

Sygn. akt: KIO 2170/20

WYROK
z dnia 26 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 października 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 września 2020 r. przez wykonawcę **M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Mario Presto M. B. z siedzibą w Białej Podlaskiej** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zespół Placówek Oświatowych z siedzibą w Leśnej Podlaskiej**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Łosicach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łosicach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. **Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Mario Presto M. B. z siedzibą w Białej Podlaskiej i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Mario Presto M. B. z siedzibą w Białej Podlaskiej tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Lublinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zespół Placówek Oświatowych z siedzibą w Leśnej Podlaskiej, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dowóz uczniów do Zespołu Placówek Oświatowych w Leśnej Podlaskiej w roku szkolnym 2020/2021*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12 sierpnia 2020 r. pod numerem 573473-N-2020.

W dniu 1 września 2020 r. wykonawca M. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Mario Presto M. B. z siedzibą w Białej Podlaskiej, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 17, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 91 ust. 1 i ust. 2d oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przyjęcie oferty, która zawierała informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego co do czasu podstawienia autobusu zastępczego i która miała decydujący wpływ na udzielenie zamówienia, podczas gdy właściwa analiza czasu podstawienia autobusu zastępczego przemawiała za wykluczeniem i odrzuceniem oferty, a nie jej wybraniem jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania powtórnej czynności oceny i badania ofert, a także ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazywał, że podany przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Łosicach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łosicach, dalej „PKS w Łosicach” czas podstawienia autobusu zastępczego (4 minuty) jest nierealny z powodów technicznych, fizycznych i obowiązujących przepisów prawa o ruchu drogowym i wprowadza Zamawiającego w błąd.

Podane informacje, stanowiące kryterium pozacenowe, o czasie podstawienia autobusu zastępczego są nieprawdziwe w znaczeniu, o jakim mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż były i są obiektywnie niezgodne z rzeczywistością. Biorąc pod uwagę siedzibę przedsiębiorstwa PKS w Łosicach nie jest możliwe, aby autobusy były podstawione w ciągu 4 minut na przykład do Leśnej Podlaskiej.

Potwierdzeniem tego faktu jest czas wskazany w ofercie z 2018 r., kiedy to PKS w Łosicach przedstawił czas podstawienia autobusu kilkakrotnie wyższy niż obecnie. Ponadto nawet z pobieżnych wyliczeń, podawanych przez serwis Google-maps, dojazd z Łosic do

Leśnej Podlaskiej trwa około 25 minut, co w kontekście wskazania 4 minut przemawia za odrzuceniem oferty.

W związku z powyższym Zamawiający wadliwie przyznał wykonawcy maksymalną liczbę punktów w kryterium pozacenowym (40 punktów), gdyż w świetle doświadczenia życiowego, zasad logiki i powszechnie dostępnej wiedzy, dotrzymanie czasu 4 minut nie było i nie jest możliwe. Biorąc pod uwagę obowiązujące zasady ruchu drogowego oraz możliwości techniczne pojazdów niemożliwe jest pokonanie drogi pomiędzy siedzibą PKS Łosice a miejscami gdzie mają być dowożone dzieci w 4 minuty. Dla oceny możliwości podstawienia autobusu zastępczego należy przede wszystkim kierować się odległością bazy przedsiębiorcy (Łosice) od miejsca docelowego (Leśna Podlaska). Odległość ta wynosi 27 kilometrów i żaden pojazd, tym bardziej autobus, nie pokona tej drogi w 4 minuty. Konsekwencją błędnej oceny oferty PKS Łosice był jej wybór sprzeczny z przepisami ustawy Pzp, w szczególności z art. 91 ust. 1 i art. 91 ust. 2d oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie przystąpił wykonawca Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Łosicach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łosicach, dalej „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej przez Przystępującego, wyjaśnień składanych przez Przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, piśmie procesowym Odwołującego oraz Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 13 października 2020 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest dowóz uczniów do Zespołu Placówek Oświatowych w Leśnej Podlaskiej w roku szkolnym 2020/2021.

Zgodnie z pkt 14.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej „SIWZ”, Zamawiający jako kryteria oceny ofert wskazał cenę brutto z wagą 60% oraz czas podstawienia autobusu zastępczego z wagą 40% liczony jako najkrótszy czas podstawienia

autobusu zastępczego z ważnych ofert. Zgodnie z formularzem ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, wykonawcy w pkt 1 lit. B byli zobligowani wskazać, iż *zobowiązują się w przypadku awarii autobusu podstawić autobus zastępczy w czasie ... min. od wystąpienia awarii.*

Do upływu terminu składania ofert, oferty złożyło trzech wykonawców: PKS w Radzynie Podlaskim Spółka Akcyjna z siedzibą w Radzynie Podlaskim z ceną brutto: 131.498,4 zł oraz czasem podstawienia autobusu w 18 minut, Odwołujący z ceną brutto: 109.750,3 zł oraz czasem podstawienia autobusu w 15 minut oraz Przystępujący z ceną brutto: 151.118,95 zł oraz czasem podstawienia autobusu w 4 minut.

Zamawiający pismem z dnia 24 sierpnia 2020 r. zwrócił się do Przystępującego o wyjaśnienie zobowiązania wykonawcy dotyczącego czasu podstawienia autobusu zastępczego w czasie 4 minut od wystąpienia awarii oraz podania miejsc stacjonowania autobusu zastępczego i sposobu szacowania czasu 4 minut na dojazd.

W odpowiedzi na powyższe, Przystępujący wyjaśnił, że posiada duże zaplecze taborowe, ponad 45 autobusów, i kadrowe, ponad 35 kierowców umożliwiające natychmiastową reakcję, w przypadku awarii autobusu przewożącego uczniów z i do szkoły w Leśnej Podlaskiej. Wykonawca wskazał, iż w celu wywiązania się z zadeklarowanego czasu reakcji, zabezpieczy rezerwowe autobusy wraz z kierowcami w lokalizacjach i w czasie rozpoczynania kursów dowozowych, tj. Biała Podlaska, Leśna Podlaska, Stara Kornica oraz rozpoczynania kursów odwozowych w Leśnej Podlaskiej. Wykonawca podniósł ponadto, iż dysponuje też autokarami, które mogą być dodatkowo przekierowane na podmień, w przypadku wystąpienia awarii autobusów szkolnych wykonujących przewozy do Szkoły Podstawowej w Leśnej Podlaskiej. Dodatkowo możliwości reakcji umożliwiają autobusy, które wykonują kursy w komunikacji na liniach: z Kornicy przez Leśną Podlaską do Białej Podlaskiej, z Łosic przez Leśną Podlaską do Białej Podlaskiej, z Janowa Podlaskiego przez Hrud, Cicibór do Białej Podlaskiej, z Kornicy przez Wólkę Nosowską do Łosic, z Kornicy przez Drobin do Białej Podlaskiej, których trasa przejazdu oraz czas przejazdu praktycznie pokrywają się z kursami przewozowymi do szkoły podstawowej.

Pismem z dnia 25 sierpnia 2020 r. Zamawiający ponownie zwrócił się do Przystępującego o wyjaśnienie wątpliwości dotyczących wywiązania się przez wykonawcę z deklarowanego czasu reakcji, tj. czy we wskazanych przez wykonawcę miejscowościach będą do dyspozycji autobusy z kierowcami jako rezerwy.

W odpowiedzi na powyższe, wykonawca potwierdził wyznaczenie w następujących miejscowościach Białej Podlaskiej, Drobinie, Leśnej Podlaskiej punkty rozpoczynania/kończenia przewozów autobusami, a także stacjonowania autobusów

rezerwowych wraz z kierowcami, podtrzymując swoje stanowisko, że ze względu na możliwości organizacyjne, taborowe i kadrowe jakie posiada, jest w stanie wywiązać się z deklarowanego 4 minutowego czasu podstawienia autobusu zastępczego od wystąpienia awarii.

W dniu 27 sierpnia 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba uznała, że odwołanie zasługuje na oddalenie.

Odwołujący podnosił, że przedstawiony przez Przystępującego czas podstawienia autobusu zastępczego (4 minuty) jest niemożliwy z powodów technicznych, fizycznych i obowiązujących przepisów prawa oraz wprowadza Zamawiającego w błąd, a Zamawiający poprzez wybór jego oferty naruszył art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Powyższy przepis składa się z dwóch elementów, których łączne zaistnienie umożliwia dopiero zastosowanie przewidzianej w nim sankcji, tj. obowiązek wykluczenia wykonawcy. Pierwszym z nich jest wykazanie, że wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, drugim natomiast jest wykazanie, że powyższe mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby procedura wykazania powyższych okoliczności powinna być przeprowadzana indywidualnie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

- pomiędzy wykonawcą, którego dane okoliczności dotyczą, a Zamawiającym. W przypadku jednak, gdy Zamawiający nie poweźmie przekonania o podstawach do wykluczenia wykonawcy, a spór powstanie na etapie postępowania odwoławczego, obowiązek dowiedzenia tych okoliczności w postępowaniu odwoławczym spoczywa na stronach i uczestnikach postępowania, którzy z danych okoliczności wywodzą skutki prawne, zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, a także w art. 6 Kodeksu cywilnego.

W niniejszym postępowaniu odwoławczym Odwołujący powinien zatem dowieść przede wszystkim, że kwestionowana przez niego decyzja Zamawiającego, tj. zaniechanie wykluczenia Przystępującego jest nieprawidłowa. Ze swojej strony zaś Zamawiający i Przystępujący powinni dowodzić, że jest ona uzasadniona.

Tymczasem Odwołujący w swojej argumentacji nie udowodnił, aby było niemożliwe podstawienie autobusu zastępczego w 4 minuty. Na podstawie twierdzeń Odwołującego nie można przesądzić, czy mamy do czynienia z informacjami wprowadzającymi w błąd, tym bardziej, że Odwołujący oparł się na założeniu, że dla oceny możliwości podstawienia autobusu zastępczego należy kierować się odległością bazy przedsiębiorcy od miejsca docelowego, co nie wynika z żadnego postanowienia SIWZ. Zamawiający nie sprecyzował w kryteriach oceny ofert, że podstawą oceny będzie badanie czasu liczonego od siedziby wykonawcy do miejsca dowozu dzieci.

Aby stwierdzić, że podano informację wprowadzającą w błąd należałoby wpierw wskazać jaka byłaby prawdziwa, czego również Odwołujący nie podał, bowiem nie wskazał, jaki jest najkrótszy czas podstawienia autobusu zastępczego możliwy do zaoferowania przez Przystępującego. Punktem wyjścia nie może być w tym przypadku czas wskazany w ofercie Odwołującego, bowiem porównanie kryterium pozacenowego jakie zostało przyjęte w jego ofercie z kryterium pozacenowym Przystępującego nie może stanowić wystarczającego dowodu na przedstawienie przez Przystępującego informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego. Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy pozostają także twierdzenia Odwołującego o kryteriach w ofercie Przystępującego wskazanych w innych postępowaniach (czy to z 2018 r., czy też z 2020 r.), gdyż dotyczą danych, które nie są przedmiotem oceny w toku niniejszego postępowania odwoławczego.

Aby dokonać wykluczenia wykonawcy z powodu podania informacji wprowadzających w błąd, występuje konieczność ustalenia informacji, które pozostają w sprzeczności z istniejącym stanem faktycznym. Innymi słowy są to informacje nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistością, a których podanie przez wykonawcę skutkuje mylnym przekonaniem zamawiającego co do istniejącej rzeczywistości. Nie jest wystarczającym dla uznania złożenia informacji wprowadzających w błąd w ofercie zaistnienie pewnego stanu niepewności, czy

wywołanie pewnych wątpliwości, że być może podane informacje nie są ściśle lub błędne, ale niezbędne jest wykazanie tej kwestii. Podkreślić należy, że Odwołujący, aby skorzystać z dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp winien wykazać w oparciu o niebudzące wątpliwości dowody, że Przystępujący przedstawił w złożonej przez siebie ofercie informacje odnośnie czasu podstawienia autobusu zastępczego, punktowane w ramach kryterium pozacenowego, które pozostają w sprzeczności z faktami, czego zdaniem Izby nie uczynił.

Ponadto Izba wskazuje, że brak w aktualnych przepisach, a konkretnie od nowelizacji z 2016 r., podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania określonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, na którą powoływał się Odwołujący.

Dodatkowo, Izba pominęła argumentację Odwołującego związaną z brakiem możliwości zapoznania się z pismami z 25 i 26 sierpnia 2020 r. Przystępującego, bowiem zgodnie z art. 96 ustawy Pzp, protokół postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wraz z załącznikami jest jawny. Protokół postępowania udostępnia się na bieżąco od momentu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Protokół lub załączniki udostępnia się na wniosek. Zatem, nic nie stało na przeszkodzie, aby Odwołujący zapoznał się z korespondencją prowadzoną między Zamawiającym a Przystępującym, zwracając się ze stosownym wnioskiem do Zamawiającego po wyborze najkorzystniejszej oferty. Takiego wniosku próżno szukać w dokumentacji postępowania.

Reasumując, Izba stwierdziła, że Zamawiający prawidłowo ocenił i wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Przystępującego i nie dopuścił się naruszeń ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: