Sygn. akt: KIO 2173/23

POSTANOWIENIE
z dnia 7 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Agata Mikołajczyk
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 7 sierpnia 2023 r.
w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 24 lipca 2023 r. przez odwołującego: **Usługi Transportowe Z. W. z/s w Stoczku Łukowskim**(Kienkówka 66, 21450 Stoczek Łukowski) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest: **Gmina Mrozy**(ul. Adama Mickiewicza 35, 05320 Mrozy),

postanawia:

1.umarza postępowanie odwoławcze;
2.nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **Usługi Transportowe Z. W. z/s w Stoczku Łukowskim**(Kienkówka 66, 21450 Stoczek Łukowski) kwoty **6.750 zł 00 gr** (słownie: sześć tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy), stanowiącej 90% kwoty uiszczonego 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 (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

……..……..……..……..……..……..

Sygn. akt: KIO 2173/23

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 24 lipca 2023 r. przez odwołującego: **U**sługi Transportowe Z. W. z/s w Stoczku Łukowskim (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gmina Mrozy napodstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022r. poz. 1710 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP],w przedmiocie zamówienia publicznego na: ”Zakup biletów miesięcznych dla uczniów szkół podstawowych i dzieci z oddziałów przedszkolnych, prowadzonych przez Gminę Mrozy w roku szkolnym 2023/2024 w ramach przewozów regularnych”. Numer referencyjny: IGK.271.10.2023. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w BZP: 2023/BZP 00267745/01 z dnia 20 czerwca 2023.
Odwołujący podał, że wnosi odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:
1.wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty Wykonawcy PKS Bodzentyn Sp. z o.o., ul. Szosa 26a 28-400 Bogucice Drugie (dalej jako „PKS Bodzentyn”),
2.zaniechaniu odrzucenia ofert Wykonawców:
- •PKS Bodzentyn Sp. z o.o. oraz
- •Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej „SOKOŁÓW" w Sokołowie Podlaskim SA, ul. Ząbkowska 2, 08-30 Sokołów Podlaski - (dalej jako „PKS Sokołów”),

- pomimo, że zostały złożone przez wykonawców, którzy nie złożyli wraz z ofertą wymaganych przedmiotowych środków dowodowych wymaganych zarówno dla wykazania zgodności z wymaganiami SWZ jak i dla potrzeb punktacji w ramach kryterium pozacenowego (przy jednoznacznym wykluczeniu przez Zamawiającego w SWZ możliwości ich uzupełniania) oraz
- pomimo, że ich treść pozostaje niezgodna z treścią SWZ,

co przy uwzględnieniu danych zawartych w ofercie Odwołującego i postanowień SWZ ma bezpośredni wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, o czym Odwołujący dowiedział się z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 18.07.2023r.
Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisów Pzp:
1. naruszenie art. 239 ust. 1 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy PKS Bodzentyn, w sytuacji gdy oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona,
2. naruszenie art. 226 ust 1 pkt 2 lit c Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert PKS Bodzentyn oraz PKS Sokołów, pomimo, że zostały złożone przez wykonawców, którzy nie złożyli wraz z ofertą wymaganych przedmiotowych środków dowodowych wymaganych zarówno dla wykazania zgodności z wymaganiami SWZ jak i dla potrzeb punktacji w ramach kryterium pozacenowego,
3. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert PKS Bodzentyn Sp. z o.o. oraz PKS

Sokołów pomimo, że pozostają niezgodne z treścią SWZ,

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty na podstawie art. 554 ust. 1 i 3 Pzp wniósł o:

- merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego Odwołania,
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania - na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem,

a także o:

1.unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik Postępowania,

2.odrzucenie ofert wykonawców PKS Bodzentyn Sp. z o.o. oraz PKS Sokołów w związku z wystąpieniem wyżej wskazanych podstaw odrzucenia,

3.dokonanie ponownej oceny i badania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wykonawca wskazał: (...) *Oferta Odwołującego zgodnie z rankingiem ofert zawartym w treści zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania została uplasowana na trzeciej pozycji rankingowej przy trzech nieodrzuconych. Uwzględnienie odwołania i unieważnienie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy PKS Bodzentyn Sp. z o.o. oraz odrzucenie jej analogicznie jak oferty PKS Sokołów ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania oraz możliwość uzyskania zamówienia przez Odwołującego. W konsekwencji nie budzi wątpliwości, że interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia w tym Postępowaniu doznał uszczerbku, a tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych zysków z realizacji umowy zawartej z Zamawiającym*."

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie zgłosił przystąpienia żaden z wykonawców. Termin na takie zgłoszenie uwzględniając podaną przez zamawiającego informację w pkt 4 pisma z dnia 27/07/23 („*4. Kopia odwołania została przekazana Wykonawcom w dniu 25.07.2023 r. za pomocą formularza do komunikacji dostępnego na e-zamówieniach"*) upłynął w dniu 28/07/23.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 3/08/23 podał: (...) Gmina Mrozy – w odpowiedzi na odwołanie Usługi Transportowe Z. W. informuje, że nie znajduje podstaw do uznania zarzutów wskazanych w odwołaniu i wnosi o jego oddalenie w całości".

W uzasadnieniu stanowiska podał: (...) Zamawiający stoi na stanowisku, że w sposób prawidłowy i zgodny z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej ustawa Pzp) dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 239 ust. 1 Pzp, 2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c Pzp, 3. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. kwestionując zasadność wyboru oferty najkorzystniejszej i podnosząc obowiązek odrzucenia ofert wykonawców PKS Bodzentyn Sp. z o.o. i PKS „SOKOŁÓW w Sokołowie Podlaskim S.A.

Zamawiający w toku oceny i badania ofert ustalił, że oferta PKS Bodzentynjest najkorzystniejsza wg przyjętych kryteriów oceny ofert i spełnia wszystkie wymagania wskazane w SWZ a wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu. W związku z tym, że odwołujący nie kwestionuje prawidłowości wykazania warunków udziału w postępowaniu, odpowiedź na odwołanie odnosi się jedynie do kwestii przedstawienia przedmiotowych środków dowodowych, których w ocenie Odwołującego nie było wraz z ofertą wykonawcy PKS Bodzentyn.

Zamawiający nie kwestionuje okoliczności przedstawionych w odwołaniu, które dotyczą samej treści Specyfikacji Warunków Zamówienia. Zamawiający nie zgadza się natomiast ze sposobem, w jaki Odwołujący interpretuje te zapisy względem zaistniałego w postępowaniu stanu faktycznego. Zamawiający wymagał złożenia przedmiotowych środków dowodowych, na potwierdzenie zgodności oferowanej usługi z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia oraz kryteriów oceny ofert. Zamawiający określił katalog przedmiotowych środków dowodowych w sposób ogólny wskazując, że oczekuje złożenia dowodów rejestracyjnych bądź innych dokumentów potwierdzających normę emisji spalin co najmniej Euro IV oraz dokumentów potwierdzających sprawność pojazdu aktualnym przeglądem technicznym pojazdu.

Stosownie do postanowień art. 107 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający poinformowałw pkt 4.14.2. SWZ, że nie dopuszcza uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, jeżeli nie zostanie złożony lub jest niekompletny a służy potwierdzeniu spełniania normy emisji spalin.

Wykonawca PKS Bodzentyn Sp. z o.o. złożył w postępowaniu ofertę wraz z dowodami rejestracyjnymi następujących pojazdów:

Wszystkie dowody rejestracyjne, złożone z ofertą przedstawiały dane potwierdzające, że każdy z pojazdów posiada aktualny przegląd techniczny. Dowody rejestracyjne złożone z ofertą wydane zostały w latach 2020 – 2023.

Norma emisji spalin została podana w dwóch z sześciu dowodów rejestracyjnych złożonych przez Wykonawcę. Natomiast wykonawca PKS Sokołów w Sokołowie Podlaskim S.A. złożył z ofertą dowody rejestracyjne: Dowody rejestracyjne złożone z ofertą wydane zostały w 2021 r.

Norma emisji spalin nie została podana w żadnym z dowodów rejestracyjnych złożonych przez Wykonawcę. Dowody rejestracyjne potwierdzały natomiast aktualność przeglądów technicznych.
Zamawiający wskazuje, że zgodnie z obowiązującymi przepisami, dowód rejestracyjny pojazdu nie musi posiadać wpisu dotyczącego normy emisji spalin jaką pojazd spełnia. Z tego względu, podmiotowy środek dowodowy w postaci dowodu rejestracyjnego nie zawsze będzie mógł być środkiem właściwym dla wykazania takiej okoliczności. Z tego względu, Zamawiający dopuścił również możliwość złożenia innych dokumentów, które wskazywałyby na tę normę, nie ograniczając ich jednak do zamkniętego katalogu.
Należy zauważyć, że zgodnie z art. 7 pkt 20) ustawy Pzp, przez przedmiotowe środki dowodowe należy rozumieć środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.
Ustawa pzp nie zawiera żadnych ograniczeń co do tego, co może stanowić przedmiotowy środek dowodowy. Jako przykłady wymienia co prawda etykiety (art. 104 ustawy Pzp) i certyfikaty (art. 105 ustawy Pzp), ale już art. 106 ustawy Pzp daje zamawiającym swobodę w zakresie określania tych środków, ograniczając je jedynie do zasad proporcjonalności i związania z przedmiotem zamówienia, zakazując jednak żądania środków, które ograniczają uczciwą konkurencję i równe traktowania wykonawców.
Przedmiotowym środkiem dowodowym może być zatem nie tylko dokument wydany przez podmiot zewnętrzny, inny niż wykonawca, ale również dokument wystawiony przez wykonawcę czy też jego oświadczenie własne.
Powyższe potwierdza nie tylko orzecznictwo Izby, która chociażby w wyroku z dnia 28 lipca 2021 r., KIO 1928/21 wskazała: Warto podkreślić, że nie istnieje zamknięty katalog przedmiotowych środków dowodowych. Może nim być nie tylko zaświadczenie czy poświadczenie wystawione przez odrębny podmiot, ale także oświadczenie wykonawcy lub producenta, ale również Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych, wydany przez Urząd Zamówień Publicznych, w którym tezę tę powołano.
Powyższa okoliczność jest istotna dla oceny prawidłowości działania Zamawiającego w zakresie wyboru oferty PKS Bodzentyn Sp. z o.o. i braku odrzucenia oferty PKS
Sokołów. Wykonawcy ci określili normy emisji spalin w ramach oświadczenia własnego składanego w ramach oferty:
Zamawiający formułując wymagania w zakresie przedmiotowych środków dowodowych nie sprecyzował, jakie środki mogą być składane zamiast wymienionych z nazwy dowodów rejestracyjnych, poprzestając na ogólnikowym stwierdzeniu o możliwości złożenia „innych dokumentów". Nie jest zatem teraz możliwa negatywna ocena działań wykonawców, którzy składając dowody rejestracyjne pojazdów niezawierające informacji o normy emisji spalin, nie dołączyli zewnętrznych dokumentów te normy wskazujących, a poprzestali na informacji wskazanej w formularzu ofertowym jako oświadczeniu własnym.
Powyższe potwierdza orzecznictwo Izby oraz sądów powszechnych oraz TS, a także Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych, wydany przez Urząd Zamówień Publicznych.: (...)
Dalej podał (...) Z uwagi na sankcyjny charakter przepisów o odrzuceniu oferty, okoliczności leżące u podstaw takiego odrzucenia musza być oceniane „wąsko". Nie ma w tym zakresie miejsca na dowolność ze strony Zamawiającego. Dowolności w ocenie nie ma także Odwołujący, który opiera swoje twierdzenia na przyjętym przez siebie rozumieniu powstałych okoliczności faktycznych i prawnych. Odmienna ocena Odwołującego względem działań pozostałych wykonawców jedynie potwierdza, że zapisy SWZ dotyczące przedmiotowych środków dowodowych mogły być odmiennie rozumiane. Brak konkretnych regulacji przyjętych przez Zamawiającego nie może zatem stanowić podstawy do wysuwania twierdzeń o nieprawidłowości ofert PKS Bodzentyni PKS Sokołów tylko w oparciu o tezę, że z ofertą nie został złożony odrębny dokument mający stanowić przedmiotowy środek dowodowy. Zarówno dokument odrębny jak i oświadczenie Wykonawcy złożone w ramach oferty wypełnia definicję przedmiotowego środka dowodowego, gdyż potwierdza to co przedmiotowy środek ma potwierdzać. Zamawiający wskazuje również, że zapisy SWZ dotyczące przedmiotowych środków dowodowych nie były przez wykonawców kwestionowane na etapie postępowania. Żaden z wykonawców nie zwrócił się z wnioskiem o wyodrębnienie zamkniętego katalogu przedmiotowych środków dowodowych służących potwierdzeniu kryteriów oceny ofert. Zamawiający nie otrzymał również wniosków w przedmiocie wyłączenia możliwości posłużenia się przez wykonawców oświadczeniami własnymi w tym zakresie. Każdy wykonawca mógł zatem z tych możliwości skorzystać wedle własnego uznania. Co istotne, za prawidłowe działanie Wykonawcy, w zakresie złożenia przedmiotowego środka dowodowego należałoby uznać sytuację, w której dokładnie to samo oświadczenie, które zawarte jest w formularzu ofertowym w formie tabeli, Wykonawca powtórzyłby w ramach odrębnego dokumentu. Prowadziłoby to do absurdalnej sytuacji, w której kluczem do oceny prawidłowości działania Wykonawcy nie jest już treść dokumentu, ale techniczne jego wyodrębnienie. Poparcie takiej tezy stanowi przejaw skrajnego i nieuzasadnionego formalizmu postępowania, co Izba piętnowała wielokrotnie w swoich orzeczeniach (tak np. wyrok: KIO 1176/20; KIO 888/23).

Negatywna ocena działania Zamawiającego musiałaby prowadzić do uznania, że w przedmiotowej sprawie zakazane było posłużenie się przedmiotowym środkiem dowodowym w postaci oświadczenia własnego, co w sposób oczywisty jest oceną nieprawidłową, gdyż ani ustawa, ani postanowienia dokumentów zamówienia zakazu takiego nie formułują.
Marginalnie Zamawiający wskazuje, że błędnie ocenił oferty wykonawców odrzuconych, jednak z uwagi na to, że zarzuty w tym zakresie nie zostały postawione w odwołaniu, wyrokowanie w tym przedmiocie nie może mieć miejsca. Bez względu jednak na nieprawidłowo podjętą czynność, wynik postępowania pozostaje niezmieniony, gdyż oferta PKS Bodzentyn Sp. z o.o. nadal byłaby ofertą najwyżej ocenioną.
Podsumowując, działanie Zamawiającego w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej było prawidłowe, a oferty tak PKS Bodzentyn Sp. z o.o. jak i PKS Sokołów S.A. nie podlegają odrzuceniu. Gdyby zamawiający miał podjąć decyzję o odrzuceniu tych ofert, musiałby powołać okoliczność braku możliwości wykorzystania jako przedmiotowy środek dowodowy oświadczenia własnego wykonawcy, co byłoby działaniem nieuprawnionym, nieznajdującym oparcia tak w przepisie ustawy jak i w postanowieniach SWZ. Żaden zarzut, który Odwołujący stawia w odwołaniu w istocie się nie zmaterializował. Abstrahując od powyższego Zamawiający zaznacza, że oferta Odwołującego znacznie przekracza możliwości finansowe Zamawiającego, który nie przewidział możliwości zaangażowania takich środków na to zadanie.

Odwołujący w piśmie z dnia 4/08/23 podał: (...) *na podstawie art. 520 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych niniejszym składam: oświadczenie o wycofaniu odwołania wniesionego w przedmiotowym postępowaniu. Mając powyższe na względzie Odwołujący wycofuje odwołanie wnosząc jednocześnie o zwrot 90% wysokości wpisu zgodnie z § 9 ust 1 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Oświadczenie w zakresie wycofania odwołania zostało przekazana w dniu dzisiejszym Zamawiającemu tą samą wiadomością email na adresy korespondencyjne ujawnione w postępowaniu odwoławczym*".

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 520 ust. 1 i 2 ustawy Pzp: „1.*Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. 2. Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby*".

W niniejszej sprawie ma zastosowanie wskazany przepis, albowiem Odwołujący w piśmie z dnia 4 sierpnia 2023 r., złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania wniesionego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 568 pkt 1 cytowanej ustawy, Izba postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego. Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437) i uwzględniając wskazane przepisy, nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczonego od odwołania w wysokości 7.500 zł.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

……