

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 18 marca 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2024 r. przez **wykonawcę "Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim" sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Związek Powiatowo Gminny "Grodziskie Przewozy Autobusowe" z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim**

przy udziale **wykonawcy PKS Bodzentyn sp. z o.o. z siedzibą w Bogucicach Drugich** głaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu 3 odwołania wycofanego przez odwołującego.

2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę "Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim" sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim i

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę "Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim" sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

3.2. zasądza od wykonawcy "Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim" sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim na rzecz zamawiającego Związku Powiatowo Gminnego "Grodziskie Przewozy Autobusowe" z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 641/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Związek Powiatowo Gminny "Grodziskie Przewozy Autobusowe" z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „Świadczenie usługi przewozu regularnego wykonywanej w ramach publicznego transportu zbiorowego w podziale na cztery części”, Nr postępowania: GPA.272.2.2023. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 września 2023 r. pod numerem 2023/S 176-552702.

W dniu 26 lutego 2024 r. odwołanie wniósł wykonawca "Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim" sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty wykonawcy PKS Bodzentyn sp. z o.o. z siedzibą w Bogucicach Drugich – dalej Przystępujący jako najkorzystniejszej w postępowaniu oraz wobec zaniechania wezwania tego Wykonawcy do złożenia wyjaśnień treści oferty i wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 litera b ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy mimo, iż Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu; a w konsekwencji:

2. art. 17 ust. 2 ustawy pzp poprzez udzielenie zamówienia Wykonawcy, który został wybrany niezgodnie z przepisami ustawy

oraz

3. art. 223 ust. 1 ustawy pzp poprzez brak wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rzeczywistego

dysponowania taborem niezbędnym do realizacji zamówienia a w konsekwencji zaniechanie wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny co mogłoby powodować konieczność odrzucenia oferty Wykonawcy.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem konieczności odrzucenia oferty złożonej przez wybranego Wykonawcę lub w przypadku nieuwzględnienia zarzutu opisanego w punktach 1 i 2 do wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania w części niewycofanej wskazał, że pierwotnie wybrany Wykonawca wskazywał, iż w zakresie spełnienia powyższego warunku będzie opierał się na zasobach podmiotu trzeciego tj. M.W. prowadzącego działalność pod firmą M.W. „MAT-BUS” (dalej: „MATBUS”). Po wyroku Krajowej Izby Odwoławczej sygn KIO 3327/23 z dnia 20 listopada 2023 r. w którym Izba orzekła m.in. o braku realności przeniesienia zasobów a w konsekwencji o braku możliwości polegania na zasobach ww. podmiotu, „okazało się”, iż wybrany Wykonawca realizował jednak samodzielnie usługi objęte ww. warunkiem na rzecz tego samego podmiotu, który nieskutecznie udzielał pierwotnie zasobów, już jako jego podwykonawca. Odwołujący wskazał, że obie ww. firmy są powiązane osobowo — Pan M.W. jest mężem współwłaścicielki i jednocześnie Prezesa Zarządu firmy PKS Bodzentyn sp. z o.o. — Pani A.W.. Analiza złożonych przez wybranego Wykonawcę, po wydaniu wyroku przez KIO, na wezwanie Zamawiającego dokumentów wskazuje, iż przynajmniej część z dokumentów została wytworzona na potrzeby niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a w rzeczywistości przynajmniej deklarowana liczba wozokilometrów pozwalająca na pozytywną ocenę spełnienia warunków nie została wykonana. Tym samym usługi realizowane wskazane w uzupełnionym wykazie usług (dokument z 4 grudnia 2023 r.) nie zostały wykonane lub nie zostały wykonane w deklarowanym zakresie na co wskazują w szczególności następujące okoliczności:

- 1) Brak jakiegokolwiek wiedzy Zamawiających — gminy Ciasna oraz gminy Pabianice o istnieniu jakichkolwiek podwykonawców firmy MAT-BUS.
- 2) Brak wypełniania przez firmę MATBUS obowiązków wynikających z zawartych umów z Zamawiającymi dotyczących zgłaszania podwykonawców czy dotyczących osób skierowanych do realizacji zamówienia a zapewnianych przez podwykonawców, które powinny być zatrudniane na umowę o pracę,
- 3) Nieadekwatność oraz lakoniczność umów podwykonawczych w stosunku do zakresu obowiązków wynikających z umów głównych w szczególności, iż przedmiotem umowy było świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego a zatem umowy podwykonawcze powinny minimum odzwierciedlać obowiązki wynikające z umowy głównej.
- 4) Ukształtowanie warunków umów podwykonawczych, w szczególności w zakresie rozliczeń w sposób niespotykany w obrocie gospodarczym a także sprzeczny z przepisami powszechnie obowiązującymi, uniemożliwiającymi weryfikację (zarówno przez strony jak i odpowiednie organy, w tym skarbowe) rzeczywistego wykonania zakresu świadczonych usług w poszczególnych okresach rozliczeniowych.
- 5) Wartości wystawionych faktur pozostające bez lub w luźnym związku z treścią zawartych umów podwykonawczych.
- 6) Czasookresy umów oraz faktur i ich wartości będących rzekomo odzwierciedleniem zakresu wykonanych usług w kontekście ustanowionego warunku udziału oraz terminów czynności podejmowanych przez Zamawiającego w tym postępowaniu.
- 7) Błędne wartości wystawianych faktur w kontekście wartości umów podwykonawczych.
- 8) Przekazanie Zamawiającemu niekompletnej umowy zawartej z Gminą Pabianice, bez wskazania zakresu rzeczowego i wartości maksymalnej umowy co mogło mieć wpływ na ocenę rzeczywistego zaangażowania podwykonawcy.

Odwołujący wskazał, iż z uwagi na fakt, iż Wykonawca był już uprzednio wzywany w zakresie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu uwzględnienie odwołania będzie skutkowało

W dniu 14 marca 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

W dniu 14 marca 2024 r. Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wniósł o odrzucenie względnie oddalenie odwołania.

W dniu 17 marca 2024 r. Odwołujący złożył pismo procesowe, w którym Odwołujący wycofał zarzut 3 odwołania i

przedstawił dalsze stanowisko w sprawie.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba postanowiła oddalić wnioski Zamawiającego oraz Przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy pzp. Przystępujący podniósł, że „*termin do wniesienia odwołania w zakresie zawartych w nim zarzutów upłynął w dniu 8 stycznia 2024 r. Wówczas bowiem Odwołujący przystąpił do postępowania odwoławczego KIO 60/24 po stronie Zamawiającego i już wówczas dysponował pełną wiedzą w zakresie dokumentów jakie przedłożył PKS Bodzentyn sp. z o.o. w ramach swojej oferty. W związku z tym już wówczas – mógł i powinien wnieść odwołanie na zaniechanie czynności Zamawiającego, który (wedle stanowiska Odwołującego) powinien wówczas odrzucić ofertę PKS Bodzentyn sp. z o.o., albowiem nie wykazał on warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.*”

Zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy pzp: „*Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: 3) odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.*” W myśl art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy pzp: „*1. Odwołanie wnosi się: 1) w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie: a) 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.*”

Izba ustaliła, że pismem z 27 grudnia 2023 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy pzp oraz o wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Zamawiający podał następujące uzasadnienie faktyczne czynności odrzucenia oferty Przystępującego: „*W złożonym wraz z ofertą Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia, mającym na celu potwierdzenie, m.in. spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, wskazali Państwo, że w celu spełnienia warunku udziału polegać będziecie na zasobach podmiotu trzeciego – M.B.. Na tej podstawie Zamawiający stwierdził, że spełniacie warunki udziału i Wasza oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Z decyzją tą nie zgodził się wykonawca – Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Maz. Sp. z o.o. i w dniu 06 listopada 2023 r. wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty. W rozstrzygnięciu odwołania, KIO nakazała unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i wezwanie PKS Bodzentyn do wykazania samodzielnego spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W dniu 01 grudnia 2023 r. Zamawiający wykonał wyrok, czym wypełnił również dyspozycję art 128 ust. 1. ustawy. W odpowiedzi na wezwanie, przestaliście Państwo informację, że wykonywaliście usługi publicznego transportu drogowego na rzecz gmin Cisna i Pabianice, jako podwykonawca wykonawcy M.B.. Zamawiający wymagał, zgodnie z treścią p. 1.3 rozdziału VIII SWZ, wykazania się doświadczeniem w zakresie usługi „(...) w liczbie minimum 200.000 (dwieście tysięcy) wozokilometrów przy czym powyższa liczba wozokilometrów musi być osiągnięta w ciągu maksymalnie 1 (jednego) roku świadczenia usługi na podstawie maksymalnie 3 (trzech) umów o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego zawartych z organizatorami publicznego transportu zbiorowego w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym, osobno dla każdej części zamówienia (...).” W związku z tym, że umowa ta nie była zawarta z organizatorem publicznego transportu zbiorowego, Zamawiający stwierdził, że nie wykazali się Państwo potwierdzeniem spełnienia warunku udziału w postępowaniu i w związku z tym Waszą ofertę należy odrzucić jako ofertę wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.*”

Wobec powyższej czynności odrzucenia oferty Przystępujący w dniu 8 stycznia 2024 r. wniósł odwołanie. Postępowanie odwoławcze było prowadzone pod sygn. akt KIO 60/24, a do postępowania zgłosił skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego Odwołujący.

W dniu 14 lutego 2024 r. Zamawiający, w wykonaniu wyroku Izby w sprawie o sygn. akt KIO 60/24 z odwołania Przystępującego unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty, unieważnił czynność odrzucenia oferty Przystępującego oraz powtarzając czynności oceny ofert z udziałem oferty Przystępującego dokonał w dniu 16 lutego 2024 r. wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej w części 2 postępowania.

Mając na względzie ustalony stan faktyczny Izba zauważa, że Odwołujący wnosząc odwołanie w terminie do 8 stycznia 2024 r. wobec zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego nie mógłby wykazać materialnoprawnej przesłanki dopuszczenia odwołania, co skutkowałoby jego oddaleniem. Zgodnie z dyspozycją art. 505 ust. 1 ustawy pzp: „*Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w*

wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.” Materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania muszą wystąpić łącznie, interes w uzyskaniu zamówienia musi mieć realny charakter a zaskarżone czynności wywoływać negatywny wpływ na sytuację odwołującego. Innymi słowy, wypełnienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy pzp występuje wtedy, gdy brak skorzystania ze środka ochrony prawnej mógłby spowodować, że wykonawca poniesie szkodę wynikającą z zaprzepaszczenia szansy na uzyskanie zamówienia przez nieprawidłowe działania zamawiającego. Izba zwraca uwagę, że w dniu 27 grudnia 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Przystępującego. Wnosząc odwołanie na powyższe czynności Odwołujący nie mógłby wykazać szkody, gdyż jego oferta była ofertą wybraną a oferta Przystępującego odrzuconą. Odwołujący jako Przystępujący po stronie Zamawiającego w sprawie KIO 60/24 nie mógł także artykułować żadnych dodatkowych zarzutów względem oferty Przystępującego dotyczących spełnienia warunku doświadczenia wykonawcy niż te, które zostały wskazane przez Zamawiającego w decyzji o odrzuceniu oferty Przystępującego. Izba natomiast związana zarzutami odwołania w sprawie KIO 60/24 oraz uzasadnieniem decyzji o odrzuceniu oferty Przystępującego rozpoznała odwołanie w tych granicach. Zważywszy, że w dniu 16 lutego 2024 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, a odwołanie kwestionujące spełnienie warunku doświadczenia wykonawcy przez Przystępującego zawierające argumentację odmienną niż w decyzji Zamawiającego z dnia 27 grudnia 2023 r. zostało wniesione przez Odwołującego w dniu 26 lutego 2024 r. to należało uznać, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca PKS Bodzentyń sp. z o.o. z siedzibą w Bogucicach Drugich.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami, pismo procesowe Przystępującego, pismo procesowe Odwołującego wraz z dowodami.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Na wstępie wskazania wymaga, że Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy pzp w zakresie zarzutu 3 odwołania wycofanego przez Odwołującego na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, ponieważ oświadczenie o cofnięciu zarzutów odwołania uznać należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze. Złożenie takiego oświadczenia warunkuje zakończenie postępowania odwoławczego wobec wycofanego zarzutu bez konieczności jego rozpoznawania i merytorycznego stanowiska Izby. Odwołujący podejmuje bowiem decyzję o ostatecznym zaniechaniu kontynuowania sporu przed Izbą w odniesieniu do zarzutu wycofanego.

W pozostałym zakresie odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z rodz. VIb SWZ przedmiot zamówienia w części nr 2 obejmuje:

1. świadczenie usług przewozowych w zakresie publicznego transportu zbiorowego w powiatowo-gminnych przewozach pasażerskich. Łączna praca eksploatacyjna wynosi 1 422 111,3 wzkm w ramach zamówienia podstawowego (gwarantowanego) z prawem opcji szczegółowo opisanym w p. 2.4.2 projektu umowy stanowiącym załącznik nr 1b do SWZ.

2. usługi świadczone będą na trasach określonych w p 2.1 umowy stanowiącego załącznik 1b do SWZ.

Stosownie do rozdz. VIII pkt 1.3 SWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej: *Wykonawca spełni te warunki, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, Wykonawca wykonał należycie lub wykonuje należycie przynajmniej 1 (jedną) usługę przewozu o charakterze użyteczności publicznej w rozumieniu ustawy o publicznym transporcie zbiorowym z dnia 16 grudnia 2010 r. świadczoną autobusami – w liczbie minimum 200.000 (dwieście tysięcy) wozokilometrów, przy czym powyższa liczba wozokilometrów musi być osiągnięta w ciągu maksymalnie 1 (jednego) roku świadczenia usługi na podstawie*

maksymalnie 3 (trzech) umów o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego zawartych z organizatorami publicznego transportu zbiorowego w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym, osobno dla każdej części zamówienia.

W dniu 27 października 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w części 2 postępowania.

Pismem z 1 grudnia 2023 r. Zamawiający, w wykonaniu wyroku Izby w sprawie o sygn. akt KIO 3327/23 z odwołania Odwołującego, wezwał Przystępującego, na podstawie art. 122 ustawy pzp, do wykazania *samodzielnego spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego o którym mowa w punkcie 1.3 rozdziału VIII specyfikacji warunków zamówienia.*

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący przedstawił dokument JEDZ oraz wykaz usług, w którym powołał się na doświadczenie własne w wykonaniu następujących usług:

- usługi w zakresie publicznego transportu zbiorowego na terenie Gminy Ciasna dla trasy TC1: Wędzina- Glinica przez: Sieraków, Przywary, Jeżów, Dzielna, Ciasna – Organizator Gmina Ciasna,

- usługi w zakresie publicznego transportu zbiorowego na terenie Gminy Pabianice dla trasy nr 2 Pabianice Rydzyny – Organizator Gminy Pabianice

wartość: 152 000,00 zł, ilość wozokilometrów: 76 000, 31.07.2022 – 31.12.2022.

- usługi w zakresie publicznego transportu zbiorowego na terenie Gminy Pińczów – Organizator Gmin Pińczów,

wartość 256 000,00 zł, ilość wozokilometrów: 128 000 do 31.07.2023, od 01.01.2023 do nadal.

Przystępujący wskazał, że zleceniodawcą ww. usług jest M.W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą M.W. "MAT-BUS". Do pisma dołączył referencje potwierdzające należytą realizację:

- wystawione dla "MAT-BUS" przez Gminę Pińczów: „Wartość wykonywanej usługi wynosiła: 2 733 725,73 zł netto, liczba wykonanych wozokilometrów 843 182.”

- wystawione przez "MAT-BUS" dla Przystępującego dot. realizacji dla Gminy Pińczów: „Wartość wykonywanej usługi wynosiła: 256 000 zł, liczba wykonanych wozokilometrów 128 000.”

- wystawione dla "MAT-BUS" przez Gminę Pabianice: wartość usług 121 683,40 zł, liczba wykonanych wozokilometrów 57 228.

- wystawione dla "MAT-BUS" przez Gminę Ciasna: wartość usług 341 674,71 zł, liczba wykonanych wozokilometrów 115 884,80.

- wystawione przez "MAT-BUS" dla Przystępującego dot. realizacji dla Gminy Pabianice, Gminy Ciasna: „Wartość wykonywanej usługi wynosiła: 152 000 zł, liczba wykonanych wozokilometrów 76 000.”

Przystępujący przedstawił umowy zawarte przez ww. firmę „MAT-BUS” z organizatorami publicznego transportu zbiorowego oraz załączył następujące umowy podwykonawcze zawarte przez niego z „MAT-BUS”:

- umowa z 31 lipca 2022 r. na świadczenie usług związanych z wykonaniem przez „MAT-BUS” umów na usługi w zakresie publicznego transportu zbiorowego na terenie Gminy Ciasna dla trasy TC1 oraz na terenie Gminy Pabianice dla trasy nr 2 Pabianice Rydzyny, w umowach odwołanie do umów głównych, zakres świadczonych usług ustalono na 85 000 kilometrów.

- umowa z 31 grudnia 2022 r. na świadczenie usług związanych z wykonaniem przez „MAT-BUS” umów na usługi w zakresie publicznego transportu zbiorowego na terenie Gminy Pińczów. (par. 2 „1. Podwykonawca będzie świadczył na rzecz Wykonawcy usługi związane z wykonaniem przez Wykonawcę Umowy nr 1/TP2023. Strony określają zakres świadczonych usług na ilość 230 000 wozokilometrów (słownie: dwieście trzydzieści) - i stosownego zapotrzebowania Wykonawcy. Wykonawca gwarantuje zlecenia w ramach realizowanej umowy ilości wskazanych wozokilometrów. 2. Strony określają stawkę 2 złote (słownie: dwa złote) brutto, za każdy przejechany wozokilometr w ramach niniejszej umowy, dodatkowo Wykonawca ponosi koszty zakupu paliwa do pojazdów używanych przez Podwykonawcę do realizowanej o umowy. 3. Strony ustalają, że zakres świadczonych usług w ramach podwykonawstwa przy realizacji Umowy będzie każdorazowo określany wedle zapotrzebowania Wykonawcy związanego z bieżącym zapotrzebowaniem. 4. Podwykonawca oświadcza, że posiada prawem wymagane zezwolenia na świadczenie wykonywania publicznego transportu zbiorowego oraz że zapoznał się z postanowieniami Umowy nr 1/TP/2023 wraz z załącznikami i będzie świadczył usługi zgodnie z jej treścią. W szczególności podwykonawca, ma realizować umowę nr 1/TP/2023 taborem spełniającym wymogi wskazane i zobowiązuje się do świadczenia przewozu osobami spełniającymi wymogi określone w

tej umowie. Par 3: „Strony postanawiają, że wynagrodzenie za świadczone usługi będzie realizowana w następujący sposób: sukcesywnie wedle wykonywanych usług i ustalenia stron dopuszczalne są rozliczenia kwartalne.”).

Zakres podwykonawstwa w obu ww. umowach obejmował wykonywanie usług objętych umowami z organizatorami publicznego transportu zbiorowego, w zakresie określonym liczbą wozokilometrów. Ponadto, zgodnie z tymi umowami podwykonawca przejął wszelką odpowiedzialność za szkody związane z realizacją usług oraz zwolnił wykonawcę „MAT-BUS” z jakiegokolwiek odpowiedzialności wobec zamawiającego związanej z wykonywaniem przez niego umowy. Zgodnie z ww. umowami podwykonawczymi podwykonawca zobowiązał się również zapłacić na rzecz „MAT-BUS” wszystkie kary umowne, jakie zostaną nałożone przez zamawiającego w związku z realizacją umowy.

Przystępujący załączył także faktury z okresu 2022 i 2023, w których wskazano, że dotyczą realizacji podwykonawstwa w ramach ww. Umów oraz potwierdzenia dokonanych płatności.

W dniu 7 grudnia 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu w części 2, którą to czynność unieważnił w dniu 15 grudnia 2023 r.

Pismem z 27 grudnia 2023 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy pzp oraz o wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W dniu 14 lutego 2024 r. Zamawiający, w wykonaniu wyroku Izby w sprawie o sygn. akt KIO 60/24 z odwołania Przystępującego unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty, unieważnił czynność odrzucenia oferty Przystępującego oraz powtarzając czynności oceny ofert z udziałem oferty Przystępującego dokonał w dniu 16 lutego 2024 r. wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej w części 2 postępowania.

Dowody Odwołujący

- korespondencja z Gminą Ciasna: 12.2022: 10 214,40 km, 11.2022: 9 728 km, 10.2022: 10 214,40 km, 09.2022: 10 700,80 km, 08.2022: 10 700,80 km.

- korespondencja z Gminą Pabianice: oświadczono, że "MAT-BUS" nie wskazał Zamawiającemu części zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcy, nie przedłożył wykazu osób zatrudnionych przez podwykonawcę na podstawie umowy o pracę.

Zgodnie z art. 226 ust.1 pkt 2 lit. b ustawy pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie była kwestia uznania przez Zamawiającego, że Przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia wykonawcy. Odwołujący kwestionował czynność wyboru wskazując, że powołanie się przez Przystępującego na wykonanie usług podanych w wykazie jako podwykonawca ma charakter pozorny i fikcyjny. W tym zakresie akcentował brak wiedzy Gminy Ciasna i Pabianice o podwykonawstwie, brak wypełnienia obowiązku zgłaszania podwykonawców zamawiającym, lakoniczność i niekompletność umów podwykonawczych i warunków w nich ukształtowanych, w tym w zakresie wzajemnych rozliczeń stron oraz czasookresów i wysokości wystawianych faktur i płatności. Zdaniem Izby okoliczności podnoszone przez Odwołującego pozostają irrelewantne dla oceny spełnienia przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu. Zarzuty odwołania sprowadzały się do poddawania w wątpliwość złożonych przez Przystępującego oświadczeń. Odwołujący nie wykazał jednak, że w okresie podanym w wykazie usług Przystępujący rzeczywiście nie zrealizował usług objętych warunkiem o określonej liczbie wozokilometrów.

Na wstępie wskazania wymaga, że zamawiający ocenia spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy w oparciu o przedłożone przez wykonawcę: wykaz usług i referencje potwierdzające ich należyłą realizację. Nie ulega wątpliwości, że złożone przez Przystępującego ww. dokumenty potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o czym przesądziła Izba w sprawie o sygn. akt: KIO 60/24. Tym samym, jeśli Odwołujący jak wywodził w odwołaniu uważał, że oświadczenia Przystępującego nie polegają na prawdzie to powinien tą okoliczność wykazać poprzez złożenie dowodów zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu, któremu to obowiązki Odwołujący nie podolał.

Przechodząc do podnoszonych przez Odwołującego okoliczności to przedmiotem oceny w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie jest kwestia prawidłowości wypełniania obowiązków zgłoszeniowych dotyczących podwykonawstwa przez generalnego Wykonawcę "MAT-BUS" względem Gmin Ciasna i Pabianice. Nie przesądza to bowiem, że Przystępujący faktycznie nie wykonywał usług w zakresie wynikającym z wykazu na rzecz zlecającego "MAT-BUS". Izba zauważa, że Zamawiający nie postawił w warunku zastrzeżenia, że doświadczenie zdobyte w wyniku realizacji umowy podwykonawczej musi dotyczyć podwykonawcy zgłoszonego. Bez znaczenia dla oceny spełnienia

warunku pozostaje także sposób ukształtowania postanowień umów podwykonawczych, w tym dotyczących rozliczeń Stron. Odwołujący nie wyjaśnił w odwołaniu co rozumie przez „sposób niespotykany w obrocie gospodarczym a także sprzeczny z przepisami powszechnie obowiązującymi”. To, że Odwołujący na ich podstawie nie mógł zweryfikować „rzeczywistego wykonania zakresu świadczonych usług w poszczególnych okresach rozliczeniowych” nie prowadzi do uznania, że Przystępujący wskazanych w wykazie usług nie zrealizował. Izba zauważa, że umowy referują wprost do umów głównych, a istotą oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu było ustalenie czy Przystępujący wykonał usługi w zakresie odpowiadającym treści warunku ustanowionego w SWZ, a nie czy ich zrealizowanie nastąpiło na podstawie umowy podwykonawczej o określonej treści. Jak zresztą Izba stwierdziła w wyroku KIO 60/24: „*Odwołujący nie świadczył usług przewozowych w oderwaniu od umów głównych – do zawarcia umowy podwykonawczej doszło w związku z zawarciem umów głównych i w celu ich realizacji. Podkreślić przy tym należy, że umowy podwykonawcze nie wyłączały żadnego z elementów usług przewozu – Odwołującemu zlecono do realizacji pewien wycinek ilościowy usług, ale bez ograniczenia zakresu rzeczowego. Jak bowiem wynika z przedstawionych umów podwykonawczych, zakres podwykonawstwa obejmował wykonywanie usług objętych umowami z organizatorami publicznego transportu zbiorowego, w zakresie określonym liczbą wozokilometrów. Ponadto Odwołujący przejął pełną odpowiedzialność za szkody związane z realizacją usług, w tym obowiązek zapłaty kar umownych oraz zwolnił wykonawcę „MAT-BUS” z odpowiedzialności wobec zamawiającego związaną z wykonywaniem przez niego umowy. Wobec powyższego należy stwierdzić, że doświadczenie Odwołującego zdobyte w ramach realizacji umów podwykonawczych nie różni się pod względem jakościowym od doświadczenia zdobytego przez podmiot, który był stroną umowy zawartej bezpośrednio z organizatorem publicznego transportu zbiorowego.*” Dodatkowo Izba zwraca uwagę, że o analogicznej treści umowa podwykonawcza została zawarta pomiędzy Przystępującym a „MAT-BUS” w zakresie realizacji zamówienia przez „MAT-BUS” na rzecz Gminy Pińczów, której jak wskazywał Odwołujący zgłoszono podwykonawstwo i która nie zgłosiła uwag odnośnie do brzmienia postanowień umowy podwykonawczej, a bynajmniej takiej okoliczności Odwołujący nie wykazał.

Bez związku dla oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest także argumentacja Odwołującego w zakresie wystawianych faktur i dokonywanych płatności. Odwołujący akcentował na rozprawie w szczególności wysokość faktury z 10.2023 r. dotyczącej realizacji usług przewozu w Gminie Pińczów wywodząc, że została ona wytworzona na potrzeby postępowania po niekorzystnym dla Przystępującego wyroku KIO 3327/23 celem następczego wykazania spełnienia warunków przez Przystępującego jako doświadczenia własnego. Izba zauważa, że wartość wykonanych usług nie stanowiła elementu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Prawdopodobnie czy wysokość wystawianych faktur i terminy ich płatności pozostają zatem bez związku z zarzutem naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy pzp. Zważywszy, że podwykonawstwo w Gminie Pińczów zostało zgłoszone to Odwołujący poddając w wątpliwość realizację usług przez Przystępującego mógł zwrócić się do Gminy Pińczów celem weryfikacji czy w okresie od stycznia do lipca 2023 r. Przystępujący wykonał wskazaną w wykazie usług liczbę wozokilometrów. Taki dowód nie został przez Odwołującego przedłożony w sprawie pozostawiając twierdzenia Odwołującego gołosłownymi. Za chybione Izba uznała twierdzenia Odwołującego o wytworzeniu przez Przystępującego dokumentów na potrzeby postępowania, której to okoliczności Odwołujący nie udowodnił. W szczególności w kontekście realizacji dotyczących Gminy Ciasna i Pabianice, za które faktury i płatności dotyczą roku 2022, a wydanie niekorzystnego dla Przystępującego wyroku KIO 3327/23 miało miejsce w dniu 20 listopada 2023 r. Izba zwraca uwagę, że każda z faktur i potwierdzeń ich zapłaty referuje do wykonania usług przewozu w poszczególnych Gminach: Ciasna, Pabianice i Pińczów. Co do zaś liczby wozokilometrów to również dowód złożony przez Odwołującego: liczba wozokilometrów wykonanych w poszczególnych miesiącach w Gminie Ciasna potwierdza w zasadzie, że wykonanie wskazanej w wykazie usług liczby wozokilometrów w okresie od sierpnia 2022 r. do grudnia 2022 r. przez Przystępującego było realnie możliwe.

Izba podzieliła także stanowisko Przystępującego, że Odwołujący w złożonym piśmie procesowym wykroczył poza zarzuty, przywołując okoliczności faktyczne, których próżno szukać w treści odwołania, w szczególności co do sposobu ukształtowania umów podwykonawczych, czy też terminów, wysokości i płatności faktur. Odwołanie w tym zakresie ma lakoniczny charakter, a poszczególne okoliczności faktyczne zostały przedstawione w sposób hasłowy. W piśmie procesowym Odwołujący dopiero wyjaśnia i rozwija jakie konkretne okoliczności faktyczne uzasadniały wniesienie odwołania, którą to argumentację Izba uznała za spóźnioną. Słusznie Odwołujący podnosił, że dowody Strona może składać do zamknięcia rozprawy. Powyższe jednak nie dotyczy okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny jednoznacznie wynikać z treści odwołania. To skonkretyzowane okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu kreują zarzuty kierowane względem czynności bądź zaniechania zamawiającego. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku w sprawach połączonych KIO 3055/21, KIO 3061/21, KIO 3199/21, KIO 3203/21, KIO 3226/21 z dnia 19 listopada 2021 r. które to stanowisko Izba podziela w całości: „*zakres rozstrzygnięcia Izby, zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem zarzuty odwołania muszą być*

skonkretyzowane, a Izba nie może wyznaczać ich granic z zastępstwem Odwołującego. Niewystarczające jest określenie w odwołaniu czynności lub zaniechania Zamawiającego i wskazanie kwalifikacji prawnej, treść i zakres zarzutu wyznaczają bowiem okoliczności faktyczne, w których Odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy. Zgodnie z treścią art. 516 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp odwołanie zawiera wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Powyższe oznacza, że odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń, nie może natomiast mieć charakteru blankietowego. Niewystarczające jest ogólne twierdzenie o wystąpieniu określonego rodzaju nieprawidłowości, Odwołujący ma obowiązek odniesienia się do elementów stanu faktycznego, zawartości oferty, w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu." Podobne stanowisko zostało zaprezentowane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 marca 2017 r., sygn. akt: KIO 179/17: „Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum) a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez Odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu." To właśnie opisane w uzasadnieniu okoliczności faktyczne wyznaczają zakres odwołania i rozpoznania przez Izbę. Ma to istotne znaczenie dla możliwości merytorycznego rozstrzygnięcia w granicach określonych w odwołaniu. Zgodnie bowiem z art. 555 ustawy pzp: „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.” Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09: „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w sprawie o sygn. akt I Ca 117/12: „Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.” Orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej akcentuje więc potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu odwołujący. Niewątpliwie podnoszone powyżej kwestie mają niebagatelne znaczenie także dla zamawiającego czy też uczestnika postępowania przystępującego po stronie zamawiającego, którzy bazując na treści zarzutów odwołania podejmują decyzje co do swoich stanowisk procesowych, w tym w przypadku zamawiającego – co do uwzględnienia zarzutów odwołania, a w przypadku uczestnika – co do zgłoszenia sprzeciwu wobec ewentualnego uwzględnienia zarzutów. Przedstawione rozważania prowadzą do jednoznacznego wniosku, iż Izba jest związana zarzutami odwołania – okolicznościami faktycznymi w nim wskazanymi i niedopuszczalne jest rozszerzanie przez Odwołującego podstaw faktycznych zarzutu w piśmie procesowym. Izba nie może przekroczyć granic wyznaczonych zarzutami określonymi w odwołaniu co oznacza, iż nie jest władna rozstrzygać o okolicznościach spóźnionych.

Konkludując, zdaniem Izby zarzut odwołania w świetle przywoływanych przez Odwołującego okoliczności nie potwierdził się. Odwołujący nie wykazał, że oświadczenia złożone przez Przystępującego w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu doświadczenia wykonawcy nie polegają na prawdzie, co oznacza, że Zamawiający nie naruszył art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy pzp w zw. z art. 17 ustawy pzp.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. 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 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Zamawiającego na rozprawie.

Przewodniczący: