

Sygn. akt: KIO 563/21

**WYROK
z dnia 17 marca 2021 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz
 Klaudia Szczytowska-Maziarz
 Monika Szymanowska

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BP Tour Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie przy ul. Długiej 15 (20-346 Lublin) oraz P. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BP Tour P. B. z siedzibą w Bełżycach przy ul. Sportowej 6 (24-200 Bełżyce) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Wrocław – Urząd Miejski Wrocławia z siedzibą we Wrocławiu przy pl. Nowy Targ 1-8 (50-141 Wrocław)

przy udziale

- A. wykonawcy Dolnośląskie Linie Autobusowe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Długosza 60 (51-162 Wrocław);
 - B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PKS Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Świerkłańcu przy ul. Głównej 71a (42-622 Świerklaniec) oraz A21 Sp. z o.o. z siedzibą w Żorach przy ul. Jarzębinowej 58 (44-240 Żory);
- zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BP Tour Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie oraz P. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BP Tour P. B. z siedzibą w Bełżycach i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tych wykonawców tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BP Tour Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie oraz P. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BP Tour P. B. z siedzibą w Bełżycach na rzecz zamawiającego Gminy Wrocław – Urzędu Miejskiego Wrocławia kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze 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

Gmina Wrocław – Urząd Miejski Wrocławia, zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego organizowanego przez Gminę Wrocław na terenie Wrocławia oraz Gmin Czernica, Żórawina, Kąty Wrocławskie, Siechnice i Kobierzyce* (znak sprawy: ZP/PN/83/2020/WTR), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 grudnia 2020 r., pod numerem 2020/S 242-599835.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 22 lutego 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: BP Tour Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie oraz P. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą BP Tour P. B. z siedzibą w Bełżycach (zwani dalej: „odwołującym”) wnieśli odwołanie na:

- czynność zamawiającego podjętą w postępowaniu, polegającą na dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy Dolnośląskie Linie Autobusowe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (zwanego dalej: „wykonawcą DLA”) w sposób niezgodny z przepisami Pzp;
- zaniechanie czynności odrzucenia ofert: wykonawcy DLA oraz wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PKS Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Świerklańcu i A21 Sp. z o.o. z siedzibą w Żorach (zwanych dalej: „wykonawcą PKS”), które z uwagi na niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”) winny zostać odrzucone.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez wybór oferty najkorzystniejszej z pominięciem zasad i kryteriów oceny ofert ustalonych w rozdziale XVII SIWZ, z pominięciem odpowiedzi na pytania i modyfikacje SIWZ z dnia 7 stycznia 2021 r. oraz uwzględnienie w rankingu ofert wykonawców podlegających odrzuceniu, co w sposób rażący narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;

2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę DLA, mimo że oferta ta podlega odrzuceniu z powodu niezgodności z treścią SIWZ;

3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę PKS, mimo, że treść oferty złożonej przez tego wykonawcę nie odpowiada treści SIWZ.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym dokonanie ponownego przeliczenia punktów przyznanych ofertom niepodlegającym odrzuceniu;
- odrzucenie ofert wykonawców DLA i PKS jako niezgodnych z treścią SIWZ;
- ponowne dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Ponadto odwołujący wniósł o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu. Ponadto wyjaśnił, że objęte odwołaniem czynności i zaniechania zamawiającego, odnoszące się do ofert nr 1 i nr 2 w rankingu ofert, złożonych przez wykonawcę DLA i wykonawcę PKS, uniemożliwiają mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia (jego oferta zajmuje trzecią pozycję w rankingu). Odwołujący wskazał, że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Szkada będzie polegać na tym, iż pomimo poniesionych kosztów przygotowania oferty i udziału w postępowaniu odwołujący nie uzyska zamówienia i nie zrealizuje zakładanego zysku, gdyż zamawiający niezasadnie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy DLA oraz zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy DLA i PKS. Wskazane w odwołaniu naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy mają zatem istotny wpływ na wynik postępowania.

W uzasadnieniu dla zarzutu podniesionego w pkt 1 odwołujący wyjaśnił, że mając na uwadze okoliczności faktyczne sprawy, jak też uwzględniając treść opublikowanej dokumentacji przetargowej, w tym w szczególności odpowiedzi na pytanie nr 52 i 60 oraz zmienione w dniu 7 stycznia br. postanowienia SIWZ odnoszące się do załącznika nr 5 do SIWZ, tj. wykazu taboru, mającego służyć przyznaniu punktów w kryterium oceny ofert, przyznanie punktów przez zamawiającego wykonawcy DLA w wysokości 40 punktów stanowiło działanie całkowicie nieuprawnione, co czyni tym samym wybór oferty wskazanego wykonawcy jako najkorzystniejszej nieuprawniony.

W pierwszej kolejności odwołujący wskazał, że zamawiający w ust. 3 rozdziału XVII SIWZ zaznaczył, że udzieli zamówienia wykonawcy, którego oferta odpowiada wszystkim wymaganiom przedstawionym w SIWZ i została oceniona jako najkorzystniejsza tj. uzyskała w sumie największą ilość punktów na podstawie przyjętych kryteriów oceny ofert. Ocena ofert powinna odbyć się zatem z uwzględnieniem ofert niepodlegających odrzuceniu. Oferta wykonawcy DLA podlega w ocenie odwołującego odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i wcale nie powinna być brana pod uwagę podczas przyznawania punktów (argumentację w tym względzie odwołujący przedstawił omawiając zarzut nr 2 poniżej), jednak odwołujący wskazał powody, dla których nawet, jeśli w wyniku orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej nie zostanie uznana za niezgodną z treścią SIWZ, oferta ta nie powinna uzyskać punktów w liczbie umożliwiającej jej wybór jako najkorzystniejszej.

Następnie odwołujący wskazał, że ocena punktowa ofert złożonych w postępowaniu musi zostać sporządzona na podstawie reguł i zasad ustalonych przez samego zamawiającego. Skoro zatem ten ustalił, że do ofert ma zostać dołączony wykaz taboru w celu przyznania punktów w kryterium oceny, który to dokument ma zostać uzupełniony w każdym wierszu, w tym poprzez wskazanie autobusów jednej marki pojazdu, jego długości czy roku produkcji, to nie może następnie dokonywać oceny ofert w oparciu o dokument, który przedmiotowych pozycji nie zawiera. Ma to szczególne znaczenie dla kryteriów oceny ofert, gdzie bez podania wymaganego modelu autobusu oraz parametrów ocenianych w kryteriach oceny ofert, którym świadczone mają być usługi zamawiający nie jest w stanie przyznać punktów, gdyż nie ma wiedzy czy pojazdy te spełniają zadeklarowane w kryteriach oceny ofert elementy. Okoliczność polegająca na złożeniu oświadczenia nt. liczby autobusów przeznaczonych do realizacji zamówienia zawarta w formularzu oferty w żaden sposób nie ma znaczenia dla oceny ofert na podstawie opisanych kryteriów, gdyż nie stanowi potwierdzenia pozostałych elementów zawartych w załączniku nr 5 do SIWZ. Na podstawie bowiem wyłącznie formularza oferty zamawiający nie ma możliwości ustalić, czy autobusy w formularzu tym wskazane faktycznie posiadają określone parametry (jak choćby długość pojazdu, wysokość pojazdu, posiadanie kłapy dachowej, itd.). Wyłącznie zestawienie formularza oferty z załącznikiem nr 5 do SIWZ, w którym należało wpisać typ, markę i model autobusów oraz wypełnić szczegółowo informacje dla każdego wiersza stanowi wiarygodne i miarodajne źródło informacji odnośnie oferty i sposobu realizacji oraz czyni zadość wymaganiom określonym przez zamawiającego. Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. W okolicznościach przedmiotowego postępowania zamawiający dokonał oceny ofert na podstawie tylko znanych sobie kryteriów, przyznał ofercie wykonawcy DLA punkty (przy czym odwołujący w tym miejscu pominął fakt, że oferta ta winna podlegać odrzuceniu na

postawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp), mimo, że wykonawca ten zbagatelizował zarówno odpowiedź na pytanie 52, jak i 60 z dnia 7 stycznia br. i nie uzupełnił załącznika nr 5 do SIWZ w sposób wymagany przez zamawiającego, co uniemożliwia w sposób oczywisty przyznanie punktów i mimo to jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. To natomiast powodowało, że złożenie odwołania było w pełni uzasadnione i konieczne.

Ponad powyższe odwołujący wskazał, że działanie zamawiającego polegające na wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę DLA z pominięciem ustalonych dla wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia zasad wynikających z odpowiedzi na pytanie nr 52 i 60 udzielonych w piśmie z dnia 7 stycznia br. stanowiło naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie sposób bowiem stwierdzić, że postępowanie prowadzone jest z zachowaniem wskazanych zasad, podczas gdy zamawiający mimo ewidentnych podstaw do nieprzyznania punktów wykonawcy DLA z powodu nieuzupełnienia załącznika nr 5 do SIWZ w sposób wymagany, jednak punkty te przyznaje. Co więcej, działanie to prowadziło do wyboru oferty wykonawcy DLA jako najkorzystniejszej. W celu zatem zagwarantowania prowadzenia postępowania z poszanowaniem zasad wynikających z przepisów prawa, zamawiający w wyniku uwzględnienia odwołania winien dokonać ponownego przeliczenia punktów dla wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu z uwzględnieniem zasad i reguł, które sam ustalił.

W odniesieniu dla zarzutu wskazanego w pkt 2 odwołujący w pierwszej kolejności zwrócił uwagę, że zamawiający wymagał — zgodnie z treścią modyfikacji SIWZ z dnia 7 stycznia br. — złożenia załącznika nr 5 do SIWZ jako dokumentu niezbędnego do dokonania oceny ofert złożonych w postępowaniu. Formularz nr 5 do SIWZ zawierał pod tabelą w której wykonawcy zobligowani byli do uzupełnienia wykazu taboru przewidzianego do realizacji zamówienia także informację, że cyt.: *Uwaga: Wykonawca wypełniając rubryki powinien podać kompletne informacje, z których wynikać będzie spełnianie wymogów technicznych, o których mowa w dziale III niniejszej siwz.*

Mając na uwadze brak wypełnienia przez wykonawcę DLA wykazu taboru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ w sposób wymagany nie tylko w SIWZ, w modyfikacji z dnia 7 stycznia br., ale także w sposób niezgodny z treścią zawartą pod tabelą, tj. poprzez nieuzupełnienie wszystkich wierszy. Zamawiający nie ma podstaw do przyjęcia, że realizacja przedmiotu zamówienia odbywać się będzie pojazdami spełniającymi wymagania zawarte w SIWZ — brak informacji w załączniku nr 5 uniemożliwia zamawiającemu przyjęcie, że pojazdy do realizacji zamówienia będą spełniały określone przez niego wymagania. Tym samym zamawiający nie miał podstaw do uznania, że oferta spełnia wymagania SIWZ, a to w konsekwencji powoduje, że oferta wykonawcy DLA winna zostać odrzucona, czego w

okolicznościach niniejszej sprawy zamawiający zaniechał. Z tego też względu zarzut w ocenie odwołującego jest w pełni uzasadniony.

Odwołujący zwrócił uwagę na jeszcze jeden element związany z uzupełnieniem wykazu taboru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ przez wykonawcę DLA. W formularzu oferty na str. 5 wykonawca wskazał w pkt 3, że załącznikiem do oferty jest *wykaz pojazdów wypełniony w zakresie określonym przez zamawiającego*. Odwołujący wywnioskował, że przedmiotowe oświadczenie miało charakter wyprzedzający względem zarzutu o nieuzupełnienie tabeli w zakresie wymaganym przez zamawiającego i związane było wprost z informacją zawartą pod tabelą załącznika nr 5 z gwiazdką. Odwołujący powtórzył wyjaśnił, że komunikat zamawiającego brzmi w tym względzie: *wykonawca winien wypełnić oznaczone rubryki w celu umożliwienia sprawdzenia spełnienia kryteriów oceny ofert, o których mowa w dziale XVII SIWZ*. Co dziwne jednak, zdania zawartego linijkę wyżej w brzmieniu: *Wykonawca wypełniając rubryki powinien podać kompletne informacje, z których wynikać będzie spełnianie wymogów technicznych, o których mowa w dziale III niniejszej siwz*, już wykonawca DLA nie zauważył i nie zastosował się do wymagania zamawiającego.

Odwołujący w tym miejscu przypomniał również, że w złożonej ofercie wykonawca DLA oświadczył w pkt 5, że *zobowiązuje się, przez cały okres obowiązywania umowy, do świadczenia usługi przy użyciu taboru spełniającego wszystkie wymagania umowy o parametrach (typ taboru, wiek, norma czystości spalin Euro oraz wyposażenia ujętego w kryteriach oceny ofert) nie gorszych niż zaoferowany i przedstawiony przeze mnie w Wykazie taboru z uwzględnieniem zapisów § 9 ust. 3 projektu umowy*. Z powyższego oświadczenia jednoznacznie wynika, zdaniem odwołującego, że zamawiający oczekiwał podania konkretnej marki, modelu i typu pojazdu oraz, że wykonawcy ubiegający się o zamówienie mieli wiedzę odnośnie oczekiwań zamawiającego w zakresie uzupełnienia załącznika nr 5 do SIWZ. Co istotne, w załączniku nr 5 do SIWZ wykonawca DLA nie przedstawił i nie zaoferował żadnego taboru, nie wskazał żadnej informacji umożliwiającej sprawdzenie czy pojazdy, którymi zamierza realizować zamówienie spełniają wymagania SIWZ oraz kryteria oceny ofert, a to bezsprzecznie przesądza niezgodności oferty wykonawcy DLA z treścią SIWZ.

W konkluzji uzasadnienia dla tego zarzutu odwołujący wskazał, że załącznik nr 5 do SIWZ nie podlega poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz nie sposób z niego wywieść, że realizacja zamówienia nastąpi pojazdami spełniającymi wymagania zawarte w SIWZ, oferta winna podlegać odrzuceniu z postępowania jako niezgodna z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W ocenie odwołującego na uwagę zasługuje także zaniechanie przez zamawiającego podjęcia jakichkolwiek działań w zakresie tak złożonego załącznika nr 5 do SIWZ przez wykonawcę DLA. Zamawiający, mimo braków w dokumencie

i jego nieprawidłowego uzupełnienia, przyjął wskazany załącznik bezkrytycznie i nie tylko nie odrzucił oferty wykonawcy DLA jako niezgodnej z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ale jeszcze przyznał jej maksymalną liczbę punktów w kryteriach oceny ofert, co spowodowało wybór oferty wykonawcy DLA jako najkorzystniejszej.

Jeśli chodzi o ostatni podniesiony zarzut odwołujący wskazał w uzasadnieniu, że zamawiający w dniu 8 grudnia 2020 r. zamieścił na stronie internetowej prowadzonego postępowania dokument SIWZ, który zawierał jako załącznik m.in. formularz oferty. W pierwotnej wersji wskazanego dokumentu punkt 1 pod oświadczeniem miał brzmienie: *będę dysponował: 5 autobusami typu A i 13 autobusami typu C oraz 4 autobusami dodatkowymi o par amebach nie gorszych niż określone w siwz*. W odpowiedzi na pytanie 60 zamawiający dokonał zmiany treści wskazanego oświadczenia (str. 51 modyfikacji zamawiającego z dnia 7 stycznia 2021 r.) w ten sposób, że wskazał, że wykonawca ubiegający się o zamówienie winien oświadczyć, że *przedmiot zamówienia będzie realizował: 5 autobusami typu A i 13 autobusami typu C oraz 4 autobusami dodatkowymi o parametrach nie gorszych niż określone w siwz*. Odwołujący następnie zwrócił uwagę, że w udostępnionym mu przez zamawiającego formularzu oferty złożonym w postępowaniu przez wykonawcę PKS podmiot ten oświadczył, że cyt.: *będę dysponował: 5 autobusami typu A i 13 autobusami typu C oraz 4 autobusami dodatkowymi o parametrach nie gorszych niż określone w siwz* (str. 3 formularza oferty).

Mając zatem na uwadze okoliczności faktyczne sprawy, jak też uwzględniając treść obowiązujących postanowień SIWZ wraz z dokonanymi modyfikacjami dokonanymi przez zamawiającego, odwołujący wskazał, że oferta wykonawcy PKS jest niezgodna z treścią SIWZ, a tym samym podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący z całą stanowczością podkreślił, że niezgodność o której mowa powyżej nie ma charakteru wyłącznie formalnego, ale stanowi istotne zobowiązanie wykonawcy do określonego sposobu realizacji umowy. W pierwotnej wersji zamawiający oczekiwał potwierdzenia dysponowania określonymi pojazdami. Gdyby zamawiający nie dokonał zmiany formularza oferty modyfikacją z dnia 7 stycznia br. odwołujący nie miałby podstaw do kwestionowania złożonego oświadczenia. Wobec jednak zasadniczej zmiany treści, która jak wskazano powyżej odnosi się nie do potwierdzenia dysponowania autobusami, ale wprost odnosi się do potwierdzenia realizacji wskazanymi pojazdami, oświadczenie wykonawcy PKS nie może zostać uwzględnione jako spełniające wymóg SIWZ. Odwołujący wskazał także, że gdyby wzór oświadczenia miał charakter wyłącznie formalny, a tym samym nie byłby istotny dla zamawiającego z punktu widzenia realizacji przedmiotu zamówienia, zamawiający nie dokonałby modyfikacji treści SIWZ, tylko pozostawiłby wskazane oświadczenie w niezmienionym kształcie. Odwołujący wskazał, że zarówno z literalnego, jak i funkcjonalnego

brzmienia obu oświadczeń wynikają istotne różnice. Oświadczenie dotyczące dysponowania pojazdami oznacza, że wykonawca dysponuje pojazdami, ale wcale nie musi wykorzystać ich do realizacji konkretnego zdania, w tym przypadku, do realizacji przedmiotu umowy stanowiącej rezultat przedmiotowego postępowania. Z kolei zadeklarowanie przez wykonawcę, że przedmiot umowy będzie realizował konkretnymi pojazdami stanowi już realne i rzeczywiste zobowiązanie wykonawców do realizacji zamówienia w określony sposób. Co istotne, zamawiający dokonując zmiany treści SIWZ i kwestionowanego oświadczenia musiał także dostrzec wskazaną różnicę. W przeciwnym wypadku, jak już wskazano powyżej, nie dokonywałby zmiany SIWZ.

Odwołujący zwrócił uwagę, że wskazane błędne oświadczenie, niezgodne z wymaganą przez zamawiającego treścią nie może zostać w żaden sposób poprawione czy uzupełnione – wykonawca PKS złożył oświadczenie, które stanowiło treść oferty, a tym samym nie podlega jakiegokolwiek zmianie czy uzupełnieniu. Nie można tu także mówić o omyłce, którą można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp czy też o domniemaniu, że złożone oświadczenie o dysponowaniu pojazdami oznacza to samo co ich przeznaczenie do realizacji zamówienia. Odwołujący uprzedzając argumenty przeciwne dla sformułowanej tezy ponownie podkreślił — gdyby treść oświadczeń była taka sama lub miała znaczyć to samo zamawiający nie dokonywałby modyfikacji treści oświadczenia.

Odwołujący wskazał także, że nawet przyjęcie, że złożenie przez wykonawcę PKS załącznika nr 5 pn. wykaz taboru przewidzianego do realizacji zamówienia zastępuje oświadczenie składane w formularzu oferty, z czym odwołujący się nie zgadzał, nie może mieć miejsca. Powyższe wynika z tego, że wykaz taboru zawarty w załączniku nr 5 do SIWZ nie obejmuje 4 dodatkowych pojazdów, o których mowa w oświadczeniu wymaganym w formularzu oferty. Tym samym nawet gdyby próbować przyjąć — z czym odwołujący polemizował — że wykaz taboru zastąpi wymagane przez zamawiającego oświadczenie, i tak oświadczenie to nie będzie kompletne i spełniające wymagania zamawiającego. Oprócz bowiem pojazdów wskazanych w załączniku nr 5 do realizacji zamówienia, zamawiający zażądał także realizacji zamówienia 4 dodatkowymi autobusami. W tym zakresie w sposób bezsprzeczny żadnego oświadczenia o przeznaczeniu autobusów do realizacji przedmiotu zamówienia wykonawca PKS nie złożył. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeśli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W okolicznościach niniejszej sprawy, zdaniem odwołującego, zamawiający wymagał od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia nie dysponowania określonymi pojazdami, ale wprost zaoferowania realizacji przedmiotu zamówienia przez określone pojazdy oraz przez pojazdy dodatkowe. Wobec niezłożenia przez wykonawcę PKS oświadczenia spełniającego powyższe wymagania, zamawiający nie miał podstaw do

przyjęcia, że przedmiot zamówienia będzie realizowany w sposób wymagany w SIWZ. Uznanie zatem oferty wykonawcy PKS jako oferty ważnej i spełniającej wymagania SIWZ powoduje naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia wskazanej oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy DLA i PKS.

Zamawiający pismem z dnia 12 marca 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania i podał uzasadnienie dla tego wniosku.

Wykonawca DLA pismem z dnia 15 marca 2021 r. przedstawił swoje stanowisko wobec zarzutów podniesionych w stosunku do jego oferty, w którym wniósł o ich oddalenie i podał uzasadnienie w tym zakresie.

Podobnie wykonawca PKS w dniu 15 marca 2021 r. złożył do akt sprawy pismo procesowe, które zawierało stanowisko wobec zarzutu dotyczącego jego oferty z wnioskiem o jego oddalenie.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z treścią art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1. Mając na uwadze powyższe, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej nadal: „nPzp”, ponieważ zostało ono wszczęte przez wniesienie odwołania w dniu 22 lutego 2021 r., czyli po dniu 31 grudnia 2020 r.

Izba uznała, że odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i wyeliminowania z postępowania ofert dwóch wykonawców sklasyfikowanych wyżej w rankingu, wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 nPzp. Ponadto Izba

stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 nPzp i skierowała odwołanie na rozprawę w zakresie wszystkich podniesionych zarzutów.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1-3 nPzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień przez wykonawców: Dolnośląskie Linie Autobusowe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (zwanego dalej nadal: „wykonawcą DLA”) oraz wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PKS Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Świerklańcu i A21 Sp. z o.o. z siedzibą w Żorach (zwanymi dalej nadal: „wykonawcą PKS”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawcy stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 4 marca 2021 r., w tym w szczególności:

- SIWZ wraz z załącznikami;
- modyfikację SIWZ dokonaną w dniu 7 stycznia 2021 r.;
- oferty złożone przez obu przystępujących;
- wypełniony załącznik nr 5 do SIWZ, złożony przez wykonawcę DLA;
- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 10 lutego 2021 r.

Izba ustaliła co następuje

Jak wynikało z treści SIWZ w jej pierwotnym brzmieniu, posiadanie zdolności technicznej w postaci określonego taboru było początkowo warunkiem udziału w postępowaniu (rozdział VIII pkt 2 lit. b) ppkt. 2 SIWZ). Wykazanie jego spełnienia miało nastąpić przez wypełnienie i dostarczenie „*wykazu taboru dostępnego Wykonawcy w celu wykonania zamówienia wraz z informacją m.in. o podstawie do dysponowania tymi zasobami – wzór Załącznik nr 5 do SIWZ*” (dział X lit. B) pkt 11 SIWZ).

Jedno z pytań zadanych wobec treści SIWZ dotyczyło przedmiotowego wykazu, który pierwotnie opracowany został w celu wykazania spełnienia ww. warunku. W dniu 7 stycznia 2021 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na przedmiotowe pytanie, które zostało oznaczone numerem 52. Treść tego pytania była następująca:

Pytanie dot. działu X B) pkt 11 SIWZ oraz Wykazu taboru przewidzianego do realizacji Zamówienia stanowiącego Załącznik nr 5 do SIWZ („Wykaz Taboru”)

Stosownie do działu X B) pkt 11 SIWZ (dotyczącego jednego z dokumentów jakie powinien przedłożyć, na wezwanie Zamawiającego, wykonawca, którego oferta została najwyżej

oceniona), w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (w zakresie wymaganej zdolności technicznej), zamawiający żąda dostarczenia przez wykonawcę: „wykazu taboru dostępnego Wykonawcy w celu wykonania zamówienia wraz z informacją m.in. o podstawie do dysponowania tymi zasobami – wzór Załącznik nr 5 do SIWZ.”

W związku z powyższym określonym obowiązkiem przedłożenia przez wykonawcę Wykazu Taboru (według wzoru stanowiącego Załącznik nr 5 do SIWZ), prosimy o wyjaśnienie czy Zamawiający dopuści jako zgodne z SIWZ rozwiązanie aby w treści tabeli ujętej w Wykazie Taboru w rubrykach oznaczonych jako:

„Typ, marka, model autobusu

(wpisać pełną nazwę autobusu w tym:

typ – zgodny z definicją w zał. nr 1 do

projektu umowy oraz pełną markę i

model autobusu

(przykład zapisu: Tabor C/marka/model)”,

wykonawcy (oferujący do realizacji Zamówienia autobusy podstawowe wyprodukowane w 2021 roku) mogli wpisać alternatywnie różne marki (i modele) autobusów np. w ten sposób:

„Tabor C/AUTOSAN/(konkretny model) lub Tabor C/SOLARIS/(konkretny model) lub Tabor C/MAN/(konkretny model)”, oczywiście przy jednoczesnym założeniu, że wszystkie takie alternatywnie wskazane w Wykazie Taboru autobusy o podanych typach, markach (i modelach) spełniać będą wszelkie wymogi SIWZ, ich rok produkcji będzie identyczny jak również spełniać one będą identyczne pozacenowe kryteria oceny ofert (określone w treści działu XVII SIWZ)?

Powyższe jest podyktowane tym, że z uwagi na krótki termin przewidziany na składanie ofert w niniejszym postępowaniu przetargowym oraz trwające rozmowy z poszczególnymi dostawcami nowych autobusów, które służyć miałyby do realizacji Zamówienia, może nie być możliwe już na etapie składania ofert dokładne sprecyzowanie przez wykonawców konkretnych marek i modeli autobusów, które będą ostatecznie wykorzystywane do realizacji Zamówienia.

Na przedmiotowe pytanie zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: *Odpowiedź nr 52* Zamawiający wymaga wpisania w każdym wierszu wykazu autobusów jednej marki pojazdu.

W związku z kolejnymi modyfikacjami treści SIWZ dokonanymi w dniu 7 stycznia 2021 r. zamawiający zrezygnował z tego warunku – wykreślając ppkt 2 w dziale VIII pkt 2 lit. b) SIWZ (str. 70 wyjaśnień i modyfikacji do treści SIWZ z dnia 7 stycznia 2021 r. fragment o treści: *W dziale VIII. SIWZ – WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU w pkt 2 lit. b) ppkt 2) wykreśla się warunek. Zamawiający nie stawia warunku w zakresie dysponowania potencjałem technicznym*). Posiadanie opisanego przez zamawiającego taboru stało się

częścią przedmiotu zamówienia, tj. elementem niezbędnym do realizacji przedmiotu zamówienia – świadczenia usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego. Wymagany tabor został szczegółowo opisany w dziale III SIWZ (str. 65-69 wyjaśnień i modyfikacji treści SIWZ z dnia 7 stycznia 2021 r.).

W wyniku przedmiotowej modyfikacji zamawiający dokonał także zmiany w treści rozdziału XIV SIWZ dodając do listy dokumentów i oświadczeń, które muszą zawierać wszystkie oferty, *Wykaz taboru – załącznik nr 5 do SIWZ w celu przyznania punktów w kryterium oceny*. Modyfikacji uległa także treść samego załącznika nr 5 (odpowiedź nr 41.c, na pytanie nr 41). W informacji oznaczonej gwiazdką, zamieszczonej pod tabelami w zmienionym załączniku nr 5 wskazano, że: ** Wykonawca powinien wypełnić oznaczone rubryki w celu umożliwienia sprawdzenia spełnienia kryteriów oceny oferty o których mowa w dziale XVII niniejszej SIWZ*. Tabele w przedmiotowym załączniku zawierały rubryki w kolorze białym oraz szarym.

Ponadto pod tabelami w załączniku nr 5 została zamieszczona także uwaga o treści *Uwaga : w wykazie należy ująć autobusy podstawowe, którymi Wykonawca zamierza realizować usługi. Wykonawca wypełniając rubryki powinien podać kompletne informacje, z których wynikać będzie spełnienie wymogów technicznych o których mowa w dziale III niniejszej SIWZ*. W pierwotnej wersji załącznika nr 5 treść uwagi miała następujące brzmienie *Uwaga : w wykazie należy ująć autobusy podstawowe (docelowe). Wykonawca jest zobowiązany wypełnić wszystkie rubryki, podając kompletne informacje, z których wynikać będzie spełnienie warunków, o których mowa w dziale niniejszej SIWZ*.

Wykonawca DLA złożył wraz z ofertą załącznik nr 5 wypełniając wyłącznie rubryki oznaczone kolorem szarym.

W pierwotnej wersji formularza ofertowego pkt 1 pod oświadczeniem miał brzmienie: *będę dysponował: 5 autobusami typu A i 13 autobusami typu C oraz 4 autobusami dodatkowymi o par amebach nie gorszych niż określone w siwz*. W odpowiedzi na pytanie 60 zamawiający dokonał zmiany treści wskazanego oświadczenia (str. 51 modyfikacji zamawiającego z dnia 7 stycznia 2021 r.) w następujący sposób: *przedmiot zamówienia będą realizował: 5 autobusami typu A i 13 autobusami typu C oraz 4 autobusami dodatkowymi o parametrach nie gorszych niż określone w siwz*.

Zamawiający dokonał także zmiany treści oświadczeń zawartych w pkt 12 formularza ofertowego w następujący sposób:

12. Oświadczam, że w przypadku wybrania mojej oferty jako najkorzystniejszej –

1) autobusy podstawowe typu C, którymi będę realizował przedmiot zamówienia będą mieściły się w przedziale długości 11,50 – 12,19 m co potwierdzę homologacją pojazdu lub odpisem od producenta pojazdu potwierdzającym długość autobusów w momencie okazania

autobusów. Jeżeli dokument nie będzie w języku polskim to dołączę tłumaczenie potwierdzone notarialnie lub urzędowo. (w przypadku zaoferowania tego rozwiązania przez Wykonawcę)

2) autobusy typu A, którymi będę dysponował realizował przedmiot zamówienia, będą posiadały próg wejściowy o maksymalnej wysokości 325 mm w co najmniej jednych drzwiach co potwierdzą homologacją pojazdu lub jej odpisem od producenta pojazdu w momencie okazania autobusów Zamawiającemu. Jeżeli dokument nie będzie w języku polskim to dołączę tłumaczenie potwierdzone notarialnie lub urzędowo (w przypadku zaoferowania tego rozwiązania przez Wykonawcę).

3) autobusy typu A, którymi będę realizował przedmiot zamówienia, będą posiadały automatyczna skrzynię biegów, co potwierdzą homologacją pojazdu lub jej odpisem od producenta pojazdu w momencie okazania autobusów Zamawiającemu. Jeżeli dokument nie będzie w języku polskim to dołączę tłumaczenie potwierdzone notarialnie lub urzędowo (w przypadku zaoferowania tego rozwiązania przez Wykonawcę).

4) autobusy, którymi będę realizował przedmiot zamówienia wyposażone będą w system rekuperacji lub SYSTEM START STOP co potwierdzą homologacją pojazdu lub jej odpisem od producenta pojazdu w momencie okazania autobusów Zamawiającemu. Jeżeli dokument nie będzie w języku polskim to dołączę tłumaczenie potwierdzone notarialnie lub urzędowo. (w przypadku zaoferowania tego rozwiązania przez Wykonawcę). 5) autobusy, którymi będę realizował przedmiot zamówienia wyposażone będą w system wykrywania pieszych oraz rowerzystów w tzw. „martwym polu” co potwierdzą homologacją pojazdu lub jej odpisem od producenta pojazdu w momencie okazania autobusów Zamawiającemu. Jeżeli dokument nie będzie w języku polskim to dołączę tłumaczenie potwierdzone notarialnie lub urzędowo. (w przypadku zaoferowania tego rozwiązania przez Wykonawcę).

6) autobusy podstawowe, którymi będę realizował przedmiot zamówienia wyprodukowane najwcześniej w 2021 roku będą spełniały normę emisji spalin co najmniej Euro 6d (jeżeli zaoferuję dostarczenie autobusów wyprodukowanych najwcześniej w 2021 roku) co potwierdzą homologacją pojazdu lub odpisem od producenta pojazdu potwierdzającym walory ekologiczne silnika. W momencie okazania autobusów Jeżeli dokument nie będzie w języku polskim to dołączę tłumaczenie potwierdzone notarialnie lub urzędowo.

7) zamontowane w pojazdach kasy fiskalne będą posiadały funkcje umożliwiającą zdalne przesyłanie danych dotyczących sprzedaży biletów z kas fiskalnych do systemu analizy danych(w przypadku zaoferowania tego rozwiązania przez Wykonawcę) co potwierdzą odpisem od producenta kasy fiskalnej w momencie okazania autobusów Jeżeli dokument nie będzie w języku polskim to dołączę tłumaczenie potwierdzone notarialnie lub urzędowo.

Zamawiający modyfikując treść poszczególnych części formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, nie opracował jednej ostatecznej treści tego formularza.

Wykonawca PKS złożył formularz ofertowy, który w pkt 1 oświadczeń zawierał treść sprzed dokonanej modyfikacji tj. *będę dysponował: 5 autobusami typu A i 13 autobusami typu C oraz 4 autobusami dodatkowymi o parametrach nie gorszych niż określone w siwz (str. 3 formularza oferty)*. Z drugiej strony formularz ofertowy złożony przez wykonawcę PKS w pkt 12 zawierał oświadczenia w treści uwzględniającej dokonaną modyfikację.

W dniu 10 lutego 2021 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu i jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy DLA (oferta uzyskała 100 pkt), na drugim miejscu została sklasyfikowana oferta wykonawcy PKS (oferta uzyskała 99,08 pkt), a na trzecim miejscu uplasowała się oferta odwołującego (oferta uzyskała 93,65 pkt).

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 91 ust. 1 Pzp – *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;*
- art. 7 ust. 1 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;*
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie zarzutów podniesionych w pkt 1 i 2 *petitum* odwołania Izba w znacznej mierze przyjęła argumentację przystępującego – wykonawcy DLA oraz zamawiającego. W pierwszej kolejności Izba, za wykonawcą DLA, uznała, że zamawiający w informacjach zamieszczonych pod tabelami z wykazem taboru wyraźnie wskazał, że: *Wykonawca powinien wypełnić oznaczone rubryki w celu umożliwienia sprawdzenia spełnienia kryteriów oceny oferty o których mowa w dziale XVII niniejszej SIWZ*. W ocenie składu orzekającego powyższe postanowienie jednoznacznie wskazywało, że zamawiający wymagał wypełnienia wyłącznie „oznaczonych rubryk”, a ich oznaczenie polegało na zaznaczeniu ich kolorem szarym. W pierwotnej wersji załącznika nr 5 wszystkie wiersze tabeli były białe. Tym samym zamawiający wymagał wypełnienia jedynie szarych wierszy, co wykonawca DLA uczynił – wszystkie wiersze zaznaczone kolorem szarym zostały przez tego wykonawcę wypełnione zgodnie z wymaganiami zamawiającego w tym zakresie. W pozostałym zakresie (tj. rubryk przedstawionych w kolorze białym) zamawiający nie wymagał już (po zmianie SIWZ) wypełnienia tabeli z wykazem taboru. Informacje zawarte w szarych polach tabel były zamawiającemu potrzebne, jak sam wskazał, *w celu umożliwienia sprawdzenia spełnienia kryteriów oceny oferty o których mowa w dziale XVII niniejszej SIWZ*. Wykaz podzielony został na 3 tabele, pierwsza dla autobusów typu A i dwie dla autobusów typu C. Przy czym w wykazie należało ująć wyłącznie autobusy podstawowe, ponieważ tylko te autobusy podlegały ocenie w zakresie kryteriów oceny ofert (zgodnie z rozdziałem XVII pkt 1) – 5 sztuk autobusów podstawowych typu A i 13 sztuk autobusów podstawowych typu C. Mając na uwadze stan przedmiotowej sprawy, w ocenie składu orzekającego nic nie stało na przeszkodzie do uznania, że porównując kryteria oceny ofert określone w rozdziale XVII SIWZ oraz dane zawarte w załączniku nr 5 w szarych wierszach (które wypełnił wykonawca DLA), widać, że zawierają one informacje niezbędne do dokonania oceny ofert, w tym oferty wykonawcy DLA, w zakresie wszystkich kryteriów pozacenowych. Pozwalają bowiem zamawiającemu (wraz z danymi zawartymi w formularzu ofertowym) na ustalenie i stwierdzenie, że wykonawca DLA zaoferował autobusy podstawowe o parametrach podlegających ocenie pod kątem poszczególnych kryteriów pozacenowych określonych w rozdziale XVII SIWZ. Załącznik nr 5 po zmianie SIWZ, jak już ustalono, miał na celu *umożliwienie sprawdzenia spełnienia kryteriów oceny oferty o których mowa w dziale XVII* i cel ten został w postępowaniu osiągnięty.

Ponadto odwołujący nie wykazał, że dane, które miałyby się znaleźć w niewypełnionych przez wykonawcę DLA pozycjach załącznika nr 5 (tj. w białych wierszach tabel) były potrzebne do dokonania oceny ofert, w tym oferty wybranego wykonawcy, w zakresie kryteriów określonych w SIWZ. Tym samym Izba uznała, że informacje niezbędne do oceny ofert znajdowały się wyłącznie w *oznaczonych polach*, tj. polach zaznaczonych przez zamawiającego kolorem szarym.

Ponadto zdaniem Izby, dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy nie miała znaczenia przywołana przez odwołującego odpowiedź nr 52. Jak wyraźnie wynika z treści zadanego pytania nr 52, odnosiło się ono *do działu X B) pkt 11 SIWZ*, które to postanowienie zostało przez zamawiającego wykreślone z SIWZ w wyniku zrezygnowania przez zamawiającego z postawienia warunku w zakresie zdolności technicznej (wykreślenie ppkt 2 w dziale VIII pkt 2 lit. b SIWZ). Pierwotnie zamawiający wymagał więc *wpisania w każdym wierszu wykazu autobusów jednej marki pojazdu*. Jednakże na skutek zmian wprowadzonych w SIWZ i załączniku nr 5 zamawiający z wymogu tego zrezygnował, bo był on potrzebny w celu wykazania spełnienia warunku, który został usunięty. W wyniku zmiany przeznaczenia informacji zawartych w załączniku nr 5 do *umożliwienia sprawdzenia spełnienia kryteriów oceny oferty o których mowa w dziale XVII niniejszej SIWZ i przyznania punktów w kryterium oceny*, wypełnianie każdego wiersza tabel stało się zbędne. Dlatego też zamawiający wyraźnie wskazał pod tabelami (w miejscu oznaczonym „*”), że wykonawca powinien wypełnić tylko *oznaczone rubryki*, tj. pola zacieniowane na szaro.

Tym samym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez wybór oferty najkorzystniejszej z pominięciem zasad i kryteriów oceny ofert ustalonych w rozdziale XVII SIWZ, z pominięciem odpowiedzi na pytania i modyfikacje SIWZ z dnia 7 stycznia 2021 r. oraz uwzględnienie w rankingu ofert wykonawców podlegających odrzuceniu, co w sposób rażący narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Przechodząc do części uzasadnienia odnoszącej się do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp skierowanego wobec oferty wykonawcy DLA należy wskazać, że właściwie już niepotwierdzenie wcześniejszego zarzutu, w kontekście argumentacji odwołującego, powinno skutkować oddaleniem także przedmiotowego zarzutu. Jednakże w tym aspekcie Izba zaaprobowała argumentację wykonawcy DLA, który stwierdził, że uwaga zamieszczona w załączniku nr 5 pod tabelami wskazywała dodatkowo, że *Uwaga: [...] Wykonawca wypełniając rubryki powinien podać kompletne informacje, z których wynikać będzie spełnienie wymogów technicznych o których mowa w dziale III niniejszej SIWZ*, co odnosiło się wyłącznie do autobusów podstawowych (na co wskazuje zdanie pierwsze tej uwagi w wykazie *należy ująć autobusy podstawowe, którymi Wykonawca*

zamierza realizować usługi). Z postanowień tych wynika także, że zamawiający zrezygnował z żądania wskazania konkretnych autobusów, ponieważ wykreślił słowo „docelowe”. W pierwotnej wersji załącznika nr 5 wskazywał bowiem, że w wykazie *należy ująć autobusy podstawowe (docelowe)*. Wykreślenie słowa „docelowe” i zobowiązanie do wypełnienia *oznaczonych rubryk* potwierdzało, że zamawiający nie żądał już (po zmianach SIWZ) wskazania konkretnych autobusów, którymi wykonawca będzie realizował usługi (docelowych autobusów podstawowych). Zamawiający wymagał co najwyżej:

- wykazania – przez wypełnienie *oznaczonych rubryk* w załączniku nr 5 – że wykonawca będzie dysponował autobusami spełniającymi określone wymogi oraz
- oświadczenia – złożonego przez wypełnienie i podpisanie formularza ofertowego – że usługi będzie świadczył autobusami o parametrach przynajmniej takich jak opisane w SIWZ (nie gorszych niż określone w SIWZ).

W kontekście okoliczności przedmiotowej sprawy wykonawca DLA słusznie uznał, że zamawiający nie chciał w trakcie postępowania przetargowego sprawdzać czy zaoferowane autobusy posiadać będą wszystkie opisane przez niego w SIWZ parametry. Świadczy o tym fakt, że zamawiający w zmodyfikowanym załączniku nr 5 zażądał wypełnienia tylko *oznaczonych rubryk*, rezygnując z wymogu podania informacji przewidzianych w polach białych (niezacięzionych szarym kolorem). Ponadto, wykaz taboru w ogóle nie zawierał (przed zmianami) i nie przewidywał (po wprowadzeniu w nim zmian) autobusów dodatkowych, których parametry także zostały szczegółowo opisane w SIWZ (w rozdziale III). Potwierdza to, że zamawiający nie miał zamiaru badać na etapie postępowania spełniania przez autobusy zaoferowane do realizacji usług wymogów określonych w SIWZ. Znalazło to także potwierdzenie w treści formularza ofertowego, a dokładniej w oświadczeniach z pkt 12. W każdym ze znajdujących się tam punktów dokładnie określono w którym momencie i na podstawie jakich dokumentów zamawiający zamierza sprawdzić spełnianie przez zaoferowane autobusy wymogów technicznych określonych w SIWZ – *w momencie okazania autobusów*, na podstawie przedstawionej przez wykonawcę *homologacji pojazdu lub jej odpisu od producenta pojazdu* (a w przypadku kas fiskalnych – odpisem od ich producenta). Tym samym należało przyjąć, że na etapie składania ofert, ich badania i oceny zamawiający za wystarczające uznał wyłącznie oświadczenia. Dodatkowo, na wypadek niewywiązania się przez wykonawcę, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, z obowiązku złożenia zamawiającemu wspomnianych dokumentów, w projekcie umowy o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego (stanowiącym załącznik nr 10 do SIWZ), zamawiający przewidział stosowną procedurę (§ 9 ust. 3 i § 10 ust. 1 projektu umowy) oraz sankcje niewykazania spełnienia lub niespełniania przez zaoferowane autobusy wymagań technicznych określonych w SIWZ, włącznie z

karami umownymi (§ 11 ust. 2 pkt 2.1 i 2.4 projektu umowy) i odstąpieniem od umowy (§ 10 ust. 1 projektu umowy). Co jednak najistotniejsze, w myśl art. 25 ust. 1 Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane usługi wymagań określonych przez zamawiającego, zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ (art. 25 ust. 1 pkt 2). Skoro zamawiający ani w ogłoszeniu, ani w SIWZ nie zażądał żadnych dodatkowych dokumentów, którymi wykonawcy mieliby potwierdzić, że oferowane przez nich usługi w zakresie taboru, którym będą wykonywane, spełniają określone przez niego wymogi, to nie mógł wymagać ich złożenia przez wykonawców. Dlatego też wykonawca DLA nie miał obowiązku dokumentu takiego przedstawić, a za wystarczające uznać należało jego oświadczenia złożone w tym zakresie w formularzu ofertowym.

W związku z tym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę DLA.

Jeśli chodzi o ostatni zarzut wskazany w pkt 3 *petitum* odwołania, skład orzekający w szerokim zakresie oparł się na argumentacji wykonawcy PKS, uznając ją za słuszną.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zamawiający modyfikując treść poszczególnych części formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, nie opracował ostatecznego wzoru tego formularza. Wykonawcy, którzy chcieli złożyć ofertę musieli więc dokonać we własnym zakresie modyfikacji formularza ofertowego, w ten sposób, że na jego pierwotnym brzmieniu, powinni nanieść modyfikacje wynikające z treści odpowiedzi na pytanie nr 60 do SIWZ. Należy podkreślić, że działanie to nie polegało na zastąpieniu całej treści formularza nową treścią, a na modyfikacji poszczególnych fragmentów tego formularza. W tak ukształtowanych okolicznościach nie trudno o omyłkę, czego nie ustrzegł się wykonawca PKS, wprowadzając w oświadczeniu z pkt 1 formularza ofertowego zwrot *będę dysponował* w miejsce oczekiwanego przez zamawiającego zwrotu *przedmiot zamówienia będę realizował*.

Jak słusznie zwrócił uwagę wykonawca PKS w zawartym w formularzu oferty oświadczeniu w pkt 12 ppkt 1 do 6 ww. wykonawca wskazał, że autobusy, którymi miał realizować przedmiot zamówienia będą spełniały określone, wymagane parametry. To sformułowanie zostało już ukształtowane wedle nowego brzmienia formularza zmodyfikowanego przez zamawiającego.

Powyższe prowadziło do wniosku, że omyłka, która została opisana w treści przedmiotowego zarzutu nie miała wpływ na treść złożonego przez wykonawcę zobowiązania wynikającego z treści oferty.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, że argument odwołującego jakoby pomiędzy wcześniejszą treścią formularza ofertowego, a treścią zmodyfikowaną przez zamawiającego istniała zasadnicza różnica, był chybiony. W pierwotnej wersji formularza zamawiający użył następującego sformułowania: *w trakcie realizacji zamówienia będę dysponował*, które następnie uległo modyfikacji na *przedmiot zamówienia będę realizował*. Należy podkreślić, że zamawiający w tym miejscu formularza ofertowego w pierwotnym jego brzmieniu nie odnosił się do warunków udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznej w zakresie taboru autobusowego, bo te weryfikowane były na dzień składania ofert. Zamawiający używając zwrotu *dysponował* odnosił się już do etapu realizacyjnego, pisząc o dysponowaniu pojazdami w trakcie realizacji zamówienia. Zatem modyfikacja ta nie miała tak istotnego znaczenia treściowego, jakie próbował wskazywać odwołujący. Było to wyłącznie zastąpienie jednego określenia, odnoszącego się do pojazdów, które będą wykorzystane do realizacji zamówienia innym, mającym co do meritum analogiczne znaczenie. Ponadto do okoliczności złożenia oferty przez wykonawcę PKS, które wpływać powinny na wykładnię oświadczeń zawartych w ofercie, zaliczyć należy fakt uwzględnienia przez tego wykonawcę wszystkich innych modyfikacji formularza ofertowego, dokonanych przez zamawiającego, w tym tych, które zastąpiły zwrot o dysponowaniu pojazdami, zwrotem o przeznaczeniu do realizacji zamówienia określonych pojazdów.

Powyższe argumenty prowadzą do wniosku, że treść oświadczenia woli, zawarta w oświadczeniu z pkt 1 formularza ofertowego, obejmowała zadeklarowanie realizacji zamówienia pojazdami opisanymi w formularzu ofertowym tj. wymaganą liczbą poszczególnych typów pojazdów, spełniających parametry nie gorsze niż określone w SIWZ, co pozostaje w zgodzie z treścią SIWZ.

Dodatkowo, na marginesie, skład orzekający zwrócił uwagę, że wobec niepotwierdzenia się wcześniejszych zarzutów, przedmiotowy zarzut nie miał znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania i wpływu na wynik postępowania, ponieważ dotyczył oferty wykonawcy, która została skalsyfikowana na drugiej pozycji w rankingu ofert.

Tym samym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę PKS.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze nPzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 nPzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 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 z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie złożonej na rozprawie faktury.

Przewodniczący:

.....

.....