

WYROK

Warszawa, dnia 22 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lipca 2024 roku, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2024 roku przez wykonawcę PKS Kielce Sp. z o.o.

z siedzibą w Strawczynie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Jędrzejów przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego - Usługi Transportowe Columbus Spółka z Ograniczoną Odpowiedzialnością z siedzibą w Jędrzejowie

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Jędrzejów prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego w gminnych przewozach pasażerskich na liniach komunikacyjnych 1, 3 i C w granicach miasta Jędrzejowa”.

Ogłoszenie zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2024/BZP 00310185/01 z dnia 6 maja 2024 r.

W dniu 1 lipca 2024r. wykonawca - PKS Kielce Sp. z o.o. z siedzibą w Strawczynie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust.1 pkt 2 c) albowiem wykonawca - Usługi Transportowe Columbus Spółka z Ograniczoną Odpowiedzialnością z siedzibą w Jędrzejowie (dalej: „Przystępujący”) w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie złożył oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie

wskazanych przez zamawiającego zaś złożył oświadczenie, iż informacje zawarte w JEDZ, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1-6 ustawy Pzp, wskazanych przez Zamawiającego, są aktualne i zgodne ze stanem faktycznym i prawnym – w sytuacji kiedy w niniejszym postępowaniu na podstawie art. 266 Pzp nie ma zastosowania art. 125 ust.2 i 6 Pzp (jest to postępowanie w tzw. „progu krajowych”),

2)art. 226 ust.1 pkt 2 lit. b) Pzp albowiem przedstawiony w wykazie pojazdów autobus o numerach rejestracyjnych STA89216 nie przeszedł badań technicznych i na dzień składania ofert był pojazdem niedopuszczonym do ruchu, zaś stosownie do opisu przedmiotu zamówienia Wykonawca zobowiązany jest do: zapewnienia 3 sprawnych technicznie, przystosowanych do transportu drogowego osób w komunikacji miejskiej, środków transportowych niezbędnych do prawidłowej realizacji usług stanowiących przedmiot zamówienia, spełniających wymagania określone przepisami prawa w zakresie dotyczącym wykonywania autobusowych usług przewozowych w komunikacji zbiorowej.

3)art. 226 ust.1 pkt 2) lit. b) Pzp albowiem przedstawione w wykazie pojazdów autobusy nie należą do Przystępującego i wykonawca ten nie może nimi dysponować, jak też w chwili obecnej nie ma jakichkolwiek podstaw prawnych do złożenia oświadczenia o dysponowaniu tymi pojazdami ponieważ już z samej treści Załącznika nr 5 wynika iż udostępnienie nastąpi albo poprzez przeniesienie prawa własności albo poprzez leasing na czas trwania zamówienia, co w sposób jednoznaczny wskazuje iż w chwili składania oferty wykonawca nie dysponował tymi pojazdami („albo” , „albo” – podmiot udostępniający sam wskazuje iż w chwili złożenia oświadczenia pojazdy nie były udostępnione)

4)art. 128 ust. 4 Pzp albowiem Zamawiający nie wezwał Przystępującego do wyjaśnienia jaka jest podstawa prawna dysponowania taborem autobusowym przez podmiot udostępniający te pojazdy a z dokumentów postępowania nie wiadomo w jakim trybie udostępnione zostaną przedmiotowe autobusy (może być leasing, może być własność),

5)art. 109 ust.1 pkt.1 Pzp albowiem Przystępujący na dzień składania ofert naruszył obowiązki w zakresie opłacania składek ma ubezpieczenia społeczne.

Odwołujący w oparciu o tak sformułowane zarzuty odwołania wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

- nakazanie Zamawiającemu uchylenie czynności polegającej na wyborze oferty Przystępującego,
 - nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Przystępującego
- względnie
- nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownie czynności badania i oceny ofert w tym wezwania Przystępującego do złożenia oświadczeń i wyjaśnień w trybie art. 128 Pzp.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał:

„1) Wykonawca Columbus w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożył oświadczenie o aktualności informacji zawartych w JEDZ. Tym samym zgodnie z art. 226 ust.1 pkt.2 c) ustawy pzp jego oferta winna zostać odrzucona. Zamawiający wezwał bowiem Wykonawcę Columbus do potwierdzenia aktualności informacji zawartych w oświadczeniu – a tymczasem Wykonawca ten złożył oświadczenie o aktualności JEDZ. Tymczasem pierwsze z tych oświadczeń dotyczy stanu prawnego (braku podstaw wykluczenia) a drugie (JEDZ) jest oświadczeniem o stanie faktycznym (na podstawie JEDZ Zamawiający dopiero ustala czy Wykonawca nie podlega wykluczeniu).

2) Pojazd o numerach rejestracyjnych STA89216 nie przeszedł badań technicznych i na dzień składania ofert był pojazdem niedopuszczonym do ruchu , zaś stosownie do opisu przedmiotu zamówienia Wykonawca zobowiązany jest do: zapewnienia 3 sprawnych technicznie, przystosowanych do transportu drogowego osób w komunikacji miejskiej, środków transportowych niezbędnych do prawidłowej realizacji usług stanowiących przedmiot zamówienia, spełniających wymagania określone przepisami prawa w zakresie dotyczącym wykonywania autobusowych usług przewozowych w komunikacji zbiorowej.

Stosownie do treści art. 81 ust.9 ustawy prawo o ruchu drogowym okresowe badanie techniczne autobusu przeprowadza się przed upływem roku od dnia pierwszej rejestracji i następnie co 6 miesięcy, zaś zgodnie z art. 132 tej samej ustawy Policjant, funkcjonariusz Straży Granicznej albo funkcjonariusz Służby Celno-Skarbowej zatrzyma dowód rejestracyjny (pozwolenie czasowe) w razie: m.in. stwierdzenia, że pojazd nie został poddany badaniu technicznemu w wyznaczonym terminie lub termin badania nie został wyznaczony prawidłowo.

Wyciąg pobrany ze strony www.bezpiecznyautobus.gov.pl , na dzień 27 czerwca 2024 r., wskazuje iż autobus ZAZ, numer rejestracyjny STA89216 nie posiada ważnego badania technicznego a zatem w świetle ustawy prawo o ruchu drogowym nie spełnia wymagań określone przepisami prawa w zakresie dotyczącym wykonywania autobusowych usług przewozowych w komunikacji zbiorowej.

Dowód: wydruk ze strony www.bezpiecznyautobus.gov.pl

Pojazd ten nie spełnia wymogów postawionych przez Zamawiającego a zatem wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej co powoduje, iż jego oferta winna zostać odrzucona.

3) Z treści oświadczenia podmiotu A.–. 40-863 Katowice Ul. Gliwicka 304-306 wynika iż w chwili jego złożenia wykonawca Usługi Transportowe Columbus Sp. z o.o. nie dysponował przedmiotowymi pojazdami w jakiegokolwiek formie. Wskazana w tymże oświadczeniu forma iż zobowiązujemy się do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów w formie: przeniesienie prawa własności i lub leasing na cały okres trwania zamówienia bez wątpienia wskazuje iż na chwilę składania oświadczenia wykonawca Usługi Transportowe Columbus Sp. z o.o. tymi pojazdami nie dysponuje – może będzie nimi dysponował w przyszłości w formie własności lub leasingu, ale obecnie tego stanu dysponowania nie ma. Tymczasem zamawiający w SWZ jasno wymaga iż Wykonawca winien wykazać posiadanie bądź dysponowanie co najmniej 3 autobusami niskopodłogowymi. Wszystkie autobusy powinny posiadać minimum 20 miejsc siedzących. Zatem Zamawiający wymaga dysponowania pojazdami „tu i teraz” a nie w bliżej nieokreślonej przyszłości a nie sprecyzowanej formie prawnej (może być jakakolwiek – ale jakaś powinna być w sposób jednoznacznie wskazana). Usługi Transportowe Columbus Sp. z o.o. nie wykazał zatem spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i jego oferta winna zostać odrzucona.

4) Z treści przedmiotowego oświadczenia nie wynika również jaka jest podstawa prawna dysponowania tymi autobusami przez podmiot udostępniający zasoby. Zamawiający w ocenie Odwołującego winien w takim wypadku wezwać w trybie art. 128 ust.4 Pzp Przystępującego do wyjaśnienia tego faktu, który ma istotne znaczenia dla postępowania. Jeżeli te pojazdy nie są bowiem własnością podmiotu udostępniającego , to w takim wypadku złożenie takiego oświadczenia jest wadliwe ponieważ podmiot udostępniający nie może gwarantować iż strona trzecia (jeżeli sam nie jest właścicielem tychże pojazdów) sprzeda je lub odda w leasing Przystępującemu. Obecnie przedmiotowe oświadczenie jest skonstruowane na zasadzie takiej iż A.–. zagwarantował iż jakkolwiek podmiot sprzeda bądź odda w leasing jakiegokolwiek pojazdy Wykonawcy Columbus.

5) Wedle wiedzy Odwołującego Wykonawca Usługi Transportowe Columbus Sp. z o.o. na dzień składania ofert naruszył obowiązki w zakresie opłacania składek ma ubezpieczenia społeczne albowiem nie opłacał on w terminie składek na ubezpieczenie społeczne.

Zamawiający oraz Przystępujący w złożonych pismach procesowych oraz w stanowiskach wyrażonych podczas

rozprawy wniosli o oddalenie odwołania jako niezasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołania na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołań wynikający z art. 505 Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 Izba ustaliła:

Zamawiający pismem z dnia 5 czerwca 2024 r. wezwał Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym m.in. do złożenia „d)

oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy pzp, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez zamawiającego, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1-6 ustawy pzp.”

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący w dniu 11 czerwca 2024 r. złożył „Oświadczenie wykonawcy o aktualności informacji zawartych w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy pzp”, wskazując: „na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego w gminnych przewozach pasażerskich na liniach

komunikacyjnych 1, 3 i C w granicach miasta Jędrzejowa” - znak sprawy: RGUP.271.2.2024

prowadzonego przez Gminę Jędrzejów, oświadczam, że informacje zawarte w JEDZ, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1-6 ustawy Pzp, wskazanych przez Zamawiającego, są aktualne i zgodne ze stanem faktycznym i prawnym.”.

Izba zważyła:

Wskazać należy, że zgodnie z art. 125 ust. 1 Pzp 1 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego. Zgodnie z § 3 rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415; dalej: „rozporządzenie”) w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne zamawiający, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, może zamiast podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1, 2 lub 4-6, żądać oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez zamawiającego.

Uwzględniając treść złożonego przez Przystępującego w dniu 11 czerwca 2024 r. oświadczenia Izba uznała, że wykonawca ten potwierdził aktualność informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp. W ocenie Izby omyłkowe wpisanie w treści oświadczenia „że informacje zawarte w JEDZ” nie może stanowić o wadliwości czy też braku złożenia przez Przystępującego oświadczenia żadanego przez Zamawiającego. Nie sposób bowiem tracić z pola widzenia, że w dalszej części zdania – której zdaje się nie zauważa Odwołujący – Przystępujący wprost wskazał, że informacje „o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1-6 ustawy Pzp, wskazanych przez Zamawiającego, są aktualne i zgodne ze stanem faktycznym i prawnym.”.

Tym samym Izba uznała zarzut nr 1 za bezzasadny i podlegający oddaleniu.

Odnosząc się do zarzutu nr 2 Izba ustaliła:

Zamawiający w rozdziale V pkt 1.3 SWZ ustalił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej wskazując, że „Wykonawca winien wykazać posiadanie bądź dysponowanie co najmniej 3 autobusami niskopodłogowymi. Wszystkie autobusy powinny posiadać minimum 20 miejsc siedzących.”. W treści warunku brak jest wymagania, aby na moment składania oferty wykonawca dysponował autobusem, który już na posiada aktualne badania techniczne. W konsekwencji Izba uznała, że zarzut podlegał oddaleniu. Na marginesie wskazać należy, że zarówno Przystępujący jak i Zamawiający przedłożyli dowody potwierdzające, że pojazd o numerach rejestracyjnych STA89216 posiada aktualne badania techniczne a co za tym idzie jest sprawny technicznie.

Tym samym Izba uznała zarzut nr 2 za bezzasadny i podlegający oddaleniu.

Odnosząc się do zarzutu nr 3 Izba ustaliła:

Przystępujący wraz z ofertą złożył załącznik nr 5 stanowiący zobowiązanie Aurex – Rruck B.K. do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia w postaci 3 sztuk autobusów spełniających wymogi postępowania. Jednocześnie w treści zobowiązania wskazano na sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania w/w zasobów, przez wykonawcę, przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia wskazując, że nastąpi to w drodze przeniesienia prawa własności i lub leasing na cały okres trwania zamówienia.

W ocenie Izby z treści zobowiązania firmy Aurex – Rruck B.K. nie wynika w żaden sposób, iż udostępnienie nastąpi dopiero w momencie rozpoczęcia realizacji zamówienia. Zauważyć należy, że podmiot udostępniający zasoby

zobowiązał w się w dniu 13 maja 2024 r. do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów w postaci 3 sztuk autobusów spełniających wymogi postępowania. W treści zobowiązania nie ma żadnego zastrzeżenia, że oddanie nastąpi dopiero w momencie rozpoczęcia realizacji zamówienia, a Odwołujący okoliczności tej w żaden sposób nie wykazał.

Podkreślić ponadto należy, że Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że Przystępujący w ramach realizacji zamówienia nie będzie w stanie, nie będzie mógł skorzystać z potencjału podmiotu udostępniającego zasoby.

Jednocześnie wskazać należy, że zarzut naruszenia art. 226 ust.1 pkt 2) lit. b) Pzp jest zarzutem przedwczesnym i już na tej podstawie podlegającym oddaleniu. Zauważyć należy bowiem, że zgodnie z art. 122 Pzp jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. W sytuacji więc uznania, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej Zamawiający zobligowany byłby do zastosowania ww. przepisu Pzp. Taki zarzut nie został jednak sformułowany w treści odwołania.

W konsekwencji Izba uznała, że zarzut okazał się bezzasadny.

Za nieuzasadniony Izba uznała również zarzut nr 4 dotyczący naruszenia art. 128 ust. 4 Pzp. W treści zobowiązania podmiotu trzeciego wprost wskazano na sposób udostępnienia taboru autobusowego dla Przystępującego. Żaden przepis Pzp ani też rozporządzenia nie nakłada na Zamawiającego obowiązku ustalenia czy podmiot udostępniający zasoby składając oświadczenie o udostępnieniu zasobów jest właścicielem określonego taboru samochodowego. Jedynym wymaganym dokumentem jest zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępniania zasobów.

Izba za nieudowodniony uznała zarzut nr 5 odwołania. Na wstępie podkreślić należy, że postępowanie przed Izbą ma charakter kontrydiktoryjny. Dla skutecznego podniesienia zarzutu Odwołujący zobowiązany jest przedstawić nie tylko określone okoliczności, z których wywodzi naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp, ale przede wszystkim przedłożyć dowody na ich potwierdzenie. Samo podniesienie zarzutu bez jego uwiarygodnienia złożonymi dowodami jest tylko argumentacją "słowo przeciwko słowu". (tak. m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 maja 2021 r., sygn. akt KIO 1172/21, Wyrok KIO z dnia 14 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3505/21). Odwołujący w złożonym odwołaniu nie sprostował obowiązowi uwiarygodnienia stawianego zarzutu. Twierdzenie Odwołującego w zakresie zarzutu naruszenia przez Przystępującego obowiązki w zakresie opłacania składek na ubezpieczenia społeczne nie zostało poparte jakimkolwiek uzasadnieniem, ponadto Odwołujący nie przedłożył jakiegokolwiek dowodu potwierdzającego, że Przystępujący nie opłacał w terminie składek na ubezpieczenie społeczne.

W konsekwencji Izba zarzut oddaliła jako nieuzasadniony. Na marginesie wskazać należy, że ze znajdującego się w aktach sprawy Zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek wynika, że Przystępujący nie ma żadnych zaległości w tym zakresie.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 Pzp.

Przewodnicząca: