Sygnatura akt: KIO 2895/24

WYROK

z dnia 11 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Joanna Gawdzik – Zawalska
Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie w dniu 12 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia: K. W. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą KATARZYNA TURIST K. W. Ślesin, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Kramsk, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy ubiegającego się o udzielnie zamówienia: RELOBUS Transport Polska Sp. z o.o. Toruń orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w części, tj. co do zarzutu dotyczącego:

   1.1. projektowanych postanowień umowy;

   1.2. zaniechania poprawienia omyłki rachunkowej oferty RELOBUS Transport Polska Sp. z o.o. Toruń oraz wezwania go do wyrażenia zgody na poprawienie tej omyłki;

   1.3. zaniechania zbadania przekształcenia spółki Arriva na RELOBUS Transport Polska Sp. z o.o. Toruń;

   1.4. zaniechania prawidłowego zbadania dokumentu polisy ubezpieczeniowej RELOBUS Transport Polska Sp. z o.o. Toruń;

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3. Kosztami postępowania odwoławczego w obciąża odwołującego i:

   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego koszty: 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania oraz poniesione przez odwołującego i zamawiającego koszty po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia i wydatków jednego pełnomocnika;

   3.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

U z a s a d n i e n i e

Gmina Kramsk (ul. Chopina 12, 62-511 Kramsk) (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U.2023.1605 z późn. zm.) (dalej Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego -„Dowóz uczniów do szkół na terenie gminy Kramsk w roku szkolnym 2024/2025 Cześć I: Dowóz uczniów niepełnosprawnych do Szkoły Twórczej Integracji w Milinie wraz z zapewnieniem opieki w roku szkolnym 2024/2025; Cześć II Dowóz uczniów do szkół na terenie gminy Kramsk wraz z zapewnieniem opieki w roku szkolnym 2024/2024 na podstawie biletów miesięcznych (znak: IGP.271.1.12.2024MK)". (dalej: Postępowanie). Zasady, warunki, kryteria ocen, opis przedmiotu zamówienia i postanowienia umowy na realizację zamówienia określa Specyfikacja Warunków Zamówienia (dalej SWZ).

W dniu 12 sierpnia 2024 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wniósł wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego K. W. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „Katarzyna Turist" Ślesin (ul. Piotrkowice 22a, 62-561 Ślesin) (dalej Odwołujący).

W dniu 14 sierpnia 2024 r. przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca, którego oferta oceniona została jako najkorzystniejsza RELOBUS Transport Polska Sp. z o.o. Toruń (ul. Dąbrowskiego 8/24; 87-100 Toruń, KRS:000021693) (dalje: Przystępujacy lub Relobus), w związku z udostepnieniem przez Zamawiającego kopii odwołania wraz z załącznikami za pośrednictwem poczty elektronicznej w dniu 13 sierpnia 2024r. Wobec zgłoszenia przystąpienia w terminie i wypełnieniu przesłanek z art. 525 Pzp Izba uznała przystąpienie za skuteczne.

Odwołanie wniesiono od niezgodnej z przepisami Pzp czynności Zamawiającego:

- wyboru oferty Relobus w części II zadania;

- niezbadania kompletności oferty Relobus w tym niepoinformowania o omyłce rachunkowej wraz z podmiotowymi środkami dowodowymi;

- niewłaściwej punktacji oferty Relobus w ramach kryterium czas podstawienia pojazdu zastępczego w razie awarii;

- niewykluczenia Relobus w zakresie art. 109 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp w związku ze wskazaniem spełnienia kryterium oceny oferty 30 minutowego czasu podstawienia pojazdów 2

oraz wskazaniem spełnienia warunku udziału w postępowaniu dysponowania pięcioma pojazdami;

- niewłaściwego sformułowania SWZ - postanowień umowy (dalej: PPU) -(załącznik nr 6a projekt umowy część II) w zakresie między innymi braku naliczenia kar umownych za niepodstawienia autobusu zastępczego w zadeklarowanym terminie; błędnego opisania klauzul waloryzacyjnych; nie sprecyzowania dokładnej wartości zmian umowy w zakresie prowadzonego postępowania przetargowego; kwestii odstąpienia od umowy.

W odwołaniu wskazano, że Zamawiający dopuścił się naruszenia następujących przepisów:

- art. 242 ust. 1 pkt 1 oraz art. 239 ust. 2 Pzp, wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Relobus na skutek nieuzasadnionego przyznania 40 punktów w kryterium „czas podstawienia autobusu zastępczego" zgodnie z kryteriami oceny oferty podanymi w pkt 2 rozdziału XVII SWZ (zarówno dla części I i II), zamiast przyznania 0 punktów zgodnie z faktycznymi możliwościami organizacyjnymi tego wykonawcy, względnie poprzez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy lub jego wykluczenia z postępowania;

- art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp wobec nieodrzucenia oferty wykonawcy Relobus jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej UZNK), gdy wskazanie terminu 30 minut a podstawienie autobusu zastępczego zostało dokonane jedynie w celu uzyskania większej liczby punktów gdy wykonawca ten z góry wiedział, że nie będzie w stanie spełnić tego świadczenia;

- art. 223 1 ustawy Pzp (wykaz usług i referencje, wykaz pojazdów - załącznik nr 5a) poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnienia prawdziwości dokumentów podmiotowych złożonych przez wykonawcę Relobus wobec tego, że przedstawione pojazdy i jego flota budzą wątpliwości a Przystępujący oświadczył, że za ich pomocą zrealizuje zamówienie a Zamawiający nie dokonał sprawdzenia podmiotowych środków dowodowych dotyczących taboru skierowanego do realizacji zadania. Dotyczy to przede wszystkim liczby 3 pojazdów wskazanych przez Wykonawcę, w stosunku do których z Raportu usługi Bezpieczny Autobus na dzień 12/08/2024 (dane CEP) wynika ,że przedstawione pojazdy są czasowo wycofane z ruchu, co skutkuje brakiem możliwości świadczenia usługi tymi pojazdami i jednocześnie Przystępujący wprowadził w błąd Zamawiającego, co powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy i odrzuceniem oferty, bo „złożony przez niego

pierwotnie wykaz usług oraz referencje (załącznik nr 5a) — poświadczają nieprawdę — zawierają informacje nieprawdziwe i złożenie ich stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji i poprzez zaniechanie zbadania w sposób precyzyjny oferty, m.in. złożonego podmiotowego środka dowodowego w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej i przekształceniu firmy ARRIVA na Relobus (KRS Wykonawcy)";

- art. 226 ust. 1 pkt 2) ppkt. a) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Relobus jako podlegającego wykluczeniu z postępowania zgodnie z zapisami Rozdział VII pkt 1 tabeli SWZ (art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp);

- art. 223 ust. 2 i 3 Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie wykonawcy Relobus omyłki rachunkowej, a także zaniechanie wezwania tego wykonawcy do wyrażenia zgody na poprawienie tej omyłki i poprzez niewłaściwe zbadanie dokumentów na wezwanie Zamawiającego i złożeniu polisy ubezpieczeniowej z rozbieżnymi datami podpisu, ubezpieczający (pani A. P.) podpisała dokument polisę ubezpieczeniową z datą 27.06.2024r. co wynika z raportu weryfikacji podpisów, a data obowiązywania umowy polisy ubezpieczeniowej jest od dnia 15.06.2024r. do dnia 14.06.2025r..

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania oraz odrzucenie zarzutu dotyczącego treści SWZ jako spóźnionego. Przystępujący popierał stanowisko Zamawiającego.

Odwołujący cofnął na posiedzeniu zarzuty dotyczące: projektowanych postanowień umowy; zaniechania poprawienia omyłki rachunkowej oferty RELOBUS Transport Polska Sp. z o.o. Toruń oraz wezwania go do wyrażenia zgody na poprawienie tej omyłki; zaniechania badania przekształcenia spółki Arriva na RELOBUS Transport Polska Sp. z o.o. Toruń; zaniechania prawidłowego zbadania dokumentu polisy ubezpieczeniowej RELOBUS Transport Polska Sp. z o.o. Toruń.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Wobec złożenia przez Odwołującego oświadczenia o wycofaniu części zarzutów złożonego odwołania Izba uznała, że zachodzi podstawa z art. 520 Ustawy przewidującego, że: „1.

Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. 2. Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa".

Wobec powyższego Izba uznała, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie wskazanym w sentencji orzeczenia w trybie art. 568 pkt. 1 Ustawy.

Strony i uczestnik powoływali się na dokumenty postępowania, w szczególności SWZ, ofertę Relobus oraz złożone środki dowodowe i decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący przedłożył dodatkowo:

a. wydruki tras, tj. mapa i czas dojazdu - z miejsca siedziby Przystępującego do miejsc wykonywania usług

na okoliczność niemożliwości zapewnienia pojazdu zastępczego na wypadek awarii;

b. ogłoszenie Gminy Pelplin o zamówieniu nr 2022/BZP 00284098/01 na usługi

referencyjne na okres roku szkolnego od września 2022/2023 z dnia 29 lipca 2022r. z okresem realizacji do 30 czerwca 2023 r.

c. ogłoszenie Gminy Pelplin o zamówieniu nr 2023/BZP 00240564/01 na usługi referencyjne na okres roku szkolnego 2023/2024 z dnia 31 maja 2023 r. z okresem realizacji od 1 września 2023 r. do 30 czerwca 2024 r.

na okoliczność nie wykazania spełnienia warunku doświadczenia tj. usługi o wartości nie mniejszej niż 350 000 zł świadczonej w sposób ciągły przez okres nie krótszy niż 5 miesięcy i faktu nie wykonywania usługi przez miesiące lipiec i sierpień 2023 r. a także, że wobec wskazania w wykazie okresu realizacji usługi referencyjnej przez rok kalendarzowy 2023 nie sposób ustalić jaka była wartość tej usługi za nieprzerwany okres jej świadczenia od stycznia od czerwca roku 2023 wobec niemożności ustalenia jaka część wynagrodzenia danej umowy przypadała na ten okres (w tym ostatnim zakresie Izba pominęła dowód, wobec faktu nie objęcia zarzutem wartości usługi referencyjnej a jedynie czasu jej trwania).

Przystępujący przedłożył dodatkowo:

a. korespondencję e-mail z dnia 31 lipca 2024, w temacie: Wyrejestrowanie autobusów Regio na okres wakacji

na efekt oszczędności OC

b. informację o zwrocie części kwoty składki na ubezpieczenie wyrejestrowanych pojazdów z 22.07.20204 oraz

c. decyzję z 27.06.2024 o czasowym wycofaniu pojazdu z ruchu dla 3 pojazdów o nr rejestracyjnym WSE7KP3, WSE4KX2, WSE8RK5

na fakt czasowego charakteru wyrejestrowania 3 pojazdów objętych wykazem w Postępowaniu i przyczyn czasowego wycofania pojazdów z ruchu, okresu na jaki pojazdy zostały wycofane z ruchu, posiadania przez pojazdy ważnych badań technicznych

d. raporty dla pojazdów o nr rejestracyjnym WSE7KP3, WSE4KX2, WSE8RK5 objętych wykazem w Postępowaniu, pobrane ze strony internetowej

https://moj.gov.pl/nforms/engine/ng/index?xFormsAppName=BezpiecznyAutobus#/se arch

na fakt zarejestrowania pojazdów;

e. Korespondencję email Relobus zawierającą ofertę z 29 sierpnia 2024 r. na potencjalny wynajem powierzchni do postoju 5 autobusów w Koninie

na możliwość zapewnienia miejsca postojowego w okolicach Konina.

Zarzuty odwołania sprowadzały się do:

1. W ODNIESIENIU DO KRYTERIUM OCENY OFERT I WSKAZANIA INFORMACJI -„czas podstawienia autobusu zastępczego" - 30 minut - przywołania postanowienia SWZ i wskazania, że:

- „wskazanie terminu 30 minut a podstawienie autobusu zastępczego zostało dokonane jedynie w celu uzyskania większej liczby punktów gdy wykonawca ten z góry wiedział, że nie będzie w stanie spełnić tego świadczenia (...) zgodnie z faktycznymi możliwościami organizacyjnymi tego wykonawcy", bo

- Odwołujący założył, że autobusy zbazowane będą w siedzibie Przystępującego znajdującej się w Toruniu a więc w odległości, która nie umożliwi dojazdu auta zastępczego w ciągu 30 minut – tutaj Odwołujący przedstawił

szczegółowe wyliczenia czasu pokonywania możliwych tras z Torunia ul. Dąbrowskiego 8/24 wskazujących na średni czas podstawienia 6

autobusu zastępczego około 2 h (również wobec potrzeby uwzględnienia np. dojazdu kierowcy do zbazowanego w siedzibie pojazdu) („W ocenie odwołującego powyższa oferta w zakresie oferowanego czasu podstawienia autobusu zastępczego była nierealna zważywszy, że siedzibą tego wykonawcy jest Oddział w Toruniu ul. Dąbrowskiego 8/24, tj. w odległość około 100 kilometrów od Gminy Kramsk. Jednak Wykonawca Relobus nie wykazał bazy transportowej na terenie gminy.");

- na rozprawie Odwołujący dodatkowo podniósł, że podstawienie autobusu nie będzie możliwe również z lokalizacji wskazanej w ofercie przedłożonej przez Przystępującego;

- Odwołujący wskazał, że „Przy uwzględnieniu powyższych odległości, zwykłego ruchu drogowego w czasie w jakim komunikacja jest świadczona, ograniczenia w poruszaniu się autobusem zgodnie z zasadami ruchu drogowego, oczywistym jest, że nie jest możliwe spełnienie przez wybranego przez zamawiającego wykonawcę wymogu podstawienia autobusu zastępczego w każdym miejscu danej linii komunikacyjnej w czasie do 30 minut. Miejscem podstawienia autobusu zastępczego jest dowolne miejsce na którejkolwiek z ww. linii komunikacyjnych. W opinii odwołującego, zamawiający przy ocenie oferowanego czasu podstawienia autobusu zastępczego nie może w tym wypadku poprzestać na samych zapewnieniach wykonawcy zawartych w treści oferty, ale musi także ocenić w sposób obiektywny to czy takie zapewnienie może być przez danego wykonawcę rzeczywiście spełnione. Według odwołującego wykonawca Relobus wskazał tak krótki termin jedynie w celu uzyskania większej liczby punktów z góry wiedząc, że nie będzie w stanie spełnić świadczenia. Takie działanie należy uznać za wypełnienie przesłanki złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, która podlega odrzuceniu przez zamawiającego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp." Dalej Odwołujący przywoływał stanowiska orzecznictwa.

2. W ODNIESIENIU DO WARUNKU UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU I WSKAZANIA W WYKAZIE I OŚWIADCZENIU, że realizować będzie świadczenie przy użyciu 5 wymienionych pojazdów - przywołania postanowienia SWZ i wskazania, że

- „przedstawione pojazdy przez Wykonawcę i jego flota budzą wątpliwości jednocześnie oświadczył, że za pomocą wykazanych pojazdów zrealizuje zamówienie. Zamawiający nie dokonał sprawdzenia podmiotowych środków dowodowych dotyczących taboru skierowanego do realizacji zadania. Dotyczy to przede wszystkim liczby 3 pojazdów wskazanych przez Wykonawcę , z Raportu usługi Bezpieczny Autobus na dzień 12/08/2024

(dane CEP) wynika, że przedstawione pojazdy są czasowo wycofane z ruchu. Skutkuje to brakiem możliwości świadczenia usługi tymi pojazdami. Zamawiający zaniechał sprawdzenia prawdziwości wskazanych informacji"

3. W ODNIESIENIU DO WARUNKU UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU I WSKAZANIA, że posiada doświadczenie w realizacji usług referencyjnych - przywołania postanowienia SWZ i wskazania, że:

- „złożony przez niego wykaz usług oraz referencje(załącznik nr 5a) — poświadczają nieprawdę i dodatkowo Zamawiający nie dopełnił obowiązku wezwania do wyjaśnienia prawdziwości dokumentów podmiotowych złożonych przez wykonawcę Relobus, bo „w wykazanych latach styczeń 2023 - grudzień 2023 spółka Relobus nie świadczyła takowych usług do gminy Pelplin (...) Wykonawca Relobus nie mógł świadczyć usługi na rzecz Gminy Pelplin w roku 2023 w miesiącach od stycznia do grudnia, ponieważ zakres wykonywania usługi zgodnie z przeprowadzonym przetargiem na terenie tej Gminy trwał od września 2023 roku do czerwca 2024 roku (platforma zakupowa prowadzonych postępowań), Gmina powierzyła Zamówienie wykonawcy ARRIVA BUS TRANSPORT POLSKA SP. z o.o. Oddział w Tczewie . Zamawiający nie sprawdził w Gminie Pelpin prawdziwości przedstawionej referencji oraz nie wezwał Wykonawcy do złożenia wyjaśnień odnoszących się do środka dowodowego w postaci załączonej referencji , która budzi wątpliwość czy rzeczywiście spełnił warunek udziału w postępowaniu."

Izba uznała zarzuty za nieudowodnione i oddaliła odwołanie. Odwołujący nie wykazał niezgodności oferty z SWZ, złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji i w konsekwencji nieuprawnionego przyznania punktów i zaniechania wykluczenia oraz odrzucenia oferty Relobus, jak też potrzeby wezwania do wyjaśnień w zakresie podmiotowych środków dowodowych.

Izba uznała, że twierdzenia procesowe Przystępującego i Zamawiającego znajdują oparcie w dokumentach postępowania i zgodne są z zasadami logiki i doświadczenia życiowego oraz nie stwierdziła naruszenia przepisów zachowaniem Zamawiającego wobec tego, że okoliczności, na których opierały się zarzuty nie znalazły odzwierciedlenia w dokumentach postępowania a Odwołujący nie przedłożył dowodów wystarczających do wykazania niezgodności oferty z warunkami zamówienia lub nieprawdziwości oświadczeń, które skutkować mogłyby wykluczeniem z postępowania, odrzuceniem oferty lub zmianą jej oceny.

Izba ustaliła, w oparciu o dokumenty postępowania, biorąc pod uwagę stanowiska procesowe, w tym także oświadczenia stron i uczestnika złożone na rozprawie, bezsporne okoliczności, że:

1. Zgodnie z SWZ pkt 2 rozdziału XVII Zgodnie z SWZ oferty, które spełnią warunki udziału w postępowaniu, podlegają ocenie wg dwóch kryteriów: cena - 60% oraz czas podstawienia autobusu zastępczego - 40%. „Zamawiający przyzna punkty na

podstawie zadeklarowanego przez Wykonawcę czasu na podstawienie pojazdu zastępczego w razie awarii, z zastrzeżeniem, że minimalny czas wynosi 30 minut, a maksymalny 60 minut: za zaoferowanie podstawienia pojazdu zastępczego do 30 minut 40 punktów za zaoferowanie podstawienia pojazdu zastępczego do 45 minut 20 punktów za zaoferowanie podstawienia pojazdu zastępczego do 60 minut 0 punktów Za brak określenia czasu postawienia pojazdu zastępczego Zamawiający przyzna 0 punktów.";

2. Zgodnie z SWZ rozdział IX ust. 1 pkt 3 SWZ (w części II zamówienia) Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej: „dysponuje lub będzie dysponował w okresie przewidzianymi na realizacje zamówienia pojazdami (odpowiednio oznakowanymi, sprawnymi technicznie, dopuszczonymi do ruchu zgodnie z obowiązującymi przepisami, posiadającymi ważne przeglądy techniczne oraz ubezpieczenie OC i NNW), tj. co najmniej 5 autobusami.";

3. Zgodnie z SWZ rozdział IX pkt 1 w zakresie części II zamówienia w pozycji nr 3 tabeli Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej odnoszący się do posiadania doświadczenia w wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenie działalności jest krótszy - w tym okresie należycie co najmniej 1 usługi polegającej na dowozie uczniów do szkół o wartości nie mniejszej niż 350 000,00 zł brutto, w sposób ciągły przez okres nie krótszy niż 5 miesięcy;

4. Wykonawcy nie zwracali się z pytaniami o wyjaśnienie SWZ.

Dalej Izba ustaliła, że:

5. Relobus w ofercie wskazał, że: „OŚWIADCZAM, że w razie awarii czas podstawienia pojazdu zastępczego wynosić będzie: 30 minut" oraz, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp;

6. Relobus zadeklarował realizację zamówienia z wykorzystaniem 5 pojazdów, których jest właścicielem, które są zarejestrowane (dopuszczone do ruchu) i posiadają ważne przeglądy techniczne oraz ubezpieczenie OC i NNW; z 5 pojazdów 3 (o numerach rejestracyjnych WSE7KP3, WSE4KX2, WSE8RK5) były czasowo wycofane z ruchu mocą decyzji z 27.06.2024 o czasowym wycofaniu pojazdu z ruchu, na skutek wniosku pojazdy nie są wycofane z ruchu z dniem odpowiednio 28 lub 29 sierpnia 2024r.

7. Relobus złożył wykaz w którym wsakzał, że:

„Usługi dowozu dzieci do placówek oświatowych na terenie Gminy Pelplin, z zapewnieniem opieki nad przewożonymi dziećmi, na zasadzie zakupu biletów miesięcznych"	Styczeń 2023 - Grudzień 2023	Gmina Pelplin Plac Grunwaldzki 4 83-130 Pelplin	563 812,78zł

8. Relobus załączył referencje, w których Gmina Pelplin wskazała, że Przystępujący świadczył usługi referecnyjne w okresie: 1. Wrzesień 2021- Grudzień 2021r.: 179 363,94 zł brutto; 2. Styczeń 2022- Grudzień 2022 r.: 507 996,61 zł brutto; 3. Styczeń 2023 - Grudzień 2023r.: 563 812,78 zł brutto; 4. Styczeń 2024 - Czerwiec 2024r.: 341 365,02 zł brutto;

9. Usługę referencyjną świadczył na rzecz Gminy Pelplin Przystępujący; usługa świadczona jest przez Relobus na rzecz Gminy Pelplin w ramach kolejno zawieranych umów (na rok szkolny 2021-2022, rok szkolny 2022-2023, rok szkolny 2023-2024), usługi świadczone są od września włącznie danego roku szkolnego do czerwca włącznie danego roku szkolnego);

10. Referencje obejmują wskazanie kwot i okresy lat kalendarzowych ze względów związanych z rachunkowością i rozliczaniem księgowym pełnych lat kalendarzowych, pomimo, że w dany rok kalndarzowy obejmuje usługi Relobus realizowane na podstawie dwóch odrebnych umów.

Izba stwierdza, że:

Zgodnie z art. 16 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 239 ust. 1 Ustawy : Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty; proporcjonalny. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Jednocześnie Izba zwraca uwagę, że równe traktowanie nie jest celem samym w sobie, lecz instrumentem rozpatrywanym w świetle rezultatów, do jakich ma doprowadzić. Wymaga, by porównywalne sytuacje nie były traktowane w sposób odmienny, a sytuacje odmienne nie były traktowane w sposób identyczny, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione.

Izba stwierdza, że zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt. 8) oraz ust. 2 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: 8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych; jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a) oraz b) i pkt 7) Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania lub niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz

gdy złożona została w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK. Zgodnie z art. 3 ust. 2 UZNK czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zgodnie z art. 14 ust. 1 UZNK czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści. Zgodnie z ust. 2 pkt 2 tego przepisu wiadomościami są nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd informacje o świadczonych usługach.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 i 4 Pzp zamawiający może żądać od wykonawcy wyjaśnień oświadczenia o którym mowa w art. 125 ust 1 lub podmiotowych środków dowodowych podobnie jak ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia.

Zgodnie z art. 240 ust. 2 Pzp Zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiać powinny weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. Zgodnie z art. 242 Pzp najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie: 1) kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu; 2) ceny lub kosztu. Kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do: 1) jakości, w tym do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych takich jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników; 2) aspektów społecznych, w tym integracji zawodowej i społecznej osób, o których mowa w art. 94 ust. 1; 3) aspektów środowiskowych, w tym efektywności energetycznej przedmiotu zamówienia; 4) aspektów innowacyjnych; 5) organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia; 6) serwisu posprzedażnego, pomocy technicznej, warunków dostawy takich jak termin, sposób lub czas dostawy, oraz okresu realizacji.

Mając na uwadze powyższe stwierdza się, że ustawodawca wskazuje na możliwość stosowania kryteriów, które dotyczą etapu realizacji umowy, a tym samym nie są w pełni weryfikowalne na etapie składania ofert, a jedynie na podstawie deklaracji zawartej w ofercie wykonawcy. Oczywistym jest, że zamawiający powinien zadbać, aby kryteria oceny ofert były mierzalne a jednocześnie, aby wykonawcy nie deklarowali (również co do sposobu wykonania zamówienia) świadczenia niemożliwego. Deklaracja wykonawcy i ocena zamawiającego spełniania warunku nie może być uznaniowa.

Minimalny czas podstawienia pojazdu zastępczego

W niniejszej sprawie Zamawiający wskazał w SWZ, że oczekuje zadeklarowania minimalnego czasu podstawienia pojazdu zastępczego wskazując jednocześnie, że zadeklarowany czas podstawienia dający maksymalną liczbę punktów (30 minut) jest równocześnie minimalnym oczekiwanym SWZ dla wykonania usługi podstawienia pojazdu zastępczego. SWZ nie zawierał innych, poza żądaniem deklaracji, obowiązków

wykonawców, w tym w szczególności posiadania bazy w odległości gwarantującej zapewnienie pojazdu zastępczego w zadeklarowanym czasie. W tym zakresie wykonawcy nie formułowali zapytań do SWZ.

Izba stwierdza, że Odwołujący nie wykazał, że deklaracja Relobus czasu na podstawienie pojazdu zastępczego jest niezgodna z SWZ, nieprawdziwa ani niemożliwa do zrealizowania. Odwołujący sam wskazywał, że możliwe jest wykonanie usługi podstawienia pojazdu zastępczego w czasie określonym SWZ minimum 30 minut z miejsca zlokalizowanego 20-25 km od miejsca świadczenia usługi np. z jego siedziby. Jednocześnie Przystępujący przedstawił dowód i Izba ustaliła, że Przystępujący zamierza realizować usługi z miejsca położonego bliżej niż jego siedziba i że możliwe jest pozyskanie miejsca zbazowania pojazdów zastępczych bliżej miejsca świadczenia usług i że podejmuje on w tym zakresie działania. Izba uznała również, że w świetle SWZ i doświadczenia życiowego oraz stanowisk Zamawiającego i Przystępującego wykonawcy mogą realizować ten obowiązek zapewniając sobie na etapie realizacji umowy np. parking, na którym parkować będą pojazd zastępczy, zdolny do użycia w przypadku awarii pojazdu podstawowego w zadeklarowanym czasie 30 minut. Odwołujący nie wykazał, że jest niemożliwe zapewnienie lokalizacji dającej możliwość realizacji usługi w minimalnym czasie 30 minut ani, że Przystępujący zamierza lub realizować będzie usługę z siedziby lub innego miejsca znajdującego się w odległości uniemożliwiającej realizacje usługi w zadeklarowanym czasie, podczas gdy Przystępujący wskazał, że podejmuje działania zmierzające do zapewnienia realizacji zamówienia zgodnie z ofertą i SWZ.

Wobec powyższego Izba oddaliła odwołanie w zakresie, w jakim opierało się na zarzucie nieprawdziwości oświadczenia Przystępującego, co do deklarowanego czasu podstawienia pojazdu zastępczego. Konsekwencją uznania, że nie wykazana została nieprawidłowość deklaracji Przystępującego jest oddalenie zarzutów w zakresie błędnej oceny oferty i przyznania jej 40 punktów, zaniechania wykluczenia i odrzucenia oferty.

Zadeklarowanie dysponowania na etapie realizacji zamówienia 5 pojazdami odpowiednio oznakowanymi, sprawnymi technicznie, dopuszczonymi do ruchu zgodnie z obowiązującymi przepisami, posiadającymi ważne przeglądy techniczne oraz ubezpieczenie OC i NNW)

Izba stwierdza, że przesłanka wykluczenia z postępowania z powodu złożenia informacji wprowadzających w błąd, zawarta w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, dotyczy wprowadzenia w błąd

zamawiającego przy wykazywaniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu (które zostały tutaj sprecyzowane SWZ i którym zadość czyniło oświadczenie Relobus a prawdziwość potwierdziły złożone przezeń dokumenty) lub kryteriów selekcji i odnosi się do informacji dotyczących wykonawcy, których ocena decyduje o udziale wykonawcy w postępowaniu. Do informacji, które wprowadzają zamawiającego w błąd, należy zaliczyć takie informacje, które nie są zgodne z rzeczywistością, istniejącym stanem faktycznym. Są to więc informacje nieprawdziwe,

oddające fałszywie stan faktyczny, który ma znaczenie dla danego postępowania, a także zatajenie takiej informacji. W badanym postępowaniu Zamawiający nie wymagał informacji o ewentualnym czasowym wycofaniu pojazdu z ruchu. Nie było więc możliwe wprowadzenie Zamawiającego w błąd w tym zakresie poprzez nieudzielenie tej informacji. Wykonawca wskazał informacje prawdziwe w zakresie treści warunku o treści określonej SWZ. Ponad to okoliczność czasowego wycofania z ruchu nie ma wpływu na kwalifikację podmiotową wykonawcy. Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko Zamawiającego, że: „fakt czasowego ich wycofania z ruchu w momencie składania oferty lub podmiotowych środków dowodowych, na który powołuje się Odwołujący, nie oznacza, że w przypadku zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego nie będą one mogły być wykorzystane do spełnienia świadczenia na etapie jej realizacji. Zgodnie z art. 78a ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym ((Dz.U. z 2024 r. poz. 1251) czasowe wycofanie pojazdu z ruchu to środek prawny stosowany przez starostę w drodze decyzji, na wniosek właściciela pojazdu, kierownika zakładu lub wydzielonej jednostki organizacyjnej upoważnionego przez właściciela lub podmiotu posiadającego pojazd powierzony. Przedmiotem decyzji może być tylko pojazd (w rozumieniu art. 2 pkt 31 tej ustawy), który został wcześniej prawomocnie zarejestrowany i który należy do ustawowego katalogu określonego w ust. 2, w tym autobus. W stosunku do autobusu wystarczające jest złożenie prawidłowego wniosku oraz uiszczenie odpowiedniej opłaty, a więc wnioskodawca nie musi spełnić żadnych dodatkowych warunków, aby uzyskać decyzję. Wycofanie pojazdu z ruchu na podstawie tego przepisu jest czasowe i dokonywane zgodnie z wnioskiem, przy uwzględnieniu minimalnego i maksymalnego okresu wskazanego w ustawie (co do zasady od 2 do 24 miesięcy). Okres czasowego wycofania z ruchu, na wniosek właściciela, może zostać skrócony.”

Izba oddaliła zarzuty związane z twierdzoną nieprawdziwością oświadczenia Relobus wobec brzmienia SWZ i okoliczności dysponowania 5 pojazdami, będącymi własnością Relobus, co nie było kwestionowane, i co do których dodatkowo Relobus złożył wniosek o dopuszczenie do ruchu i z dniem 28/29 sierpnia 2024 r. pojazdy nie są wycofane z ruchu.

Wykaz wykonanych usług na rzecz Gminy Pelplin

Izba wskazuje, że przesłanka wykluczenia z postępowania z powodu złożenia informacji wprowadzających w błąd, zawarta w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, dotyczy wprowadzenia w błąd zamawiającego przy wykazywaniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji i odnosi się do informacji dotyczących wykonawcy, których ocena decyduje o udziale wykonawcy w postępowaniu a zakres badania Izby określa treść zarzutu.

W niniejszej sprawie odwołanie w zakresie wykazania doświadczenia odnosiło się wyłącznie do czasu trwania i ciągłości usługi referencyjnej.

Fakt przywołania przez Relobus w wykazie spośród realizowanych przez niego szeregu usług na rzecz Gminy Pelplin dwóch realizowanych na podstawie dwóch umów na lata szkolne 2022-2023 i 2023-2024 w okresie roku kalendarzowego 2023 a więc objęcia wykazem wyłącznie usługi referencyjnej realizowanej ciągle przez okres minimum 5 miesięcy od stycznia włącznie do czerwca włącznie 2023 r był bezsporny. Stąd, wobec zakresu zarzutu Izba oddaliła odwołanie.

Wobec niewykazania nieprawdziwości kwestionowanych oświadczeń zarzut naruszenia UZNK mnie mógł zostać uwzględniony. Nie zostały bowiem wykazane przesłanki uznania zachowania wykonawcy za wypełniające przesłankę uznania go za czyn nieuczciwej konkurencji.

Izba wskazuje dodatkowo, że niezależnie od ciężaru dowodowego, każda ze stron na etapie postępowania odwoławczego ponosi konsekwencje przyjętej taktyki dowodowej, w tym przedstawiania dowodów na potwierdzenie faktów, z których wywodzi skutki prawne jak również dowodów zaprzeczających twierdzeniom strony przeciwnej. Izba wskazuje również, że w świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu” zaś „Odwołanie zawiera: (…) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”. W niniejszej sprawie odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił Odwołujący w związku z zarzutami. Izba nie może oceniać innych

zdarzeń – okoliczności faktycznych – niż te, z których zaistnieniem powiązał Odwołujący naruszenia Ustawy w odwołaniu – w terminie na jego wniesienie. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”. Temu odwołanie nie sprostało.

Orzekając o kosztach w oparciu o przepis art. 557 oraz art. 574 Ustawy a także mając na uwadze § 8 ust. 2 pkt 1 i w oparciu o § 5 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. poz. 2437) Izba obciążyła Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego w całości.

Przewodniczący: .....