

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lutego 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2024 r. przez wykonawcę **B.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą B.Z. Prywatna Komunikacja Samochodowa „P.K.S. GABO” B.Z. z siedzibą w Wyszkowie, ul. Wincentego Witosa 6 lok. 8, 07-200 Wyszków** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wyszków, Aleja Róż 2, 07-200 Wyszków** przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcę **B.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą U.T. z siedzibą w Wyszkowie, ul. Janusza Korczaka 12, 07-200 Wyszków**

**orzeka:**

1. Uwzględnia zarzut 5.4 odwołania w zakresie dotyczącym naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy Pzp i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert oraz wezwanie wykonawcy B.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą U.T. z siedzibą w Wyszkowie do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczenia zawartego w treści Wykazu pojazdów w zakresie dotyczącym podstawy dysponowania autobusami wymienionymi w pozycji 1 – 7 z uwagi na ich sprzeczność z treścią dokumentów złożonych przez tego wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, z których nie wynika, że jest on właścicielem pojazdów wymienionych w pozycji 1 – 7 Wykazu pojazdów.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **B.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą B.Z. Prywatna Komunikacja Samochodowa „P.K.S. GABO” B.Z. z siedzibą w Wyszkowie, ul. Wincentego Witosa 6 lok. 8, 07-200 Wyszków** w części 5/6 i **Gminę Wyszków, Aleja Róż 2, 07-200 Wyszków** w części 1/6 i :
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **B.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą B.Z. Prywatna Komunikacja Samochodowa „P.K.S. GABO” B.Z. z siedzibą w Wyszkowie, ul. Wincentego Witosa 6 lok. 8, 07-200 Wyszków** tytułem wpisu od odwołania.
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **B.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą B.Z. Prywatna Komunikacja Samochodowa „P.K.S. GABO” B.Z. z siedzibą w Wyszkowie, ul. Wincentego Witosa 6 lok. 8, 07-200 Wyszków** na rzecz **Gminy Wyszków, Aleja Róż 2, 07-200 Wyszków** kwotę **3 000 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące złotych zero groszy) stanowiącą 5/6 kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
  - 2.3. zasądza od **Gminy Wyszków, Aleja Róż 2, 07-200 Wyszków** na rzecz wykonawcy **B.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą B.Z. Prywatna Komunikacja Samochodowa „P.K.S. GABO” B.Z. z siedzibą w Wyszkowie, ul. Wincentego Witosa 6 lok. 8, 07-200 Wyszków** kwotę **3 100 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sto złotych zero groszy) stanowiącą 1/6 kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania i 1/6 kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu 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.

**Przewodnicząca:** .....

Sygn. akt KIO 189/24

**Uzasadnienie**

Gmina Wyszków, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Świadczenie usług przewozowych w komunikacji miejskiej na terenie Gminy Wyszków”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia

13 października 2023 r. pod pozycją 2023/S 198-620682.

W dniu 18 stycznia 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca B.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Prywatna Komunikacja Samochodowa „P.K.S. GABO” B.Z. z siedzibą w Wyszkanie, zwany dalej „Odwołującym” wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w postępowaniu, polegających na:

- 1) badaniu i ocenie oferty złożonej w postępowaniu przez B.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą U.T. z siedzibą w Wyszkanie, zwanego dalej „wykonawcą R.”, i przyjęciu w ramach podjętych czynności, że w.R. spełnia warunki udziału w postępowaniu zaś jego oferta nie podlega odrzuceniu podczas, gdy ten wykonawca nie przedstawił podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, jego oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji a także zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

ewentualnie:

- 2) zaniechaniu przez Zamawiającego wezwania wykonawcy R. do złożenia Wykazu Pojazdów w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, względnie wyjaśnień w zakresie Wykazu Pojazdów przedłożonego przez tego wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp;
- 3) zaniechaniu przez Zamawiającego wezwania wykonawcy R. do złożenia Wykazu Usług w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, względnie wyjaśnień w zakresie Wykazu Usług przedłożonego przez tego wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp;
- 4) zaniechaniu oceny zdolności zawodowej wykonawcy R. z uwzględnieniem art. 116 ust. 2 ustawy Pzp, a w jej wyniku uznaniu, że w.R. posiada sprzeczne interesy z uwagi na zaangażowanie zasobów technicznych (autobusów) tego wykonawcy w realizację innych zamówień, i która to okoliczność będzie miała negatywny wpływ na realizację zamówienia objętego postępowaniem;
- 5) wyborze, jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, oferty wykonawcy R..

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz w zw. z art. 14 ust. 1 i 2 pkt 4) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. przez zaniechanie ich zastosowania i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy R. podczas, gdy jego oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, mając na uwadze fakt, że w stanie faktycznym w.R. przedstawiając Wykaz Pojazdów oraz wskazując w jego treści (dwukrotnie), że jest właścicielem Autobusów 1 – 7 przedstawił nieprawdziwe i wprowadzające w błąd informacje o swojej sytuacji gospodarczej oraz pojazdach stanowiących jego własność (zarzut 5.1. odwołania);
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy Pzp przez zaniechanie jego zastosowania i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy R. podczas, gdy w.R. nie przedłożył podmiotowego środka dowodowego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VIII pkt 8.1.4.1 SWZ, tj. dla Autobusu 4 (pojazd Otocar Vectio o nr rej. WPU 50722) w.R. nie złożył dokumentu potwierdzającego ważność przeglądu technicznego, przy czym za taki dokument winien być uznany dowód rejestracyjny zaś ważność przeglądu technicznego winna być weryfikowana przez Zamawiającego nie tylko na dzień składania ofert w postępowaniu, ale także na dzień podejmowania czynności badania oferty wykonawcy oraz z uwagi na fakt, że Zamawiający wyczerpał procedurę określoną w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp i brak jest podstaw do skierowania do wykonawcy R. kolejnego wezwania do złożenia dokumentu potwierdzającego ważność przeglądu technicznego dla Autobusu 4 (zarzut 5.2. odwołania);
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp przez zaniechanie jego zastosowania i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy R. podczas, gdy oferta wykonawcy R. zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jeśli przyjmując, że w.R. dokonał zakupu lub dopiero planuje dokonać zakupu pojazdów na potrzeby realizacji zamówienia objętego postępowaniem (zarzut 5.3. odwołania);

ewentualnie:

- 4) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i wezwania wykonawcy R. do przedłożenia Wykazu Pojazdów potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu z uwagi na to, że dokumenty przedłożone przez tego wykonawcę wraz z tym wykazem przeczą temu, iż jest on właścicielem pojazdów oznaczanych w tym wykazie, jako Autobusy 1-7;  
względnie: art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i wezwania wykonawcy R. do wyjaśnienia Wykazu Pojazdów mimo, że informacje zawarte w tym wykazie pozostają w sprzeczności z treścią dokumentów złożonych przez tego wykonawcę wraz z tym wykazem i dokumenty te przeczą temu, iż jest on właścicielem pojazdów oznaczanych w tym wykazie, jako Autobusy 1-7 (zarzut 5.4. odwołania);

5)art. 128 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 2 oraz art. 16 pkt 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania oraz przyjęcie, że Wykaz Pojazdów przedstawiony przez wykonawcę R. w postępowaniu potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania 9 pojazdami, podczas gdy w stanie faktycznym Zamawiający winien uznać w oparciu o przedstawiony Wykaz Pojazdów, iż Wykonawca nie posiada wymaganych zdolności w związku z tym, że przedstawiony Wykaz Pojazdów nie daje podstaw do przyjęcia, że Wykonawca spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania co najmniej 9 pojazdami z uwagi na zaangażowanie przedstawionych przez Wykonawcę w postępowaniu pojazdów w Wykazie Pojazdów w inne przedsięwzięcie gospodarcze, co z przyczyn obiektywnych i właściwości świadczeń przesądza o sprzeczności interesów Wykonawcy i będzie miało negatywny wpływ na realizację zamówienia objętego postępowaniem, a tym samym wyklucza możliwość posłużenia się przez Wykonawcę tymi samymi pojazdami, które Wykonawca delegował do realizacji innego zamówienia na rzecz innego zamawiającego, jednocześnie do realizacji zamówienia objętego postępowaniem, a przez to także przeprowadzenie postępowania z naruszeniem uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (zarzut 5.5. odwołania);

6)art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i wezwania wykonawcy R. do przedłożenia Wykazu Usług potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu z uwagi na to, że w.R. w przedłożonym Wykazie Usług nie wykazał, że spełnia warunek udziału postępowaniu ujęty w Rozdziale VIII pkt 8.1.4.2 SWZ, jak i też z uwagi na fakt, że usługa realizowana przez tego wykonawcę na rzecz Gminy S. w okresie od 1.1.2021 r. – 30.6.2021 r. nie stanowiła usługi przewozu o charakterze użyteczności publicznej w rozumieniu ustawy o publicznym transporcie zbiorowym z dnia 16 grudnia 2010 r.,

względnie: art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i wezwania wykonawcy R. do wyjaśnienia Wykazu Usług mimo, że w.R. w przedłożonym Wykazie Usług nie wykazał, że spełnia warunek udziału postępowaniu ujęty w Rozdziale VIII pkt 8.1.4.2 SWZ (zarzut 5.6. odwołania).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie Odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,

2)nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym oferty wykonawcy R., a w ramach tych czynności:

1.nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy R. na podstawie:

a)art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy Pzp z uwagi na fakt, że w.R. nie złożył w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu o których mowa w Rozdziale VIII pkt 8.1.4.1 SWZ;

b)art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp z uwagi na to, że oferta wykonawcy R. została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, oraz

c)art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp z uwagi na to, że oferta wykonawcy R. zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

ewentualnie:

2.nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy R. na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych celem potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale VIII pkt 8.1.4.1 SWZ, względnie także wezwania wykonawcy R. na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia przedłożonych przez tego Wykonawcę podmiotowych środków dowodowych celem potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale VIII pkt 8.1.4.1 SWZ;

3.nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy R. na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych celem potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale VIII pkt 8.1.4.2 SWZ, względnie także wezwania wykonawcy R. na podstawie art. 128 ust. 4 PZP do wyjaśnienia przedłożonych przez tego Wykonawcę podmiotowych środków dowodowych celem potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale VIII pkt 8.1.4.2 SWZ.

3)zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą zgodnie z rachunkiem, który zostanie przedstawiony na dalszym etapie postępowania;

Odwołujący wniósł także o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów:

1)z zeznań świadków:

1.J.S.,

2.M.S.,

- których to świadków wezwać na adres: ul. Sokołowska 9/286, 01-142 Warszawa, na okoliczność przedmiotu czynności podjętych z wykonawcą R. udokumentowanych fakturami przedłożonymi przez wykonawcę R. w ramach postępowania dla Autobusów 1-7, dokonanych przy tej czynności ustaleń, wartości rynkowej Autobusów 1-7 oraz ceny ich zakupu;
- 2)z opinii biegłego z dziedziny techniki samochodowej ze specjalizacją w zakresie wyceny rynkowej wartości pojazdów samochodowych na okoliczność wartości rynkowej pojazdów:
- 1.Otocar Vectio o nr rej. WPU 50722;
  - 2.Mercedes – Benz o nr rej. WPU 29530;
  - 3.Vehixel Carrossier o nr rej. WPU52860;
  - 4.Vehixel Carrossier o nr rej. WPU52870;
  - 5.Mercedes – Benz o nr rej. WPU29510;
  - 6.Mercedes – Benz o nr rej. WPU54094;
  - 7.Mercedes – Benz o nr rej. WPU29540;
- jak i też na okoliczność, że wartość rynkowa każdego z ww. pojazdów przekracza kwotę 14 900 złotych brutto zaś ta kwota stanowi jedynie ułamek ceny (8-15%) wartości takich pojazdów;
- 3)z dokumentów wskazanych w treści odwołania (wynikających z dokumentacji postępowania oraz przedłożonych w załączeniu do odwołania) a także dowodów złożonych w toku postępowania odwoławczego. Odwołujący wniósł także o wystąpienie przez Krajową Izbę Odwoławczą do:
- 1)J.S. oraz M.S. (adres: ul. Sokołowska 9/286, 01-142 Warszawa) o przedłożenie do akt postępowania dokumentów zakupu Autobusów 1 - 7 oraz ewidencji środków trwałych za lata 2019 – 2024, w której ujawniono Autobusy 1 – 7;
  - 2)Sopockiego Towarzystwa Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. (ul. Hestii 1, 81-731 Sopot) o udzielenie informacji, czy J.S. lub M.S. poinformowała ww. towarzystwo ubezpieczeniowe o zbyciu Autobusów 1 – 7 oraz terminie w jakim ww. pojazdy zostały zbyte a także terminie, w jakim została złożona taka informacja do ww. towarzystwa ubezpieczeniowego;
  - 3)Starosty Pułtuskiego (ul. Marii Skłodowskiej Curii 11, 06-100 Pułtusk) o udzielenie informacji, czy J.S. lub M.S. poinformowała Starostę Pułtuskiego o zbyciu Autobusów 1 – 7 oraz terminie, w jakim ww. pojazdy zostały zbyte a także terminie, w jakim została złożona taka informacja do Starosty Pułtuskiego;
  - 4)Starosty Makowskiego (ul. Rynek 1, 06-200 Maków Mazowiecki) o udzielenie informacji, czy w.R. poinformowała S.M. o nabyciu Autobusów 1 – 7 oraz terminie, w jakim ww. pojazdy zostały nabyte a także terminie, w jakim została złożona taka informacja do Starosty Makowskiego;
- oraz dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z otrzymanych od ww. podmiotów informacji na okoliczność, iż w.R. nie nabył prawa własności i nie jest właścicielem Autobusów 1 – 7.
- W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) PZP w zw. z art. 3 ust. 1 oraz w zw. z art. 14 ust. 1 i 2 pkt 4) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. przez zaniechanie ich zastosowania i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy R. podczas, gdy jego oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, mając na uwadze fakt, że w stanie faktycznym w.R. przedstawiając Wykaz Pojazdów oraz wskazując w jego treści (dwukrotnie), że jest właścicielem Autobusów 1 – 7 przedstawił nieprawdziwe i wprowadzające w błąd informacje o swojej sytuacji gospodarczej oraz pojazdach stanowiących jego własność]

Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie jego zastosowania i wezwania wykonawcy R. do przedłożenia Wykazu Pojazdów potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu z uwagi na to, że dokumenty przedłożone przez tego wykonawcę wraz z tym wykazem przeczą temu, iż jest on właścicielem pojazdów oznaczanych w tym wykazie, jako Autobusy 1-7,

względnie art. 128 ust. 4 PZP poprzez zaniechanie jego zastosowania i wezwania wykonawcy R. do wyjaśnienia Wykazu Pojazdów mimo, że informacje zawarte w tym wykazie pozostają w sprzeczności z treścią dokumentów złożonych przez tego wykonawcę wraz z tym wykazem i dokumenty te przeczą temu, iż jest on właścicielem pojazdów oznaczanych w tym wykazie, jako Autobusy 1-7.

W zakresie powyższych zarzutów Odwołujący podniósł m.in., że w stanie faktycznym niniejszej sprawy brak jest podstaw do przyjęcia, że w.R. przedłożył w toku postępowania podmiotowe środki dowodowe, które potwierdziłyby, że spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w Rozdziale VIII pkt 8.1.4.1 SWZ, tj. że posiada minimum 9 autobusów spełniających określone przez Zamawiającego wymogi. Uwadze Zamawiającego umknął fakt, że treść Wykazu Pojazdów w odniesieniu do powyższej okoliczności pozostaje w oczywistej sprzeczności z treścią pozostałych

dokumentów przedstawionych przez Wykonawcę dla pojazdów oznaczonych w tym wykazie, jako Autobusy od 1 do 7. Wraz z Wykazem Pojazdów w.R. przedłożył dowody rejestracyjne dla Autobusów od 1 do 7, z treści których jednoznacznie wynika, że właścicielem tych pojazdów jest Pani M.S. lub też Pan J.S.. Powyższe osoby także zawarły umowy obowiązkowego ubezpieczenia ww. pojazdów z towarzystwem ubezpieczeń. Nie sposób będzie zatem przyjąć, że w Wykazie Pojazdów dla ww. pojazdów właścicielem jest w.R.. Taki stan faktyczny potwierdzają:

1) dowody rejestracyjne przedstawione przez wykonawcę R. na pierwsze wezwanie do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych – w listopadzie 2023 r.

2) dowody rejestracyjne przedstawione przez wykonawcę R. na pierwsze wezwanie do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych – w grudniu 2023 r.

- podczas gdy, jak można przypuszczać w.R. wywodzi nabycie własności pojazdów, z czynności udokumentowanych fakturami sygnowanymi datą 9 listopada 2023 r. Tego stanu rzeczy nie zmienia fakt, iż w.R. przedłożył dla każdego z tych pojazdów faktury – w jednym pliku. Na ich podstawie nie sposób bowiem przyjąć, iż dokumentują przeniesienie własności ww. pojazdów przez Panią.M. lub Pana J.S. na wykonawcę R.. Kluczowe znaczenie ma fakt, że w treści tych faktur brak jest wskazania czynności, która miałaby zostać udokumentowana poszczególnymi fakturami, jak i też treści tej czynności. Przyjęcie zaś *a priori* na ich podstawie, aby doszło do przeniesienia własności na rzecz wykonawcy R., nie ma racjonalnego uzasadnienia. Każda z faktur została wystawiona w dniu 9 listopada 2023 r., a wartość świadczenia pieniężnego (bez względu na markę pojazdu/rocznik/przebieg/wyposażenie), jest dokładnie taka sama i wynosi 14 900 złotych (brutto). Jak dalej podkreślił przedstawienie takich faktur miało wywołać mylne wyobrażenie u Zamawiającego o zawarciu umowy sprzedaży pojazdów pomiędzy podmiotami ujawnionymi na fakturze, podczas gdy do takiej czynności prawnej nie doszło, względnie przedmiotem była inna czynność niż sprzedaż. Powyższe zaś wynika z następujących okoliczności:

1) wartość rynkowa każdego z pojazdów bez wątpienia będzie się odmiennie kształtować mając na uwadze to, że mamy do czynienia w każdym z tych przypadków z samochodami różnych marek, różnego rocznika, jak i też o różnym przebiegu, czy też wyposażeniu. Z własnej wiedzy Odwołującego wynika także, że podana kwota 14 900 złotych nie jest kwotą, za którą można nabyć prawo własności któregośkolwiek z pojazdów przedstawionych w Wykazie Pojazdów. Tym niemniej celem usunięcia wątpliwości Odwołujący, biorąc pod uwagę dane ujawnione w przedłożonych dowodach rejestracyjnych dla ww. pojazdów, jak i też opierając się o dane ujawnione w zaświadczeniach o przeprowadzonym badaniu technicznym zweryfikował wartość rynkową pojazdów, zaś wynik tych ustaleń przedstawiono dla każdego pojazdu w analizie wartości rynkowej sporządzonej przez rzeczoznawcę samochodowego. Konfrontując treść tych analiz z kwotą 14 900 złotych ujawnioną na fakturze należy wskazać, że kwota 14 900 złotych stanowi wyłącznie ułamek (ok. 8 - 15%) wartości rynkowej każdego z tych pojazdów. Na dowód czego w załączeniu do odwołania przedłożył analizy sporządzone dla czterech pojazdów, zaś analizy dla kolejnych pojazdów przedłożył w toku postępowania odwoławczego.

2) właściciel pojazdu zarejestrowanego jest obowiązany zawiadomić w terminie nieprzekraczającym 30 dni starostę o zbyciu lub nabyciu pojazdu (art. 78 ust. 2 pkt 1) ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym). Z treści tego przepisu jednoznacznie wynika, że obowiązek ten powinien dopełnić zarówno zbywca pojazdu, jak i też jego nabywca. Odwołujący zweryfikował powyższe w oparciu o publicznie dostępne rejestry prowadzone przez organy administracji i z uzyskanych informacji nie wynika jednak, aby ww. pojazdy zmieniły właściciela w przeciągu ostatnich 30 dni. W tym zakresie należy się odwołać do danych dostępnych za pośrednictwem portalu prowadzonego przez Ministra Cyfryzacji pod adresem <https://historiapojazdu.gov.pl/> w oparciu o dane znajdujące się w Centralnej Ewidencji Pojazdów – tj. rejestru prowadzonego przez Ministra Cyfryzacji na podstawie przepisów ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym. Dane dostępne za pośrednictwem tego portalu obejmują m.in. datę zbycia pojazdu. Uwzględniając powyższe nie sposób będzie racjonalnie przyjąć, że obie strony „transakcji” uchybiły swoim obowiązkom i nie powiadomiły o zbyciu lub nabyciu pojazdu właściwe organy administracji, gdyby faktycznie przedmiotem tej transakcji było przeniesienie ich własności.

3) w.R. nie przedstawił też żadnego dokumentu, który miałby uprawdopodobnić „transakcję” i fakt przeniesienia własności, a które w tego rodzaju przypadkach są sporządzane, w tym pokwitowania zapłaty, czy też protokoły odbioru któregośkolwiek z pojazdów.

Przedstawienie faktur miało wywołać mylne wyobrażenie u Zamawiającego o zawarciu umowy sprzedaży pojazdów pomiędzy podmiotami ujawnionymi na fakturze i przeniesieniu własności ww. pojazdów na wykonawcę R..

Reasumując wskazał, że działania przedsięwzięte przez wykonawcę R. w postępowaniu w stanie faktycznym w pełni wyczerpują znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. art. 3 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 1 i 2 pkt 4). Wykonawca R. przedstawiając Wykaz Pojazdów oraz wskazując w jego treści (dwukrotnie), że jest właścicielem Autobusów 1 – 7 przedstawił nieprawdziwe i wprowadzające w błąd informacje o swojej sytuacji gospodarczej, czy też pojazdach, do których przysługuje mu prawo własności. Nie ulega też wątpliwości, że działania te zostały podjęte w celu osiągnięcia korzyści wynikającej z uzyskania

zamówienia objętego postępowaniem. Uwzględniając powyższe oferta wykonawcy R. winna zostać uznana, jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji i odrzucona w myśl art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp. Z najdalej idącej ostrożności wskazał także, że kwestia „własności” Autobusów 1 - 7 powinna być przynajmniej przedmiotem szczegółowej weryfikacji ze strony Zamawiającego w trybie przewidzianym art. 128 ust. 4 ustawy Pzp. W stanie faktycznym takie działania nie zostały podjęte mimo oczywistej sprzeczności informacji ujętych w Wykazie Pojazdów oraz pozostałych dokumentach przedłożonych przez wykonawcę R. w powyższym zakresie. W ocenie Odwołującego, biorąc pod uwagę sprzeczność informacji ujętych w Wykazie Pojazdów z innymi dokumentami przedłożonymi przez tego Wykonawcę, jak i też informacjami ujętymi w Centralnej Ewidencji Pojazdów dla przedstawionych przez tego wykonawcę pojazdów (Autobusów 1-7), już tylko powyższe winno skutkować wezwaniem Wykonawcy do złożenia Wykazu Pojazdów w trybie art. 128. ust. 1 ustawy Pzp, jeśli przyjąć, że iż nie zachodzą przesłanki do odrzucenia jego oferty z powodu okoliczności podniesionych w powyższym zakresie lub też przywołanych w dalszej części Odwołania.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) PZP przez zaniechanie jego zastosowania i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy R. podczas, gdy w.R. nie przedłożył podmiotowego środka dowodowego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VIII pkt 8.1.4.1 SWZ, tj. dla Autobusu 4 (pojazd Otocar Vectio o nr rej. WPU 50722) Wykonawca R. nie złożył dokumentu potwierdzającego ważność przeglądu technicznego, przy czym za taki dokument winien być uznany dowód rejestracyjny zaś ważność przeglądu technicznego winna być weryfikowana przez Zamawiającego nie tylko na dzień składania ofert w postępowaniu ale także na dzień podejmowania czynności badania oferty wykonawcy a także z uwagi na fakt, że Zamawiający wyczerpał procedurę określona w art. 128 ust. 1 PZP i brak jest podstaw do kierowania do wykonawcy R. kolejnego wezwania do złożenia dokumentu .

W zakresie powyższego zarzutu Zamawiający błędnie przyjął, iż w.R. przedstawił dokumenty określone w SWZ na potwierdzenie spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu. W tym miejscu należy przypomnieć, że obok Wykazu Pojazdów Zamawiający oczekiwał przedłożenia wraz z takim wykazem m.in. dokumentów potwierdzających ważność przeglądu technicznego, stosownie do treści pkt 10.2.2 SWZ.

W myśl przepisów ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym (art. 71 ust. 1) podstawowym dokumentem stwierdzającym dopuszczenie do ruchu pojazdu samochodowego jest dowód rejestracyjny. W tym dokumencie odnotowywany jest pozytywny wynik badania technicznego pojazdu. Jak stanowi o tym § 6 ust. 1 rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 26 czerwca 2012 r. w sprawie zakresu i sposobu przeprowadzania badań technicznych pojazdów oraz wzorów dokumentów stosowanych przy tych badaniach, w przypadku gdy w pojeździe nie stwierdzono żadnych usterek lub stwierdzono usterki drobne, uprawniony diagnosta określa wynik badania technicznego pojazdu jako pozytywny i zgodnie z art. 82 ust. 2 ustawy Prawo o ruchu drogowym zamieszcza odpowiedni wpis w dowodzie rejestracyjnym pojazdu. Przywołany zaś art. 82 ust. 2 ustawy Prawo o ruchu drogowym stanowi, że uprawniony diagnosta po wykonaniu badania technicznego pojazdu:

- 1) wydaje zaświadczenie o przeprowadzonym badaniu technicznym pojazdu;
- 2) wpisuje kolejny termin badania technicznego do dowodu rejestracyjnego, jeżeli jest wolne miejsce w odpowiedniej rubryce tego dowodu - po stwierdzeniu pozytywnego wyniku badania technicznego pojazdu.

Z powyższych regulacji jednoznacznie wynika, że w sytuacji, kiedy dowód rejestracyjny posiada wolne miejsce na odnotowanie wyniku badania technicznego pojazdu, dowód rejestracyjny jest wyłącznym dokumentem, w którym następuje poświadczenie pozytywnego wyniku takiego badania. W tej sytuacji też zaświadczenie wydawane przez diagnostę nie może być uznane za alternatywny sposób poświadczenia pozytywnego wyniku badania, gdyż przywołane przepisy nie przewidują w tej sytuacji innego sposobu postępowania.

W stanie faktycznym zaś mamy do czynienia z sytuacją, w której w.R. dla pojazdu ujętego w Wykazie Pojazdów, jako Autobus 4, przedłożył:

- 1) w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 17.11.2023 r. dowód rejestracyjny dla Autobusu 4;
- 2) pismem z dnia 22 grudnia 2023 r., skierował do Wykonawcy R. ponowne wezwanie do złożenia dowodu rejestracyjnego Autobusu nr 4.
- 3) w odpowiedzi na kolejne wezwanie, w.R. przedstawił dowód rejestracyjny dla Autobusu nr 4, przy czym, jak wynika z treści tego dokumentu, dokument ten posiada 3 wolne miejsca na dokonywanie wpisów wyników i terminów badań technicznych na stronie wewnętrznej. Z treści tego dokumentu i poczynionych w nim wpisów na stronie wewnętrznej wynika także, że pojazd ten posiadał ważne badanie techniczne do dnia 27 grudnia 2023 r. Co więcej, jest to jedyny dowód rejestracyjny spośród 7 przedstawionych w tym terminie ze strony wykonawcy R., w którym mamy do czynienia z taką sytuacją.

Uwzględniając powyższe stwierdzić należy, że w dacie przedłożenia dowodu rejestracyjnego dla Autobusu 4 i dacie, w jakiej Zamawiający badał ten dokument, pojazd ten nie posiadał ważnych badań technicznych. W konsekwencji zatem przyjąć należy, że dla Autobusu 4 w.R. nie przedłożył wymaganego przez Zamawiającego dokumentu potwierdzającego ważność przeglądu technicznego dla tego pojazdu. Biorąc zaś pod uwagę fakt, że wezwanie

Zamawiającego z dnia 22 grudnia 2013 r. wyczerpywało dyspozycję art. 128 ust. 1 PZP, w stanie faktycznym oferta wykonawcy R. winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) PZP, jako oferta złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 2 oraz art. 16 pkt 1) PZP poprzez zaniechanie jego zastosowania oraz przyjęcie, że Wykaz Pojazdów przedstawiony przez wykonawcę R. w postępowaniu potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania 9 pojazdami, podczas gdy w stanie faktycznym Zamawiający winien uznać w oparciu o przedstawiony Wykaz Pojazdów, iż Wykonawca nie posiada wymaganych zdolności w związku z tym, że przedstawiony Wykaz Pojazdów nie daje podstaw do przyjęcia, że Wykonawca spełnienia warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania co najmniej 9 pojazdami z uwagi na zaangażowanie przedstawionych przez Wykonawcę w postępowaniu pojazdów w Wykazie Pojazdów w inne przedsięwzięcie gospodarcze, co z przyczyn obiektywnych i właściwości świadczeń przesądza o sprzeczności interesów Wykonawcy i będzie miało negatywny wpływ na realizację Zamówienia objętego postępowaniem, a tym samym wyklucza możliwość posłużenia się przez Wykonawcę tymi samymi pojazdami, które Wykonawca delegował do realizacji innego zamówienia na rzecz innego zamawiającego, jednocześnie do realizacji zamówienia objętego postępowaniem, a przez to także przeprowadzenie postępowania z naruszeniem uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców]

Odnosnie powyższego zarzutu Odwołujący podniósł, że zarówno formułując opis przedmiotu zamówienia, jak i też warunki udziału w postępowaniu Zamawiający przywiązywał szczególne znaczenie dla potencjału technicznego, jakim winni się legitymować wykonawcy. Świadczy o tym już tylko fakt, że sformułował warunek udziału w postępowaniu w powyższym zakresie (warunek w pkt 8.1.4.1 SWZ) ale także postawienia wzoru umowy, gdzie Zamawiający przyjął wprost w § 1 ust. 7 w pierwszym zdaniu, iż: „7. Usługa przewozowa odbywać się będzie pojazdami, które Wykonawca wykazał w swojej ofercie.”. Precyzując zaś w ramach OPZ ramy czasowe dla każdej linii komunikacyjnej, w jakich będą świadczone usługi objęte zamówieniem, należy przyjąć, że potencjał techniczny, którym będzie się legitymował wykonawca, winien być w tych jednostkach czasu delegowany na wyłączność dla realizacji świadczeń objętych zamówieniem, tak aby mógł pozostawać w gotowości i pozwalać na realizację świadczeń stosownie do rozkładu jazdy danej linii komunikacyjnej. Taki tok rozumowania jest o tyle oczywistym, że specyfika usług objętych postępowaniem nie pozwala na dzień złożenia oferty określić szczegółowego rozkładu jazdy – poza ogólnymi ramami czasowymi, w jakich takie zasoby powinny być zaangażowane. Zaznaczyć przy tym należy, że taki stan rzeczy utrzymywać się będzie także w toku realizacji zamówienia, bowiem w myśl postanowień OPZ oraz wzoru umowy (§ 1 ust. 4) wykonawca będzie musiał się dostosować do wniosków zamawiającego prowadzących do modyfikacji trasy i rozkładów jazdy nie wyłączając przypadków dodawania nowych, likwidowania istniejących linii komunikacyjnych. Nie mamy zatem do czynienia z formułą typową dla regularnego przewozu osób, prowadzonego w oparciu o określony i stały rozkład jazdy, lecz usługą, która będzie mogła podlegać modyfikacjom celem dostosowania do potrzeb lokalnej społeczności.

Powyższe też a priori wyklucza przypadki, w których wykonawca w tych samych jednostkach czasu do przewidziane w ramach OPZ (a dalej wzoru umowy) delegowałby zasoby, przewidziane do realizacji świadczeń objętych postępowaniem do realizacji innych obowiązków, czy też na rzecz innych podmiotów. W sytuacjach zaś kiedy, powyższe miałyby miejsce należałoby uznać, że zaangażowanie tego samego potencjału wykonawcy, który jest już zaangażowany w realizację innych obowiązków, rodzi ten skutek w ramach postępowania, że przedstawione przez wykonawcę zasoby w postępowaniu, choć „formalnie” są poprawne, tak należałoby uznać takie zasoby za iluzoryczne. W konsekwencji też należałoby uznać, że wykonawca mimo, iż przedstawił w postępowaniu o udzielenie zamówienia określone zasoby i zasoby te są „formalnie” poprawne, to z uwagi na fakt ich zaangażowania w inne przedsięwzięcia, które koliduje z możliwością wypełniania przez takie zasoby zadań w ramach zamówienia objętego postępowaniem, iż wykonawca nie spełnia postawionych w postępowaniu warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący także podniósł odwołując się do treści art. 116 ust. 2 ustawy Pzp, że w myśl, tego przepisu: Oceniając zdolność techniczną lub zawodową, zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Uwzględniając powyższą regulację przyjąć należy, że Zamawiający winien każdorazowo wziąć pod uwagę nie tylko to, czy wykonawca ubiegający się o zamówienie legitymuje się wymaganymi w postępowaniu zasobami, ale także uwzględnić szerszą perspektywę działalności prowadzonej przez danego wykonawcę oraz to, czy nie następuje sprzeczność interesów Zamawiającego oraz wykonawcy w ramach danego zamówienia. Skrajnym przypadkiem takiej sprzeczności jest zaangażowanie posiadanych przez wykonawcę zasobów w inne przedsięwzięcia, które mogą mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Podkreślić należy, że w każdym przypadku stwierdzenia sprzeczności takich interesów, Zamawiający jest

zobligowany przyjąć, że mimo „formalnego” potwierdzenia przez wykonawcę dysponowania zasobami, nie będzie on spełniał warunków udziału w postępowaniu. Inne działanie Zamawiającego wprost prowadziłoby do naruszenia ogólnej zasady udzielania zamówień ujętej w art. 16 pkt 1) ustawy Pzp, w myśl której Zamawiający jest zobowiązany do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Pominięcie tego aspektu, niezależnie od tego, że naraziłoby Zamawiającego na nienależyte wykonanie zamówienia – w tym niewykonanie takiego zamówienia, to także podważyłoby sens i istotę procesu badania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, stawiając w toku takiego procesu w korzystniejszej sytuacji wykonawców, którzy jedynie iluzorycznie dysponują zasobami dla realizacji zamówienia, w stosunku do tych wykonawców, których dysponowanie ma charakter faktyczny i rzeczywisty. W myśl tej regulacji, działania takie mogą być podjęte przez Zamawiającego na każdym etapie postępowania, a zatem w myśl art. 7 pkt 18 ustawy Pzp, do czasu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W stanie faktycznym powyższe mieć będzie kluczowe znaczenie dla formułowania ocen i właściwej oceny podmiotowych środków dowodowych przedstawionych przez wykonawcę R. w postępowaniu. Odwołujący bowiem powziął wiedzę, że zaangażowanie i zobowiązania wykonawcy R. w inne przedsięwzięcia gospodarcze powoduje, iż faktycznie nie dysponuje on wymaganymi w postępowaniu zasobami. W konsekwencji tego stanu rzeczy brak jest podstaw do przyjęcia, że przedstawiając podmiotowe środki dowodowe Wykonawca potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca R. przed złożeniem podmiotowych środków dowodowych w Postępowaniu, wziął udział m.in. w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Zabrodzie pn. „Dowożenie uczniów do szkół na terenie Gminy Zabrodzie wraz z zapewnieniem opieki.” Wobec czego wskazał, że:

1) przedmiot tego postępowania obejmował usługę polegającą na dowożeniu uczniów z miejscowości położonych na terenie Gminy Zabrodzie do 2 placówek oświatowych zlokalizowanych na terenie Gminy Zabrodzie oraz odwóz po zajęciach na podstawie zakupionych biletów miesięcznych w roku szkolnym 2023/2024 oraz 2024/2025), w tzw. „dni szkolne”;

2) analogicznie jak Zamawiający, Zamawiający Zabrodzie zastrzegł szereg wymagań dla świadczonych usług, które winny być zrealizowane przez Wykonawcę, w tym przyjął, że Wykonawca powinien dysponować, co najmniej 2 autokarami (Rozdział 7 ust. 1 lit. b), oraz zastrzegł dalej we wzorze umowy, że wykonawca jest zobowiązany dokonywać przewozu środkami transportu wskazanymi w ofercie Wykonawcy (§ 4 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy);

Termin składania ofert w tym postępowaniu upłynął w dniu 23.6.2023 r. W dalszym toku tego postępowania w.R. przedłożył Zamawiającemu Zabrodzie podmiotowe środki dowodowe, w tym m.in. dowód rejestracyjny dla pojazdu oznaczonego jako Autobus 8 tj. MAN o nr rej. WMA 46608.

W dniu 28.7.2023 r. w.R. zawarł z Zamawiającym Zabrodzie umowę nr 272.217.2023, której załącznikiem oferta wykonawcy R. w tym dowody rejestracyjne autokarów, jakie przedłożył w toku tego postępowania.

Uwzględniając okoliczności faktyczne wskazane powyżej Odwołujący podniósł także, że:

1) Autobus 8, jaki w.R. przedstawił w Wykazie Pojazdów przedstawionym w Postępowaniu jest tożsamy z tym, który już został delegowany przez tego wykonawcę do realizacji świadczeń objętych umową zawartą z Zamawiającym Zabrodzie;

2) z uwagi na specyfikę przedmiotu świadczeń objętych postępowaniem oraz umową zawartą wcześniej z Zamawiającym Zabrodzie, w tym wymagany czas i okres świadczenia usług, odległość dzielącą miejscowości, w jakich powinny być świadczone usługi, nie jest możliwa jednoczesna realizacja świadczeń przez przy użyciu tego samego pojazdu w dwóch różnych miejscowościach. Powyższe przyjąć należy za bezsporne i oczywiste mając na uwadze fakt, iż realizacja świadczeń w ramach każdego z zamówień następować będzie w tożsamym okresie czasu przynajmniej do czerwca 2025 r. oraz o tożsamych dniach i porach każdego dnia.

W konsekwencji powyższego Odwołujący podniósł także, że w tym stanie faktycznym w.R. mimo przedłożenia Wykazu Pojazdów, nie potwierdził, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu. Przedkładając Wykaz Pojazdów Zamawiającemu w dniu 20.11.2023 r. w.R. miał pełną świadomość, co do tego, że część jego zasobów jest już zaangażowana w inne przedsięwzięcia i poziom tego zaangażowania wyklucza możliwość dysponowania tym samym zasobem w inne przedsięwzięcia.

Reasumując podniósł, że mając na uwadze cel, jaki przyświecał ustawodawcy w ustanowieniu powyższej instytucji i zachowaniu jej w przepisach ustawy Pzp, podkreślić należy, iż Zamawiający nie tylko posiada kompetencje do stwierdzenia, czy w przypadku udzielenia zamówienia wskazany przez Wykonawcę zasób w toku postępowania będzie dostępny na potrzeby realizacji danego zadania i czy Wykonawca jest to w stanie wykazać w trakcie trwania Postępowania, lecz jest to obowiązek Zamawiającego. Działania takie powinny być podjęte zarówno w celu ochrony własnych interesów Zamawiającego ale również w celu zapewnienia uczciwej konkurencji wykonawcom ubiegającym się o zamówienie. Podnieść w tym miejscu należy, iż zdolność techniczna lub zawodowa winna być przez Zamawiającego weryfikowana w toku całego postępowania. W każdym jego momencie, nawet jeśli pierwsza ocena była dla wykonawcy pozytywna, Zamawiający winien zweryfikować, czy wykonawca nie ma sprzecznych interesów ujawniających się w

szczegółności poprzez zaangażowanie zasobów wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze, o których powyższe wiedzę przed zawarciem umowy, które formalnie kończy postępowanie. Jak wskazano powyżej w stanie faktycznym powyższe jest oczywiste. Analogiczne uwagi pozostają aktualne także wobec pojazdu oznaczonego w Wykazie Pojazdów, jako Autobus 9 – Ominova Maxiraider o nr. rej. WMA 46223. Powyżej wskazana sytuacja nie jest jednostkowym przypadkiem i przedstawi dowody na potwierdzenie zaangażowania ww. autobusów w inne przedsięwzięcia przez wykonawcę R. w toku postępowania odwoławczego. Nie sposób też pominąć faktu, że powyższe okoliczności były podniesione przez Odwołującego już uprzednio, tj. w odwołaniu złożonym w postępowaniu w grudniu 2023 r. Uprzedzając też ewentualne twierdzenia Zamawiającego, nie mamy w tym zakresie do czynienia z nowymi okolicznościami, o których Zamawiający dopiero powziął wiedzę na podstawie niniejszego odwołania, ale już mu wiadomymi.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP przez zaniechanie jego zastosowania i zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy R. podczas, gdy oferta Wykonawcy R. zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jeśli przyjąć, że Wykonawca R. dokonał zakupu lub dopiero planuje dokonać zakupu pojazdów na potrzeby realizacji zamówienia objętego postępowaniem.

Odnosząc się do powyższego stwierdzić należy, że niezależnie od okoliczności podniesionych powyżej, z najdalej idącej ostrożności, w sytuacji kiedy przyjąć, że w.R. dopiero planuje nabyć 7 pojazdów dla realizacji zamówienia objętego postępowaniem, wskazać należy, że powyższa okoliczność winna być wzięta pod uwagę ze strony Zamawiającego przy ocenie ceny, jaką zaoferował ten wykonawca w złożonej w postępowaniu ofercie w kontekście realności i możliwości wykonania przedmiotowego zamówienia. Ewentualne nakłady w tym zakresie stanowić będą bowiem, jedną z kluczowych pozycji, która determinować będzie możliwość wykonania zamówienia. Zgodnie z szacunkami poczynionymi przez Odwołującego będzie to bowiem kwota na poziomie ok. 900 000 zł (netto). Uwzględniając realne i typowe koszty i ryzyka, jakie należy uwzględnić w wycenie realizacji zamówienia, wskazać należy, że ewentualne dodatkowe nakłady na zakup pojazdów, w stanie faktycznym winny wzbudzić istotne wątpliwości u Zamawiającego. Ujawnienie zaś przez wykonawcę konieczności poniesienia tak znacznych nakładów, jak wskazano powyżej, w stanie faktycznym winno zainicjować wszczęcie ze strony Zamawiającego postępowania wyjaśniającego, zgodnie z dyspozycją art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. W stanie faktycznym takie działania zostały jednak podjęte. W tym stanie faktycznym oferta wykonawcy R. winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp bowiem zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zakup samochodów, jako odrębna pozycja kosztów w sposób istotny zwiększy koszt jego realizacji, którego łącznie nie będą w stanie pokryć ewentualne przychody przy stawkach oraz łącznej kwocie zaoferowanej.

Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i wezwanie wykonawcy R. do przedłożenia Wykazu Usług potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu z uwagi na to, że w.R. w przedłożonym Wykazie Usług nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu ujęty w Rozdziale VIII pkt 8.1.4.2 SWZ, jak i też z uwagi na fakt, że usługa realizowana przez niego na rzecz Gminy S. w okresie od 1.1.2021 r. – 30.6.2021 r. nie stanowiła usługi przewozu o charakterze użyteczności publicznej w rozumieniu ustawy o publicznym transporcie zbiorowym z dnia 16 grudnia 2010 r.,

względnie art. 128 ust. 4 PZP poprzez zaniechanie jego zastosowania i wezwanie Wykonawcy R. do wyjaśnienia Wykazu Usług mimo, że w.R. w przedłożonym Wykazie Usług nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu ujęty w Rozdziale VIII pkt 8.1.4.2 SWZ]

Odnosząc się do powyższych zarzutów Odwołujący podniósł, że w przedstawionym opisie usługi zrealizowanej przez tego wykonawcę R. na rzecz gminy S. nie zawarto jakichkolwiek informacji, które pozwoliłyby dokonać oceny. W istocie wykonawca powtórzył w tym zakresie treść warunku udziału w postępowaniu. Słusznie też Zamawiający zwrócił uwagę, że nawet pomiędzy taką treścią Wykazu Usług a treścią referencji, jaką przedstawił Wykonawca 20.11.2023 r. istnieje rozbieżność, występując do tego wykonawcy o udzielenie w powyższym zakresie wyjaśnień na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp. W treści Referencji 1 Gmina S. wskazała bowiem na to, że w.R. realizował na jej rzecz usługi transportowe w zakresie przewozów pasażerskich o charakterze publicznym. Przy tym powyższe stwierdzenie Gmina S. odniosła do okresu od 01.01.2021 r. do 30.6.2021 r. Uwadze Zamawiającego umknął jednak fakt, że składając wyjaśnienia w piśmie z dnia 30.11.2023 r. Wykonawca R.:

1) zmodyfikował przedstawiony Wykaz Usług w ten sposób, że odwołał się do usługi realizowanej w okresie od 1.01.2020 do 30.6.2020 r.,

2) dalej nie sprecyzował, co było przedmiotem tej usługi, odwołując się w tym miejscu do przedstawionej w załączeniu kolejnej referencji wystawionej przez Gminę S. (Referencji 2).

Treść Referencji 2 także nie zawiera informacji, na podstawie, których możliwe byłoby dokonanie oceny w

powyższym zakresie. Co więcej Gmina S. odwołała się do usługi realizowanej w okresie od 1.1.2021 r. do 30.6.2021 r. Tym samym przedłożona Referencja 2 nie tylko nie daje podstaw do formułowania ocen w zakresie przedmiotu świadczonej usługi, abstrahując od tego, że nie powinna być brana pod uwagę przy ocenie powyższej kwestii ale co istotne, odnosi się do zupełnie innej usługi (świadczonej w innym okresie) niż wskazana przez wykonawcę R. w piśmie z dnia 30.11.2023 r. Z najdalej idącej ostrożności Odwołujący wskazał, że nie ma podstaw do przyjęcia, aby usługi świadczone na rzecz Gminy S. przez wykonawcę R. kwalifikować, jako usługi przewozu o charakterze użyteczności publicznej w rozumieniu ustawy o publicznym transporcie zbiorowym z dnia 16 grudnia 2010 r. Usługi zaś, jakie przywołał w piśmie z dnia 30.11.2023 r., a więc realizowane w 2020 r., są bezprzedmiotowe dla sprawy i oceny w ramach postępowania. W stanie faktycznym Zamawiający nie miał zatem podstaw do przyjęcia, że Wykonawca przedstawił podmiotowe środki dowodowe na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale VIII pkt 8.1.4.2 SWZ. Mając na uwadze przedstawione powyżej okoliczności, kwestia przedmiotu usług realizowanych na rzecz Gminy S. powinna być przynajmniej przedmiotem szczegółowej weryfikacji ze strony Zamawiającego w trybie przewidzianym art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, przyjmując, że Pzp i regulacja ujęta w tym przepisie nie ogranicza liczby wystąpień do Wykonawcy o ile dalej jej przedmiotem jest wniosek o udzielenie wyjaśnień. Dlatego też Zamawiający winien skierować do wykonawcy R. wezwanie na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Kopia odwołania została przesłana wykonawcy przez Zamawiającego w dniu 19 stycznia 2024 r. w formie wiadomości poprzez platformę zakupową Zamawiającego.

W dniu 22 stycznia 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca B.R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą U.T. z siedzibą w Wyszkwowie, zwany dalej „Przystępującym”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 6 lutego 2024 r. (pismem z tej samej daty) Przystępujący złożył pismo procesowe w sprawie.

W dniu 7 lutego 2023 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 7 lutego 2024 r. (pismem z tej samej daty) Odwołujący złożył pismo procesowe w sprawie.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy B.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą U.T. z siedzibą w Wyszkwowie, zwanego dalej „wykonawcą R.” lub „Przystępującym”, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron i Przystępującego wyrażone w pismach oraz złożone ustnie przez Strony i Przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Odwołującego i załączone do odwołania dowody, tj.:

1. Analizy wartości rynkowej autobusów.
2. Raporty z portalu <https://historiapojazdu.gov.pl/> dla pojazdów pobrane w grudniu 2023 i w styczniu 2024 r.
3. SWZ Zamawiającego Zabrodzie.
4. Informacja z otwarcia ofert w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Zabrodzie.
5. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Zabrodzie.
6. Umowa nr 272.217.2023 z dnia 28 lipca 2023 r.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Odwołującego i załączone do złożonego w dniu 7 lutego 2024 r. pisma procesowego dowody, tj.:

1. Pismo z dnia 22 stycznia 2024 r. skierowane do Starosty Pułtuskiego.
2. Pismo z dnia 22 stycznia 2024 r. skierowane do Starosty Makowskiego.
3. Pismo z dnia 30 stycznia 2024 r.
4. Pismo z dnia 25 stycznia 2024 r.
5. Pismo z dnia 22 stycznia 2024 r. skierowane do Towarzystwa.
6. Korespondencja e-mail otrzymana ze strony Towarzystwa.
7. Raporty z portalu <https://historiapojazdu.gov.pl/> dla pojazdów pobrane w dniu 7 lutego 2024 r. dla pojazdów oznaczonych jako Autobusy 1-7.
8. Opinie w przedmiocie wartości rynkowej Autobusów 1-7.
9. Sprawozdanie z realizacji usług w 2023 r. na rzecz Zamawiającego.
10. Informacja z otwarcia ofert w postępowaniu prowadzonym przez Centrum Usług Wspólnych.
11. Specyfikacja Warunków Zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi w trybie podstawowym na podst. art. 275 pkt 1) pn. Świadczenie usługi przewozu dzieci/uczniów do/ze szkół na terenie Gminy Mińsk Mazowiecki w roku szkolnym 2023/2024.
12. Umowa nr RI.272.1.20.2023.
13. Wykaz pojazdów przeznaczonych do realizacji zamówienia.
14. Pismo z dnia 5.12.2023 r.
15. Pismo z dnia 20.12.2023 r.
16. Rozwiązanie Umowy NR 272/228/2020.
17. Umowa z dnia 272/228/2020 z dnia 29.12.2020 r.
18. Umowa Nr 270/25A/2021 z dnia 1.3.2021 r.

oraz złożone na rozprawie w dniu 8 lutego 2024 r. dowody, tj.:

1. Umowa nr GKIM.272.7.2 2023.
2. Protokół postępowania w trybie podstawowym.
3. SWZ postępowania z 2022 r.
4. Wykaz usług z postępowania z 2022 r.
5. Wezwanie do wyjaśnień z dnia 16.12.2022 r.
6. Wykaz pojazdów z dnia 20.12.2022 r.
7. Wezwanie do wyjaśnień z dnia 30.12.2022 r.
8. Zawiadomienie o odrzuceniu oferty z dnia 05.01.2023 r.

Izba oddaliła wnioski Odwołującego o przeprowadzenie dowodów zgłoszonych w odwołaniu, tj.: dowodów:

1. z zeznań świadków J.S. i M.S. zgłaszanych na okoliczność przedmiotu czynności podjętych z wykonawcą R. udokumentowanych fakturami przedłożonymi przez wykonawcę R. w ramach postępowania dla Autobusów 1-7, dokonanych przy tej czynności ustaleń, wartości rynkowej Autobusów 1-7 oraz ceny ich zakupu;
2. z opinii biegłego z dziedziny techniki samochodowej ze specjalizacją w zakresie wyceny rynkowej wartości pojazdów samochodowych na okoliczność wartości rynkowej pojazdów:

- 1) Otocar Vectio o nr rej. WPU 50722;
- 2) Mercedes – Benz o nr rej. WPU 29530;
- 3) Vehixel Carrossier o nr rej. WPU52860;
- 4) Vehixel Carrossier o nr rej. WPU52870;
- 5) Mercedes – Benz o nr rej. WPU29510;
- 6) Mercedes – Benz o nr rej. WPU54094;
- 7) Mercedes – Benz o nr rej. WPU29540;

- zgłoszonych na okoliczność, że wartość rynkowa każdego z ww. pojazdów przekracza kwotę 14 900 złotych brutto zaś ta kwota stanowi jedynie ułamek ceny (8-15%) wartości takich pojazdów;

uznając że ich przeprowadzenie doprowadziłoby do przewlekłości postępowania. A ponadto Izba dokonuje oceny czynności i zaniechań czynności Zamawiającego a w przypadku dowodu z zeznań świadków na wskazane w nich okoliczności Izba *de facto* dokonywałaby czynności zarezerwowanych ustawowo dla innych organów. Natomiast dowód z opinii biegłego, który miałby dokonać oceny wartości rynkowej pojazdów wyspecyfikowanych w Wykazie w poz. 1-7 jest zbędny, gdyż ich wartość została już stwierdzona innymi dowodami.

Izba oddaliła wnioski Odwołującego o wystąpienie przez Krajową Izbę Odwoławczą do:

1. J.S. oraz M.S. (...) o przedłożenie do akt postępowania dokumentów zakupu Autobusów 1 - 7 oraz ewidencji środków trwałych za lata 2019 – 2024, w której ujawniono Autobusy 1 – 7;
2. Sopockiego Towarzystwa Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. (...) o udzielenie informacji, czy J.S. lub M.S. poinformowała ww. towarzystwo ubezpieczeniowe o zbyciu Autobusów 1 – 7 oraz terminie w jakim ww. pojazdy

zostały zbyte a także terminie, w jakim została złożona taka informacja do ww towarzystwa ubezpieczeniowego;

3. Starosty Pułtuskiego (...) o udzielenie informacji, czy J.S. lub M.S. poinformowała Starostę Pułtuskiego o zbyciu Autobusów 1 – 7 oraz terminie, w jakim ww. pojazdy zostały zbyte a także terminie, w jakim została złożona taka informacja do Starosty Pułtuskiego;

4. Starosty Makowskiego (...) o udzielenie informacji, czy Wykonawca R. poinformowała S.M. o nabyciu Autobusów 1 – 7 oraz terminie, w jakim ww. pojazdy zostały nabyte a także terminie, w jakim została złożona taka informacja do Starosty Makowskiego;

- oraz dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z otrzymanych od ww. podmiotów informacji na okoliczność, iż w.R. nie nabył prawa własności i nie jest właścicielem Autobusów 1 – 7.

Izba – zgodnie z art. 536 ustawy Pzp – może zobowiązać do przedstawienia dowodu wyłącznie strony i uczestników postępowania odwoławczego. Natomiast z wnioskiem takim Izba nie może zwrócić się do osoby trzeciej.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie.

Izba dokonała wyłącznie oceny czynności i zaniechań Zamawiającego, działając w granicach podniesionych w odwołaniu zarzutów.

**Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz w zw. z art. 14 ust. 1 i 2 pkt 4) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. przez zaniechanie ich zastosowania i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy R. podczas, gdy jego oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, mając na uwadze fakt, że w stanie faktycznym w.R. przedstawiając Wykaz Pojazdów oraz wskazując w jego treści (dwukrotnie), że jest właścicielem Autobusów 1 – 7 przedstawił nieprawdziwe i wprowadzające w błąd informacje o swojej sytuacji gospodarczej oraz pojazdach stanowiących jego własność (zarzut 5.1. odwołania) nie potwierdził się.**

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w Rozdziale VIII SWZ „WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU” podał, *„Oudzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na zasadach określonych w Rozdziale IX SWZ, oraz spełniają określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu.(...)”*

8.1.4 *W przypadku warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że:*

8.1.4.1 *Dysponuje lub będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w całym okresie realizacji usługi. tj. posiada minimum 9 autobusów spełniających następujące wymogi:*

- *stan techniczny autobusów spełnia wymagania określone w przepisach oraz będą sprawne technicznie i będą posiadać aktualne badania techniczne potwierdzone odpowiednim wpisem w dowodzie rejestracyjnym, (...).*

*Ocena tego warunku będzie dokonana przez Zamawiającego, na podstawie Wykazu pojazdów który będą skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia oraz dokumentów potwierdzających spełnienie wymogów Zamawiającego - Załącznik nr 4 do SWZ- wykaz pojazdów.*

Zamawiający w Rozdziale X SWZ „WYKAZ DOKUMENTÓW POTWIERDZAJĄCYCH SPEŁNIANIE WARUNKÓW UDZIAŁU”, pkt 10.2. „Podmiotowe środki dowodowe” podał, że *„Zamawiający, zgodnie z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp wezwie Wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym nie krótszym niż 10 dni terminie, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych: (...),*

*10.2.2 potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu*

*Wykaz pojazdów jakimi dysponuje lub będzie dysponował Wykonawca – Załącznik Nr 4 do SWZ, na potwierdzenie warunku określonego w pkt 8.1.4.1 SWZ, należy złożyć dokumenty potwierdzające ważność przeglądu technicznego pojazdów, kopie dowodów rejestracyjnych, dokument potwierdzający jego dysponowanie, dokument potwierdzający ubezpieczenie pojazdu.”.*

Zamawiający, pismem z dnia 17 listopada 2023 r., działając na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę R. do złożenia podmiotowych środków dowodowych określonych w Rozdziale X Specyfikacji Warunków Zamówienia przedmiotowego postępowania w terminie do dnia 28 listopada 2023 r.

Odpowiadając na powyższe w.R. złożył m.in. Wykaz pojazdów, w którym wyspecyfikował 9 autobusów, tj.: 1) autobus MERCEDES-BENZ, Nr rejestr. autobusu WPU29510, podstawa dysponowania – WŁASNOŚĆ; 2) autobus MERCEDES-BENZ, Nr rejestr. autobusu WPU29530, podstawa dysponowania – WŁASNOŚĆ; 3) autobus MERCEDES-BENZ, rejestr. autobusu WPU29540, podstawa dysponowania – WŁASNOŚĆ; 4) autobus OTOKAR VECTIO, Nr rejestr. autobusu WPU50722, podstawa dysponowania – WŁASNOŚĆ; 5) autobus VEHIXEL CARROSSIER, Nr rejestr. autobusu WPU52860, podstawa dysponowania – WŁASNOŚĆ; 6) autobus VEHIXEL CARROSSIER, Nr rejestr. autobusu WPU52870, podstawa dysponowania – WŁASNOŚĆ; 7) autobus MERCEDES – BENZ, Nr rejestr. autobusu WPU54094, podstawa dysponowania – WŁASNOŚĆ; 8) autobus MAN, Nr rejestr. autobusu WMA46608, podstawa

dysponowania – WŁASNOŚĆ i 9) autobus OMNINOVA MAXIRIDER, Nr rejestr. autobusu WMA46226, nie wskazał pr tym podstawy dysponowania dla tego pojazdu.

Zamawiający, pismem z dnia 22 grudnia 2023 r., działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę R. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, zgodnie z Rozdziałem X Specyfikacji Warunków Zamówienia przedmiotowego postępowania m. in. o: Wewnętrzne strony dowodów rejestracyjnych pojazdów o wskazanych w piśmie oraz Wykaz Pojazdów - załącznik nr 4 do SWZ – w zakresie dotyczącym Autobusu nr 9 – „w kolumnie podstawa dysponowania Wykonawca nie wskazał podstawy dysponowania pojazdem” w terminie do dnia 5 stycznia 2024 r.

Dokumenty te, tj. wewnętrzne strony dowodów rejestracyjnych pojazdów wskazane w piśmie oraz Wykaz Pojazdów uzupełniony o brakujące dane dotyczące autobusu wskazanego w pozycji 9.

W dniu 18 stycznia 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy R. jako najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Art. 226. ust. 1 pkt 7 stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”.

Z kolei „czynem nieuczciwej konkurencji – zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwanej dalej „ustawą znk” - jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”. Tak więc aby określone zachowanie wykonawcy uznać za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy znk, konieczne jest łączne spełnienie następujących przesłanek:

- 1) działanie podjęte jest w związku z działalnością gospodarczą,
- 2) działanie to wskazuje na sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami,
- 3) doszło do zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta.

Natomiast art. 14 ustawy znk stanowi, że:

„1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody.

2. Wiadomościami, o których mowa w ust. 1, są nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd informacje, w szczególności o: (...) 4) sytuacji gospodarczej lub prawnej”.

Celem art. 14 ustawy znk jest ochrona zarówno klientów, których interes ekonomiczny może uciepnieć w skutek otrzymywania takich informacji, jak i przedsiębiorców. Czynu tego dopuszcza się każdy, kto o cudzym przedsiębiorstwie, jego właścicielu, jego towarach lub świadczeniach podaje wiadomości nieprawdziwe, a mogące szkodzić przedsiębiorstwie. Rozpowszechnianie wiadomości nieprawdziwych lub mylących będzie zazwyczaj działaniem celowym, podjętym z zamiarem wyrządzenia innemu uczestnikowi rynku bądź dla przysporzenia sobie korzyści bądź do wyrządzenia innemu szkody. Wiadomością, które mogą naruszyć zasady uczciwej konkurencji to nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd informacje o przedsiębiorstwie dotyczące świadczonych usług. Są to np. informacje o świadczonych usługach do kategorii tej należą także nieprawdziwe oferty; nieprawdziwe informacje o lub wprowadzające w błąd informacje o sytuacji prawnej lub gospodarczej przedsiębiorstwa. (E. Nowińska, Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Warszawa 2007)

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że z treści dokumentów złożonych przez wykonawcę R. na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wynika sprzeczność co do ich treści. Z Wykazu pojazdów wynika bowiem, że w.R. jest właścicielem wszystkich pojazdów w nim wymienionych, natomiast w treści dokumentów dotyczących tych pojazdów (dowody rejestracyjne oraz dokumenty potwierdzające ubezpieczenie pojazdu) jako właściciele ujawnieni są M.S. i J.S.. Własności zadeklarowanych pojazdów nie można też wywieść z załączonych z inicjatywy wykonawcy faktur. Nie wynika z nich bowiem - jak słusznie podniósł Odwołujący – czynność jak była ich przedmiotem. Wobec braku wyjaśnień w tym zakresie nie sposób więc stwierdzić, że dotyczą one sprzedaży wskazanych w nich pojazdów. Odwołujący wykazał bowiem, że wartość wskazana w fakturach znacząco odbiega od ich wartości rynkowej. A tym samym, że informacje podane w Wykazie budzą wątpliwości. To dopiero jednak stwierdzenie zachowania sprzecznego z prawem pozwoli na ocenę zachowania wykonawcy pod kątem rzetelnego i niezafalszowanego współzawodnictwa oraz ustalenia czy te właśnie działania podjęte były w celu osiągnięcia korzyści wynikającej z uzyskania przedmiotowego zamówienia. Wystąpienie czynu nieuczciwej konkurencji ma bowiem charakter ocenny. Stąd też ewentualne odrzucenie oferty powinno zostać poprzedzone wezwaniem wykonawcy do udzielenia stosownych wyjaśnień. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się, gdyż w sposób nie budzący żadnych wątpliwości nie zostały wykazane przesłanki zastosowania wskazanego w zarzucie przepisu.

**Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy Pzp przez zaniechanie jego zastosowania i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy R. podczas, gdy w.R. nie przedłożył podmiotowego środka dowodowego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VIII pkt 8.1.4.1 SWZ, tj. dla Autobusu 4 (pojazd Otocar Vectio o nr rej. WPU 50722) w.R. nie złożył dokumentu potwierdzającego**

**ważność przeglądu technicznego, przy czym za taki dokument winien być uznany dowód rejestracyjny zaś ważność przeglądu technicznego winna być weryfikowana przez Zamawiającego nie tylko na dzień składania ofert w postępowaniu, ale także na dzień podejmowania czynności badania oferty wykonawcy oraz z uwagi na fakt, że Zamawiający wyczerpał procedurę określoną w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp i brak jest podstaw do skierowania do wykonawcy R. kolejnego wezwania do złożenia dokumentu potwierdzającego ważność przeglądu technicznego dla Autobusu 4 (zarzut 5.2. odwołania) nie potwierdził się.**

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w Rozdziale VIII SWZ „WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU” podał, *„Członkowie zarządu Wykonawcy mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na zasadach określonych w Rozdziale IX SWZ, oraz spełniają określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu.(...)”*

8.1.4 *W przypadku warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że:*

8.1.4.1 *Dysponuje lub będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w całym okresie realizacji usługi. tj. posiada minimum 9 autobusów spełniających następujące wymogi:*

- *stan techniczny autobusów spełnia wymagania określone w przepisach oraz będą sprawne technicznie i będą posiadać aktualne badania techniczne potwierdzone odpowiednim wpisem w dowodzie rejestracyjnym, (...).*

*Ocena tego warunku będzie dokonana przez Zamawiającego, na podstawie Wykazu pojazdów który będą skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia oraz dokumentów potwierdzających spełnienie wymogów Zamawiającego - Załącznik nr 4 do SWZ- wykaz pojazdów.*

Zamawiający w Rozdziale X SWZ „WYKAZ DOKUMENTÓW POTWIERDZAJĄCYCH SPEŁNIANIE WARUNKÓW UDZIAŁU”, pkt 10.2. „Podmiotowe środki dowodowe” podał, że *„Zamawiający, zgodnie z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp wezwie Wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym nie krótszym niż 10 dni terminie, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych: (...),*

*10.2.2 potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu*

*Wykaz pojazdów jakimi dysponuje lub będzie dysponował Wykonawca – Załącznik Nr 4 do SWZ, na potwierdzenie warunku określonego w pkt 8.1.4.1 SWZ, należy złożyć dokumenty potwierdzające ważność przeglądu technicznego pojazdów, kopie dowodów rejestracyjnych, dokument potwierdzający jego dysponowanie, dokument potwierdzający ubezpieczenie pojazdu.”.*

Zamawiający, pismem z dnia 17 listopada 2023 r., działając na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę R. do złożenia podmiotowych środków dowodowych określonych w Rozdziale X Specyfikacji Warunków Zamówienia przedmiotowego postępowania w terminie do dnia 28 listopada 2023 r.

Odpowiadając na powyższe w.R. złożył m.in. „Zaświadczenie o przeprowadzonym badaniu technicznym pojazdu/roadworthiness certificate” nr 05107/WWE/009/2023 dla pojazdu o numerze rejestracyjnym „WPU50722” z dnia 22 grudnia 2023 r., w treści którego następnym termin badania określono do „22.06.2024 r.”

Zamawiający, pismem z dnia 22 grudnia 2023 r., działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę R. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, zgodnie z Rozdziałem X Specyfikacji Warunków Zamówienia przedmiotowego postępowania m. in. o: Wewnętrzne strony dowodów rejestracyjnych pojazdów o poniższych numerach rejestracyjnych, w tym pojazdu o numerze rejestracyjnym WPU50722 w terminie do dnia 5 stycznia 2024 r.

Dowód rejestracyjny tego pojazdu w dniu 29 stycznia 2023 r. został złożony przez wykonawcę R.. Termin ważnych badań technicznych określono w nim „do dnia 27 grudnia 2023 r.”

W dniu 18 stycznia 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy R. jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zakwestionował tę czynność, podnosząc m.in., że wykonawca R. nie złożył dokumentu potwierdzającego ważność przeglądu technicznego, przy czym za taki dokument winien być uznany dowód rejestracyjny zaś ważność przeglądu technicznego winna być weryfikowana przez Zamawiającego nie tylko na dzień składania ofert w Postępowaniu ale także na dzień podejmowania czynności badania oferty wykonawcy a także z uwagi na fakt, że Zamawiający wyczerpał procedurę określoną w art. 128 ust. 1 PZP i brak jest podstaw do kierowania do Wykonawcy R. kolejnego wezwania do złożenia dokumentu potwierdzającego ważność przeglądu technicznego dla Autobusu.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 1, ppkt 2) lit. c) ustawy Pzp stanowi, że *„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) została złożona przez wykonawcę: (...) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń”.*

Przepis ten stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeśli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 (w tym JEDZ), lub podmiotowego środka

dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, innych dokumentów lub oświadczeń. W konsekwencji powyższego niezłożenie wymaganego oświadczenia lub podmiotowego środka dowodowego, złożenie niekompletnego lub takiego, który nie potwierdza, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu lub nie podlega wykluczeniu skutkuje odrzuceniem oferty.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że w.R. na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej – spełniania wymogu dotyczącego stanu technicznego autobusów i posiadania aktualnego badania technicznego potwierdzonego odpowiednim wpisem w dowodzie rejestracyjnym złożył „Zaświadczenie o przeprowadzonym badaniu technicznym pojazdu/roadworthiness certificate”. Z treści przedmiotowego zaświadczenia wynika, że badanie techniczne pojazdu zostało przeprowadzone w dniu 22 grudnia 2023 r. a następny termin badania określono do „22.06.2024 r.”, co oznacza, że pojazd o wskazanym w zaświadczeniu numerze rejestracyjnym posiada ważny przegląd techniczny. A ponadto jest on aktualny na dzień składania wymaganego przez Zamawiającego podmiotowego środka dowodowego. W tym miejscu należy przywołać treść art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że „Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.”. Tak więc składane przez wykonawcę podmiotowe środki dowodowe powinny być aktualne na dzień ich złożenia, co oznacza, że mają poświadczać pożądane okoliczności na ten właśnie dzień. Złożony dokument potwierdza spełnianie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu zgodnie z wymogiem określonym w punkcie 10.2.2 SWZ. Na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu należało bowiem złożyć „dokumenty potwierdzające ważność przeglądu technicznego pojazdów, kopie dowodów rejestracyjnych”. I taki dokument – dokument poświadczający ważność przeglądu technicznego pojazdu („Zaświadczenie o przeprowadzonym badaniu technicznym pojazdu/roadworthiness certificate”) w.R. złożył. Jest to bowiem dokument dopuszczony przez Zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale i jest to dokument, który – zgodnie z treścią art. 78 ust. 1 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym (tj.: Dz. U. z 2023 r. poz. 1047 z późn. zm) – jest jednym z dokumentów, który – w myśl tej ustawy - potwierdza przeprowadzenie badań technicznych pojazdu „jeżeli w dowodzie rejestracyjnym nie jest określony aktualny termin ważności badania technicznego”. Złożone przez wykonawcę R. zaświadczenie jest więc dokumentem potwierdzającym przeprowadzenie badań technicznych pojazdu.

W kontekście powyższego i odnosząc się do twierdzenia Odwołującego jakoby Autobus 4 nie posiadał ważnych badań technicznych stwierdzić należy, że złożony przez wykonawcę R. dokument potwierdza spełnianie przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej – wymogu dotyczącego stanu technicznego autobusów i posiadania aktualnego badania technicznego. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

**Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp przez zaniechanie jego zastosowania i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy R. podczas, gdy oferta wykonawcy R. zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jeśli przyjąć, że w.R. dokonał zakupu lub dopiero planuje dokonać zakupu pojazdów na potrzeby realizacji zamówienia objętego postępowaniem (zarzut 5.3. odwołania) nie potwierdził się.**

Izba ustaliła następujący stan faktyczny – tożsamy dla wszystkich zarzutów:

Wartość szacunkową zamówienia Zamawiający oszacował na kwotę 2 343 600,00 zł, co stanowi równowartość 526 225.97 euro (protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego – str. 2).

Zamawiający przed otwarciem ofert udostępnił kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości na sfinansowanie zamówienia, w wysokości

2 343 600,00 zł brutto (protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego – str. 7).

W postępowaniu złożono 2 oferty, a ich ceny brutto były następujące: cena oferty nr 1 złożona przez wykonawcę B.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe – Przewóz Osób B.R. z siedzibą w Wyszku – 1 954 800,00 zł i cena oferty nr 2 złożona przez Odwołującego – 2 273 400,00 zł.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Natomiast art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że „odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu”. Oznacza to, że odrzucenie oferty wykonawcy z uwagi na rażąco niską cenę nie jest możliwe bez wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny a więc obligatoryjnego elementu postępowania, który ma miejsce w takiej właśnie sytuacji.

W niniejszym stanie faktycznym nie wystąpiły przesłanki do obligatoryjnego zwrócenia się do wykonawców o udzielenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, o których mowa w art. 224 ust. 2 ustawy Pzp a więc sytuacji,

która dotyczyłaby ceny całkowitej oferty. Zamawiający nie powziął również żadnych wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną przez wybranego wykonawcę wobec czego nie wzywał żadnego z wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący rażąco niską cenę – jak wskazał w treści uzasadnienia odwołania – wiąże z przypuszczeniem podnoszonym niejako „z ostrożności procesowej”, że w.R. planuje nabyć 7 pojazdów dla realizacji zamówienia objętego postępowaniem, co powinno być przez Zamawiającego uwzględnione w ocenie realności zaoferowanej ceny za realizację przedmiotu tego zamówienia. Poza tą okolicznością (możliwością nabycia pojazdu po „atrakcyjnych cenach”) i szacowaną przez Odwołującego kwotą jaką poniósł w.R. na ich zakup (ok. 900 000 zł netto) nie przedstawił w treści odwołania żadnych argumentów ani też dowodów wskazujących na to, że cena oferty wykonawcy R. została błędnie skalkulowana a co za tym idzie wymaga wyjaśnień. Są to więc jedynie domysły i przypuszczenia Odwołującego. Brak jest odniesienia do jakichkolwiek okoliczności, które miałyby świadczyć o nieprawidłowym skalkulowaniu ceny i faktycznego wykazania poza zgłoszonymi wątpliwościami, że cena oferty wykonawcy R. jest rażąco niska. To dopiero na etapie postępowania odwoławczego Odwołujący przedstawił argumenty, które zarzut ten miały potwierdzić.

Tymczasem art. 555 ustawy Pzp stanowi, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że w postępowaniu odwoławczym Izba rozstrzyga tylko w przedmiocie zarzutów zawartych w odwołaniu. Nie jest więc możliwe podniesienie nowych zarzutów ani też rozszerzenie podstawy faktycznej zarzutów, w tym także na rozprawie, a więc po upływie terminu na wniesienie odwołania. Zarzuty podnoszone przez Odwołującego w odwołaniu konstruowane są wobec konkretnych czynności podejmowanych przez Zamawiającego. Poza wskazaniem naruszanych przepisów istotne znaczenie ma sprecyzowanie na czym polega ich naruszenie w konkretnym przypadku, co wymaga szczegółowego opisanie kwestionowanego działania. Odwołujący wniósł odwołanie, w którym postawił m.in. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp przez zaniechanie jego zastosowania i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy R. podczas, gdy oferta wykonawcy R. zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jeśli przyjąć, że w.R. dokonał zakupu lub dopiero planuje dokonać zakupu pojazdów na potrzeby realizacji zamówienia objętego postępowaniem. Jednak poza jego odniesieniem do planowanego przez wykonawcę R. – zdaniem oczywiście Odwołującego – zakupu 7-miu nowych pojazdów nie zawarł żadnych argumentów odnoszących się do kalkulacji ceny dokonanej przez wykonawcę R.. To dopiero na etapie postępowania odwoławczego w dniu 7 lutego 2024 r. złożył pismo procesowe w sprawie, w którym dopiero sprecyzował ów zarzut (zarzut rażąco niskiej ceny), odnosząc się szczegółowo m.in. do kosztów pracowniczych, kosztów paliwa oraz innych wskazanych jako istotnych dla realizacji tego zamówienia. Tymczasem Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania Zamawiającego jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Oznacza to, że na tym etapie postępowania, precyzowanie zarzutu a w zasadzie dopiero faktyczne jego sformułowanie - w taki sposób jak uczynił to Odwołujący – a więc przez pryzmat dokonanych kalkulacji i przedstawionych w tym zakresie dowodów (sprawozdania z realizacji usług w 2023 r. na rzecz Zamawiającego, opinii w przedmiocie wartości rynkowej Autobusów 1-7 oraz informacji z otwarcia ofert w postępowaniu prowadzonym przez Centrum Usług Wspólnych)nie może mieć miejsca, gdyż stanowi nieuprawnione rozszerzenie zarzutu (jego podstawy prawnej i faktycznej). Tak więc dowody złożone przez Odwołującego jako te, które miały potwierdzać rażąco niską cenę oferty wykonawcy R. Izba uznała za nieprzydatne do stwierdzenia wskazanych okoliczności, gdyż okoliczności co do których miały się one odnosić zostały podniesione dopiero w zarzucie sformułowanym w dniu 7 lutego 2024 r., a więc już po terminie wniesienia odwołania.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

**Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i wezwania wykonawcy R. do przedłożenia Wykazu Pojazdów potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu z uwagi na to, że dokumenty przedłożone przez tego wykonawcę wraz z tym wykazem przeczą temu, iż jest on właścicielem pojazdów oznaczanych w tym wykazie, jako Autobusy 1-7; względnie: art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i wezwania wykonawcy R. do wyjaśnienia Wykazu Pojazdów mimo, że informacje zawarte w tym wykazie pozostają w sprzeczności z treścią dokumentów złożonych przez tego wykonawcę wraz z tym wykazem i dokumenty te przeczą temu, iż jest on właścicielem pojazdów oznaczanych w tym wykazie, jako Autobusy 1-7 (zarzut nr 5.4. odwołania) potwierdził się w zakresie dotyczącym braku zastosowania art. 128 ust. 4 ustawy Pzp.**

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w Rozdziale VIII SWZ „WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU” podał, *Zeudzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na zasadach określonych w Rozdziale IX SWZ, oraz spełniają określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu.(...)*

*8.1.4 W przypadku warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaze, że:*

*8.1.4.1 Dysponuje lub będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w całym okresie realizacji*

usługi, tj. posiada minimum 9 autobusów spełniających następujące wymogi:

- stan techniczny autobusów spełnia wymagania określone w przepisach oraz będą sprawne technicznie i będą posiadać aktualne badania techniczne potwierdzone odpowiednim wpisem w dowodzie rejestracyjnym, (...).

Ocena tego warunku będzie dokonana przez Zamawiającego, na podstawie Wykazu pojazdów który będą skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia oraz dokumentów potwierdzających spełnienie wymogów Zamawiającego - Załącznik nr 4 do SWZ- wykaz pojazdów.

Zamawiający w Rozdziale X SWZ „WYKAZ DOKUMENTÓW POTWIERDZAJĄCYCH SPEŁNIANIE WARUNKÓW UDZIAŁU”, pkt 10.2. „Podmiotowe środki dowodowe” podał, że „Zamawiający, zgodnie z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp wezwie Wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym nie krótszym niż 10 dni terminie, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych: (...),

10.2.2 potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu

Wykaz pojazdów jakimi dysponuje lub będzie dysponował Wykonawca – Załącznik Nr 4 do SWZ, na potwierdzenie warunku określonego w pkt 8.1.4.1 SWZ, należy złożyć dokumenty potwierdzające ważność przeglądu technicznego pojazdów, kopie dowodów rejestracyjnych, dokument potwierdzający jego dysponowanie, dokument potwierdzający ubezpieczenie pojazdu.”.

Zamawiający, pismem z dnia 17 listopada 2023 r., działając na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę R. do złożenia podmiotowych środków dowodowych określonych w Rozdziale X Specyfikacji Warunków Zamówienia przedmiotowego postępowania w terminie do dnia 28 listopada 2023 r.

Odpowiadając na powyższe w.R. złożył m.in. Wykaz pojazdów, w którym wyspecyfikował 9 autobusów, tj.: 1) autobus MERCEDES-BENZ, Nr rejestr. autobusu WPU29510, podstawa dysponowania – WŁASNOŚĆ; 2) autobus MERCEDES-BENZ, Nr rejestr. autobusu WPU29530, podstawa dysponowania – WŁASNOŚĆ; 3) autobus MERCEDES-BENZ, rejestr. autobusu WPU29540, podstawa dysponowania – WŁASNOŚĆ; 4) autobus OTOKAR VECTIO, Nr rejestr. autobusu WPU50722, podstawa dysponowania – WŁASNOŚĆ; 5) autobus VEHIXEL CARROSSIER, Nr rejestr. autobusu WPU52860, podstawa dysponowania – WŁASNOŚĆ; 6) autobus VEHIXEL CARROSSIER, Nr rejestr. autobusu WPU52870, podstawa dysponowania – WŁASNOŚĆ; 7) autobus MERCEDES – BENZ, Nr rejestr. autobusu WPU54094, podstawa dysponowania – WŁASNOŚĆ; 8) autobus MAN, Nr rejestr. autobusu WMA46608, podstawa dysponowania – WŁASNOŚĆ i 9) autobus OMNINOVA MAXIRIDER, Nr rejestr. autobusu WMA46226, nie wskazał przy tym podstawy dysponowania dla tego pojazdu.

Zamawiający, pismem z dnia 22 grudnia 2023 r., działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę R. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, zgodnie z Rozdziałem X Specyfikacji Warunków Zamówienia przedmiotowego postępowania m. in. o: Wewnętrzne strony dowodów rejestracyjnych pojazdów o wskazanych w piśmie oraz Wykaz Pojazdów - załącznik nr 4 do SWZ – w zakresie dotyczącym Autobusu nr 9 – „w kolumnie podstawa dysponowania Wykonawca nie wskazał podstawy dysponowania pojazdem” w terminie do dnia 5 stycznia 2024 r.

Dokumenty te, tj. wewnętrzne strony dowodów rejestracyjnych pojazdów wskazane w piśmie oraz Wykaz Pojazdów uzupełniony o brakujące dane dotyczące autobusu wskazanego w pozycji 9.

W dniu 18 stycznia 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy R. jako najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp stanowi:

„1. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

(...)

4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.”.

Art. 128 ust. 1 Pzp przewiduje obowiązek dodatkowego wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia niezłożonych, niekompletnych lub zawierających błędy dokumentów lub oświadczeń. Obowiązek ten dotyczy przy tym wyłącznie dokumentów lub oświadczeń wymaganych przez zamawiającego, do których złożenia wykonawca był wzywany w trybie – odpowiednio – art. 126 ust. 1 Pzp albo art. 274 ust. 1 Pzp. Natomiast art. 128 ust. 4 ustawy Pzp przewiduje jedynie możliwość żądania wyjaśnień dotyczących treści oświadczeń lub dokumentów

określonych w art. 125 ust. 1. Zauważyć przy tym należy, że samodzielne uzupełnianie oświadczeń lub dokumentów nie może prowadzić do de facto wielokrotnych ich uzupełnień. Takie działanie naruszyłoby zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania.

W niniejszym stanie faktycznym na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy zobowiązani byli złożyć – co jest niewątpliwe i bezsporne - Wykaz pojazdów jakimi dysponuje lub będzie dysponował Wykonawca – Załącznik Nr 4 do SWZ oraz dokumenty potwierdzające ważność przeglądu technicznego pojazdów, kopie dowodów rejestracyjnych, dokument potwierdzający jego dysponowanie, dokument potwierdzający ubezpieczenie pojazdu. I takie dokumenty, tj. Wykaz pojazdów, dokument potwierdzający ważność przeglądu technicznego pojazdów, dowody rejestracyjne oraz dokumenty potwierdzające ubezpieczenie pojazdu w.R. złożył. Ich część była uzupełniana w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. To te dokumenty, dokumenty wyspecyfikowane w SWZ, z uwagi na to, że wykonawcy zobowiązani byli je złożyć na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, podlegały ocenie Zamawiającego.

Z analizy wskazanych dokumentów, których złożenia żądał Zamawiający na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wynika niezgodność co do ich treści. Z treści oświadczenia złożonego przez wykonawcę R. w Wykazie pojazdów wynika jednoznacznie, że 9 autobusów wskazanych w tym Wykazie stanowi własność tego wykonawcy. Tymczasem w treści dokumentów dotyczących tych pojazdów (dowody rejestracyjne oraz dokumenty potwierdzające ubezpieczenie pojazdu) jako właściciele ujawnieni są M.S. i J.S.. Tak więc w zakresie dotyczącym wymaganej do wskazania w Wykazie „podstawy dysponowania” pojazdami istnieje sprzeczność pomiędzy informacjami ujawnionymi w tych dokumentach (w zakresie dotyczącym własności tych pojazdów). Wobec powyższego, bo tylko te dokumenty winny podlegać ocenie Zamawiającego, powinien on kwestie te wyjaśnić. Istotne jest bowiem jednoznaczne ustalenie czy wyspecyfikowane w wykazie pojazdy stanowią własność wykonawcy R. czy też M.S. i J.S. czy też innych podmiotów a w.R. jedynie nimi dysponuje, np. w ramach dzierżawy, najmu itp. Sam Przystępujący przeciw wskazał – „z daleko idącej ostrożności procesowej” - że „ze sformułowanych przez Zamawiającego w SWZ warunków udziału w postępowaniu nie wynika wymóg „bycia właścicielem tych pojazdów” a wymóg „dysponowania zasobami niezbędnymi” a co oznacza, że pojazdy te mogą znajdować się jedynie w dyspozycji wykonawcy. W kontekście powyższego wyjaśnienie tej kwestii jest niezwykle istotne, zwłaszcza że Odwołujący wykazał, że faktury złożone przez tego wykonawcę R. wraz z ofertą wyłącznie dodatkowo i z jego inicjatywy w kontekście uzyskanych przez Odwołującego dokumentów (korespondencji prowadzonej z Starostwem, historii wpisów do CEPIK, dotyczących pojazdów z poz. 1-7, dodatkowych informacji uzyskanych od ich ubezpieczyciela a także ich wyceny) poddają w wątpliwość prawdziwość złożonych w wykazie oświadczeń. Złożone wyjaśnienia powinny być więc oceniane także przez pryzmat ich nieprawdziwości (oświadczeń zawartych w Wykazie). Dlatego też Zamawiający powinien skierować wezwanie do wykonawcy B.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą U.T. z siedzibą w Wyszku do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczenia zawartego w treści Wykazu pojazdów w zakresie dotyczącym podstawy dysponowania autobusami wymienionymi w pozycji 1 – 7 z uwagi na ich sprzeczność z treścią dokumentów złożonych przez tego wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, z których nie wynika, że jest on właścicielem pojazdów wymienionych w pozycji 1 – 7 Wykazu pojazdów.

Tym samym Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się.

**Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 2 oraz art. 16 pkt 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania oraz przyjęcie, że Wykaz Pojazdów przedstawiony przez wykonawcę R. w postępowaniu potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania 9 pojazdami, podczas gdy w stanie faktycznym Zamawiający winien uznać w oparciu o przedstawiony Wykaz Pojazdów, iż Wykonawca nie posiada wymaganych zdolności w związku z tym, że przedstawiony Wykaz Pojazdów nie daje podstaw do przyjęcia, że Wykonawca spełnienia warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania co najmniej 9 pojazdami z uwagi na zaangażowanie przedstawionych przez Wykonawcę w postępowaniu pojazdów w Wykazie Pojazdów w inne przedsięwzięcie gospodarcze, co z przyczyn obiektywnych i właściwości świadczeń przesądza o sprzeczności interesów Wykonawcy i będzie miało negatywny wpływ na realizację zamówienia objętego postępowaniem, a tym samym wyklucza możliwość posłużenia się przez Wykonawcę tymi samymi pojazdami, które Wykonawca delegował do realizacji innego zamówienia na rzecz innego zamawiającego, jednocześnie do realizacji zamówienia objętego postępowaniem, a przez to także przeprowadzenie postępowania z naruszeniem uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (zarzut 5.5. odwołania) nie potwierdził się.**

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w Rozdziale VIII SWZ „WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU” podał, *Źe udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na zasadach określonych w Rozdziale IX SWZ, oraz spełniają określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu.(...)*

8.1.4 W przypadku warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaze, że:

8.1.4.1 Dysponuje lub będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w całym okresie realizacji usługi, tj. posiada minimum 9 autobusów spełniających następujące wymogi: (...)

Ocena tego warunku będzie dokonana przez Zamawiającego, na podstawie Wykazu pojazdów który będą skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia oraz dokumentów potwierdzających spełnienie wymogów Zamawiającego - Załącznik nr 4 do SWZ- wykaz pojazdów.”

Zamawiający w § 1 ust. 7 wzoru umowy zamieścił następującą treść „Usługa przewozowa odbywać się będzie pojazdami, które Wykonawca wykazał w swojej ofercie. Wymiana pojazdu na inny, o parametrach nie mniejszych niż wskazane w ofercie, może nastąpić po wcześniejszej akceptacji Zamawiającego.”

Zamawiający, pismem z dnia 17 listopada 2023 r., działając na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę R. do złożenia podmiotowych środków dowodowych określonych w Rozdziale X Specyfikacji Warunków Zamówienia przedmiotowego postępowania w terminie do dnia 28 listopada 2023 r.

Odpowiadając na powyższe w.R. złożył m.in. Wykaz pojazdów, w którym wyspecyfikował 9 autobusów, tj.: 1) autobus MERCEDES-BENZ, Nr rejestr. autobusu WPU29510, podstawa dysponowania – WŁASNOŚĆ; 2) autobus MERCEDES BENZ, Nr rejestr. autobusu WPU29530, podstawa dysponowania – WŁASNOŚĆ; 3) autobus MERCEDES-BENZ, rejestr. autobusu WPU29540, podstawa dysponowania – WŁASNOŚĆ; 4) autobus OTOKAR VECTIO, Nr rejestr. autobusu WPU50722, podstawa dysponowania – WŁASNOŚĆ; 5) autobus VEHIXEL CARROSSIER, Nr rejestr. autobusu WPU52860, podstawa dysponowania – WŁASNOŚĆ; 6) autobus VEHIXEL CARROSSIER, Nr rejestr. autobusu WPU52870, podstawa dysponowania – WŁASNOŚĆ; 7) autobus MERCEDES – BENZ, Nr rejestr. autobusu WPU54094, podstawa dysponowania – WŁASNOŚĆ; 8) autobus MAN, Nr rejestr. autobusu WMA46608, podstawa dysponowania – WŁASNOŚĆ i 9) autobus OMNINOVA MAXIRIDER, Nr rejestr. autobusu WMA46226.

Odwolujący podnosząc ów zarzut zarzucił wykonawcy R., że wykazane w wykazie pojazdy są zaangażowane w realizację innych przedsięwzięć gospodarczych, co wyklucza możliwość posłużenia się nimi w tym postępowaniu i realizacji tego zamówienia, a także powoduje, że złożony przez tego wykonawcę Wykaz pojazdów nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 116 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że „oceniając zdolność techniczną lub zawodową, zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia”.

Przepis ten daje Zamawiającemu prawo do zakwestionowania, na każdym etapie postępowania, zdolności technicznych lub zawodowych wykonawcy, jeżeli wykonawca ma sprzeczne interesy, które mogą mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Celem przepisu jest bowiem przeciwdziałanie sytuacjom sprzeczności interesów po stronie wykonawcy. Podkreślić przy tym należy, że samo zaangażowanie zasobów w inne przedsięwzięcie gospodarcze nie powoduje automatycznie utraty zdolności do realizacji danego zamówienia przez wykonawcę. Konieczne jest zbadanie okoliczności konkretnej sprawy zależnie od rodzaju potencjału oraz sposobu i zakresu jego zaangażowania w inne przedsięwzięcie, a także możliwości zmian w tym zakresie. Kluczowe jest bowiem ustalenie, czy potencjał wykonawcy będzie rzeczywiście dostępny w wymaganym zakresie w momencie realizacji zamówienia. (M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2021, s. 355) Wobec tego należy porównać potencjał wykonawcy wymagany przez Zamawiającego w danym postępowaniu i wykazany przez wykonawcę, który pozwala na ocenę zdolności tego wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia w kontekście zaangażowania przy realizacji innej umowy. Pamiętać przy tym należy, że samo zaangażowanie zasobów w inne przedsięwzięcia gospodarcze nie powoduje automatycznie utraty zdolności do realizacji danego zamówienia przez wykonawcę i z automatu nie świadczy o możliwości wystąpienia negatywnego wpływu na realizację postępowania będącego przedmiotem oceny. Istotnym z punktu widzenia analizowanego przepisu jest bowiem wykazanie czy owo zaangażowanie zasobów w inne przedsięwzięcia gospodarcze może wywołać negatywny wpływ na realizację tego zamówienia publicznego. Pomiędzy wykorzystaniem potencjału wykonawcy do realizacji innych przedsięwzięć gospodarczych, a drugą z przesłanek, dotyczącą możliwości wystąpienia zagrożenia należytego wykonania umowy, winien występować adekwatny związek przyczynowy, który należy wykazać.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że w.R. w przedmiotowym postępowaniu – zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ - przedstawił Wykaz pojazdów. Zamawiający w SWZ wymagał aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazał, że „dysponuje lub będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w całym okresie realizacji usługi, tj. posiada minimum 9 autobusów (...). SWZ wskazywała także, że ocena warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności

technicznej lub zawodowej „będzie dokonana przez Zamawiającego, na podstawie Wykazu pojazdów które będą skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia oraz dokumentów potwierdzających spełnienie wymogów Zamawiającego - Załącznik nr 4 do SWZ - wykaz pojazdów”. Tak więc pojazdy wskazane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu o te same pojazdy, które mają być skierowane do realizacji tego zamówienia. Wykonawca R., co jest niewątpliwe, przedstawił wymagany wykaz, w którym wyspecyfikował 9 pojazdów. Odwołujący zakwestionował pojazd zadeklarowany w pozycji 8 i 9 Wykazu pojazdów, tj. autobus MAN (Nr rejestr. autobusu WMA46608) oraz autobus OMINOVA MAXIRIDER, nr rejestr. WMA 42226. Dowód rejestracyjny autobusu MAN numerze rejestracyjnym WMA46608 został bowiem złożony przez wykonawcę R. także w postępowaniu przeprowadzonym przez Gminę Zabrodzie na potwierdzenie „posiadania do dyspozycji przynajmniej dwóch autobusów o liczbie miejsc siedzących minimum 50, np. dowody rejestracyjne, itp.”. Wykonawca R., posługując się dowodem rejestracyjnym wskazanego autobusu, wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej. Co więcej to temu wykonawcy (wykonawcy R.) udzielono tego zamówienia (realizację zamówienia na rzecz Gminy Zabrodzie).

Warto w tym miejscu podkreślić, iż w.R. w Formularzu ofertowym składanym w Gminie Zabrodzie podał – zgodnie z wymogiem Zamawiającego – „Rok produkcji autobusu: autobus nr 1 2008 rok, autobus nr 2 2008 rok”, składając na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dowody rejestracyjne dwóch autobusów (autobusu MAN, nr rejestr. WMA46608 i autobusu BOVA nr rejestr. WMA 49991). To właśnie autobusu MAN, nr rejestr. WMA46608 był tym, który został wykazany na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Wyszaków, a który to zasób miałby być już zaangażowany w realizację umowy na rzecz Gminy Zabrodzie. Tymczasem – wbrew twierdzeniom Odwołującego – w SWZ tamtego postępowania – wskazano jedynie, że „usługa świadczona będzie taborem Wykonawcy. Wykonawca zobowiązany jest dostosować do zamówienia odpowiednią liczbę środków transportu w celu realizacji przewozów (minimum 2 autobusy) zgodnie z rozkładem jazdy i ilością zakupionych biletów miesięcznych. Wykonawca powinien posiadać pojazdy, które zapewnią prawidłowe wykonanie zamówienia – dysponować autobusami o ilości zapewniającej przewóz przewidywanej liczby uczniów na poszczególnych trasach z zapewnieniem miejsc siedzących dla tych uczniów”. Nie ma więc mowy o tym, że realizacja umowy ma być realizowana wyłącznie pojazdami zadeklarowanymi w ofercie. Powyższe potwierdzają zapisy umowy. W treści umowy podano bowiem, że „wykonawca zobowiązuje się wykonać przedmiot umowy (przedmiot zamówienia) oraz wszelkie pozostałe obowiązki opisane w umowie zgodnie ze złożoną ofertą, umową wraz z załącznikami oraz zgodnie z obustronnymi ustaleniami, potwierdzonymi na piśmie” (§ 2 ust. 1) oraz, że „wykonawca wykona zamówienie z wykorzystaniem pojazdów, będących w jego dyspozycji, gwarantujących należyte wykonanie umowy” (§ 2 ust. 10), a także, że „Wykonawca, w trakcie realizacji umowy zobowiązany jest: Dokonywać przewozów środkami transportu wskazanymi w ofercie wykonawcy, zgodnymi z wymogami przepisów ustawy – Prawo o ruchu drogowym (...)” (§ 4 pkt 1), co niewątpliwie oznacza w zestawieniu z treścią Formularza ofertowego i dokumentów zamówienia, że w przypadku tej umowy nie wskazano wprost, że mają to być wyłącznie pojazdy wskazane w ofercie. Tak więc zapisy umowy nie ograniczają możliwości przeznaczenia do realizacji umowy innych pojazdów (autobusów) niż autobusy, których dowody rejestracyjne złożono. W treści oferty wymagano jedynie podania roku produkcji dwóch autobusów przeznaczonych do realizacji zamówienia, odwołując się kilkakrotnie do konieczności spełnienia wymogów określonych w przepisach prawa o ruchu drogowym. Wobec powyższego stwierdzić należy, że w odniesieniu do pojazdu - autobusu MAN, nr rejestr. WMA46608 nie może być mowy o jego wyłącznym zaangażowaniu w realizację umowy na rzecz Gminy Zabrodzie. Wymóg taki nie został bowiem wprost określony w SWZ. Dlatego też w.R. realizujący tę umowę mógł do jej wykonania przedstawić nie tylko autobus, którego dowód rejestracyjny złożył wraz z ofertą i, który spełnia wymogi podane w SWZ przez Zamawiającego (Gminę Zabrodzie) i zgodne z przepisami ustawy prawo o ruchu drogowym, ale każdy inny pojazd, który postawione wymagania spełnia.

Kolejnym pojazdem – autobusem, którego możliwość skierowania do realizacji zamówienia będącego przedmiotem tego postępowania, zakwestionował Odwołujący w treści wniesionego odwołania jest wykazany w poz. 9 Wykazu pojazdów autobus OMINOVA MAXIRIDER, nr rejestr. WMA 42226, dowody na potwierdzenie tego zarzutu w odniesieniu do tego pojazdu oraz pojazdu wykazanego w pozycji 8 Wykazu pojazdów autobusu MAN, nr rejestr. WMA46608, Odwołujący złożył w załączeniu do pisma procesowego z dnia 7 lutego 2024 r., a które okoliczność tę miały potwierdzać, tj.: umowę nr RI.272.1.20.2023 dotyczącą usługi realizowanej na rzecz Gminy Mińsk Mazowiecki - „Świadczenia usługi przewozu dzieci/uczniów do/ze szkół na terenie Gminy Mińsk Mazowiecki w roku szkolnym 2023/2024”, dokumenty pochodzące z tego postępowania (Gminy Mińsk), w tym w szczególności SWZ (OPZ) i wzór umowy oraz dokumenty złożone wówczas przez wykonawcę R., w tym Wykaz pojazdów i dowody rejestracyjne pojazdów wyspecyfikowanych w poz. 4 i 11 Wykazu pojazdów złożonych w postępowaniu prowadzonym przez tego Zamawiającego. Dowody te Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego z uwagi na treść art. 535 ustawy Pzp, który stanowi, że „dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy

postępowania odwoławczego mogą przedstawić aż do zamknięcia rozprawy”. Dlatego też, dokonując oceny zasadności zarzutu w odniesieniu do pojazdów wskazanych w pozycji 8 i 9 Wykazu pojazdów złożonych u tego Zamawiającego (Gminy Wyszków) w zestawieniu z pojazdami wskazanymi w pozycji 4 i 11 Wykazu pojazdów złożonego w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Mińsk Mazowiecki Izba dokonała ich oceny.

Niewątpliwym jest, iż w.R. złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Mińsk w SWZ (załączniku nr 1 Opis przedmiotu zamówienia – pkt 10), w treści którego wskazano, że „Zamawiający wymaga aby realizacja usług była wykonywana przy wykorzystaniu pojazdów nie starszych niż 2008 rok produkcji. Pojazdy zamienne lub zastępcze również muszą spełniać powyższy warunek. (...) Pojazdy wykorzystywane do przewozu muszą być w pełni sprawne technicznie oraz gwarantować pełne bezpieczeństwo przewożonych dzieci/uczniów zgodnie z obowiązującymi przepisami. Pojazdy powinny posiadać aktualne badania techniczne, ich stan techniczny winien spełniać wymogi rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 31.12.2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz.U. z 2016 r., poz. 2022)”. Nie ma więc tu mowy o konieczności skierowania do realizacji zamówienia wyłącznie pojazdów, które zostaną wskazane w Wykazie pojazdów składanym na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający (Gmina Mińsk Mazowiecki) wskazał jedynie, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej a „warunek zostanie spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje minimum 10 środkami transportu do bezpiecznego przewozu dzieci/uczniów, wyposażonymi łącznie w ilość miejsc siedzących odpowiednią do ilości dzieci/uczniów objętych zamówieniem. Pojazdy winny być nie starsze niż z 2008 roku produkcji, posiadać aktualne badania techniczne i ubezpieczenie OC. Ocena spełnienia tego warunku zostanie dokonana na podstawie złożonego wykazu pojazdów (Załącznik nr 5B Wykaz pojazdów) oraz załączonych kopii ich dowodów rejestracyjnych.”. Jednoznacznie więc wskazano, że Wykaz pojazdów służy ocenie spełnienia tego warunku. Nawet jeżeli w § 2 ust. 2 zawartej umowy podano, że „Wykonawca zobowiązuje się do realizacji zamówienia przy wykorzystaniu potencjału osobowego i sprzętowego wskazanego w dokumentacji ofertowej.” to jednak już w kolejnym zdaniu tego ustępu dopuszczono możliwość zmiany zadeklarowanego potencjału. Zdanie drugi stanowi bowiem, że „Zmiana lub rozszerzenie zadeklarowanego potencjału może się odbywać po uzyskaniu zgody Zamawiającego. Zamiennie lub jako nowe, zgłaszane do realizacji zamówienia, zarówno osoby jak sprzęt, muszą spełniać warunki wymagane na etapie składania oferty.”. Także w § 6 ust. 4 umowy podano, iż „Wykonawca zobowiązuje się, że usługi będą świadczone pojazdami oraz za pośrednictwem personelu spełniających wszystkie wymagania Zamawiającego.”, podstawową rolę przypisując konieczności spełnienia wymagań Zamawiającego. W kontekście powyższego stwierdzić należy, że umowa zawarta z Gminą Mińsk Mazowiecki pozwala wykonawcy na zmianę pojazdu realizującego zamówienie, stawiając jedynie przed wykonawcą obowiązek spełnienia przez nowy pojazd wymogów Zamawiającego. Jedynie na marginesie podnieść jeszcze należy, że w tym postępowaniu (postępowaniu realizowanym na rzecz Gminy Mińsk Mazowiecki) wykonawca zobowiązany był wykazać, że „dysponuje minimum 10 środkami transportu” a w.R. przedstawił Wykaz pojazdów, w którym wyspecyfikował 11 pojazdów.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

**Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i wezwania wykonawcy R. do przedłożenia Wykazu Usług potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu z uwagi na to, że w.R. w przedłożonym Wykazie Usług nie wykazał, że spełnia warunek udziału postępowaniu ujęty w Rozdziale VIII pkt 8.1.4.2 SWZ, jak i też z uwagi na fakt, że usługa realizowana przez tego wykonawcę na rzecz Gminy S. w okresie od 1.1.2021 r. – 30.6.2021 r. nie stanowiła usługi przewozu o charakterze użyteczności publicznej w rozumieniu ustawy o publicznym transporcie zbiorowym z dnia 16 grudnia 2010 r.,**

**względnie: naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i wezwania wykonawcy R. do wyjaśnienia Wykazu Usług mimo, że w.R. w przedłożonym Wykazie Usług nie wykazał, że spełnia warunek udziału postępowaniu ujęty w Rozdziale VIII pkt 8.1.4.2 SWZ (zarzut 5.6. odwołania) nie potwierdziły się.**

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w Rozdziale VIII SWZ WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU podało ~~udzielenie zamówienia~~ mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na zasadach określonych w Rozdziale IX SWZ, oraz spełniają określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. (...) 8.1.4 W przypadku warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że: (...)

8.1.4.2

Wykonawca spełni warunek, 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. Ocena tego warunku będzie dokonana przez Zamawiającego, na podstawie Wykazu usług ze wskazaniem daty

wykonania usługi przewozowej w komunikacji miejskiej a potwierdzeniem spełnienia tego warunku będą referencje - Załącznik nr 6 do SWZ – Wykaz usług”.

Zamawiający, pismem z dnia 17 listopada 2023 r., działając na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę R. do złożenia podmiotowych środków dowodowych określonych w Rozdziale X Specyfikacji Warunków Zamówienia przedmiotowego postępowania w terminie do dnia 28.11.2023 r.

W odpowiedzi na powyższe w.R. złożył Wykaz usług, w którym podał „Usługę transportową w zakresie przewozów pasażerskich o użyteczności publicznej” o wartości 45 443,52 zł realizowaną w terminie „01.01.2021 – 30.06.2021” na rzecz Gminy S., dołączając do wykazu Referencje z dnia 09.11.2023 r. W treści referencji wskazano „Urząd Gminy S. niniejszym potwierdza, że firma U.T. (...) w okresie od 01.01.2021 r. do 30.06.2021 r. wykonywała usługi transportowe w zakresie przewozów pasażerskich o charakterze publicznym. Pragnę wyrazić pozytywną opinię o współpracy z firmą U.T. i polecić jako solidnego i rzetelnego partnera, godnego polecenia innym zamawiającym.”.

Zamawiający, pismem z dnia 29 listopada 2023 r., działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę R. do jednoznacznego określenia rodzaju wykonanej usługi w złożonych referencjach w ramach podmiotowych środków dowodowych określonych w Rozdziale X Specyfikacji Warunków Zamówienia przedmiotowego postępowania w terminie do dnia 04.12.2023 r. Zamawiający wskazał, że złożone Referencje, jako potwierdzenie wykonania usługi transportowej w zakresie przewozów pasażerskich o charakterze publicznym, wystawione przez Urząd Gminy S., nie wskazują dokładnie jaki zakres usług był świadczony. W związku z powyższym nie jest możliwe dokonanie przez Zamawiającego, oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wskazanego w pkt 8.1.4.2 SWZ. Mając na uwadze powyższe proszę o jednoznaczne określenie wykonania usługi, czy usługa, była usługą przewozu o charakterze użyteczności publicznej w rozumieniu ustawy o publicznym transporcie zbiorowym z dnia 16 grudnia 2010 r. (Dz. U. z 2022 r. poz.1343 z późn. zm.) i potwierdzenia odpowiednimi dowodami.

W odpowiedzi na powyższe w.R., pismem z dnia 30.11.2023 r. , wyjaśnił, że jego „firma w okresie 01.01.2020 – 30.06.2020 świadczyła usługę przewozu o charakterze użyteczności publicznej w zakresie publicznego transportu zbiorowego w celu zaspokojenia potrzeb przewozowych społeczności w gminie S.. W dniu 29.11.2023r zwróciliśmy się z prośbą do Urzędu Gminy S. o dokładniejsze sprecyzowanie zakresu wykonanej usługi, w celu rozszerzenia wystawionych referencji, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu zgodnie z: Rozdział VIII 8.1.4.2 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.”. Do przedmiotowego pisma załączył Referencje z dnia 29.11.2023 r., w treści których wskazano „Urząd Gminy S. niniejszym potwierdza, że firma U.T. (...) w okresie od 01.01.2021 r. do 30.06.2021 r. wykonywała usługi o charakterze publicznym w zakresie publicznego transportu zbiorowego wykonywanego przez Operatora publicznego transportu zbiorowego w celu bieżącego i nieprzerwanego zaspokajania potrzeb przewozowych społeczności w Gminie S. zgodnie z zawartymi umowami nr 272/228/2020 oraz 270/25A/2021. Pragnę wyrazić pozytywną opinię o współpracy z firmą U.T. i polecić jako solidnego i rzetelnego partnera, godnego polecenia innym zamawiającym.”.

Odwołujący we wniesionym odwołaniu w zakresie powyższych zarzutów podniósł m.in., iż w przedstawionym opisie usługi zrealizowanej przez wykonawcę R. na rzecz Gminy S. nie zawarto jakichkolwiek informacji, które pozwoliłyby dokonać oceny. Wykonawca powtórzył w tym zakresie treść warunku udziału w postępowaniu. Pomiędzy treścią Wykazu Usług a treścią referencji, mimo złożenia nowego Wykazu usług i referencji istnieje rozbieżność wobec czego kwestia przedmiotu usług realizowanych na rzecz Gminy S. powinna być przynajmniej przedmiotem szczegółowej weryfikacji ze strony Zamawiającego w trybie przewidzianym art. 128 ust. 4 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp stanowi:

*„1. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:*

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub*
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.*

*(...)*

*4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.”.*

Art. 128 ust. 1 Pzp przewiduje obowiązek dodatkowego wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia lub

uzupełnienia niezłożonych, niekompletnych lub zawierających błędy dokumentów lub oświadczeń. Obowiązek ten dotyczy przy tym wyłącznie dokumentów lub oświadczeń wymaganych przez zamawiającego, do których złożenia wykonawca był wzywany w trybie – odpowiednio – art. 126 ust. 1 Pzp albo art. 274 ust. 1 Pzp. Natomiast art. 128 ust. 4 ustawy Pzp przewiduje jedynie możliwość żądania wyjaśnień dotyczących treści oświadczeń lub dokumentów określonych w art. 125 ust. 1.

W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający postawił w SWZ warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej, tj. warunek posiadania minimum 3 letniego doświadczenia w świadczeniu usług przewozowych w komunikacji miejskiej, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje usługę w zakresie przewozu osób w komunikacji miejskiej, na potwierdzenie którego w.R. złożył Wykaz usług, w którym wskazał realizację konkretnego zamówienia oraz dokument potwierdzający jego należyte wykonanie, tj. referencje. Treść referencji była przedmiotem dodatkowych wyjaśnień wykonawcy składanych w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp. Wykonawca ten był bowiem wezwany do jednoznacznego określenia rodzaju wykonanej usługi, gdyż przedstawione referencje – jak wskazał w wezwaniu Zamawiający - nie wskazywały dokładnie jaki zakres usług był świadczony. I taki dokument (referencje) rozszerzony o wymagany przez Zamawiającego zakres przez wykonawcę R. został złożony. W ich treści jednoznacznie wskazano, że „firma (...) w okresie od 01.01.2021 r. do 30.06.2021 r. wykonywała usługi o charakterze publicznym w zakresie publicznego transportu zbiorowego wykonywanego przez Operatora publicznego transportu zbiorowego w celu bieżącego i nieprzerwanego zaspokajania potrzeb przewozowych społeczności w Gminie S.”, rozwiewając powstałe w tym zakresie wątpliwości. Podkreślić przy tym należy, że składany przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykaz usług ma potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu, tj. posiadanie odpowiedniego doświadczenia w realizacji usług określonych w warunku, natomiast referencje mają li tylko potwierdzać należyte ich wykonanie. Referencje nie służą bowiem potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż ten fakt – jak słusznie wskazał Przystępujący – potwierdza sam wykonawca w składanym w wykazie oświadczeniu. Brak jest więc podstaw do wzywania tego wykonawcy do składania jakichkolwiek dodatkowych wyjaśnień czy to w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, czy też w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp.

Odnosząc się do treści pisma złożonego przez wykonawcę R. w odpowiedzi na wezwanie z dnia 29 listopada 2023 r. i wskazanego tam błędnego okresu w jakim świadczona była usługa referencyjna stwierdzić należy, że istotnie znajduje się w nim omyłka pisarska dotycząca okresu wykonywania usługi. Powyższe wynika z treści złożonego, w odpowiedzi na wezwanie z dnia 17 listopada 2023 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych, Wykazu usług oraz treści Referencji wówczas i obecnie złożonych. Fakt ten, tj. realizacji wskazanych usług potwierdzają również złożone przez Odwołującego m.in. umowy nr 270/25A/2021 i 272/228/2020 zawarte przez wykonawcę R. z Gminą S..

Odnosząc się z kolei do okoliczności wskazanych dopiero w piśmie z dnia 7 lutego 2024 r., a dotyczących konieczności dokonania oceny usługi referencyjnej wskazanej przez wykonawcę R. w Wykazie usług przez pryzmat art. 25 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym podnieść należy, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że w postępowaniu odwoławczym Izba rozstrzyga tylko w przedmiocie zarzutów zawartych w odwołaniu. Nie jest więc możliwe podniesienie nowych zarzutów ani też rozszerzenie podstawy faktycznej zarzutów, w tym także na rozprawie, a więc po upływie terminu na wniesienie odwołania. Zarzuty podnoszone przez Odwołującego w odwołaniu konstruowane są wobec konkretnych czynności podejmowanych przez Zamawiającego. Poza wskazaniem naruszanych przepisów istotne znaczenie ma sprecyzowanie na czym polega ich naruszenie w konkretnym przypadku, co wymaga szczegółowego opisu kwestionowanego działania. Odwołujący wniósł odwołanie, w którym podnosząc zarzut będący przedmiotem powyższych rozważań nie odniósł się w ogóle do kwestii oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej, tj. warunku posiadania minimum 3 letniego doświadczenia w świadczeniu usług przewozowych w komunikacji miejskiej, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje usługę w zakresie przewozu osób w komunikacji miejskiej w kontekście przepisów ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym, w tym do art. 4 i 25 powołanej ustawy. Okoliczności te pojawiły się dopiero na etapie postępowania odwoławczego. Odwołujący dopiero w dniu 7 lutego 2024 r. złożył pismo procesowe w sprawie, w którym okoliczności te podniósł. Tymczasem Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania Zamawiającego jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Oznacza to, że na tym etapie postępowania, precyzowanie zarzutu a w zasadzie dopiero faktyczne jego sformułowanie nie może mieć miejsca, gdyż stanowi nieuprawnione rozszerzenie zarzutu (jego podstawy prawnej i faktycznej).

Dlatego też Izba uznała, że zarzuty te nie potwierdziły się.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania

odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

**Przewodnicząca:** .....