

WYROK

z dnia 22 sierpnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 sierpnia 2023 r. **przez odwołującego:** S. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą S. M. Usługi Przewozowe Osobowe i Towarowe „MISZTOUR” 26-065 Rykoszyn ul. Świętokrzyska 100 w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:**

Centrum Usług Wspólnych 29-105 Krasocin, ul. Macierzy Szkolnej 1

z udziałem przystępującego: C. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą C. P. „TRANS-BUS” 29-100 Włoszczowa, ul. Dworcowa 1

po stronie zamawiającego

orzeka:

oddala odwołanie

kosztami postępowania obciąża **odwołującego:** S. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą S. M. Usługi Przewozowe Osobowe i Towarowe „MISZTOUR” 26-065 Rykoszyn ul. Świętokrzyska 100 i:

liczy w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez **odwołującego:** S. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą S. M. Usługi Przewozowe Osobowe i Towarowe „MISZTOUR” 26-065 Rykoszyn ul. Świętokrzyska 100, tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie

Przewodniczący:

uzasadnienie

odwołanie

na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710, z późn. zm., dalej jako: p.z.p.), niniejszym wnoszę odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie podstawowym (bez możliwości prowadzenia negocjacji) pn. „Dowóz uczniów do placówek oświatowych na terenie Gminy Krasocin wraz z zapewnieniem opieki w czasie przejazdu w roku szkolnym 2023/2024”, nr referencyjny CUW.261.1.2.2023.GS (dalej jako: Postępowanie), polegających na:

1) odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego;

2) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez C. P., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą C. P. "TRANS-BUS" (dalej jako: Trans Bus);

3) wyborze oferty złożonej przez Trans Bus, którym zarzucam naruszenie przepisów:

1) art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. poprzez niewskazane w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej z 28.07.2023 r. uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego, co uniemożliwia Odwołującemu zapoznanie się z motywami, którymi kierował się Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego;

ewentualnie w razie uznania, że Zamawiający wskazał uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty,

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w oparciu o wadliwie wskazaną podstawę prawną i niekorespondującą z nią w żaden sposób podstawę faktyczną, co uniemożliwia Odwołującemu jednoznaczne zapoznanie się z motywami, którymi kierował się Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego;

ewentualnie, ze skrajnie dalece posuniętej ostrożności procesowej, w razie uznania, że na podstawie treści zawiadomienia o wyborze oferty z 28.07.2023 r. możliwe jest zrekonstruowanie podstaw odrzucenia oferty,

3)art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w oparciu o przesłankę odrzucenia dotyczącą niezgodności oferty z ustawą nieznaną zastosowania w stanie faktycznym Postępowania, podczas gdy złożona przez Odwołującego oferta była zgodna z przepisami p.z.p. oraz aktów wykonawczych do p.z.p.;

ewentualnie, ze skrajnie dalece posuniętej ostrożności procesowej, w razie uznania, że na podstawie treści zawiadomienia o wyborze oferty z 28.07.2023

r. możliwe jest zrekonstruowanie podstaw odrzucenia oferty,

4)art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. w zw. z pkt 3.7 w zw. z pkt 3.16 w zw. z pkt 3.17 SWZ poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego w oparciu o przesłankę odrzucenia dotyczącą niezgodności oferty z warunkami zamówienia, tj. niespełnianie przez niektóre autobusy Odwołującego wskazane w złożonym wykazie (zał. nr 8 do SWZ) wymogów określonych w § 22 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz. U. z 2016 r. poz. 2022, z późn. zm., dalej jako: Rozporządzenie Ministra Infrastruktury), przy jednoczesnym:

a)braku wskazania podstaw faktycznych tego odrzucenia,

b)niewskazaniu przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty na czym polega i w stosunku, do których z autobusów zachodzi niezgodność z wymogami zawartymi w § 22 rozporządzenia Ministra Infrastruktury,

c)braku wskazania przez Zamawiającego na podstawie jakiej informacji (dokumentu) „ze starostwa” Zamawiający doszedł do wniosku, że nie wszystkie autobusy ujęte w zał. nr 8 do SWZ nie spełniają wymogów zawartych w § 22 rozporządzenia Ministra Infrastruktury,

5)art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. w zw. z pkt 3.7 w zw. z pkt 3.16 w zw. z pkt 3.17 w zw. z pkt 6.1.2.c) i pkt 10.2.3 SWZ poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w oparciu o przesłankę odrzucenia dotyczącą niezgodności oferty z warunkami zamówienia, tj. niespełnianie przez niektóre autobusy Odwołującego wskazane w złożonym wykazie (zał. nr 8 do SWZ) wymogów określonych w § 22 rozporządzenia Ministra Infrastruktury, podczas gdy:

a)Zamawiający nie wskazał w SWZ wymaganej (minimalnej) liczby autobusów, które wykonawca powinien przeznaczyć do realizacji zamówienia, a tym samym nie określił liczby autobusów mających spełniać wymóg zawarty w § 22 rozporządzenia Ministra Infrastruktury;

b)Zamawiający zaprojektował treść SWZ w taki sposób, że nie postawił warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej (tj. potencjału technicznego), a mimo to zażądał przedłożenia wykazu narzędzi (zał. nr 8 do SWZ) wskazując, że „potwierdzeniem spełniania warunku będzie przedstawienie wykazu pojazdów”;

6)art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2, art. 218 ust. 2 p.z.p., art. 7 pkt 17 p.z.p., pkt 3.16 1 3.7 SWZ poprzez błędne utożsamianie przez Zamawiającego oferty z podmiotowym środkiem dowodowym w postaci zał. nr 8 do SWZ (wykaz pojazdów), na podstawie czego Zamawiający uznał, że Odwołujący będzie faktycznie realizował zamówienie wszystkimi autobusami wskazanymi w treści podmiotowego środka dowodowego, tj. zał. nr 8 do SWZ (wykaz pojazdów), który to zasadniczo winien potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a nie spełnianie warunków (wymogów) z opisu przedmiotu zamówienia;

7)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) w zw. z art. 274 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Trans Bus, w sytuacji gdy wskazany wykonawca w odpowiedzi na wezwanie z 17.07.2023 r. nie przedłożył wymaganego przez Zamawiającego wydruku danych z systemu CEPIK potwierdzającego, że pojazdy ujęte w wykazie autobusów (zał. nr 8 do SWZ) spełniają wymagania określone w § 22 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury;

8)art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Trans Bus i uznanie, że oferta ta spełnia warunki zamówienia (w konsekwencji czego oferta ta została wybrana jako najkorzystniejsza) w oparciu o dokumenty niewymagane i nieokreślone przez Zamawiającego w treści SWZ, m.in. w oparciu o zaświadczenie Starostwa Powiatowego we Włoszczowie z 19 lipca 2023 r., które to dokumenty jednocześnie nie potwierdzają spełniania przez Trans Bus warunków zamówienia;

9)art. 239 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 2 p.z.p. poprzez wybór oferty złożonej przez Trans Bus, podczas gdy oferta ta nie była najkorzystniejszą ze złożonych w Postępowaniu.

W oparciu o powyższe zarzuty, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i:

1)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności zawiadomienia o wyborze oferty z 28.07.2023 r. w całym zakresie (tj. w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego) oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert;

2)nakazanie Zamawiającemu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego;

3)dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści uzasadnienia Odwołania (znajdujących się w aktach sprawy), jak również z załączonych dokumentów w postaci: (1) Wniosek Odwołującego do CEPIK - potwierdzenie złożenia w dniu 13 lipca 2023 r. oraz (2) Informacja ze strony CEPIK o terminie rozpatrzenia wniosku;

4)zobowiązanie Zamawiającego przez skład orzekający - na podstawie przepisu art. 536 p.z.p. - do przedstawienia przez Zamawiającego, wskazanego w treści uzasadnienia zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z 28 lipca 2023 r. dokumentu zawierającego „informację ze starostwa”, z której wynika, że nie wszystkie autobusy wskazane przez Odwołującego w zał. nr 8 do SWZ spełniają wymóg z pkt 3.7 SWZ;

5)zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym uzasadnionych kosztów zgodnie ze spisem kosztów przedłożonym podczas rozprawy.

WSKAZANIE INTERESU ODWOŁUJĄCEGO

Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania. W toku Postępowania jego oferta została odrzucona przez Zamawiającego z naruszeniem przepisów p.z.p., pomimo, że była ofertą najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w Postępowaniu. W wyniku niezgodnych z przepisami p.z.p. czynności i zaniechań Zamawiającego Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na niezyskaniu zamówienia w wyniku przeprowadzonego Postępowania.

TERMIN DO WNIESIENIA ODWOŁANIA, OPŁATA OD ODWOŁANIA I PRZESŁANIE ODWOŁANIA BEZPOŚREDNIO DO ZAMAWIAJĄCEGO

Czynność Zamawiającego stanowiąca podstawę do wniesienia Odwołania, tj. zawiadomienie o wyborze oferty z 28.07.2023 r. została przekazana wykonawcom oraz zamieszczona na stronie internetowej prowadzonego Postępowania 28.07.2023 r.

Wobec tego, 5-dniowy termin na wniesienie odwołania - zgodnie z przepisem art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a p.z.p. - upływa z dniem 2 sierpnia 2023 r., co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem terminu.

Nadto, od odwołania została wniesiona opłata w kwocie 7.500 zł, która została uiszczona przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

Co więcej, zgodnie z treścią przepisu art. 514 ust. 2 p.z.p., odwołanie zostało - w formie elektronicznej - przekazane Zamawiającemu w dniu 2 sierpnia 2023 r., tj. przed upływem terminu do wniesienia odwołania.

Zgodnie z przepisem art. 516 ust. 2 pkt 2 p.z.p., Odwołujący dołączył do odwołania dowód przekazania odwołania Zamawiającemu. Z ostrożności Odwołujący wskazuje, że powyższy dowód będzie dołączony jako załącznik do egzemplarza pisma wnoszonego do KIO.

Dowód:

- 1.potwierdzenie uiszczenia opłaty,
- 2.potwierdzenie przesłania odwołania bezpośrednio do zamawiającego.

ZWIĘZŁY OPIS STANU FAKTYCZNEGO

Zamawiający prowadzi Postępowanie, którego przedmiotem jest dowóz uczniów do placówek oświatowych na terenie Gminy Krasocin wraz z zapewnieniem opieki w czasie przejazdu w roku szkolnym 2023/2024.

19 czerwca 2023 r. Zamawiający wybrał ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą.

Pomimo tego, pismem z 6 lipca 2023 r., Zamawiający wezwał Odwołującego - w trybie art. 274 ust. 1 p.z.p. - do uzupełnienia załącznika nr 8 do SWZ poprzez przedłożenie wykazu/wydruku z CEiDG. W wezwaniu Zamawiający wyznaczył Odwołującemu niecałą dobę.

12 lipca 2023 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz przystąpił do powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

12 lipca 2023 r. Zamawiający, „na podstawie przepisu art. 128 p.z.p.” wezwał Odwołującego „do uzupełnienia załącznika

nr 8 do SWZ dotyczącego wykazu pojazdów. Bardzo proszę o wykaz/wydruk z Centralnej Ewidencji Pojazdów i Kierowców dla pojazdów ujętych w wykazie od numeru 1 do 9 potwierdzających spełnienie zapisu ustawowego określonego w SWZ w pkt 3.7. Cytuje: "3.7. Usługa dowozu dzieci musi być realizowana autobusami spełniającymi wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia, w tym spełniającymi warunki dla autobusów szkolnych określone w § 22 tego rozporządzenia, a ponadto wyposażonymi w pasy bezpieczeństwa na siedzeniach, przed którymi nie ma innych siedzeń oraz na siedzeniu kierowcy".

Odwołujący złożył wniosek do CEPIK o udostępnienie powyższych dokumentów 13 lipca 2023 r., lecz czas oczekiwania na tego rodzaju zaświadczenie wynosi 30 dni - o czym Odwołujący poinformował Zamawiającego w odpowiedzi na wezwanie w dniu 16 lipca 2023 r.

Abstrahując od faktu, że zgodnie z SWZ Zamawiający nie określił, że będzie wymagał od Wykonawców tego dokumentu, to Odwołujący nie miał technicznej możliwości zadośćuczynić wezwaniu Zamawiającego z uwagi na czas rozpatrywania wniosku.

28 lipca 2023 r. Zamawiający wybrał ofertę Trans Bus jako najkorzystniejszą oraz odrzucił - na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 p.z.p. - ofertę złożoną przez Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego, powyższa czynność narusza przepisy prawa.

Dowód:

- 1.SWZ (w aktach sprawy),
- 2.Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 19 czerwca 2023 r. (w aktach sprawy),
- 3.Wezwanie z 6 lipca 2023 r. (w aktach sprawy),
- 4.Zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru z 12 lipca 2023 r. (w aktach sprawy),
- 5.Wezwanie z 12 lipca 2023 r. (w aktach sprawy),
- 6.Wniosek Odwołującego do CEPIK - potwierdzenie złożenia w dniu 13 lipca 2023 r.,
- 7.Informacja ze strony CEPIK o terminie rozpatrzenia wniosku,
- 8.Pismo Odwołującego z 16 lipca 2023 r. (w aktach sprawy),
- 9.Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 28 lipca 2023 r. (w aktach sprawy).

UZASADNIENIE ZARZUTÓW NR 1 I 2

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył przepis art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p.

Powyższe naruszenie objawia się niewskazaniem w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej z 28.07.2023 r. uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego, co jednocześnie uniemożliwia Odwołującemu zapoznanie się z motywami, którymi kierował się Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego.

Naruszenie opisane w zarzucie nr 1, jak wskazano w dalszej części uzasadnienia, istotnie ogranicza, jeśli nawet nie uniemożliwia polemikę z Zamawiającym, stąd też niektóre zarzuty zostały podniesione przez Odwołującego ewentualnie.

Wobec tego, w razie uznania, że Zamawiający wskazał uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty, Odwołujący podnosi zarzut naruszenia przepisów art. 226 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p., które objawia się odrzuceniem oferty Odwołującego w oparciu o wadliwie wskazaną podstawę prawną i niekorespondującą z nią w żaden sposób podstawę faktyczną, co uniemożliwia Odwołującemu jednoznaczne zapoznanie się z motywami, którymi kierował się Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego.

W treści zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

Dowód:

- 1.Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 28 lipca 2023 r. (w aktach sprawy).

Uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego, Zamawiający poprzestał jedynie na lakonicznej informacji o następującej treści, że oferta ta „nie spełnia określonych w ustawie wymogów formalnych”.

Analizując treść uzasadnienia powyższej czynności trudno nie odnieść wrażenia, że Zamawiający nie tyle nawet niedokładnie określił powody odrzucenia oferty, co w ogóle nie podał przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego.

Zamawiający poprzestał jedynie na lapidarnej informacji, że oferta ta „nie spełnia określonych w ustawie wymogów formalnych”, stanowiącej de facto powtórzenie treści przepisu art. 226 ust. 1 pkt 3 p.z.p., pomimo faktu, że Zamawiający przywołał jako podstawę przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

Jednocześnie, Zamawiający nie wskazał:

- 1)jaka część/treść oferty,
- 2)nie spełnia jakich wymogów,
- 3)z jakiej ustawy,

wobec czego Odwołujący został pozbawiony możliwości zapoznania się z motywami, które skutkowały odrzuceniem jego oferty.

Na skutek tak sporządzonego uzasadnienia Odwołujący de facto może jedynie domyślać się przyczyn odrzucenia jego oferty.

Jak wskazuje się w orzecznictwie: „Dokonując oceny prawidłowości czynności zamawiającego Izba opiera się na okolicznościach faktycznych, które zostały zakomunikowane wykonawcy w decyzji o odrzuceniu jego oferty. To w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający powinien przedstawić zarówno uzasadnienie faktyczne, jak i prawne tej czynności w sposób wyczerpujący, rzetelny i przejrzysty, do czego też obliuguje zamawiającego treść art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 ust. 1 p.z.p. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu ofert powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji Zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować.” (zob. wyrok KIO z 31.03.2023 r., KIO 719/23).

Treść (a w zasadzie - brak) uzasadnienia utrudnia, o ile nawet nie uniemożliwia Odwołującemu polemikę z czynnością Zamawiającego na gruncie środków ochrony prawnej, przewidzianych w p.z.p.

O tym, że prawidłowo sporządzone, wyczerpujące i jednoznaczne uzasadnienie prawne i faktyczne odrzucenia oferty ma istotny wpływ ewentualne środki ochrony prawnej wielokrotnie wskazywała w swoim orzecznictwie Krajowa Izba Odwoławcza, podkreślając m.in., że:

1) „Uzasadnienie faktyczne i prawne podane przez Zamawiającego wykonawcy wyznacza maksymalny zakres kognicji Izby. Nie można wymagać od wykonawcy, aby odwoływał się od czynności, dla której uzasadnienia mu nie podano. Innymi słowy podane Odwołującemu w tym postępowaniu przez Zamawiającego uzasadnienie, zwłaszcza faktyczne, konstytuuje czynność podjętą przez Zamawiającego względem wykonawcy, który może i musi ją zwalczać wyłącznie w zakresie okoliczności, które legły u jej podstaw i zostały mu zakomunikowane. Zastosowanie danej podstawy prawnej odrzucenia mogą uzasadniać różnorodne okoliczności faktyczne. Stąd właśnie nie tylko wskazany przepis, ale przede wszystkim skonkretyzowane okoliczności faktyczne uzasadniające jego zastosowanie, wyznaczają czynność podjętą przez Zamawiającego, a w konsekwencji - jeżeli wykonawca odwoła się od niej - zakres kognicji Izby” (zob. wyrok KIO z 23.05.2022 r., KIO 1132/22).

2)„To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 p.z.p. wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie - jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. W związku z powyższym zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty. Ocena dokonywana przez Izbę w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego i polegać na badaniu istnienia podstaw do odrzucenia oferty w szerszym aspekcie.” (zob. wyrok KIO z 1.02.2022 r., KIO 122/22),

3) „Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 p.z.p. Zamawiający powinien podać powody odrzucenia oferty. Zamawiający podaje podstawy prawne (przepis Prawa zamówień publicznych) oraz faktyczne (jaka treść złożonej oferty nie odpowiada jakiej treści SIWZ). Tak opisany obowiązek ustawowy służy celom nie tylko informacyjnym, ale ma doniosłe skutki dla postępowania - wykonawca, znając powody odrzucenia złożonej przez siebie oferty, może albo z nimi się zgodzić, albo

polemizować z nimi w drodze środków ochrony prawnej. Tymczasem w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego, nie wynikała żadna informacja, z której można byłoby wywieść, z jakiego powodu oferta została odrzucona. (...) Ta informacja powinna być zawarta w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, a w razie jej braku - złożenie odwołania było jedyną skuteczną drogą dochodzenia swoich praw przez Odwołującego." (zob. wyrok KIO z 16.09.2019 r., KIO 1688/19),

4), Izba w pełni podziela stanowisko prezentowane przez Odwołującego, poparte konkretnym orzecznictwem Izby, zasadzające się na tym, że lakoniczne uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty P. nie może być potraktowane jako prawidłowe wypełnienie przez Zamawiającego obowiązku wynikającego z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp. Izba potwierdza, że Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego zobowiązany był w sposób pełny i wyczerpujący opisać wszystkie okoliczności towarzyszące tej czynności, ponieważ w innym przypadku wykonawca może jedynie domyślać się podstaw faktycznych, stanowiących podstawę odrzucenia jego oferty. Skutkiem wadliwego sporządzenia przez Zamawiającego uzasadnienia odrzucenia oferty P., z uwagi na jego ogólność, bez wątpienia jest niemożność prawidłowego postawienia zarzutów odwołania. W związku z powyższym Izba potwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp i nakazała Zamawiającemu sporządzenie pełnego, pisemnego uzasadnienia oceny oferty, zawierającego szczegółowe wskazanie powodów i przyczyny, dokonanej czynności." (zob. wyrok KIO z 3.03.2017 r., KIO 329/17),

5), „Istotą uzasadnienia nie powinien być natomiast sam wynik oceny wyjaśnień, ale prezentacja przyczyn, które do takiej oceny doprowadziły. Za niedopuszczalne należy uznać ograniczenie uzasadnienia odrzucenia oferty do kilku ogólnych sformułowań, a następnie dopiero na etapie postępowania odwoławczego wypełnianie ich konkretną treścią." (zob. wyrok KIO z 16.11.2018 r., KIO 2224/18).

UZASADNIENIE ZARZUTU NR 3

Powyższy zarzut, jak wskazano w petitum, podniesiony jest przez Odwołującego ewentualne, w razie uznania, że na podstawie treści zawiadomienia o wyborze oferty z 28.07.2023 r. możliwe jest zrekonstruowanie podstaw odrzucenia oferty.

W takim wypadku Odwołujący, z dalece posuniętej ostrożności, zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w oparciu o przesłankę odrzucenia dotyczącą niezgodności oferty z ustawą nieznaną zastosowania w stanie faktycznym Postępowania, podczas gdy złożona przez Odwołującego oferta była zgodna z przepisami p.z.p. oraz aktów wykonawczych do p.z.p.

W zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z 28 lipca 2023 r., Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 p.z.p. i wskazał, że oferta Odwołującego „nie spełnia określonych w ustawie wymogów formalnych”.

Dowód:

1. Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 28 lipca 2023 r. (w aktach sprawy).

Jednocześnie, jak wskazuje się w piśmiennictwie w odniesieniu do przepisu art. 226 ust. 1 pkt 3 p.z.p.:

„Przez pojęcie ustawy należy rozumieć Pzp oraz akty wykonawcze do Pzp. W przypadku niezgodności oferty z innymi aktami prawnymi niż Pzp (np. innymi ustawami) zastosowanie może znaleźć art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp. art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp nie odwołuje się do zamkniętego katalogu możliwych uchybień w postaci, formie lub treści oferty, które wskazywałyby na jej niezgodność z treścią Pzp.

Przykładowe uchybienia skutkujące odrzuceniem oferty będą dotyczyć:

- 1) braku zachowania właściwej formy oferty, która określona została pod rygorem nieważności w Pzp. (...);
- 2) niezgodności oferty z niektórymi zasadami Pzp, w szczególności zasadą pisemności i zasadą języka polskiego;
- 3) złożenia więcej niż tylko jednej oferty (art. 218 Pzp), z zastrzeżeniem dotyczącym oferty wariantowej;
- 4) złożenia oferty dodatkowej, w której cena lub koszt są wyższe niż w złożonej ofercie (art. 251 Pzp).”.

W odniesieniu do powyższego, należy z całą stanowczością podkreślić, że w niniejszym stanie faktycznym w odniesieniu do Odwołującego, nie wystąpiła przesłanka niezgodności oferty z przepisami ustawy (tj. z p.z.p. oraz aktów wykonawczych do p.z.p.).

Oferta została złożona we właściwej formie, została należycie podpisana zgodnie z wymogami określonymi w SWZ oraz została sporządzona w języku polskim. Jednocześnie, Odwołujący nie składał więcej niż jednej oferty, czy oferty

dodatkowej.

Oferta Odwołującego była zatem zgodna z przepisami p.z.p. oraz aktami wykonawczymi do p.z.p., a w szczególności z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie.

W odniesieniu do przykładowego katalogu zawartego w przytoczonym wcześniej komentarzu, w niniejszym stanie faktycznym nie wystąpiła żadna ze wskazanych tam okoliczności.

Z dalece posuniętej ostrożności należy podkreślić, że Zamawiający nie wskazał nadto ustawy innej niż p.z.p., z którą to oferta Odwołującego ewentualnie byłaby niezgodna.

Należało zatem uznać, że oferta Odwołującego jest zgodna z przepisami ustawy, co w konsekwencji uniemożliwiało jej odrzucenie na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 3 p.z.p.

UZASADNIENIE ZARZUTU NR 4 i 5

Powyższy zarzut, jak wskazano w petitum, podniesiony jest przez Odwołującego ewentualne, w razie uznania, że na podstawie treści zawiadomienia o wyborze oferty z 28.07.2023 r. możliwe jest zrekonstruowanie podstaw odrzucenia oferty.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył przepisy art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. w zw. z pkt 3.7 w zw. z pkt 3.16 w zw. z pkt 3.17 SWZ.

Powyższe naruszenie objawia się bezpodstawnym odrzuceniem oferty Odwołującego w oparciu o przesłankę odrzucenia dotyczącą niezgodności oferty z warunkami zamówienia, tj. niespełnianie przez niektóre autobusy Odwołującego wskazane w złożonym wykazie (zał. nr 8 do SWZ) wymogów określonych w § 22 rozporządzenia Ministra Infrastruktury.

Jednocześnie jednak Zamawiający:

a)nie wskazał wskazania podstaw faktycznych odrzucenia oferty Odwołującego,

b)nie wskazał w uzasadnieniu odrzucenia oferty na czym polega i w stosunku do których z autobusów zachodzi niezgodność z wymogami zawartymi w § 22 rozporządzenia Ministra Infrastruktury,

c)nie wskazał na podstawie jakiej informacji (dokumentu) „ze starostwa” Zamawiający doszedł do wniosku, że nie wszystkie autobusy ujęte w zał. nr 8 do SWZ nie spełniają wymogów zawartych w § 22 rozporządzenia Ministra Infrastruktury.

Dowód:

1.Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 28 lipca 2023 r. (w aktach sprawy).

Nadto, Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. w zw. z pkt 3.7 w zw. z pkt 3.16 w zw. z pkt 3.17 w zw. z pkt 6.1.2.c) i pkt 10.2.3 SWZ, co objawia się bezzasadnym odrzuceniem oferty Odwołującego w oparciu o przesłankę odrzucenia dotyczącą niezgodności oferty z warunkami zamówienia, tj. niespełnianie przez niektóre autobusy Odwołującego wskazane w złożonym wykazie (zał. nr 8 do SWZ) wymogów określonych w § 22 rozporządzenia Ministra Infrastruktury.

W rzeczywistości jednak Zamawiający:

a)nie wskazał w SWZ wymaganej (minimalnej) liczby autobusów, które wykonawca powinien przeznaczyć do realizacji zamówienia, a tym samym nie określił liczby autobusów mających spełniać wymóg zawarty w § 22 rozporządzenia Ministra Infrastruktury;

b)zaprojektował treść SWZ w taki sposób, że nie postawił warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej (tj. potencjału technicznego), a mimo to zażądał przedłożenia wykazu narzędzi (zał. nr 8 do SWZ) wskazując, że „potwierdzeniem spełniania warunku będzie przedstawienie wykazu pojazdów”.

Dowód:

1.SWZ (w aktach sprawy)

Niewskazanie podstaw faktycznych odrzucenia oferty oraz niewskazanie w uzasadnieniu odrzucenia oferty jakich

wymogów nie spełnił Odwołujący oraz w oparciu o jakie dokumenty Zamawiający doszedł do takiego wniosku

Motywuując powyższe zarzuty należy w pierwszej kolejności zwrócić uwagę na treść uzasadnienia zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z 28.07.2023 r., w którym Zamawiający zawarł następującą informację:

Usługa dowozu dzieci musi być realizowana autobusami spełniającymi wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (t. j. Dz. U. z 2016 r., poz. 2022 ze zm.), w tym spełniającymi warunki dla autobusów szkolnych określone w § 22 tego rozporządzenia, a ponadto wyposażonymi w pasy bezpieczeństwa na siedzeniach, przed którymi nie ma innych siedzeń oraz na siedzeniu kierowcy. Z informacji uzyskanych „ze starostwa” nie wszystkie autobusy ujęte w załączniku nr 8 spełniają wyżej wymienione wymagania.

Dowód:

1. Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 28 lipca 2023 r. (w aktach sprawy).

Treść tego lakonicznego uzasadnienia nie wskazuje jednak na podstawy faktyczne, które motywowałyby odrzucenie oferty Odwołującego. Powyższa treść nie wskazuje szczegółowo na czym polega i w stosunku do których z autobusów zachodzi niezgodność z wymogami zawartymi w § 22 rozporządzenia Ministra Infrastruktury (pkt 3.7 SWZ). Po jej analizie Odwołujący nie może uzyskać jednoznacznej informacji, na czym polega owa niezgodność, jak również w odniesieniu do których pojazdów - zdaniem Zamawiającego - owa niezgodność wystąpiła w niniejszym Postępowaniu.

Co również istotne, analiza powyższych motywów odrzucenia oferty Odwołującego prowadzi do wniosku, że Zamawiający w oparciu o bliżej nieokreśloną - tak co do treści, jak i do źródła - informację „ze starostwa” uznał, że niektóre autobusy Odwołującego nie spełniają wymogów z § 22 rozporządzenia Ministra Infrastruktury (pkt 3.7 SWZ).

Wskazać przy tym należy, że Odwołujący nie przedkładał Zamawiającemu żadnego dokumentu pochodzącego „ze starostwa”, jak również nie nawet wezwany do przedłożenia jakiegokolwiek dokumentacji pochodzącej „ze starostwa”.

Nadto, w przesłanym protokole i dokumentacji przetargowej, ciężko doszukać się jakiegokolwiek dokumentu pochodzącego „ze starostwa”, który zawierałby informacje dotyczącą spełniania przez określone pojazdy Odwołującego wymogów z § 22 rozporządzenia Ministra Infrastruktury (pkt 3.7 SWZ).

Powyższa czynność świadczy o naruszeniu przez Wykonawcę zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Abstrahując nawet od kwestii lapidarnego, niejasnego i nieprecyzyjnego uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, nie można przejść obojętnie obok faktu, że Zamawiający dokonuje jakichkolwiek ustaleń czy ocenia ofertę wykonawcy biorącego udział w Postępowaniu w oparciu o bliżej nieokreślone i niezajdujące pokrycia w dokumentacji przetargowej „informacje ze starostwa”.

Brak określenia liczby autobusów wymaganych do realizacji zamówienia, jak również w zakresie warunków udziału w postępowaniu

Co więcej, odnosząc się do treści SWZ nie sposób jednoznacznie uznać, którego wymogu i w jakim zakresie - w mniemaniu Zamawiającego - nie spełnił Odwołujący.

Analizując treść SWZ, w szczególności Rozdział 3 stanowiący opis przedmiotu zamówienia, nie sposób doszukać się informacji co do wymaganej przez Zamawiającego minimalnej liczby autobusów, którymi wykonawca miałby świadczyć usługę. W takim stanie rzeczy trudno de facto doszukać się w SWZ treści dotyczącej*warunków zamówienia, do której* mogłaby referować opisana przez Zamawiającego (skrajnie enigmatycznie i lakonicznie) podstawa faktyczna odrzucenia oferty.

Dowód:

1. SWZ (w aktach sprawy).

W żaden sposób, nawet pośrednio, nie da się również wyinterpretować tej liczby przez pryzmat warunków udziału w postępowaniu - bo tych Zamawiający nie postawił. W szczególności rozdziale 5 i 6 SWZ, nie sposób doszukać się postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej - zasób narzędzi, urządzeń, pojazdów, w której ten wskazałby wymaganą liczbę autobusów.

SWZ, ani ogłoszenie o zamówieniu nie zawierają zastrzeżonego warunku udziału w postępowaniu - zdolność techniczna lub zawodowa w zakresie posiadanych zasobów. Dokumenty te nie określają - przykładowo:

- a) minimalnej liczby autobusów,
- b) maksymalnego wieku autobusów,
- c) maksymalnego przebiegu,
- d) minimalnej liczby siedzeń,

których posiadanie musi wykazać Wykonawca biorący udział w postępowaniu.

Co istotne, Zamawiający w pkt 6.1.2.c) SWZ zażądał od wykonawców przedłożenia:

„c) w/s wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy usługi w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami. Potwierdzeniem spełniania warunku będzie przedstawienie wykazu pojazdów. W wykazie należy podać markę samochodu, typ, nr rejestracyjny, rok produkcji oraz ilość miejsc siedzących - na podstawie dowodu rejestracyjnego.”.

Nadto, w pkt 10.2.3 SWZ, Zamawiający wskazał, że wykonawcy - na wezwanie Zamawiającego - zobowiązani są złożyć m.in.: „Wykaz autobusów dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami - 6.1.2.c) - załącznik nr 8 SWZ”.

Powyższe prowadzi do wniosku, że Zamawiający zastrzegł w SWZ możliwość żądania od wykonawców podmiotowych środków dowodowych, dla wykazania warunków udziału w postępowaniu, których to warunków jednakże nie zastrzegł, ani nie określił - zwłaszcza w zakresie minimalnej liczby autobusów, ich wieku, przebiegu, czy przeznaczenia.

Nadto, w pozostałej części dokumenty, w tym § 5 ust. 1 zał. nr 2 do SWZ (projektowane postanowienia umowne) i SWZ, zwłaszcza w zakresie dot. opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający wskazuje niejasne i nieprecyzyjne informacje w odniesieniu do autobusów, które mają być wykorzystywane do realizacji zamówienia.

W pkt 3.7. wskazano bowiem:

Usługa dowozu dzieci musi być realizowana autobusami spełniającymi wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (t. j. Dz. U. z 2016 r., poz. 2022 ze zm.), w tym spełniającymi warunki dla autobusów szkolnych określone w § 22 tego rozporządzenia, a ponadto wyposażonymi w pasy bezpieczeństwa na siedzeniach, przed którymi nie ma innych siedzeń oraz na siedzeniu kierowcy.

Pkt 3.16. SWZ zawiera zapis, stanowiący że:

Wykonawca zobowiązuje się wykonywać zamówienie autobusami sprawnymi technicznie zadeklarowanymi w ofercie, będącymi w jego dyspozycji, posiadającymi wszystkie ważne i niezbędne dokumenty gwarantujące pełne bezpieczeństwo przewożonych uczniów. W sytuacjach, w których Wykonawca nie może użyć pojazdu zadeklarowanego w ofercie, może go zastąpić innym ale o cechach/parametrach nie gorszych niż wskazane w ofercie w odniesieniu do konkretnego pojazdu.

Pkt 3.17 SWZ stanowi, że:

Wykonawca zobowiązany jest na żądanie Zamawiającego przedstawić wykaz autobusów przypisanych do konkretnych tras dowozu jak również okazać do wglądu dowody rejestracyjne pojazdów używanych do realizacji przedmiotu zamówienia.

§ 5 ust. 1 zał. nr 2 do SWZ (projektowane postanowienia umowne) stanowi, że:

Wykonawca zapewni realizację zadania pojazdami:

- 1) sprawnymi technicznie,
- 2) oznakowanymi zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa,
- 3) pojazdami zapewniającymi podróż w odpowiednich warunkach sanitarnych (ogrzewanych i czystych),
- 4) dopuszczonymi do ruchu po drogach publicznych (zgodnie z przepisami ustawy „Kodeks drogowy”).

Dowód:

- 1. SWZ (w aktach sprawy),
- 2. Załącznik nr 2 do SWZ - projektowane postanowienia umowy (w aktach sprawy).

Analizując zatem powyższe zapisy OPZ można dojść uznać, że:

1)w pkt 3.7 SWZ - Zamawiający nie określił iloma autobusami musi być realizowana usługa, a tym samym ile autobusów musi spełniać wymogi § 22 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury.

2)w pkt 3.16 SWZ - Zamawiający wskazał inne (niż w pkt 3.7 SWZ) wymagania dot. autobusów określając wymóg w zakresie „sprawności technicznej” i „posiadania ważnych dokumentów gwarantujących bezpieczeństwo uczniów”,

3)w § 5 ust. 1 zał. nr 2 do SWZ (projektowane postanowienia umowne) - Zamawiający wskazał inne (niż w pkt 3.7 i 3.16) wymagania dot. autobusów, określając wymóg w zakresie „sprawności technicznej”, „oznakowania zgodnie z przepisami prawa”, „odpowiednich warunków sanitarnych” oraz „dopuszczenia do ruchu po drogach publicznych”,

4)w pkt 3.16 SWZ - Zamawiający wskazał, że zamówienie ma być realizowane autobusami „zadeklarowanymi w ofercie”, podczas gdy w rzeczywistości treść oferty nie zawiera informacji czy rubryki pozwalającej na określenie deklarowanych przez Wykonawców pojazdów; nadto, niezależnie od tak określonego zapisu dot. realizacji zamówienia pojazdami „zadeklarowanymi” Zamawiający przewiduje możliwość „zastąpienia” zadeklarowanych pojazdów innymi,

5)w pkt 3.17 SWZ - Zamawiający, niezależnie od pkt 3.16 SWZ mówiącego o „zadeklarowaniu” pojazdów „w ofercie”, wskazał, że Wykonawca zobowiązany będzie „na żądanie Zamawiającego” przedstawić wykaz autobusów, przypisanych do konkretnych tras i używanych do realizacji zamówienia.

Powyższe zapisy zawierają zatem wewnątrznie sprzeczne, niejasne i odmienne postanowienia w zakresie:

1)wymogów dot. pojazdów, które odmiennie regulują poszczególne zapisy SWZ, w tym 3.7, 3.16, 3.17 i § 5 ust. 1 zał. nr 2 do SWZ (projektowane postanowienia umowne),

2) określenia pojazdów, które będą wykorzystywane do realizacji zamówienia (pkt 3.16 SWZ stanowi o pojazdach „zadeklarowanych w ofercie” - pomimo, że oferta nie zawiera żadnej rubryki czy innej możliwości zadeklarowania pojazdów - zaś pkt 3.17 SWZ o pojazdach „przedstawionych w wykazie na żądanie Zamawiającego”).

Jednocześnie, Zamawiający zastrzegł możliwość żądania podmiotowego środka dowodowego - wykazu autobusów (zał. nr 8 do SWZ) - w celu wykazania spełniania warunków udziału, pomimo że tych warunków nie zastrzegł; nie określił ich wymaganego poziomu.

Nadto, Zamawiający nie określił w treści SWZ czy ogłoszeniu o zamówieniu dokumentów, których przedłożenia będzie wymagał od wykonawców, w celu potwierdzenia określonych przez niego wymagań dot. autobusów.

Dowód:

1. SWZ (w aktach sprawy).

Przedstawione wcześniej zapisy, można zinterpretować w ten sposób, że Zamawiający:

1)nie określa - jako warunku udziału w postępowaniu - posiadania przez wykonawcę określonej ilości autobusów o określonych parametrach (co miałyby zostać wykazane przez przedłożenie podmiotowego środka dowodowego w postaci zał. nr 8 do SWZ),

2)nie określa - w opisie przedmiotu zamówienia - liczby autobusów, z wykorzystaniem których wykonawca ma realizować usługę,

3)nie określa - w opisie przedmiotu zamówienia - liczby autobusów, która ma spełniać wymóg z § 22 rozporządzenia Ministra Infrastruktury (pkt 3.7 SWZ),

4)określa - w opisie przedmiotu zamówienia - wymóg dot. § 22 rozporządzenia Ministra Infrastruktury (pkt 3.7 SWZ), w ten sposób, że jedynie te autobusy, które będą faktycznie wykorzystywane do realizacji usługi (przewożenia osób), muszą spełniać wymogi określone w § 22 rozporządzenia Ministra Infrastruktury (pkt 3.7 SWZ),

5)wymaga przedstawienia listy autobusów, które będą faktycznie wykorzystywane do realizacji usługi na konkretnych trasach dopiero na żądanie (pkt 3.16 SWZ); w szczególności Zamawiający nie oczekuje - ani nawet nie przewidział takiej możliwości - aby wskazywać, które z pojazdów określonych w przedkładanym zał. nr 8 do SWZ (wykaz autobusów) będą faktycznie wykorzystywane do realizacji usługi na konkretnych trasach.

Wobec tego, Odwołujący przedstawił w załączniku nr 8 do SWZ (podmiotowy środek dowodowy - wykaz autobusów), wszystkie autobusy, jakimi Odwołujący dysponuje w ramach prowadzonej działalności gospodarczej.

Jednocześnie, wobec treści pkt 3.7 w zw. z 3.16 SWZ - oraz wobec braku w formularzu oferty rubryki dot. „zadeklarowanych” autobusów - Odwołujący zamierzał przedstawić konkretne pojazdy, z wykorzystaniem których będzie realizował usługę na konkretnych trasach - na żądanie Zamawiającego, zgodnie z pkt 3.16 SWZ.

Z całą jednak pewnością nie jest tak, że Zamawiający wymagał, by wszystkie autobusy wskazane w zał. 8 do SWZ (podmiotowy środek dowodowy - wykaz autobusów) spełniały wymóg dot. § 22 rozporządzenia Ministra Infrastruktury (3.7 SWZ).

Nadto, nie jest tak, że żaden z autobusów zawartych w przedstawionych w zał. 8 do SWZ (podmiotowy środek dowodowy - wykaz autobusów) nie spełnia wymogu dot. § 22 rozporządzenia Ministra Infrastruktury (3.7 SWZ), co w niniejszym Postępowaniu potwierdził nawet Zamawiający w treści uzasadnienia o odrzuceniu oferty - „nie wszystkie autobusy ujęte w załączniku nr 8 spełniają wyżej wymienione wymagania”.

Dowód:

1.SWZ (w aktach sprawy),

2.Załącznik nr 1 do SWZ - formularz ofertowy (w aktach sprawy),

3.Przedłożony przez Odwołującego wypełniony załącznik nr 8 do SWZ z 14 czerwca 2023 r. i 16 lipca 2023 r. (w aktach sprawy),

4.Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 28 lipca 2023 r. (w aktach sprawy).

Powyższe niejasności i niejednoznaczności mają bezpośredni wpływ na wynik postępowania, gdyż Zamawiający - w oderwaniu od opracowanej* treści SWZ i pomimo braku określenia minimalnej* liczby autobusów, które mają być wykorzystywane do realizacji usługi - uznał, że wszystkie autobusy wskazane w zał. nr 8 do SWZ winny spełniać wymóg dot. § 22 rozporządzenia Ministra Infrastruktury (3.7 SWZ) i tym samym odrzucił ofertę Odwołującego.

Niejasność, niejednoznaczność i niedokładność opisu przedmiotu zamówienia

Zgodnie z przepisem art. 99 ust. 1 p.z.p., przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie :

Przepis art. 99 ust. 1 Pzp wprowadza pozytywne przesłanki prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Opis jednoznaczny to opis precyzyjnie określony, niebudzący wątpliwości. Opis wyczerpujący to opis przedstawiający przedmiot zamówienia w sposób wszechstronny i szczegółowy. Zważywszy, że adresatem opisu przedmiotu zamówienia są wykonawcy, a zatem profesjonalści działający w danej branży, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w języku fachowym, tj. za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń dla wykonawców działających w branży, która dotyczy przedmiotu zamówienia. Używane w opisie określenia winny uwzględniać (wszystkie) wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Prawidłowo sporządzony opis przedmiotu zamówienia ma wskazać wykonawcom rzeczywisty zakres zamówienia przy użyciu przejrzystych określeń, znanych i zrozumiałych dla wykonawców działających w tej branży. Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia, nie może pominąć żadnych informacji mających wpływ na sporządzenie oferty. Jak wskazywano niejednokrotnie w orzeczeniach KIO (dotyczących art. 29 ust. 1 Pzp2004 i zachowujących swoją aktualność na gruncie Pzp), celem tego przepisu jest wyeliminowanie elementu niepewności wykonawców co do oczekiwań zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia i zagwarantowanie im wiedzy niezbędnej do prawidłowego przygotowania oferty i wykonania zamówienia. Przeciwnieństwem opisu jednoznacznego oraz wyczerpującego jest opis niepełny i niejasny, w szczególności nie uwzględniający wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie ważnej oferty. Podobnie, nieprawidłowy będzie opis wewnętrznie sprzeczny bądź w inny sposób nieprzejrzysty, jeśli uniemożliwi on wykonawcom rozeznanie co do rzeczywistych oczekiwań zamawiającego w zakresie konkretnego przedmiotu zamówienia.

Nadto, zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą KIO:

1)„Wyrażona w art. 7 ust. 1 p.z.p. zasada, obecnie formułowana jako zasada przejrzystości, oznacza również zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z wykładni tych przepisów lub dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy lub sądownictwo występujących w tej

dokumentacji luk." (zob. wyrok KIO z 11.10.2019 r., KIO 1905/19),

2) „Celem art. 29 ust. 1 p.z.p. jest wyeliminowanie elementu niepewności wykonawców co do oczekiwań zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia i zagwarantowanie im wiedzy niezbędnej do prawidłowego przygotowania oferty i wykonania zamówienia. Zamawiający zobowiązany jest opisać wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia na tyle wyczerpująco, aby każdy wykonawca miał pewność, czego zamawiający oczekuje i w jaki sposób to wykonać." (zob. wyrok KIO z 4.07.2019 r., KIO 1129/19).

Mając na uwadze powyższe, należy uznać, że niejasności, niedokładności i sprzeczności ujawnione w SWZ, a zwłaszcza w opisie przedmiotu zamówienia, miały bezpośredni wpływ na decyzję Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego. Ponownego podkreślenia wymaga fakt, że Zamawiający nie określił liczby autobusów, którymi wykonawcy mają realizować zamówienie i tym samym nie określił liczby autobusów, które muszą spełniać wymóg z § 22 rozporządzenia Ministra Infrastruktury (pkt 3.7 SWZ).

Dowód:

1. SWZ (w aktach sprawy).

Jednocześnie, z dalece posuniętej ostrożności wskazuję, że Zamawiający nie może przerzucać tego ryzyka na wykonawców, twierdząc, że ci mogli dążyć do wyjaśnienia nieścisłości na wcześniejszym etapie.

Zgodnie bowiem z ugruntowanym w orzecznictwie i nauce poglądem:

1) „Sporządzenie dokumentacji przetargowej jest obowiązkiem zamawiającego i to zamawiający ponosi odpowiedzialność za jej wady. Wykonawcy przed złożeniem ofert mają obowiązek zapoznać się z tą dokumentacją i mogą żądać wyjaśnienia jej treści, jak też mogą kwestionować jej treść w drodze odwołania, niemniej jednak nie może to oznaczać przerzucenia odpowiedzialności za prawidłowość wykonania tej dokumentacji na wykonawców." (zob. wyrok KIO z 19.11.2021 r., KIO 3260/21),

2) „Decydująca dla oceny poprawności sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia powinna być perspektywa wykonawcy. Jak stwierdził SO w Zielonej Górze w wyroku z 13.05.2005 r., II Ca 109/05, niepubl., okoliczność, że inny wykonawca składa ofertę zgodną z założeniem zamawiającego, nie ma znaczenia, wystarczy bowiem, że określenie przedmiotu zamówienia mogło wprowadzić w błąd jakiegokolwiek wykonawcę. Opis przedmiotu zamówienia nie może być więc interpretowany rozszerzająco lub na niekorzyść wykonawcy. Tak jak w przypadku innych postanowień SWZ w orzecznictwie wykształciło się podejście, że wątpliwości rozstrzygane są na niekorzyść autora." (zob. M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz Warszawa 2021, komentarz do przepisu art. 99 p.z.p.).

UZASADNIENIE ZARZUTU NR 6

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył nadto przepisy art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2, art. 218 ust. 2 p.z.p., pkt 3.16 i 3.7 SWZ.

Naruszenie to objawia się poprzez błędne utożsamianie przez Zamawiającego oferty z podmiotowym środkiem dowodowym w postaci zał. nr 8 do SWZ (wykaz pojazdów).

Zamawiający błędnie utożsamia zał. 8 do SWZ - będący podmiotowym środkiem dowodowym, potwierdzającym spełnianie warunków udziału w postępowaniu - z treścią oferty.

W pkt 3.16 SWZ zawarto wymóg, aby wykonawca realizował zamówienie „autobusami zadeklarowanymi w ofercie" (nawet pomimo faktu, że formularz oferty nie zawiera żadnej rubryki w tym zakresie).

Jednocześnie, jak wynika z treści uzasadnienia zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego: Z informacji uzyskanych „ze starostwa" nie wszystkie autobusy ujęte w załączniku nr 8 spełniają wyżej wymienione wymagania.

Dowód:

1. SWZ (w aktach sprawy),

2. Załącznik nr 1 do SWZ - formularz ofertowy (w aktach sprawy),

3. Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 28 lipca 2023 r. (w aktach sprawy).

Wobec tego, należy dojść do wniosku, że Zamawiający nie odróżnia oferty - zawierającej istotne elementy związane z

realizacją zamówienia - od podmiotowego środka dowodowego, który składany jest w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie poglądem: „Dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie można utożsamiać z treścią oferty - oferta określa istotne postanowienia umowy, jaka ma zostać zawarta, a dokumenty, potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, są załącznikami do oferty nie mającymi - co do zasady - wpływu na jej treść.” (zob. wyrok KIO z 2.09.2008 r., KIO/UZP 864/08).

Powyższe naruszenie ma istotny wpływ na wynik Postępowania, bowiem na podstawie tak błędnego rozumowania Zamawiający uznał, że Odwołujący będzie faktycznie realizował zamówienie wszystkimi autobusami wskazanymi w treści podmiotowego środka dowodowego, tj. zał. nr 8 do SWZ (wykaz pojazdów), który to zasadniczo winien potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a nie spełnianie warunków (wymogów) z opisu przedmiotu zamówienia. Przy czym dodać także należy, że Zamawiający nie sformułował przecież w SWZ warunków udziału w postępowaniu, w związku z czym już choćby z tego względu jakakolwiek ocena oferty Odwołującego przez pryzmat wykazu pojazdów była w istocie niemożliwa. Zamawiający w tak sformułowanych warunkach prowadzenia postępowania nigdy nie był nawet uprawniony, aby wezwać Odwołującego (jak i innych wykonawców) do złożenia podmiotowych środków dowodowych w celu wykazania spełnienia warunków udziału, a w tym wykazu pojazdów.

W rzeczywistości, czym innym jest potwierdzenie przez wykonawcę zasobów jakimi dysponuje w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (gdyby te zostały skutecznie postawione) od potwierdzenia spełnienia wymogów wskazanych w OPZ.

UZASADNIENIE ZARZUTU NR 7

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył ponadto przepisy art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) w zw. z art. 274 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p.

Powyższe naruszenie objawia się poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Trans Bus, w sytuacji gdy wskazany wykonawca w odpowiedzi na wezwanie z 17.07.2023 r. nie przedłożył wymaganego przez Zamawiającego wydruku danych z systemu CEPIK potwierdzającego, że pojazdy ujęte w wykazie autobusów (zał. nr 8 do SWZ) spełniają wymagania określone w § 22 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury.

W tym zakresie należy podkreślić, że Zamawiający naruszył podstawową zasadę równego traktowania wykonawców.

12 lipca 2023 r. Zamawiający skierował bowiem do Odwołującego wezwanie o następującej treści:

Na podstawie art. 128 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, z późn. zm.) wzywam Wykonawcę (oferenta): S. M. Usługi Przewozowe Osobowe i Towarowe „MISZTOUR” Rykoszyn ul. Świętokrzyska 100, 26-065 Piekoszków do uzupełnienia załącznika nr 8 do SWZ dotyczącego wykazu pojazdów. Bardzo proszę o wykaz/wydruk z Centralnej Ewidencji Pojazdów i Kierowców dla pojazdów ujętych w wykazie od numeru 1 do 9 potwierdzających spełnienie zapisu ustawowego określonego w SWZ w pkt 3.7. Cytuje: ”3.7. Usługa dowozu dzieci musi być realizowana autobusami spełniającymi wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (t. j. oz. IJ. z 2016 r., poz. 2022 ze zm.), w tym spełniającymi warunki dla autobusów szkolnych określone w § 22 tego rozporządzenia, a ponadto wyposażonymi w pasy bezpieczeństwa na siedzeniach, przed którymi nie ma innych siedzeń oraz na siedzeniu kierowcy.” **Termin uzupełnienia wyżej wymienionych dokumentów : 17.07.2023r. do godz.08.00.”**

Wobec braku możliwości technicznej przedłożenia takiego dokumentu - nota bene którego wymagania Zamawiający nie przewidział w SWZ - polegającej na czasie oczekiwania na taką informację z CEPIK wynoszącą 30 dni, Odwołujący nie przedstawił wymaganego dokumentu, z uwagi na brak możliwości jego uzyskania z CEPIK w przedstawionym przez Zamawiającego terminie.

Dowód:

- 1.Wniosek Odwołującego do CEPIK - potwierdzenie złożenia w dniu 13 lipca 2023 r.,
- 2.Informacja ze strony CEPIK o terminie rozpatrzenia wniosku,
- 3.Pismo Odwołującego z 16 lipca 2023 r. (w aktach sprawy).

17 lipca 2023 r. Zamawiający skierował do Trans Bus wezwanie do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w którym to wezwaniu Zamawiający zażądał m.in.:

1) pkt 3 wezwania - „wykaz autobusów dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami. W wykazie należy podać markę samochodu, typ, nr rejestracyjny, rok produkcji oraz ilość miejsc siedzących - na podstawie dowodu rejestracyjnego. (załącznik nr 8 do SWZ) oraz dostarczyć wydruk z Centralnej Ewidencji Pojazdów i Kierowców dla pojazdów potwierdzających spełniania zapisu ustawowego określonego w SWZ w pkt 3.7”.

2) pkt 7 wezwania - (pisownia oryginalna): „Wydruk danych z systemu CEPIK, iż pojazdy ujęte w wykazie autobusów (załącznik nr 8 SWZ) spełniają warunki dla autobusów szkolnych określone w § 22 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia.”

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Trans Bus również nie przedłożył wymaganego dokumentu, tj. wydruku z CEPIK - tak samo jak Odwołujący.

Pomimo tego, Zamawiający - wobec takiego samego stanu faktycznego polegającego na braku złożenia przez obu wykonawców wydruku z CEPIK - wybrał ofertę Trans Bus jako najkorzystniejszą oraz jednocześnie odrzucił ofertę Odwołującego.

Dowód:

- 1.SWZ (w aktach sprawy),
- 2.Wezwanie z 12 lipca 2023 r. (w aktach sprawy),
- 3.Wezwanie z 17 lipca 2023 r. (w aktach sprawy),
- 4.Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 28 lipca 2023 r. (w aktach sprawy).

Powyższe postępowanie Zamawiającego jednoznacznie świadczy o naruszeniu zasady równego traktowania wyrażonej w przepisie art. 16 pkt 1 p.z.p.

Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO: „Nierówne traktowanie wykonawców można byłoby stwierdzić wówczas, gdyby przy identycznych (bądź bardzo podobnych) stanach faktycznych dotyczących obu uczestników postępowania Zamawiający dokonał innych czynności.” (zob. wyrok KIO z 2.09.2008 r., KIO/UZP 864/08).

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wskazuje, że Zamawiający nie miał prawa dokonać oceny ofert Trans Bus oraz Odwołującego w oparciu o dokumenty, których nie wymagał i nie zastrzegł w SWZ, tj. wydruk/wykaz z CEPIK oraz bliżej nieokreślonego dokumentu „ze starostwa” (w oparciu, o które Zamawiający uznał, że Odwołujący nie spełnia wymogów oraz odrzucił jego ofertę), jak również zaświadczenie Trans Bus ze Starostwa Powiatowego we Włoszczowie z 19 lipca 2023 r. (tj. dokumentu, w oparciu o który Zamawiający uznał, że oferta Trans Bus spełnia warunki oraz jest najkorzystniejsza).

UZASADNIENIE ZARZUTU NR 8

Zamawiający naruszył nadto przepisy art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Trans Bus i uznanie, że oferta ta spełnia warunki zamówienia (w konsekwencji czego oferta ta została wybrana jako najkorzystniejsza) w oparciu o dokumenty niewymagane i nieokreślone przez Zamawiającego w treści SWZ, m.in. w oparciu o zaświadczenie Starostwa Powiatowego we Włoszczowie z 19 lipca 2023 r., które to dokumenty jednocześnie nie potwierdzają spełniania przez Trans Bus warunków zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wskazuje, że Zamawiający nie miał prawa dokonać oceny ofert Trans Bus oraz Odwołującego w oparciu o dokumenty, których nie wymagał i nie zastrzegł w SWZ, tj. wydruk/wykaz z CEPIK oraz bliżej nieokreślonego dokumentu „ze starostwa” (w oparciu, o które Zamawiający uznał, że Odwołujący nie spełnia wymogów oraz odrzucił jego ofertę), jak również zaświadczenie Trans Bus ze Starostwa Powiatowego we Włoszczowie z 19 lipca 2023 r. (tj. dokumentu, w oparciu o który Zamawiający uznał, że oferta Trans Bus spełnia warunki oraz jest najkorzystniejsza).

Z dalece posuniętej ostrożności wskazuję, że zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie poglądem:

1)„Wyjście poza zakres dokumentów i oświadczeń określonych przez Zamawiającego w SWZ zawsze musi być traktowane negatywnie, bowiem zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i warunki zamówienia Zamawiający określa przy publikacji postępowania, a po czasie składania ofert nie mogą one ulegać zmianom. Zamawiający określa zakres niezbędnych oświadczeń i dokumentów, jakie mają wykonawcy złożyć w postępowaniu i które to dokumenty stanowią podstawę do oceny złożonej oferty. Ocena złożonej oferty, w każdym jej

aspekcie, dokonywana jest w oparciu o te wymagane oświadczenia i dokumenty. (...) Dokumenty niewymagane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą być przez Zamawiającego oceniane w tymże postępowaniu, więcej - na podstawie takich dokumentów nie mogą być podejmowane przez Zamawiającego czynności w postępowaniu. Poddanie ocenie dokumentów, jakich Zamawiający nie żądał w postępowaniu, nawet tych przesłanych przez wykonawcę, stanowiłoby naruszenie zasad p.z.p., a w konsekwencji materialnych przepisów ustawy, w tym przypadku art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy." (zob. wyrok KIO z 13.01.2023 r., KIO 3534/22),

2) „Przyjęcie sposobu rozumowania prezentowanego przez Zamawiającego, a polegającego na oparciu czynności Zamawiającego oceny oferty (a w konsekwencji odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania) o dokumenty niewymagane w postępowaniu przez Zamawiającego, a złożone dobrowolnie przez wykonawcę, które to dokumenty Zamawiający poddał ocenie doprowadziło do wypaczenia zasad prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne. (...) Jednakże po pierwsze, dokumenty niewymagane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą być przez Zamawiającego oceniane w tymże postępowaniu, więcej - na podstawie takich dokumentów nie mogą być podejmowane przez Zamawiającego czynności w postępowaniu. Poddanie ocenie dokumentów, jakich Zamawiający nie żądał w postępowaniu, nawet tych przesłanych przez wykonawcę, stanowiłoby naruszenie zasad Prawa zamówień publicznych. W konsekwencji prowadzi do naruszenia przez Zamawiającego w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego art. 226 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy i niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego na tej podstawie. (...) Błędne, niezgodne z prawem zamówień publicznych oraz naruszające wszystkie zasady prawa zamówień publicznych działanie Zamawiającego oparte na ocenie dokumentu niewymaganego w postępowaniu przesądza jednoznacznie o nieprawidłowości czynności Zamawiającego (...). W konsekwencji doszło do naruszenia zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji równego traktowania wykonawców. Zamawiający nie poddał jakemukolwiek wyjaśnieniu okoliczności, które stanowiły w ocenie Zamawiającego podstawę odrzucenia oferty to również ocenił ofertę Odwołującego w oparciu o dokumenty, których nie wymagał w postępowaniu, a więc odmiennie od innych wykonawców. Wyjście poza zakres dokumentów i oświadczeń określonych przez Zamawiającego w SWZ zawsze musi być traktowane negatywnie, bowiem zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i warunki zamówienia Zamawiający określa przy publikacji postępowania, a po czasie składania ofert nie mogą one ulegać zmianą. Zamawiający określa zakres niezbędnych oświadczeń i dokumentów jakie mają wykonawcy złożyć w postępowaniu i które to dokumenty stanowią podstawę do oceny złożonej oferty. Ocena złożonej oferty, w każdym jej aspekcie, dokonywana jest w oparciu o te wymagane oświadczenia i dokumenty. Mając powyższe na uwadze, tj. że Zamawiający oparł całe swoje stanowisko i uzasadnienie podstaw odrzucenia oferty Odwołującego o dokument, którego nie wymagał w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Izba za bezprzedmiotowe uznaje wszystkie dowody złożone w postępowaniu przez Zamawiającego oraz Odwołującego." (zob. wyrok KIO z 16.01.2023 r., KIO 22/23).

UZASADNIENIE ZARZUTU NR 9

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył również przepis art. 239 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 2 p.z.p. poprzez wybór oferty złożonej przez Trans Bus, podczas gdy oferta ta nie była najkorzystniejsza ze złożonych w Postępowaniu. Biorąc pod uwagę podniesione powyżej okoliczności faktyczne i prawne uznać trzeba, że to oferta złożona przez Odwołującego spełniała wymogi określone przez Zamawiającego, nie podlegała odrzuceniu oraz była ofertą najkorzystniejszą. Mając na uwadze powyższe odwołujący wnosi jak w petitum.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Dowóz uczniów do placówek oświatowych na terenie Gminy Krasocin wraz z zapewnieniem opieki w czasie przejazdu w roku szkolnym 2023/2024" (znak: CUW.261.1.2.2023.GS). Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30 maja 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00239308/01.

Izba dokonując oceny zgromadzonego materiału dowodowego w sprawie, a także wyjaśnień i oświadczeń stron oraz uczestnika po stronie zamawiającego w złożonych pismach, jak i na posiedzeniu i rozprawie nie stwierdza naruszeń prawa, które miałyby istotny wpływ na wynik postępowania i skutkowały by uwzględnieniem odwołania, co znajduje oparcie w treści art. 554 ust. 1 pkt 1 PZP.

Izba oddała odwołanie w całości.

Odwołujący formułuje szereg zarzutów odwołania, które można sprowadzić do trzech kategorii. Po pierwsze odwołujący uważa, że czynność zamawiającego zawiadomienia o odrzuceniu oferty nie zawiera uzasadnienia faktycznego i

prawnego. Po drugie odrzucenie oferty odwołującego z przyczyn wynikających z toku postępowania przed zamawiającym jest nieuprawnione w kontekście postanowień SWZ. Po trzecie oferta wykonawcy wybranego/przystępującego po stronie zamawiającego powinna być odrzucona.

Zamawiający prowadzi ważne z perspektywy bezpieczeństwa przewozu dzieci szkolnych zamówienie, którego przedmiotem jest usługa dowozu uczniów do placówek oświatowych.

Zamawiający w swz (specyfikacja warunków zamówienia) położył nacisk na aspekt bezpieczeństwa przewożonych uczniów. Dla zapewnienia bezpieczeństwa wykonawca, który będzie realizować przewozy, musi dysponować odpowiednimi co do rodzaju pojazdami, jakimi są autobusy szkolne. O powyższym decydują następujące postanowienia swz:

pkt 3.7. swz: Usługa dowozu dzieci musi być realizowana autobusami spełniającymi wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (j.t. Dz. U. 2016 r., poz. 2022 z późn.zm.), w tym spełniającymi warunki dla autobusów szkolnych określone w § 22 tego rozporządzenia, a ponadto wyposażonymi w pasy bezpieczeństwa na siedzeniach, przed którymi nie ma innych siedzeń oraz na siedzeniu kierowcy.

pkt 3.16. swz: Wykonawca zobowiązuje się wykonywać zamówienie autobusami sprawnymi technicznie zadeklarowanymi w ofercie, będącymi w jego dyspozycji, posiadającymi wszystkie ważne i niezbędne dokumenty gwarantujące pełne bezpieczeństwo przewożonych uczniów. W sytuacjach, w których Wykonawca nie może użyć pojazdu zadeklarowanego w ofercie, może go zastąpić innym, ale o cechach/parametrach nie gorszych niż wskazane w ofercie w odniesieniu do konkretnego pojazdu.

pkt 3.22. swz:4) Wykonawca ma obowiązek zapewnienia, aby pojazdy służące do przewozu osób były w pełni sprawne, spełniały wymogi bezpieczeństwa (zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa), posiadały aktualne badania techniczne i aktualną polisę ubezpieczeniową. 5) Usługa objęta przedmiotem zamówienia musi być zgodna z swz.

Zamawiający weryfikował postawione warunki realizacji zamówienia przez żądanie wykazu pojazdów według zał. nr 8 do swz. I tak w pkt 5.3.3. swz: o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy złożą wraz z ofertą oświadczenia, a wskazany Wykonawca, na żądanie Zamawiającego, w terminie 5 dni od wezwania, przedłoży wymagane w SWZ dokumenty w zakresie: 5.3.3.potwierdzenia spełnienia warunków przedmiotowych,"

O charakterze przedmiotowym wykazu pojazdów świadczy także fakt, że zamawiający badał spełnienie przez ofertę wykonawcy wymagania z pkt 3.7. swz, gdzie zgodnie z pkt 3.16. swz, wykonawca zobowiązuje się wykonywać zamówienie autobusami sprawnymi technicznie, zadeklarowanymi w ofercie. Na tej podstawie można wywodzić, że nie spełnienie wymagań, przez nie dostarczenie wykazu pojazdów, które nie odpowiadają oczekiwaniom zamawiającego skutkują odrzuceniem oferty, z powodu niezgodności oferty z warunkami zamówienia.

Jak podnosił odwołujący, w swz nie określono podmiotowego warunku udziału w postępowaniu co do zdolności technicznych wykonawcy, tym samym słusznie wywiódł przystępujący, że dokument jakim był wykaz pojazdów w rzeczywistości służył potwierdzeniu zgodności oferty z warunkami zamówienia.

Z powyższego należy wywieść, że pojazdy wskazane w wykazie pojazdów powinny spełniać wymagania opisane w warunkach zamówienia (pkt 3.7. SWZ). Należy także podzielić argumentację przystępującego, nawet z logicznego punktu widzenia, że pojazdy ujęte w wykazie pojazdów miały przedstawiać pojazdy przewidziane do realizacji umowy. Natomiast nie wydaje się racjonalna argumentacja odwołującego, że wykaz miał zawierać ogół autobusów, jakimi dysponuje wykonawca również do innych zamówień, w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą.

Podsumowując powyższe rozważania, słuszny pogląd reprezentował przystępujący twierdząc, że niespełnianie przez którykolwiek z pojazdów ujętych w wykazie pojazdów warunków zamówienia (pkt 3.7. SWZ), skutkuje odrzuceniem oferty wykonawcy, w tym przypadku odwołującego, jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Zamawiający działając z należytą starannością, prowadził postępowanie sprawdzające -wyjaśniające pojazdów wskazanych w wykazie pojazdów odwołującego pod kątem spełniania warunku zamówienia z pkt 3.7. SWZ - zarówno ze Starostwem Powiatowym we Włoszczowie, jak również z odwołującym.

Starostwo Powiatowe w dniu 10 lipca 2023 r. (L. Dz. KTD. 5410.9.2964.2023.MM)przekazało zamawiającemu wykaz, z treści którego wynika, że pięć z dziewięciu wskazanych przez odwołującego pojazdów jest autobusami turystycznymi, co skutkuje niezgodnością z wymaganiami zamawiającego z pkt 3.7. swz. Dane zamawiający uzyskał z Centralnego Rejestru Pojazdów i Kierowców (CEPIK), za pośrednictwem Starostwa Powiatowego we Włoszczowie (akta sprawy).

W ocenie Izby powyższa informacja stanowiła uprawnioną podstawę odrzucenia oferty odwołującego. Dla oceny prawidłowego działania zamawiającego nie ma znaczenia okoliczność, że zamawiający wskazał „oferta nie spełnia określonych w ustawie wymogów formalnych”, jak i podanie niewłaściwej podstawy prawnej to jest art. 226 ust. 1 pkt 2 PZP.

Zarzut naruszenia art.253 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie. Pomimo faktycznego braku podania podstawy faktycznej i prawnej, odwołujący złożył odwołanie co do meritum sprawy. Miał do tego podstawy, wynikające z poprzedzająco prowadzonego przez zamawiającego postępowania wyjaśniającego, co do charakteru autobusów przeznaczonych do realizacji zamówienia, w następstwie którego oferta została odrzucona. Słusznie zauważył przystępujący, że przyczyną odrzucenia oferty odwołującego nie był brak zaświadczenia z CEPIK w terminie wyznaczonym po stronie odwołującego. Bowiem zamawiający, o czym też wiedział odwołujący, samodzielnie przeprowadził sprawdzenie zadysponowanych pojazdów w ofercie odwołującego, przez system CEPIK za pośrednictwem Starostwa Powiatowego we Włoszczowie.

Zamawiający z poszanowaniem zasady równego traktowania wykonawców przeprowadził analogiczne postępowanie wyjaśniające jak u odwołującego względem oferty przystępującego, z tą różnicą, że Przystępujący na potrzeby odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedłożył zaświadczenie ze Starostwa Powiatowego z dnia 19 lipca 2023 r. Wszystkie pojazdy wskazane przez Przystępującego w „Wykazie pojazdów” są zgodne z treścią SWZ, w tym pkt 3.7. SWZ (ani jeden z pojazdów nie jest autobusem turystycznym).

W konsekwencji, zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego i wybrał jako najkorzystniejszą ofertę przystępującego.

Izba podziela argumentację przystępującego w zakresie niespełnienia wymogów swz w zakresie zadysponowania w wykazie odwołującego autobusów turystycznych do przewozu dzieci szkolnych i tak cytując przystępującego „Autobusy turystyczne, którymi miał zamiar wykonywać zgodnie ze złożonym przedmiotowym środkiem dowodowym (i co potwierdziło Starostwo Powiatowe na podstawie danych z bazy CEPiK) przedmiot zamówienia Odwołujący, nie mogą służyć do realizacji przewozów uczniów w ramach dowozu do szkół. Autobusy turystyczne w porównaniu z innymi typami autobusów (np. międzymiastowymi), są pojazdami bardzo wysokimi, mającymi bardzo dużą przestrzeń bagażową w stosunku do przestrzeni osobowej. Autobusy te są niedostosowane do przewozu osób, zwłaszcza małych dzieci, na krótkich dystansach (a wyłącznie takie usługi są przedmiotem zamówienia), stanowiąc realne zagrożenie dla bezpieczeństwa pasażerów.

Aby zobrazować powyższe, Przystępujący jako doświadczony przewoźnik osób, w tym realizujący od wielu lat przewozy na trasach będących przedmiotem niniejszego zamówienia, wskazuje przykładowe zagrożenia dla bezpieczeństwa przewożonych dzieci (są to realne problemy wynikające z praktyki Przystępującego, z którymi nie poradzi sobie przewoźnik używający autobusów turystycznych na etapie realizacji przedmiotowego zamówienia):

Ryzyko wypadków i opóźnień komunikacyjnych ze względu na utrudnienia przy wsiadaniu i wysiadaniu dzieci.

Autobusy turystyczne w porównaniu z innymi typami autobusów, są pojazdami skonstruowanymi w taki sposób, że cała uwaga konstruktorów została poświęcona kwestii zapewnienia pasażerom jak najprzyjemniejszych warunków przewozu osób, na znacznych dystansach, nie wymagających częstej komunikacji z i do autobusu. Tym samym przestrzeń poświęcona siedzeniom jest znacznie większa, w porównaniu z przestrzenią poświęconą ciągłym komunikacyjnym. Korytarze, którymi poruszają się pasażerowie są znacznie węższe, niż w innych typach autobusów. Jednocześnie korytarz zazwyczaj jest usytuowany niżej, niż siedzenia (pasażer chcąc usiąść, musi wykonać dodatkowy krok w górę - analogicznie, chcąc wstać z miejsca, musi zejść ze stopnia).

Jednocześnie ze względu na fakt, że autobus turystyczny jest wyższy (na dole autobusu jest usytuowana obszerna przestrzeń bagażowa), pasażerowie siedzą wyżej niż w przypadku innych typów autobusów. Ma to ten skutek, że pasażerowie przy wsiadaniu i wysiadaniu muszą pokonać większą liczbę stopni schodów albo stopnie te są wyższe.

Powyższe generuje szereg utrudnień, zwłaszcza dla małych dzieci (mierzących przeważnie 110-150 cm) - dzieci te muszą się przeciskać, przepychać, czasami wręcz opiekun musi podnosić takie dzieci (tym bardziej, że każde ma pełny plecak) i pokonywać jednocześnie dodatkowe stopnie, co wiąże się z większym ryzykiem wypadków komunikacyjnych (zwłaszcza przy wysiadaniu - zresztą już samo zejście z siedzenia wiąże się z ryzykiem upadku, ze względu na różnicę poziomów między strefą siedzeń, a korytarzem). Również podłokietniki, które są obligatoryjnym wyposażeniem autobusów turystycznych, utrudniają poruszanie się pasażerom (np. zaczepiają się o nie plecaki lub elementami garderoby, co wstrzymuje komunikację przy wsiadaniu, bo uczeń musi cofnąć się, aby ruszyć dalej, czasami następuje również uszkodzenie garderoby pasażerów). Dodatkowo dziecko chcąc włożyć plecak na półkę lub z niej go zdjąć,

będzie blokować automatycznie przejście kolejnym dzieciom, bo korytarze są na tyle wąskie, że nie ma jakiegokolwiek szansy, aby wyminąć takie blokujące przejście dziecko.

Należy zauważyć, że gros czasu realizacji zamówienia, ze względu na specyfikę roku szkolnego, odbywać się będzie w okresie niesprzyjających warunków pogodowych (zwłaszcza okres październik 2023 - marzec 2024). Stąd każde dodatkowe ryzyko wiążące się z wypadkami komunikacyjnymi przy wsiadaniu i wysiadaniu dzieci (na schodach i korytarzach, dzieci mają również zabawy typu przepychanie się), jak również utrudnieniami w sprawnym wsiadaniu i wysiadaniu, mogące przekładać się na opóźnienia względem rozkładu jazdy (zwłaszcza rano, gdy dzieci muszą być w szkole na czas), musi być eliminowane przez Zamawiającego z całą bezwzględnością.

Zagrożenie bezpieczeństwa dzieci ze względu na brak pełnej kontroli kierowcy i opiekuna nad przestrzenią pasażerską.

Autobusy turystyczne ze względu na cel ich stosowania, którym jest zapewnienie maksymalnej wygody przewożonych na długich dystansach pasażerów, w tym zapewnienie większej intymności np. podczas snu lub jedzenia, są skonstruowane w taki sposób, że oparcia siedzeń są wyższe i szersze. Tym samym uczniowie, zwłaszcza małe dzieci, po zajęciu swoich miejsc nie będą w żaden sposób widoczni zarówno z perspektywy kierowcy, jak i towarzyszącego mu w trakcie przejazdu opiekuna. Wiąże się to z ryzykiem braku możliwości zauważenia w porę: aktów przemocy lub znęcania się nad rówieśnikiem, zasłabnięć, zakrztuszeń, objawów występującej często choroby lokomocyjnej (kończące się nie tylko mdłościami, ale również torsjami), czy chociażby zwykłego zaśnięcia dziecka (które często zdarza się zwłaszcza w porze zimowej w trakcie rozwożenia dzieci do domów, gdy bywa już ciemno), wskutek czego dziecko przegapi swój przystanek.

Powyższe dodatkowo utrudnia sama konstrukcja autobusu turystycznego, w którym miejsca kierowcy i opiekuna są usytuowane niżej, niż miejsca pasażerów, przy przednim wejściu do autobusu. Tym samym kierowca w lusterku wstecznym widzi wyłącznie dzieci siedzące na pierwszych fotelach i wysokie zagłówki pozostałych siedzeń, natomiast opiekun nie ma żadnego narzędzia (nawet lusterka) umożliwiającego kontrolowanie stanu bezpieczeństwa dzieci w trakcie jazdy.

Mając na uwadze powyższe, autobusy turystyczne realnie zagrażają bezpieczeństwu przewożonych uczniów (przeważnie małych dzieci), ze względu na ograniczoną widoczność przestrzeni pasażerskiej przez kierowcę i opiekuna. Nie trzeba być ekspertem z zakresu komunikacji, żeby zauważyć, iż dzieci w wieku 6-15 lat mogą mieć, zwłaszcza w grupie rówieśników, przed którymi chcą się popisywać, najróżniejsze pomysły i jak najszybsza reakcja dorosłej osoby w porę ma bezcenne znaczenie z perspektywy bezpieczeństwa pasażerów.

Jednocześnie już w tym miejscu Przystępujący oświadcza, uprzedzając ewentualne kontrargumenty Odwołującego w tym zakresie, że jako wieloletni podmiot obsługujący trasy będące przedmiotem zamówienia, wskazuje, iż nie da się zrealizować zamówienia z wykorzystaniem mniejszej liczby autobusów niż 6. Stąd nawet jeśli Odwołujący próbowałby przyjąć retorykę, że może zrealizować usługę wykorzystując pozostałe 4 (ze wskazanych 9) pojazdy z „Wykazu pojazdów”, będzie to liczba niewystarczająca do wykonania zamówienia. Natomiast mając na uwadze zapis pkt 3.16. SWZ, przywoływany również przez Odwołującego, należy zauważyć, że Odwołujący nie mógłby wskazać innych niż autobusy turystyczne pojazdów, ponieważ Zamawiający dopuścił w pkt 3.16. SWZ zmianę, ale wyłącznie w „sytuacjach, w których Wykonawca nie może użyć pojazdu zadeklarowanego w ofercie, może go zastąpić innym ale o cechach/parametrach nie gorszych niż wskazane w ofercie w odniesieniu do konkretnego pojazdu”. Tym samym cechy/parametry zastępowanego autobusu mają być nie gorsze, a nie całkowicie inne - a tak jest ze wskazanych powyżej względów w odniesieniu do autobusów turystycznych w porównaniu z innymi rodzajami autobusów.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający mógł w jedyny prawidłowy sposób zareagować na sytuację, w której Odwołujący planował realizować zamówienie z wykorzystaniem niedopuszczalnych ze względu na specyfikę zamówienia pojazdów, tj. odrzucić ofertę Odwołującego ze względu na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia - taki jest właśnie wydzźwięk uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wszystkich czynności wykonanych przez Zamawiającego w trakcie Postępowania względem Odwołującego (ale również z poszanowaniem zasady równego traktowania względem Przystępującego).

Jednocześnie sam sposób napisania uzasadnienia zarzutów nr 4-6 odwołania przez Odwołującego potwierdza, że jego „Wykaz pojazdów” zawiera błędy - stąd właśnie Odwołujący zasłania się szeregiem rzekomych braków w SWZ, tracąc z pola widzenia kluczowy fakt. Faktem tym jest okoliczność, że planował realizację zamówienia z wykorzystaniem autobusów turystycznych, których stosowanie w przypadku usług będących przedmiotem zamówienia jest realnym zagrożeniem dla bezpieczeństwa przewożonych dzieci. A na to Zamawiający nie mógł pozwolić, stąd odrzucenie oferty Odwołującego jest jak najbardziej zasadne.

Zarzut sformułowany pod adresem przystępującego jest bezpodstawny z powodów jak poniżej.

Przystępujący złożył przedmiotowy środek dowodowy (wykaz pojazdów) o prawidłowej treści, tj. zostały w nim wskazane do realizacji zamówienia wyłącznie pojazdy zgodne z warunkami zamówienia, co również sprawdził zamawiający przez system CEPIK (zaświadczenie przedłożone przez przystępującego z dnia 19.07.2023r. L.D.Z. KTD.5411.68.2023.MM - akta sprawy). Tym samym przystępujący wykazał zamawiającemu zgodność oferty z warunkami zamówienia.

Izba podziela argumentację w tym zakresie przystępującego „Jednocześnie Przystępujący przedłożył Zamawiającemu zaświadczenie ze Starostwa Powiatowego, które potwierdzało prawidłowość przedłożonego przez Przystępującego „Wykazu pojazdów” - w odróżnieniu od Odwołującego, wykaz ten zawiera aż 11 pojazdów, w tym ani jednego będącego autobusem turystycznym. Przystępujący zdaje sobie sprawę ze znacznej odpowiedzialności wiążącej się z realizacją przedmiotowego zamówienia, stąd wiedział jakie pojazdy będą adekwatne na etapie realizacji.

Ponadto nie przekreśla prawidłowości oferty Przystępującego fakt, że Zamawiający stwierdził ją na podstawie uzyskanego przez Przystępującego i przedłożonego w odpowiedzi na wezwanie, zaświadczenia ze Starostwa Powiatowego, a nie bezpośrednio z bazy CEPIK. Po pierwsze, jak sam zauważył Odwołujący, tego typu dokument nie był wymagany przez Zamawiającego w SWZ - Zamawiający żądał go wyłącznie na potrzeby dodatkowej weryfikacji prawdziwości oświadczenia zawartego w „Wykazie pojazdów” żądanego na podstawie SWZ. Po drugie, Odwołujący również mógł uzyskać tego typu zaświadczenie i to w tym samym Starostwie Powiatowym we Włoszczowie. Po trzecie, oferta Odwołującego nie została odrzucona z powodu braku przedłożenia dokumentu z bazy CEPIK, ale z powodu zaferowania na potrzeby realizacji zamówienia autobusów turystycznych, które są niezgodne z warunkami zamówienia. A po czwarte, zaświadczenie ze Starostwa jest wydane przez niezależny od Zamawiającego podmiot, właśnie na podstawie danych z bazy CEPIK.”

W powyższym stanie rzeczy wszystkie zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.) stosownie do jego wyniku, zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 7.500 złotych

Przewodniczący.....