023 roku przez wykonawcę Z. W. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe Z. W. z siedzibą w Kieńkówcze

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Urząd Miasta i Gminy Piaseczno

przy udziale wykonawcy P. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowe Trans – Sport P. R. z siedzibą w Piasecznie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 161/23 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 13 stycznia 2023 roku w zakresie Części I i Części II postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą dowożenie uczniów, wraz z zapewnieniem opieki do Szkoły Podstawowej im. Wspólnej Europy w Zalesiu Górnym oraz dowożenie uczniów do GOSIR w Piasecznie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 2 grudnia 2022 roku w zakresie Części I i Części II postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą dowożenie uczniów, wraz z zapewnieniem opieki do Szkoły Podstawowej im. Wspólnej Europy w Zalesiu Górnym oraz dowożenie uczniów do GOSIR w Piasecznie

Nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności publikacji informacji o wyniku postępowania w zakresie Części I i Części II postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą dowożenie uczniów, wraz z zapewnieniem opieki do Szkoły Podstawowej im. Wspólnej Europy w Zalesiu Górnym oraz dowożenie uczniów do GOSIR w Piasecznie z uwzględnieniem regulacji prawnych wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych co do publikacji informacji o wyniku postępowania.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Urząd Miasta i Gminy Piaseczno i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez

Odwołującego Z. W. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe Z. W. z siedzibą w Kieńkówcze tytułem wpisu od odwołania

2.2 zasądza od Zamawiającego Urzędu Miasta i Gminy Piaseczno na rzecz Odwołującego Z. W. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe Z. W. z siedzibą w Kieńkówcze kwotę 11 100,00 zł (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) 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 161/23

UZASADNIENIE

Zamawiający – Urząd Miasta i Gminy Piaseczno, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym w oparciu o art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych pn. „Dowożenie uczniów, wraz z zapewnieniem opieki do Szkoły Podstawowej im. Wspólnej Europy w Zalesiu Górnym oraz dowożenie uczniów do GOSIR w Piasecznie”.

Objawienie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 listopada 2022 roku pod numerem 2022/BZP 427881/01.

W dniu 18 stycznia 2023 roku Odwołujący działając na podstawie na podstawie art. 505 ust.1, art. 513 pkt 1, art. 514 ust.1 i art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 11 września 2019 r. (tj.: Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm. – dalej „ustawa” lub „ustawa Pzp”), wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu (Części I i II).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy przez brak przedstawienia uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp,
2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy przez uznanie że Odwołujący w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w związku z nienależytym wywiązaniem się z realizacji umów 15/2021 i 16/2021 na rzecz Szkoły Podstawowej w Zalesiu Górnym,
3. art. 255 pkt 3 ustawy Pzp poprzez unieważnienie Postępowania w Części I ponieważ cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podczas gdy najkorzystniejszą ofertą w Postępowaniu jest oferta Odwołującego, która mieści się w budżecie przewidzianym przez Zamawiającego na realizację Części I zamówienia,
4. art. 239 ust. 1 ustawy oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b i c ustawy przez wybór w Części II Postępowania jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowe Trans-Sport P. R., ul. Markowskiego 8, 05-500 Piaseczno, podczas gdy

najkorzystniejszą ofertą w Postępowaniu jest oferta Odwołującego; a oferta wybranego wykonawcy jw. powinna być odrzucona:

- 1) na podstawie art. 226 ust.1 pkt 2 lit. lit a ustawy Pzp gdyż wykonawca ten podlega wykluczeniu w trybie art. 109 ust. 1. pkt 5 ustawy Pzp
- 2) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b i c ustawy Pzp z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej i nie złożenia w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego;
5. art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp tj. obowiązku przeprowadzenia Postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, jak również z zachowanie zasady proporcjonalności

ewentualnie, z ostrożności procesowej

6. art. 110 ust. 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i nie wezwanie do wyjaśnień i udowodnienia, że nie zachodzi wobec Odwołującego przesłanka wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp,

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i zasądzenie kosztów Postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności z dnia 13 stycznia 2023 r., polegającej na wyborze

najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowe Trans-Sport P. R., ul. Markowskiego 8, 05-500 Piaseczno,

2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
3. wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w obu częściach zamówienia. ewentualnie
4. wezwanie Odwołującego do przedstawienia wyjaśnień i środków naprawczych o których mowa w art. 110 ust 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podał, że posiada interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy we wniesieniu niniejszego odwołania. W przypadku, gdyby odwołanie Odwołującego zostało uwzględnione oferta Odwołującego byłaby ofertą najwyżej ocenioną, a w konsekwencji ofertą najkorzystniejszą. Odwołujący nie podlega bowiem wykluczeniu z Postępowania oraz spełnia warunki udziału w Postępowaniu. W takim przypadku to oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Tym samym na skutek bezprawnych działań Zamawiającego, polegających na przepisami ustawy Pzp odrzuceniu jego oferty oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowe Trans-Sport P. R., ul. Markowskiego 8, 05-500 Piaseczno, Odwołujący może ponieść

wymierną szkodę na skutek nieudzielenia mu zamówienia publicznego w obu Częściach przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:

I. W zakresie zarzutu polegającego na naruszeniu art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy

Zamawiający w dniu 13 stycznia 2023 r. przekazał Odwołującemu informację o wykluczeniu przez Zamawiającego Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy w części I i II. W treści przekazanego pisma Zamawiający wskazał:

„Zamawiający na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zdecydował o wykluczeniu w części I i II postępowania Wykonawcy Usługi Transportowe Z. W., Kienkówka 66, 21-450 Stoczek Łukowski, Regon 030936818 ponieważ w

sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość. W szczególności w wyniku zamierzonego działania nienależycie wykonywał zamówienie w zakresie jeżdżenia autobusem niezgodnym ze złożoną ofertą i nie wywiązywał się z obowiązków określonych w umowie. Zamawiający jest w stanie wykazać to za pomocą stosownych dowodów. Tym samym Zamawiający uznaje za zasadny zarzut, że Wykonawca nienależycie wywiązywał się z realizacji umów 15/2021 i 16/2021 na rzecz Szkoły Podstawowej w Zalesiu Górnym”.

Zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty nie podał informacji o unieważnieniu czynności dokonanej w dniu 2.12.2022 r. wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego w części I i II Postępowania, a jedynie o ponownym badaniu i ocenie ofert.

Ponadto Zamawiający nie podał podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego. W obowiązującym stanie prawnym zrezygnowano w Prawie zamówień publicznych z osobnego oświadczenia zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy (a tym samym osobnej czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia), łącząc je immanentnie z oświadczeniem woli o odrzuceniu oferty zastępującym to oświadczenie.

Odwołujący podał, że przez uznał, iż podstawą odrzucenia oferty Odwołującego był art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił na podstawie jakich okoliczności podjął decyzję o uznaniu Odwołującego za wykluczonego ze względu na spełnienie się przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Analiza przepisów prowadzi do wniosku, iż to Zamawiający musi wskazać właściwą podstawę prawną odrzucenia oferty

i w przypadku gdy jest nią uznanie wykonawcy za wykluczonego udowodnić istnienie

podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, podając przy tym w uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia oferty wykonawcy argumentację odnoszącą się do każdej z okoliczności określonych w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i przedstawiając powody, dla których uznał, iż zostały one kumulatywnie spełnione. Wynikający z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp obowiązek Zamawiającego polegający na konieczności uzasadnienia dokonanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznych czynności, stanowi wyraz realizacji naczelnych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, tj. zasady jawności oraz przejrzystości postępowania, jak również równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, o której stanowi art. 16 ustawy Pzp. Zważyć bowiem należy, iż to na podstawie zawiadomienia, o którym mowa w art. 253 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, wykonawca podejmuje decyzję w przedmiocie zasadności skorzystania z przysługujących mu środków ochrony prawnej, a następnie, w przypadku pozytywnej decyzji o potrzebie wniesienia odwołania, podejmuje decyzję jakie zarzuty należy sformułować w odwołaniu oraz w jaki sposób zamierza polemizować ze stanowiskiem Zamawiającego. Z powyższego wynika zatem, iż uzasadnienie faktyczne czynności odrzucenia oferty ze względu na spełnienie się przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania winno w sposób szeroki, wyczerpujący prezentować jakie okoliczności stanowiły podstawę decyzji Zamawiającego, po to aby wykonawca niepodzielający dokonanej przez Zamawiającego oceny mógł ustosunkować się do jego zarzutów.

Podkreślił Odwołujący, że przepis art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy zawierający szereg ocennych i niedookreślonych pojęć obliuguje Zamawiającego do szczególnej staranności przy konstrukcji uzasadnienia czynności odrzucenia oferty ze względu na wystąpienie przesłanek wykluczenia wykonawcy. Zamawiający w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego podał lakoniczne uzasadnienie podjętej czynności, składające się w istocie z czterech zdań, co wprost narusza obowiązujące Zamawiającego zasady jawności i przejrzystości, zgodnie z którymi Zamawiający winien prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia.

Mając na uwadze zatem treść uzasadnienia faktycznego uznania Odwołującego za wykluczonego zważyć należy, iż Zamawiający nie odniósł się w piśmie z dnia 13 stycznia 2023 r. do żadnej z okoliczności, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, których dopiero łączne spełnienie i szczegółowa analiza pozwalają na wyeliminowanie wykonawcy z postępowania. I tak w uzasadnieniu ww. czynności Zamawiający nie zawarł informacji na czym polegało nienależyte wykonanie umowy przez wykonawcę, której z umów de facto dotyczyło (15/2021 czy 16/2021) czy miało ono charakter poważny, dlaczego podważa ono uczciwość wykonawcy, jak również jakie okoliczności wskazywały na winę wykonawcy oraz jaki był jej stopień.

Uzasadnienie faktyczne czynności wykluczenia Odwołującego sprowadzało się w istocie do przyjęcia z góry założenia, że Odwołujący winien jest nienależyte wykonania obu

umów 15/2021 i 16/2021 na rzecz Szkoły Podstawowej w Zalesiu Górnym. Zamawiający nie wskazał konkretnych powodów dla których uznał, iż Odwołujący w wyniku zamierzonego działania nienależycie wykonywał zamówienie w zakresie jeżdżenia autobusem niezgodnym ze złożoną ofertą i nie wywiązywał się z obowiązków określonych w umowie.

Odwołujący podniósł, że w świetle powyższego zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty Odwołującego może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez Zamawiającego przedstawione jako uzasadniające tę czynność.

II. W zakresie zarzutu polegającego na naruszeniu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy Zamawiający w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia uznał, że Odwołujący w sposób nienależyty realizował umowy 15/2021 i 16/2021 na rzecz Szkoły Podstawowej w Zalesiu Górnym co winno skutkować uznaniem że w

sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość.

Odwołujący nie uznał stanowiska Zamawiającego za prawidłowe.

Naruszenie obowiązków zawodowych musi być zawinione i poważne. Zwykle naruszenie obowiązków zawodowych jest zawinione i poważne, jeżeli zachowanie danego wykonawcy wykazuje zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Wagę niedbalstwa należy odnosić zarówno do postawy danego wykonawcy, jak i obiektywnych skutków naruszenia oraz jego wpływu na utratę zaufania do danego wykonawcy. Można założyć istnienie tego rodzaju wpływu, gdy naruszenie dotyczy dóbr prawnych znajdujących się pod ochroną karną lub powoduje albo może spowodować znaczne szkody. Zawinione i poważne naruszenie obowiązków zawodowych wchodzi w grę przede wszystkim w przypadku skazania, nawet nieprawomocnego, za czyn zabroniony związany z działalnością zawodową wykonawcy. Jako naruszenie obowiązków zawodowych należy również zakwalifikować naruszenia zobowiązań środowiskowych lub społecznych, naruszenia reguł konkurencji albo praw własności intelektualnej lub przemysłowej. Ponadto jako zawinione i poważne naruszenie obowiązków zawodowych można zakwalifikować naruszenie przepisów Pzp gwarantujących przestrzeganie zasad udzielania zamówień publicznych. Również niewykonanie zobowiązań umownych przez wykonawcę można co do zasady uznać za poważne naruszenie obowiązków zawodowych. Polski ustawodawca doprecyzował w tym zakresie uregulowanie dyrektywy klasycznej w duchu orzecznictwa TSUE, wskazując jako przykład zawinionego i poważnego naruszenia obowiązków zawodowych niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia wynikające z zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Tym samym jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może

ewentualnie wykazywać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych. Stąd stwierdzenie istnienia zawinionego i poważnego naruszenia obowiązków zawodowych wymaga co do zasady przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny wcześniejszego zamówienia publicznego. Ze względu na ogólny i generalny charakter normy zawartej w art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp obejmuje ona swoją hipotezą nie tylko niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego (na co wskazuje wyraźnie jej treść), ale także jakiegokolwiek umowy obligacyjnej." (vide: "Prawo Zamówień Publicznych Komentarz", pod red. Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Warszawa 2021 r.).

W ocenie Odwołującego Zamawiający wyłącznie na potrzeby prowadzonego postępowania zdecydował się uznać, że zrealizowane na dzień dzisiejszy umowy 15/2021 i 16/2021 na rzecz Szkoły Podstawowej w Zalesiu Górnym, były wykonywane w sposób nienależyty, pomijając zupełnie stan faktyczny. Należy zauważyć, że Odwołującemu zostało wypłacone 100% wynagrodzenia z obydwu umów, nie zostały naliczone mu też żadne kary umowne z tytułu jakichkolwiek naruszeń.

Zamawiający dopiero w dniu 13 stycznia 2023 r., w ramach pisma informującego o uznaniu Odwołującego za wykluczonego, czyli już po zakończeniu realizacji obydwu umów dał wyraz swoim zastrzeżeniom do sposobu realizacji usług przez Odwołującego uznając w sposób nieuprawniony że były one świadczone w sposób nienależyty. Czynność Zamawiającego budzi zdumienie również w świetle tego, że w dniu 2 grudnia 2022 r. wybrał ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą, co wskazuje że na ten dzień nie miał zastrzeżeń do sposobu realizacji obydwu umów, których był przeciw stroną.

Wybierając ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą w dniu 2.12.2022 r. Zamawiający potwierdził na ten dzień, że według jego wiedzy przy realizacji na jego rzecz umów 15/2021 i 16/2021 nie doszło do zdarzeń, które można uznać za poważne naruszenie obowiązków zawodowych wykonawcy. Pojęcie to odnosi się zwykle do zachowania wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo duże niedbalstwo z jego strony, a tym samym nie chodzi tu o jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części. Niewystarczające jest poza tym uznanie, że doszło do jakiegokolwiek naruszenia. Konieczne jest wykazanie kwalifikowanej postaci naruszenia, czyli zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Przez działanie zamierzone należy rozumieć sytuację, w której dłużnik, podejmując czynności, ma zamiar niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia. Rażące niedbalstwo odnoszone jest zaś do naruszenia elementarnych reguł prawidłowego zachowania się w danej sytuacji lub nieprzestrzegania podstawowych zasad ostrożności.

Dodatkowo, czemu sprzeciwia się Odwołujący, Zamawiający w tym samym dniu zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o wykonaniu umowy (nr 2023/BZP 00032059/01) gdzie podał, niezgodnie z prawdą, informację o nienależytym wykonaniu obu ww. umów.

Stanowisko Zamawiającego jest niezrozumiałe, bezprawne i pomija całkowicie dokumentację postępowania, które poprzedziło zawarcie ww. umów.

W ramach dokumentów zamówienia postępowania nr 134/20212 prowadzonego przez tego samego Zamawiającego, Zamawiający dopuszczał realizację usługi pojazdem zastępczym, oraz, że ani opis przedmiotu zamówienia ani postanowienia umowy nie określały w żaden sposób wymogów jakie powinien spełniać autobus zastępczy. Zamawiający w SWZ wskazał jedynie w ramach opisu sposobu oceny ofert:

Kryteria oceny ofert (część X SWZ):

„Ad. 2) Autobus rok produkcji co najmniej 2012- 10%

rok prod. 2012 – 0pkt.

rok prod. 2013-2014- 2pkt,

rok prod. 2015-2016- 4 pkt,

rok prod. 2017-2018- 6 pkt,

rok prod. 2019- 2020- 8 pkt, rok prod. 2021- 10pkt.

Przyjmuje się, że 1 pkt =1%”

„Ad. 3) Termin podstawienia pojazdu zastępczego w razie awarii podany w minutach włącznie- 20%

Do 20 minut włącznie- 20 pkt.

Do 40 minut włącznie-10 pkt

Do 60 minut włącznie-0 pkt

Przyjmuje się, że 1 pkt =1%”

Nagradzane w ramach kryterium było jedynie szybkie podstawienie autobusu zastępczego.

„Ad. 4) Wysokość kary za przekroczenie terminu podstawienia autobusu zastępczego (minimum 100zł)-10%

Za maksymalną karę wskazaną w ofercie wykonawca otrzyma maksymalną ilość pkt - 10 pkt.

Pozostali proporcjonalnie mniej według wzoru :

$$K = K_b/K_n \times 100 \times 10\%$$

gdzie:

K – ilość punktów przyznana ofercie w kryterium KARA

K_b – wysokość kary zaoferowanej w badanej ofercie

K_n – najwyższa kara zaoferowana w ofercie

100 – wskaźnik stały

10 % - procentowe znaczenie kryterium KARA”

Kara dotyczyła jedynie przekroczenia terminu podstawienia autobusu zastępczego, brak w umowie kary za skierowanie do realizacji umowy autobusu zastępczego o innym roku produkcji niż zaoferowany w ofercie. Odwołujący podał, że nie sposób zrozumieć czynności podjętych przez Zamawiającego również z punktu widzenia postanowień zawartych umów 15/2021 i 16/2021 na rzecz Szkoły Podstawowej w Zalesiu Górnym. Należy zauważyć, że zgodnie z ich treścią nie doszło do żadnego naruszenia po stronie Odwołującego.

UMOWA NR 15/2021 z 30.12.2021 r.(dojazdy do szkoły)

§6

1. Wykonawca przyjmuje do wiadomości, że terminowe świadczenie przez niego usługi dowożenia uczniów do Szkoły według określonego kursu jest warunkiem prawidłowego jej funkcjonowania.
2. W przypadku wystąpienia awarii pojazdu przewożącego uczniów do Szkoły lub innej nieprzewidzianej sytuacji uniemożliwiającej wykonanie przewozu uczniów, Wykonawca zobowiązany jest bezzwłocznie zapewnić na własny koszt transport zastępczy.
3. W przypadku nie zapewniania przez Wykonawcę transportu zastępczego, o którym mowa w ust. 2, Zamawiający zapewni transport uczniów na koszt Wykonawcy.
4. Wykonawca zobowiązany jest na każde żądanie Zamawiającego przedkładać dokumenty, potwierdzające stan techniczny pojazdu, a w przypadku zmiany kierowców - dokumenty potwierdzające ich uprawnienia.

§8

- 1 Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za:
 - a) każde opóźnienie przewozu uczniów powstałe z przyczyn zależnych od Wykonawcy w stosunku do terminów wskazanych w rozkładzie jazdy - w wysokości 50 zł,
 - b) utratę z winy Wykonawcy połączenia przewidzianego w rozkładzie jazdy lub przerwę w realizacji umowy powstałą z przyczyn zależnych od Wykonawcy - w wysokości 500 zł.

- c) za odstąpienie od umowy z przyczyn zawinionych przez Wykonawcę - w wysokości 3000 zł.
 - d) wysokość kary za przekroczenie terminu podstawienia autobusu w przypadku awarii w wysokości 1450 zł za 1 zdarzenie.
- 2 Łączna wysokość kar umownych nie może przekroczyć kwoty 5000 zł.
- 3 Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kary umownej w terminie 14 dni od wystąpienia przez Zamawiającego z żądaniem zapłaty. W przypadku nieuiszczenia kary przez Wykonawcę w terminie, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym, Zamawiający może potrącić karę z dowolnej należności Wykonawcy.
- 4 Jeżeli szkoda poniesiona przez Zamawiającego przewyższy kwotę kar umownych, będzie

on uprawniony do dochodzenia od Wykonawcy, na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego, odszkodowania uzupełniającego do wysokości rzeczywistej szkody.

- 5 W przypadku zwłoki w zapłacie wynagrodzenia, Zamawiający zapłaci Wykonawcy odsetki ustawowe od kwoty nieuregulowanej w terminie.

§9

1. Zamawiający może odstąpić od umowy:
- a) jeżeli Wykonawca został postawiony w stan likwidacji,
 - b) jeżeli Wykonawca przerwał świadczenie usługi objętej umową na okres przekraczający 3 dni,
 - c) w przypadku stwierdzenia przez upoważnione organy niesprawności pojazdów służących do realizacji niniejszej umowy.

2. Zamawiający może odstąpić od umowy z przyczyn wskazanych w ust. 1 nie później niż w terminie 14 dni od ujawnienia którejkolwiek z nich”.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z §6 ww. umowy zobowiązany był do zapewnienia autobusu zastępczego w przypadku braku możliwości świadczenia usługi zaoferowanym w toku postępowania autobusem. Zamawiający w żaden sposób nie dał wyrazu wymogom jakie winien spełniać autobus zastępczy, co oznacza że takowych nie posiadał. Potwierdzeniem prawidłowości stanowiska Odwołującego jest fakt, że w treści umowy nie zostały zastrzeżone jakiegokolwiek kary umowne w przypadku gdyby autobus zastępczy miał inny rok produkcji niż zaoferowany w postępowaniu, brak również jakichkolwiek przesłanek do odstąpienia od umowy w takiej sytuacji. Również umowa nr 15/2021 i 16/2021 nie zawierała takich postanowień. Brak jakichkolwiek sankcji w postanowieniach umowy z tytułu świadczenia usługi autobusem niezgodnym ze złożoną ofertą zdaniem Odwołującego jednoznacznie wskazuje iż naruszenie to, gdyby nawet miało miejsce, a jak dowodzi Odwołujący nie miało miejsca, nie zostało uznane za nienależyte lub nie wykonanie umowy.

Odwołujący w zakresie należytego wykonania umów 15/2021 i 16/2021 stwierdził co następuje: W trakcie realizacji przedmiotu obu ww. umów Zamawiający nie stwierdził nieprawidłowości w ich wykonywaniu, czego potwierdzeniem był zarówno brak wypowiedzenia/odstąpienia od umowy czy nienaliczenie Odwołującemu jakichkolwiek kar umownych z tytułu nienależytego wykonywania zamówienia i zapłata pełnego wynagrodzenia.

Odwołujący na dzień złożenia oferty w Postępowaniu jak również do dnia zakończenia terminu realizacji wskazanych umów nie miał od Zamawiającego żadnej negatywnej oceny realizacji umów i w uzasadniony sposób oceniał, że Zamawiający nie miał względem wykonywania przez niego zamówień zastrzeżeń.

Dodatkowym potwierdzeniem braku zastrzeżeń jest fakt powierzenia Odwołującemu przez

Zamawiającego realizacji kolejnej umowy na tożsamy zakres rzeczowy zamówienia poczynawszy od dnia 1.01.2023 r. (usługa realizowana na bieżąco przy braku zastrzeżeń co do jakości wykonania zamówienia). Gdyby faktycznie realizacja dotychczasowych umów nr 15/2021 i 16/2021 miała być nienależyta trudno wyobrazić sobie dalsze powierzenie przez Zamawiającego Odwołującemu realizacji kolejnych tożsamyh usług.

Odwołujący sygnalizował Zamawiającemu wyłącznie w trakcie realizacji umów 15/2021 i 16/2021 jak również w toku Postępowania po otrzymaniu od Zamawiającego pisma Przedsiębiorstwa Usługowego Trans-Sport P. R. przekazanego w celu zajęcia stanowiska, że zarówno OPZ jak i umowy nr 15/2021 i 16/2021 faktycznie nie zawierały dodatkowych wymagań w przedmiocie wieku autobusów koniecznych do realizacji zamówienia i jest to kwestia bezsporna i kwestia faktów.

Potwierdzeniem powyższego jest, że SWZ aktualnego postępowania w tym wzór umowy, zostały zmodyfikowane właśnie w zakresie uzupełnienia dotyczącego wymogów których w poprzedniej dokumentacji nie było, co do wieku pojazdów jakimi wykonawca ma realizować zamówienie jak również kar umownych z tytułu realizacji zamówienia pojazdem starszym. Gdyby istotnie Umowa czy OPZ zamówienia w wyniku którego zostały zawarte obie ww. umowy przewidywały takie wymagania ich dodawanie w Postępowaniu na rok 2023 byłoby oczywiście zbędne.

Pisma jakie składał Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do ustosunkowania się do zastrzeżeń konkurencyjnego wykonawcy stanowiły ocenę prawną dokumentacji zamówienia z 2021 r. – faktycznie dokumentacja w zakresie OPZ i wzoru umowy takich wymagań nie zawierała. Żadne z oświadczeń złożonych przez Odwołującego w tych wyjaśnieniach nie zawiera potwierdzenia czy też przyznania, że wykonywał zamówienie w sposób niezgodny z umową.

Decyzja o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania z dnia 13.01.2023 r. nie zawiera uzasadnienia na poziomie szczegółowości umożliwiającym rzetelne odniesienie się przez Odwołującego i ocenę. Dodatkowo pismo Zamawiającego przekazujące zastrzeżenia Przedsiębiorstwa Usługowego Trans-Sport P. R. nie zawierało oceny realizacji umowy przez Odwołującego, a jedynie wezwanie do zajęcia stanowiska wobec zastrzeżeń konkurenta zainteresowanego pozyskaniem zamówienia na szkodę Odwołującego.

Odnosnie kwestii dotyczącej dokumentacji przekazanej Zamawiającemu w ramach powyższego stanowiska - nt. autobusu o nr rej LLU 54767, Odwołujący potwierdzał, że przejściowo zmuszony był realizować zamówienie także przy udziale wskazanego pojazdu, jednak miało to charakter incydentalny w związku z przedłużającym się procesem dostaw zamówionych autobusów marki Otokar. Sytuacja ta wypełniała okoliczności, o których § 7 ust. 2 umowy (innej nieprzewidzianej sytuacji uniemożliwiającej wykonanie przewozu uczniów). Powyższe nie może przesądzać o uznaniu, że Odwołujący podlega

wykluczeniu na podstawie art. 109 ust 1 pkt 5 Pzp.

Czynność wykluczenia Odwołującego z dnia 13.01.br. nie wskazuje, której umowy dotyczy, natomiast wskazuje i powołuje się na bliżej nie określone dowody, które jako niewskazane i nieskonkretyzowane uniemożliwiają odniesienie się przez wykonawcę i ich ocenę dla sprawy. Zdaniem Odwołującego czynność uznania przez Zamawiającego ww. umów za nienależycie realizowane jest sprzeczna z ich treścią w związku z czym należy uznać tę czynność za całkowicie bezprawną. Odwołujący ponownie podkreślił, że zarówno umowa 15/21, jak i 16/21 zostały zrealizowane przez Odwołującego należycie, nie doszło

do odstąpienia, Odwołującemu zostało w tym zakresie wypłacone wynagrodzenie w pełnej wysokości, nie doszło do naliczenia kar umownych.

Odwołujący podkreślił, że poważne naruszenie obowiązków zawodowych, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, nie może być utożsamiane z jakąkolwiek nieprawidłowością w wykonaniu zamówienia, za którą odpowiada wykonawca i która spowodowała rozwiązanie wcześniejszej umowy. Jak wskazał ustawodawca unijny w motywie 101 dyrektywy klasycznej, chodzi bowiem przykładowo o niewykonanie zamówienia, znaczące wady świadczonej usługi, które spowodowały jej nieprzydatność lub niewłaściwe zachowanie wykonawcy poddające w poważną wątpliwość jego wiarygodność. Drobne uchybienia w wykonaniu umowy, nie powtarzające się wielokrotnie, trwające przez krótki czas, nie powinny być uznawane za naruszenie o charakterze poważnym i nie powinny być automatycznie traktowane jako podważające uczciwość wykonawcy. Nie można także nie wspomnieć o obowiązującej zasadzie proporcjonalności, wynikającej z obowiązującej ustawy Pzp, na co wskazuje również ustawodawca unijny w motywie 101 dyrektywy klasycznej. W świetle ww. zasady, nie jest zasadne wykluczenie wykonawcy z powodu drobnych, krótkotrwałych, nie powtarzających się wielokrotnie uchybień.

(IV) W zakresie zarzutu ewentualnego polegającego na naruszeniu art. 110 ust. 2 ustawy Na dzień składania ofert Odwołujący nie miał żadnej wiedzy, która pozwoliłaby mu na stwierdzenie że w ocenie Zamawiającego umowy 15/2021 i 16/2021 na rzecz Szkoły Podstawowej w Zalesiu Górnym, były wykonywane w sposób nienależyty. Mając to na uwadze, Odwołujący nie miał żadnych podstaw do złożenia (w ramach oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp) oświadczenia wskazującego, że wobec niego zachodzą okoliczności skutkujące wypełnieniem przesłanki wykluczenia o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy, co winno równocześnie skutkować koniecznością złożenia wyjaśnień w ramach procedury samooczyszczenia o której mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, w celu uniknięcia wykluczenia z postępowania.

Polskie przepisy krajowe nie określają jednoznacznie momentu, do kiedy procedura self-cleaning winna być złożona, poza tym termin ten nie wynika również z dokumentów

zamówienia w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający powziawszy wątpliwości co do należytej realizacji ww. umów winien był w pierwszej kolejności zwrócić się do Odwołującego o stosowne wyjaśnienia na okoliczność skonkretyzowanych zarzutów a w przypadku uznania ich zasadności Zamawiający winien zainicjować procedurę self-cleaningu przez wezwanie wykonawcy do złożenia samooczyszczenia w rozumieniu art. 110 ust. 2 ustawy. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zaniechał wykonania ciężających na nim obowiązków w powyższym zakresie. Dodatkowo i z ostrożności procesowej wskazać należy, że aktualne orzecznictwo Izby wskazuje, że czynność odrzucenia oferty wykonawcy przy pominięciu obligatoryjnej w takiej sytuacji procedury wezwania do dokonania samooczyszczenia jest wadliwa i przedwczesna, a powinnością Zamawiającego byłoby w takiej sytuacji sformułowanie odrębnego wezwania

III. W zakresie naruszenia art. 255 pkt 3 ustawy Pzp przez unieważnienie Postępowania w Części I ponieważ cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podczas gdy najkorzystniejszą ofertą w Postępowaniu jest oferta Odwołującego, która mieści się w budżecie przewidzianym przez Zamawiającego na realizację Części I zamówienia

Oferta Odwołującego w zakresie części I Postępowania mieści się w kwocie, którą Zamawiający przeznaczył na jej wykonanie. Pismem z dnia 2.12.2022 r. Zamawiający powiadomił o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego

potwierdzając zarówno fakt zgodności tej oferty z warunkami zamówienia, jak i fakt posiadania wystarczającej ilości środków do zawarcia umowy. W przypadku uznania zasadności wyżej opisanych zarzutów czynność unieważnienia postępowania stanie się bezprawna.

Odwołujący żąda unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w części I Postępowania i ponownego wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

V. W zakresie naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b i c ustawy Pzp przez wybór w Części II Postępowania jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowe Trans-Sport P. R., ul. Markowskiego 8, 05-500 Piaseczno, podczas gdy najkorzystniejszą ofertą w Postępowaniu jest oferta Odwołującego; a oferta wybranego wykonawcy jw. powinna być odrzucona:

1. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy gdyż wykonawca ten podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1. pkt 5 ustawy
2. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b i c ustawy z powodu niewykazania przez tego wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej i nie złożenia w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego;

(Ad. 1.) Odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Usługowego Trans-Sport P. R. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy, gdyż wykonawca ten podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1. pkt. 5 ustawy.

Zdaniem Odwołującego w niniejszym stanie faktycznym zachodzi sytuacja wykluczenia ww. wykonawcy ponieważ wykonawca ten w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nienależycie wykonał zamówienie na rzecz aktualnego Zamawiającego, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów.

W szczególności, Wykonawca ten nienależycie wykonywał tożsame zamówienia na rzecz aktualnego Zamawiającego – umowa zawarta w wyniku postępowania Nr spr. 180/2018 – „Dowożenie uczniów wraz z zapewnieniem opieki do i ze Szkoły Podstawowej im. Wspólnej Europy w Zalesiu Górnym oraz dowożenie uczniów do GOSiR w Piasecznie”. Pomimo wymagania wynikającego z obowiązujących przepisów ustawy o transporcie drogowym z dnia 6 września 2001 r. (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 2201 ze zm.) oraz umowami z Zamawiającym wykonawca jw. realizował usługi transportu dzieci nie posiadając wymaganego zezwolenia na regularny przewóz osób. Zgodnie z umowami zawartymi z Zamawiającym przez wykonawcę jw. w wyniku postępowania 180/2018 (link do dokumentacji:

uczniow-wraz-z-zapewnieniem-opieki-do-i-ze-szkoly-podstawowej-im-wspolnej-europy-w-zalesiu-gornym-oraz-dowozenie-uczniow-do-gosir-w-piasecznie) wykonawca jw. oświadczył w zawartych umowach, że:

§ 2

1. Wykonawca oświadcza, że posiada uprawnienia do realizacji niniejszej umowy, tj. licencję na wykonywanie krajowego transportu drogowego oraz zezwolenie na regularny przewóz osób.
2. Wykonawca zobowiązuje się utrzymywać dokumenty, wymienione w ust. 1 przez cały okres trwania umowy.
3. W przypadku zakończenia ważności licencji lub/i zezwolenia w okresie trwania niniejszej umowy, Wykonawca zobowiązuje się na co najmniej 30 dni przed upływem ich terminu ważności, przedłożyć nowy dokument, ważny przez pozostały okres trwania umowy – pod rygorem odstąpienia Zamawiającego od umowy z przyczyn zawinionych przez Wykonawcę.

Tymczasem wbrew oświadczeniu zawartemu w umowach wykonawca jw. nie posiadał przez cały okres realizacji wskazanych umów - do końca grudnia 2019 r. ani nie posiada na dzień dzisiejszy wymaganego zezwolenia pomimo świadczenia usług wymagających posiadania takiego zezwolenia - regularny przewóz osób w zakresie dowozu dzieci do i ze Szkoły

Podstawowej im. Wspólnej Europy w Zalesiu Górnym. Tym samym wykonawca jw. nienależycie wywiązywał się z realizacji umów na rzecz Szkoły Podstawowej w Zalesiu Górnym. Dodatkowo wprowadzając w sposób świadomy, zamierzony Zamawiającego w błąd odnośnie rzekomego posiadania zezwolenia na regularny transport osób naruszył poważnie normy zawodowe, co obliuguje do jego wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust 1 pkt 5 Pzp.

Zgodnie z art. 111 ustawy wykluczenie wykonawcy następuje: 4) w przypadkach, o których mowa w (..) art. 109 ust. 1 pkt 5 na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Zdarzeniem powyższym jest w szczególności cały okres świadczenia przez wykonawcę jw. umów powołanych powyżej – do 31.12.2019 r. Termin składania ofert w aktualnym Postępowaniu upłynął w dniu 18.11.2022 r, a zatem wykonawca jw. podlegał na dzień upływu terminu składania ofert w Postępowaniu wykluczeniu. Trasa dla realizowanych usług przewozu regularnego przebiegała przez obszar 2 gmin – Piaseczno oraz Góra Kalwaria, co w świetle Ustawy o transporcie drogowym oznacza, że organem właściwym dla wydawania zezwolenia jest Starosta Piaseczyński (wykonywanie przewozów na obszarze powiatu).

Odwołujący zwrócił się w trybie dostępu do informacji publicznej do Starosty Piaseczyńskiego o udzielenie informacji w przedmiocie wystąpienia przez Trans-Sport do Starosty o wydanie wskazanego zezwolenia w okresie 2018-2022. Uzyskana informacja potwierdza, że:

W odpowiedzi na wniosek o udostępnienie informacji publicznej skierowany do tut. urzędu 16.01.2023 r. na podstawie ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. z 2022 r. poz.902) informujemy, że firma "Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Piotr Rudnicki", ul. Markowskiego 8, 05-500 Piaseczno, w latach 2018-2022 nie składała wniosków o wydanie zezwolenia na regularny bądź regularny specjalny przewóz osób.

Fakt, że Wykonawca Trans-Sport nie występował w ogóle o wydanie zezwolenia wyklucza możliwość jego posiadania przez tego wykonawcę w okresie realizacji zamówienia, a w konsekwencji zezwolenie takie nie zostało wnioskodawcy przekazane.

W załączeniu 1. Wniosek o informację publiczną do Starosty Piaseczyńskiego; 2. Odpowiedź na wniosek o informację publiczną od Starosty Piaseczyńskiego.

(Ad. 2.) Odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Usługowego Trans-Sport P. R. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b i c ustawy z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Zamawiający w Części II SWZ postawił wykonawcom następujący warunek udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

„d.1) W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu

dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający żąda następujących podmiotowych środków dowodowych:

Wykonawca udokumentuje, dla Część I i II,

- przedstawienia co najmniej po jednej usłudze w ciągu ostatnich 3 lat dla każdej z części osobno, potwierdzonej referencją bądź innym dokumentem o przedmiocie zamówienia związanym z dowozem dzieci do szkół i wartości jak poniżej:

Zadanie 1. 40.000,00 zł brutto

Zadanie 2. 100.000,00 zł brutto

wykonanych w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co zostanie wykazane zgodnie ze wzorem stanowiącym zał. nr 4 do SWZ.

Powyższe doświadczenie winno być przedstawione w formie wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, daty wykonania oraz podmiotów, na rzecz których usługi te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należyście, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy"

Wykonawca Przedsiębiorstwo Usługowe Trans-Sport P. R., złożył Zamawiającemu wykaz usług zawierający opis dwóch usług:

1. usługi wykonanej w okresie 01.2019- 10.2022 na rzecz podmiotu Szkoła Podstawowa im. Wspólnej Europy z siedzibą w Zalesiu Górnym za wynagrodzeniem w wysokości 321 481,79 zł brutto
2. usługi wykonanej w okresie 01.2019- 10.2022 na rzecz podmiotu Sapientia Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie („Szkoła Marzeń”) za wynagrodzeniem w wysokości 226 233,60 zł brutto.

W tym miejscu w odwołaniu zdjęcie wykazu

Do wykazu usług wykonawca jw. załączył dwie referencje wystawione odpowiednio w dniu 10 października 2020 r. oraz 13 sierpnia 2020 r., które w sposób oczywisty nie potwierdzają należytego wykonania przedstawionych w wykazie usług.

Złożone referencje mające potwierdzać należyte wykonanie usług, potwierdzają ten fakt odpowiednio jedynie do 10 października 2020 r. oraz 13 sierpnia 2020 r. co czyni niemożliwą ocenę, czy wykazano spełnienie warunku udziału w Postępowaniu. Jakkolwiek bowiem celem referencji jest potwierdzenie należytego wykonania usługi, to na gruncie zaistniałego

stanu faktycznego, skoro przedmiot usług obejmuje świadczenie ich odpowiednio przez okres 01.2019- 10.2022 oraz 01.2019- 10.2022, referencje powinny potwierdzać należyte wykonanie usług w tych okresach po ich upływie. Mając powyższe na uwadze, uzasadnione jest stwierdzenie braku wykazania spełniania warunku udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, co winno skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowe Trans-Sport P. R. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy.

Ponadto wykonawca jw. nie dysponuje wymaganymi przez Zamawiającego pojazdami do świadczenia usługi.

Wykonawca jw. wskazał w ofercie następujący pojazd:

Lp-	Rodzaj wymaganych narzędzi i urządzeń technicznych	Wymagane minimum **	Narzędzia i urządzenia techniczne, którymi Wykonawca dysponuje lub będzie dysponował w celu realizacji zamówienia	Potencjał techniczny własny Wykonawcy/ Wykonawca polega na potencjale technicznym innych podmiotów
1	2	3	4	5
1,	samochód		Marka: M....., j. Q...: ■■cO.yw-Rok produkcji: t/JAA..... Nr rejestracyjny IX* l..... d.. " ^. Marka: Rok produkcji: Nr rejestracyjny:	Własne/ oddane do dyspozycji*

*xxxx4_yrUse-L

Odwolujący podał, że zgodnie z danymi dostępnymi pod adresem:

pojazd taki w ogóle nie figuruje w bazie zarejestrowanych pojazdów a należy zauważyć, że informacje dostępne w bazie są danymi z systemu CEPIK.

Wykonawca jw. wskazał zatem w ofercie na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu pojazd fikcyjny wprowadzając w tym zakresie Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunku udziału. Powyższe obliuguje Zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy jako złożonej przez wykonawcę nie spełniającego warunku udziału w postępowaniu jak również podlegającego wykluczeniu zgodnie z art. 109 ust 1 pkt 5

ustawy.

Wykaz sprzętu służył zarówno na potrzeby udowodnienia spełnienia warunku udziału jak i był podstawą punktacji w ramach kryterium oceny ofert, co wyklucza możliwość jego uzupełnienia a dodatkowo przepis art. 128 ust 1 ustawy dotyczący obowiązku wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych nie dotyczy wezwania do uzupełnienia nieprawdziwych pierwotnych informacji – ustawa nie przewiduje możliwości zastąpienia informacji nieprawdziwych prawdziwymi co potwierdza jednolite w tym względzie orzecznictwo Izby.

Ponadto pojazd o podanej marce i roczniku produkcji (Mercedes Tourismo rok produkcji 2015) wedle wiedzy Odwołującego konstrukcyjnie nie posiada wymaganej ilości miejsc siedzących.

Zgodnie z SWZ warunek udziału dotyczył autobusów z minimalną ilością miejsc siedzących – wyposażonych w pasy bezpieczeństwa (co potwierdza wymóg dotyczący miejsc siedzących) to jest autobusów wyposażonych w pasy bezpieczeństwa dla pasażerów ilość miejsc powyżej 56 miejsc dla każdej z części. Rok produkcji autobusu co najmniej 2012 r. co zostanie wykazane zgodnie ze wzorem stanowiącym zał. nr 6 do SWZ dodatkowo potwierdza wymóg min 56 miejsc siedzących OPZ: do realizacji przedmiotu zamówienia Wykonawca winien posiadać takie środki transportu, aby zapewnić uczniom miejsca siedzące zgodnie z obowiązującymi przepisami (minimum 56 miejsc dla uczniów).

Autobus wskazany w wykazie przez wykonawcę jw. wedle wiedzy Odwołującego nie posiada konstrukcyjnie wymaganej ilości miejsc siedzących. Dodatkowo Wykaz sprzętu nie zawiera informacji nt. ilości miejsc siedzących – co uniemożliwia weryfikację spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Wobec podania przez Wykonawcę jw. numeru rejestracyjnego autobusu, którego nie ma w bazie CEPIK nie ma możliwości weryfikacji ilości miejsc siedzących dla wykazanego autobusu (baza zawiera w szczególności dane nt. ilości miejsc siedzących autobusu).

Ponadto uwzględnić należy w sprawie, że dane zawarte w Wykazie sprzętu pojazdy służyły zarówno na potrzeby wykazania spełnienia warunku granicznego udziału w postępowaniu ale także na potrzeby punktacji w ramach kryterium oceny ofert pn. „Autobus rok produkcji co najmniej 2012- 10%.” Uwzględniając fakt, że Wykaz służy jako podstawa przyznawania punktacji w ramach kryterium oceny ofert za niedopuszczalne uznać należy jego uzupełnienie bowiem uzupełnienie może w konsekwencji prowadzić do zmiany treści oferty.

Ponadto Odwołujący podał, że złożony przez wykonawcę jw. wraz z ofertą Wykaz sprzętu –

Załącznik nr 6 do SWZ zawiera tylko 1 sztukę autobusu a wykonawca złożył w postępowaniu ofertę na 2 części zamówienia – zgodnie z SWZ warunek udziału to:

„Wykonawca przedstawi wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie dysponowania pojazdami to jest dysponują specjalistycznym sprzętem : to jest autobusem wyposażonym w pasy bezpieczeństwa dla pasażerów ilość miejsc powyżej 56 miejsc dla każdej z części. Rok produkcji autobusu co najmniej 2012 r. co zostanie wykazane zgodnie ze wzorem stanowiącym zał. nr 6 do SWZ”

Mając powyższe na uwadze, uzasadnione jest stwierdzenie braku wykazania spełnienia warunków udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, co winno skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowe

Trans-Sport P. R. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) ustawy Pzp.

(V) W zakresie naruszenia naruszenie art. 16 pkt 1 i 3 ustawy tj. obowiązku przeprowadzenia Postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, jak również z zachowaniem zasady proporcjonalności

Prowadzenie postępowania z naruszeniem przepisów uzasadnionych wyżej musi doprowadzić do konkluzji, że Zamawiający prowadził je z naruszeniem zasady proporcjonalności oraz uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy z dnia 11 września 2022 roku skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 18 stycznia 2023 roku od czynności Zamawiającego z dnia 13 stycznia 2023 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentację

postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopię dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Strony postępowania odwoławczego.

Izba uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w piśmie procesowym z dnia 30 stycznia 2023 roku „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie”, które zostało złożone do Izby przed rozpoczęciem posiedzenia z udziałem stron i uczestników. Izba dopuściła dowody zawnioskowane w tym piśmie i załączone do ww. pisma.

Izba ustaliła i zważyła w zakresie zarzutów odwołania:

Izba w przedmiotowej sprawie odwoławczej ustaliła, że:

Pismem z dnia 2 grudnia 2022 roku Zamawiający przekazał w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcom biorącym udział w tym postępowaniu informację:

Zamawiający na podstawie art. 253 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej Pzp), zawiadamia, że w/w postępowanie:

Wygrała firma:

* W części I:

Usługi Transportowe Z. W., ul. Kienkówka 66, 21-450 Stoczek Łukowski, Regon 030936818 za cenę 230,00 zł brutto za 1 kurs

Firma otrzymała punktację:

■ Kryterium Cena

Zaproponowana cena za 1 kurs — 230,00 zł brutto Ilość punktów 60,00 pkt

■ Kryterium rok produkcji autobusu

Rocznik zaproponowanego autobusu 2021

Ilość punktów 10 pkt

■ Kryterium termin podstawienia pojazdu zastępczego

Zaproponowany czas 20 minut

Ilość punktów 10 pkt

a Kryterium wysokość kary za przekroczenie terminu

Zaproponowana wysokość kary 12 000 zł

Ilość punktów 9,6 pkt o

Summaryczna ilość punktów 89,6 pkt

W części II:

o Usługi Transportowe Z. W., ul. Kienkówka 66, 21-450 Stoczek

Łukowski, Regon 030936818 za cenę 10,40 zł brutto za 1 km o Firma otrzymała punktację:

» Kryterium Cena

Zaproponowana cena za 1 km 10,40 zł brutto Ilość punktów 60,00 pkt

- Kryterium rok produkcji autobusu

Rocznik zaproponowanego autobusu 2021

Ilość punktów 10 pkt

a Kryterium termin podstawienia pojazdu zastępczego

Zaproponowany czas 20 minut

Ilość punktów 10 pkt

- Kryterium wysokość kary za przekroczenie terminu

Zaproponowana wysokość kary 12 000 zł

Ilość punktów 9,6 pkt o

Summaryczna ilość punktów 89,6 pkt

Zestawienie otrzymanych ofert:

W części I:

Oferta firmy Przedsiębiorstwo Usługowe Trans-Sport P. R., ul.

Markowskiego 8, 05-500 Piaseczno, Regon 015184108

Kryterium Cena

Zaproponowana cena za 1 kurs — 486,00 zł brutto Ilość punktów 28,39 pkt

Kryterium rok produkcji autobusu

Rocznik zaproponowanego autobusu 2015

Ilość punktów 4 pkt

Kryterium termin podstawienia pojazdu zastępczego

Zaproponowany czas 20 minut

Ilość punktów 10 pkt

Kryterium wysokość kary za przekroczenie terminu

Zaproponowana wysokość kary 25 000 zł Ilość punktów 20 o

Summaryczna ilość punktów 62,39 pkt

W części II:

Oferta firmy Przedsiębiorstwo Usługowe Trans-Sport P. R., ul.

Markowskiego 8, 05-500 Piaseczno, Regon 015184108, otrzymała punktację: ■

Kryterium Cena

Zaproponowana cena za 1 km — 12,42 zł brutto

Ilość punktów 50,24 pkt

Kryterium rok produkcji autobusu

Rocznik zaproponowanego autobusu 2015

Ilość punktów 4 pkt

Kryterium termin podstawienia pojazdu zastępczego

Zaproponowany czas 20 minut

Ilość punktów 10 pkt

Kryterium wysokość kary za przekroczenie terminu

Zaproponowana wysokość kary 25 000 zł Ilość punktów 20 o

Sumaryczna ilość punktów 84,24 pkt

Następnie w dniu 18 stycznia 2023 roku Zamawiający przekazał wykonawcom informację: Zamawiający na podstawie art. 253 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej Pzp), zawiadamia, że w wyniku powtórzenia przez Zamawiającego czynności badania i oceny złożonych ofert, w/w postępowanie:

W części I:

Postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 255 pkt. 3) Pzp ponieważ cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Oferta firmy: Przedsiębiorstwo Usługowe Trans-Sport P. R., ul. Markowskiego 8, 05-500 Piaseczno, Regon 015184108 złożona została na cenę 486,00 zł brutto / 1 kurs. Przy szacowanej w OPZ ilości kursów rocznie 193, daje to sumaryczną kwotę 93 798,00 zł brutto. Zamawiający przeznaczył na realizację tej części zlecenia kwotę 46 899,00 zł brutto i nie zdecydował się jej zwiększyć •

W części II:

Postępowanie wygrała firma Przedsiębiorstwo Usługowe Trans-Sport P.R., ul. Markowskiego 8, 05-500 Piaseczno, Regon 015184108 za cenę 12,42 zł brutto / 1 km

Firma otrzymała punktację:

Kryterium Cena

Zaproponowana cena za 1 km — 12,42 zł brutto

Ilość punktów 60 pkt

Kryterium rok produkcji autobusu

Rocznik zaproponowanego autobusu 2015

Ilość punktów 4 pkt

Kryterium termin podstawienia pojazdu zastępczego

Zaproponowany czas 20 minut

Ilość punktów 10 pkt

Kryterium wysokość kary za przekroczenie terminu

Zaproponowana wysokość kary 25 000 zł

Ilość punktów 20 o

Sumaryczna ilość punktów 94 pkt

Niniejsze rozstrzygnięcie jest odpowiedzią na wnioski Wykonawcy: Usługi Transportowe Z. W., ul. Kienkówka 66, 21-450 Stoczek Łukowski, Regon 030936818 złożone w dniach: 15.12.2022, 31.12.2022, 3.01.2023, 9.01.2023, 10.01.2023 z wyłączeniem odpowiedzi na wniosek o dostęp do informacji publicznej z dnia 3.01.2023r. Odpowiedzi na ten wniosek Zamawiający udzieli odrębnym pismem.

Zamawiający zawiadamia ponadto, że:

Zamawiający skorzystał ze swojego prawa, dającego mu możliwość na podstawie wyroku KIO lub na wniosek Wykonawcy, lub na podstawie własnej oceny postępowania, dokonać nowych czynności bądź powtórzyć czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Jest to postępowanie zgodne z ustawą Pzp oraz orzecznictwem KIO między innymi z wyrokiem KIO 1939/10 gdzie Izba wskazuje: „W ocenie Izby Zamawiający ma każdorazowo prawo do samoistnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. Izba nie podziela poglądu Odwołującego w tym zakresie, iż niedopuszczalne jest podejmowanie ponownie czynności, które nie były przedmiotem postępowania odwoławczego oraz których legalność nie podlegała kwestionowaniu. W przeciwnym wypadku mogłoby dojść do sytuacji, iż pomimo wiedzy Zamawiającego o dokonaniu czynności z naruszeniem prawa Zamawiający utrzymałby je w mocy pomimo ich oczywistej wadliwości. Nadrzędną zasadą dotyczącą wszelkiego rodzaju czynności przedsięwziętych przez instytucje zamawiające w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ich zgodność z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.”

Zamawiający na podstawie art. 139 ust 3 ustawy Pzp dokonał ponownego badania i oceny złożonych ofert.

W wyniku analizy pisma złożonego w sprawie przez firmę: Przedsiębiorstwo Usługowe Trans-Sport P. R., ul. Markowskiego 8, 05-500 Piaseczno, Regon 015184108 w dniu

7.12.2022r. oraz pism złożonych przez firmę: Usługi Transportowe Z. W., ul. Kienkówka 66, 21-450 Stoczek Łukowski, Regon 030936818 w dniach 15.12.2022, 31.12.2022, 3.01.2023, 9.01.2023, 10.01.2023, a także biorąc pod uwagę będące w

posiadaniu Zamawiającego dokumenty dotyczące realizacji umowy na dowóz uczniów

zawartej pomiędzy Szkołą Podstawową w Zalesiu Górnym, a firmą Usługi Transportowe Z. W., ul. Kienkówka 66, 21-450 Stoczek Łukowski, Regon 030936818 w roku 2021. Zamawiający na podstawie art. 109 ust. 1. pkt. 5) ustawy Pzp zdecydował o wykluczeniu w części I i II postępowania Wykonawcy: Usługi Transportowe Z. W., ul. Kienkówka 66, 21-450 Stoczek Łukowski, Regon 030936818, ponieważ w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość. W szczególności, Wykonawca w wyniku zamierzonego działania nienależycie wykonywał zamówienie w zakresie jeżdżenia autobusem niezgodnym ze złożoną ofertą i nie wywiązywał się z obowiązków określonych w umowie. Zamawiający jest w stanie wykazać to za pomocą stosownych dowodów. Tym samym Zamawiający uznaje za zasadny zarzut, że Wykonawca nienależycie wywiązywał się z realizacji umów 15/2021 i 16/2021 na rzecz Szkoły Podstawowej w Zalesiu Górnym.

Zamawiający w piśmie procesowym Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie z dnia 30 stycznia 2023 roku podał między innymi:

Zamawiający nie podał informacji o unieważnieniu czynności dokonanej w dniu 2.12.2022r ponieważ nie był do tego zobligowany przepisami prawa. Zamawiający jedynie w wewnętrznym dokumencie, Zarządzeniu o wyborze wykonawcy z dnia 12.01.2023 nr RZP 0050.6.2022 określił, że traci moc zarządzenie o wyborze wykonawcy z dnia 1.12.2022 roku (dowód w aktach sprawy)

Izba stwierdza w tym miejscu, co ma zasadnicze i kluczowe znaczenie dla poddania rozpoznaniu zarzutów podniesionych w odwołaniu, że na podstawie ustalonego stanu faktycznego sprawy o zamówienie publiczne w ramach tegoż postępowania o zamówienie istnieją w obiegu prawnym dwie czynności Zamawiającego tj. czynność z dnia 2 grudnia 2022 roku oraz czynność z dnia 13 stycznia 2023 roku dotyczące oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jednocześnie będące sprzeczne wewnątrznie.

Wymaga podkreślenia w tym miejscu, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stanowi skodyfikowany, określony przepisami prawa ciąg czynności Zamawiającego, które charakteryzują się w znacznym stopniu określonym formalizmem. Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie, jak wskazywał Sąd Okręgowy w Gliwicach w jednym z orzeczeń, jednakże odstąpienie od formalizmu nie może być utożsamiane z odstąpieniem od zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ramach czynności podejmowanych w postępowaniu odwoławczym Izba

dokonuje oceny czynności Zamawiającego w zakresie legalizmu podejmowanych czynności o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba, w orzecznictwie do jakiego odwołuje się w piśmie z dnia 13 stycznia 2023 roku Zamawiający, w sposób jednoznaczny wyrzeka, w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania odnoszących się do dokonanej oceny ofert, że w przypadku, gdy takie zarzuty uwzględnia, w pierwszej kolejności nakazuje Zamawiającemu unieważnienie danej czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Dana czynność Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowi jego oświadczenie i odnosi się do podjętych działań lub zaniechań. Oznacza to, że oświadczenie takie może być zmienione przez unieważnienie danej czynności, albo w wyniku nakazania tego przez Izbę albo samodzielnie przez Zamawiającego. Izba nie kwestionuje uprawnienia Zamawiającego do możliwości samodzielnego, a nie wynikającego z wyroku Izby, dokonania ponownej analizy podjętej czynności. Natomiast Izba kwestionuje zaniechanie Zamawiającego unieważnienia czynności z dnia 2 grudnia 2022 roku oraz podjęcie kolejnej czynności z dnia 13 stycznia br. co skutkuje tym, że obie te czynności pozostają skuteczne w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w stosunku do wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Bez znaczenia dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dla wykonawców biorących udział w

tym postępowaniu pozostają wewnętrzne działania Zamawiającego.

Bez znaczenia dla postępowania i jego prowadzenia pozostaje zatem wskazanie w Zarządzeniu nr RZP.0050.6.2022 Burmistrza Miasta i Gminy Piaseczno z dnia 12 stycznia 2023 roku, że (§3) Traci moc zarządzenie Burmistrza Miasta i Gminy Piaseczno nr RZP.0050.321.2022 z dnia 01.12.2022 w sprawie postępowania w trybie podstawowym na: Dowożenie uczniów, wraz z zapewnieniem opieki do Szkoły Podstawowej im. Wspólnej Europy w Zalesiu Górnym oraz dowożenie uczniów do GOSIR w Piasecznie, bowiem dokument ten ma jedynie wewnętrzne znaczenie. Potwierdza to, a co pominął Zamawiający treść § 2 tegoż Zarządzenia, zgodnie z którym wykonanie zarządzenia powierzono kierownikowi Referatu zamówień publicznych. Tym samym, z treści samego zarządzenia jednoznacznie wynika, że ma zostać ono wykonane. To wykonanie szczególnie ma zostać dokonane względem wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego aby mogło być wobec nich skuteczne, i powinno polegać na - zgodnie z zarządzeniem – unieważnieniu czynności z dnia 2 grudnia 2022 roku z powodu utraty mocy zarządzenia Burmistrza Miasta i Gminy Piaseczno nr RZP.0050.321.2022 z dnia 01.12.2022 (...). Brak zatem wykonania tego zarządzenia przez unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 2 grudnia 2022 roku spowodował pozostawanie w obiegu prawnym,

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dwóch czynności, które wobec wykonawców składających oferty w postępowaniu nadal pozostają skuteczne.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które jest skodyfikowanym ciągiem czynności nie ma miejsca na żadne domniemania co do czynności podejmowanych przez Zamawiającego. Jednoznaczność czynności Zamawiającego ich przejrzystość stanowi kanon prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego opartego na zasadach prawa zamówień publicznych. Określona zasada przejrzystości w prawie zamówień publicznych stanowi gwarancję innej z zasad, a mianowicie jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym nie sposób zgodzić się z twierdzeniami Zamawiającego, że nie istnieją przepisy prawa, które obligowałyby go do podania informacji o unieważnieniu wcześniej podjętej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Obowiązek publikacji takich informacji wynika wprost z zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które to zasady zobowiązują Zamawiającego do transparentnego i jawnego postępowania, co w konsekwencji oznacza obowiązek publikowania informacji o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, jeżeli Zamawiającego takiego dokonał.

Mając na uwadze twierdzenia Zamawiającego Izba wskazuje, że w zasadzie przeczy Zamawiający sobie sam, bowiem dokonuje powtórnej czynności badania i oceny ofert powołując się na orzecznictwo Izby, które także odnosi się do zasad (tak pismo z dnia 13 stycznia 2023 roku), a nie jakiegoś szczególnego uprawnienia wyartykułowanego w ustawie. Taka sama sytuacja ma miejsce w przypadku konieczności unieważnienia wcześniej dokonanej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, jeżeli chce się jej dokonać ponownie – obowiązek taki nakładają na Zamawiającego regulacje odnoszące się do zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba podkreśla, że nie ma też przepisu o możliwości podejmowania czynności przez Zamawiającego po uprzednio dokonanej już czynności, jak w tym przypadku. Nie istnieją zatem w przepisach ustawy taki przepis na podstawie którego Zamawiający powtórzył czynność badania i oceny ofert i dokonała innej niż pierwotnie oceny tych ofert. Jednakże takie działanie Zamawiającego mieści się w zakresie zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które ma na celu prowadzenie postępowania zgodnie z przepisami prawa w poszanowaniu zasady równego traktowania wykonawców i zasady konkurencyjności. Powyższe potwierdza w sposób jednoznaczny, że to z zasad prowadzenia postępowania wynikają niektóre obowiązki Zamawiającego, w tym obowiązek publikacji informacji o unieważnieniu wcześniej podjętej czynności. Jeżeli takiej informacji nie podaje Zamawiający to nie można stwierdzić, że czynność unieważnienia określonych czynności podjął Zamawiający.

Mając na uwadze powyższy wywód prawny, oraz stanowisko Zamawiającego, które jednoznacznie potwierdza, że nie dokonał on unieważnienia czynności z dnia 2 grudnia 2022 roku (Zamawiający nie podał informacji o unieważnieniu czynności dokonanej w dniu 2.12.2022r ponieważ nie był do tego zobligowany przepisami prawa – pismo procesowe Zamawiającego) Izba stwierdziła, że brak unieważnienia czynności z dnia 2 grudnia 2022 roku powoduje, że skuteczne wobec wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są dwie czynności Zamawiającego tj. czynność z dnia 2 grudnia 2022 roku oraz czynność z dnia 13 stycznia 2023 roku.

Izba nie mogła poddać ocenie w zakresie podniesionych w odwołaniu zarzutów czynności Zamawiającego z dnia 13 stycznia 2023 roku, bowiem poddając tą czynność ocenie konwalidowałaby nieprawidłowe działania Zamawiającego do czego nie jest uprawniona. Nie jest zadaniem Izby „naprawianie” nieprawidłowość w działaniu Zamawiającego, a jedynie ocena tych działań.

Izba uznała, oceniając podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia czynności przez Zamawiającego, że naruszenie jakie ma miejsce w ramach prowadzonej procedury zamówieniowej, a wskazane również przez Odwołującego w odwołaniu, jest pierwotne w stosunku do podnoszonych zarzutów co do czynności z dnia 13 stycznia 2023 roku. Tym samym stwierdzenie skuteczności naruszenia Zamawiającego w zakresie zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez pozostawienie w obiegu prawnym dwóch, sprzecznych czynności Zamawiającego skutkowało uwzględnieniem odwołania w całości oraz obciążeniem Zamawiającego w całości kosztami postępowania odwoławczego. Natomiast Odwołującemu zasadzono koszty postępowania w zakresie kosztów reprezentacji jedynie do wysokości wynikającej z przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), na co Izba wskazuje, bowiem nie określił wykonawca kosztów reprezentacji jedynie do kwoty określonej rozporządzeniem, a jednocześnie składając fakturę na kwotę 4 674,00 zł.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do

zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Zamawiających zobowiązany jest do poszanowania obowiązujących regulacji prawnych w prowadzonej procedurze o zamówienie publiczne oraz realizacji nałożonych na niego obowiązków ustawowych wynikających z zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy 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. Zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. W rozpoznawaniu sprawie odwołanie okazało się niezasadne z przyczyn wskazanych przez Izbę w uzasadnieniu wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 2 lit. a, b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: