Sygn. akt: KIO 2023/23

WYROK
z dnia 26 lipca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ewa Sikorska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lipca 2023 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2023 r. przez wykonawcę **M. K.,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Gminę Miasta Gdyni w Gdyni**

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 253 ust. 1 w zw. z art. 266 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 roku, poz. 1710 ze zm.),
2. w pozostałym zakresie odwołanie oddala,
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **M. K.** i**:**

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **M. K.** tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od wykonawcy **M. K.** na rzecz zamawiającego – **Gminy Miasta Gdyni w Gdyni** kwotę **3 769 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

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

Przewodniczący: …….

Sygn. akt: KIO 2023/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasta Gdyni w Gdyni – działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm. – ustawa P.z.p.), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zapewnienie transportu i opieki w czasie realizacji usługi dowozu dzieci i uczniów z niepełnosprawnością z terenu Gminy Miasta Gdyni do przedszkoli, szkół i placówek oświatowych na trasie dom – przedszkole/szkoła/placówka oświatowa – dom wraz z opieką, zgodnie z ustawa z 14 grudnia 2016 r. Prawo oświatowe (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1082 oraz z 2022 r. poz. 655).

W dniu 11 lipca 2023 roku wykonawca M. K. (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od czynności oraz zaniechań przez zamawiającego czynności, do których był on obowiązany z mocy ustawy, polegających na:

1. wyborze oferty City Plus Taxi Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,

2. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy City Plus Taxi Sp. z o.o., pomimo że wykonawca ten nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania nie mniej niż 2 pojazdami elektrycznymi lub napędzanym gazem ziemnym, spośród wskazanych 8, przeznaczonych przez wykonawcę do wykonania zamówienia (w związku z art. 68 ust. 3 ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych – Dz. U. z 2022 poz. 1083).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 266 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie w sprawie polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy City Plus Taxi Sp. z o.o., pomimo że wykonawca ten nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania nie mniej niż 2 pojazdami elektrycznymi lub napędzanymi gazem ziemnym, spośród wskazanych 8, przeznaczonych przez wykonawcę do wykonania zamówienia (w związku z art. 68 ust. 3 ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych – Dz. U. z 2022 poz. 1083) w ten sposób, że wykonawca przedstawił do realizacji zamówienia dwa pojazdy dwupaliwowe (Diesel/CNG), tj. Renault Trafic nr rej. GD 1C510, rok prod. 2022 oraz Renault Trafic nr rej. GD 9C260, rok prod. 2022, podczas gdy pojazdy te nie spełniają definicji

legalnej pojazdu napędzanego gazem ziemnym zawartej w art. 2 pkt 14 ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (Dz. U. z 2023 r. poz. 875.);

2. naruszenie przez zamawiającego art. 253 ust. 1 w zw. z art. 266 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy City Plus Taxi Sp. z o.o., podczas gdy oferta ta winna zostać odrzucona z uwagi na fakt, że nie został spełniony warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania nie mniej niż 2 pojazdami elektrycznymi lub napędzanymi gazem ziemnym, spośród wskazanych 8, przeznaczonych przez lub napędzanymi gazem ziemnym, spośród wskazanych 8, przeznaczonych przez wykonawcę do realizacji zamówienia (w związku z art. 68 ust. 3 ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych – Dz. U. z 2022 poz. 1083).

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;

2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

3. nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy City Plus Taxi Sp. z o.o.;

4. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, że jest przedsiębiorca prowadzącym działalność gospodarcza w zakresie transportu drogowego osób. Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy City Plus Taxi Sp. z o.o. z uwagi na fakt, że nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu w sposób bezpośredni pozbawiło odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, albowiem oferta odwołującego w świetle kryteriów oceny ofert znajduje się na drugim miejscu za ofertą wykonawcy City Plus Taxi Sp. z o.o.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 25 lipca 2023 roku zamawiający oświadczył, że:

1)uwzględnia odwołanie w zakresie części zarzutu nr 2, tj. dotyczącego wyboru jako najkorzystniejszej oferty City Plus Taxi Sp. z o.o., wobec tego, iż wykonawca ten nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu, określonego w pkt. VIII ust. 2 pkt 1 lit. e specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), tj. dotyczącego dysponowania nie mniej niż 2 pojazdami elektrycznymi lub napędzanymi gazem ziemnym, spośród wskazanych 8, przeznaczonych przez wykonawcę do wykonania zamówienia (w związku z art. 68 ust. 3 ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych – Dz. U. z 2022, poz. 1083);
2)unieważni czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty City Plus Taxi Sp. z o.o.,
3)dokona ponownej czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
4)wnosi o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający oświadczył, że zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty City Plus Taxi Sp. z o.o. jest przedwczesny z uwagi na treść art. 128 ust. 1 w zw. z art. 266 ustawy P.z.p.

Na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lipca 2023 roku odwołujący oświadczył, że podtrzymuje odwołanie.

Izba ustaliła, co następuje:

Wartość zamówienia jest niższa niż progi określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 2 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p.

Zgodnie z rozdziałem VIII ust. 2 pkt 1 lit. e SWZ zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu polegający na dysponowaniu przez wykonawcę nie mniej niż 2 pojazdami elektrycznymi lub napędzanymi gazem ziemnym, spośród wskazanych 8, przeznaczonych przez wykonawcę do wykonania zamówienia (w związku z art. 68 ust. 3 ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych – Dz. U. z 2022 poz. 1083).

Wykonawca City Plus Taxi Sp. z o.o. w załączniku nr 6 do SWZ (wykaz pojazdów) wskazał 2 pojazdy Renault Trafic, oba z roku prod. 2022, jako zasilane CNG. W oświadczeniu z dnia 21 czerwca 2023 r. doprecyzował, że pojazdy te to Renault Trafic nr rej. GD 1C510, rok prod. 2022 oraz Renault Trafic nr rej. GD 9C260, rok prod. 2022.

Pismem z dnia 21 czerwca 2023 roku zamawiający wezwał wykonawcę City Plus Taxi Sp. z o.o. do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy P.z.p., w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania

wskazanych przez zamawiającego oraz wykazu pojazdów specjalistycznych i wykazu urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usługi w celu realizacji zamówienia, odpowiednio do warunku określonego w rozdz. VIII ust. 2 pkt 1 lit. d-e, wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami, według załącznika nr 6 do SWZ.

Pismem z dnia 21 czerwca 2023 roku wykonawca City Plus Taxi Sp. z o.o.oświadczył, iż informacje podane w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy P.z.p., są aktualne na dzień składania oświadczenia.

Pismem z dnia 27 czerwca 2023 roku wykonawca City Plus Taxi Sp. z o.o. oświadczył, że potwierdza, że wszystkie dokumenty złożone wraz z ofertą są aktualne i potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz nie posiadają przesłanek do wykluczenia z postępowania.

Pismem z dnia 5 lipca 2023 roku zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy City Plus Taxi.

Izba zważyła, co następuje:

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 253 ust. 1 w zw. z art. 266 ustawy P.z.p. podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 4 zdanie pierwsze ustawy P.z.p. Zgodnie ze wskazanym przepisem, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 266 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie w sprawie polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy City Plus Taxi Sp. z o.o., pomimo że wykonawca ten nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania nie mniej niż 2 pojazdami elektrycznymi lub napędzanymi gazem ziemnym, spośród wskazanych 8, przeznaczonych przez wykonawcę do wykonania zamówienia (w związku z art. 68 ust. 3 ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych – Dz. U. z 2022 poz. 1083) w ten sposób, że wykonawca przedstawił do realizacji zamówienia dwa pojazdy dwupaliwowe (Diesel/CNG), tj. Renault Trafic nr rej. GD 1C510, rok prod. 2022 oraz Renault Trafic nr rej. GD 9C260, rok prod. 2022 podczas gdy pojazdy te nie spełniają definicji legalnej pojazdu napędzanego gazem ziemnym zawartej w art. 2 pkt 14 ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (Dz. U. z 2023 r. poz. 875.).

Zgodnie z rozdziałem VIII ust. 2 pkt 1 lit. e SWZ zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu polegający na dysponowaniu przez wykonawcę nie mniej niż 2 pojazdami elektrycznymi lub napędzanymi gazem ziemnym, spośród wskazanych 8, przeznaczonych przez wykonawcę do wykonania zamówienia (w związku z art. 68 ust. 3 ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych – Dz. U. z 2022 poz. 1083). Informację o posiadanych pojazdach wykonawca obowiązany był złożyć według wzoru zawartego w załączniku nr 6 (wykaz pojazdów).

Wskazany wykaz pojazdów w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowił podmiotowy środek dowodowy, o którym mowa w art. 7 pkt 17 ustawy P.z.p. Zgodnie z zawartą tam definicją przez podmiotowe środki dowodowe należy rozumieć środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1.

W złożonym wykazie wykonawca nie potwierdził spełniania warunku określonego w rozdz. VIII ust. 2 pkt1 lit. e SWZ (okoliczność bezsporna).

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p., jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

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

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. przenosi art. 56 ust. 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 65, ze zm., dalej: „dyrektywa klasyczna”). Zgodnie z art. 56 ust. 3 dyrektywy klasycznej, jeżeli informacje lub dokumentacja, które mają zostać złożone przez wykonawców, są lub wydają się niekompletne lub błędne, lub gdy

brakuje konkretnych dokumentów, instytucje zamawiające mogą – chyba że przepisy krajowe wdrażające dyrektywę klasyczną stanowią inaczej – zażądać, aby dani wykonawcy złożyli, uzupełnili, doprecyzowali lub skompletowali stosowne informacje lub dokumentację w odpowiednim terminie, pod warunkiem że takie żądania zostaną złożone przy pełnym poszanowaniu zasad równego traktowania i przejrzystości.

Dla zastosowania art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. wymagane jest zatem spełnienie przynajmniej jednej z następujących przesłanek:

1)wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu,
2)wykonawca złożył wskazane wyżej dokumenty, ale są one niekompletne,
3)wykonawca złożył wskazane wyżej dokumenty, ale zawierają one błędy.

W rozpoznawanym przypadku zachodzi trzecia ze wskazanych wyżej przesłanek, tj. wykonawca City Plus Taxi Sp. z o.o. złożył podmiotowy środek dowodowy (wykaz pojazdów), ale zawiera on błędy. Jak wskazano w komentarzu do ustawy P.z.p. pod red. Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza (UZP Warszawa 2021, str. 468), dokumenty (oświadczenia) zawierające błędy to dokumenty, które zostały fizycznie złożone oraz są formalnie poprawne, jednak nie potwierdzają spełniania odpowiednich wymagań. Analogicznie orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 1 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1704/21.

Z powyższego wynika, że oferta wykonawcy, który złożył podmiotowe środki dowodowe, jednakże zawierają one błędy, nie może zostać odrzucona, jeżeli zamawiający nie dokonał wszystkich czynności wymaganych przez ustawę P.z.p. Do takich czynności należy obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia poprawionych środków dowodowych, wynikający z art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. Tym samym zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 266 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie w sprawie polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy City Plus Taxi Sp. z o.o., należy uznać za co najmniej przedwczesny, a – co za tym idzie – bezzasadny.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, wyrażonego na rozprawie w dniu 26 lipca 2023 roku, jakoby zamawiający dopełnił wskazanego wyżej obowiązku wystosowując do wykonawcy City Plus Taxi Sp. z o.o. wezwanie z dnia 21 czerwca 2023 roku do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Analiza treści wskazanego wyżej wezwania dowodzi, iż pismem z dnia 21 czerwca 2023 roku zamawiający wezwał wykonawcę City Plus Taxi Sp. z o.o. do złożenia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy P.z.p., nie zaś na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. Zgodnie z art. 274 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Izba wskazuje, że obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia podmiotowych środków dowodowych, wynikający z art. 274 ust. 1 ustawy P.z.p., oraz obowiązek wezwania do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p., to dwie osobne instytucje prawa zamówień publicznych i uczynienie zadość jednemu z nich nie oznacza, że zamawiający jest zwolniony z zastosowania drugiego. Podkreślić należy, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego cechuje się dość wysokim stopniem formalizmu. Ustawa P.z.p. nakłada na zamawiającego szereg obowiązków, które obowiązany jest on podjąć w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie jest uprawniony do dowolnego stosowania przepisów ustawy P.z.p., o ile taka dowolność nie wynika wprost z danego unormowania. Analiza treści art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. wskazuje, że wezwanie wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów jest czynnością zamawiającego, do której podjęcia jest on bezwzględnie obowiązany.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, wyrażonego na rozprawie w dniu 26 lipca 2023 roku, jakoby art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. nie mógł mieć zastosowania w odniesieniu do wykonawcy City Plus Taxi Sp. z o.o., ponieważ oferta wykonawcy podlega odrzuceniu bez względu na złożenie, uzupełnienie lub poprawienie podmiotowych środków dowodowych, z takiego powodu, że w oświadczeniu z 21 czerwca 2023 r. wykonawca ten podał nieprawdziwe informacje i wprowadził zamawiającego w błąd. Izba wskazuje, że odwołujący nie podniósł w odwołaniu takiego zarzutu, zatem jego postawienie na rozprawie należy uznać za nieuprawnione rozszerzenie zarzutów odwołania, których Izba nie może rozpoznać z uwagi na treść art. 555 ustawy P.z.p.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo

zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 9 ust. 3 pkt 2 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).

Przewodniczący:……