

WYROK
z dnia 5 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2021 r. przez wykonawcę – Spółdzielnia Kółek Rolniczych w Nasielsku z siedzibą w Nasielsku przy ul. Płońskiej 6 (05-190 Nasielsk) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Nasielsk z siedzibą w Nasielsku ul. Elektronowej 3 (05-190 Nasielsk)

przy udziale wykonawcy J. S. oraz M. S. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Sanimax-Transport s.c. J. S. M. S. z siedzibą w Warszawie przy ul. Sokołowskiej 9 lok. 286 (01-142 Warszawa), zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Spółdzielnię Kółek Rolniczych w Nasielsku i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od ww. wykonawcy na rzecz zamawiającego Gminy Nasielsk, 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 (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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 Nasielsk, zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” w trybie podstawowym bez negocjacji pn.: *Świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego o charakterze użyteczności publicznej w gminnych autobusowych przewozach pasażerskich na terenie Gminy Nasielsk* (nr referencyjny: IZP.271.32.2021), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 2 grudnia 2021 r., pod numerem 2021/BZP 00297266/01.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 21 grudnia 2021 r. wykonawca Spółdzielnia Kółek Rolniczych w Nasielsku z siedzibą w Nasielsku (zwana dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od:

- czynności, podjętej w postępowaniu przez zamawiającego, polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy „Sanimax – Transport s.c.” J. S. i M. S., zwanego dalej jako: „SANIMAX”;
- zaniechania przez zamawiającego podjęcia czynności w postępowaniu, do której był zobowiązany przepisami Pzp, w postaci odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy SANIMAX.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 242 ust. 1 pkt 1 oraz art. 239 ust. 2 Pzp, polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy SANIMAX, przez nieuzasadnione przyznanie temu wykonawcy 40 punktów w kryterium „czas podstawienia autobusu zastępczego” zgodnie z kryteriami oceny oferty podanymi w pkt 3 rozdziału 16 SWZ, zamiast przyznania 20 punktów zgodnie z faktycznymi możliwościami organizacyjnymi tego wykonawcy, względnie poprzez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy lub jego wykluczenia z postępowania;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp polegające na zaniechaniu przez zamawiającego odrzucenia oferty SANIMAX jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdy wskazanie terminu 30 minut na podstawienie autobusu zastępczego zostało dokonane jedynie w celu uzyskania większej liczby punktów gdy wykonawca ten z góry wiedział, że nie będzie w stanie spełnić tego świadczenia;

3) art. 109 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 109 ust. 2 Pzp polegające na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy SANIMAX, ze względu na podanie nieprawdziwych danych w zakresie czasu podstawienia autobusu zastępczego w czasie do 30 minut, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Opierając się na przedstawionych zarzutach odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu tj. oferty wykonawcy SANIMAX;
 - nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w ramach których odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmniejszenia punktacji przyznanej wykonawcy SANIMAX w zakresie kryterium czas podstawienia autobusu zastępczego do 20 punktów zgodnie z kryteriami oceny oferty podanymi w pkt 3 Rozdziału 16 SWZ, w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego;
- względnienie;
- nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy SANIMAX oraz wykluczenie tego wykonawcy z postępowania.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes do wniesienia odwołania, polegający na tym, że uwzględnienie odwołania będzie prowadziło do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Jednocześnie odwołujący stwierdził, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych przepisów Pzp, mógł ponieść szkodę w postaci utraconych korzyści wynikających z realizacji zamówienia, a także straty w postaci kosztów poniesionych na sporządzenie oferty i udział w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wyjaśnił, że zamawiający w dniu 16 grudnia 2021 r. zamieścił informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, w której wskazał, powołując się na art. 239 ust. 2 Pzp, że za najkorzystniejszą ofertę uznał ofertę nr 3, złożoną przez wykonawcę SANIMAX na kwotę 874 744,20 zł. Według zamawiającego wybrana oferta odpowiadała wszystkim wymaganiom określonym w Pzp oraz w SWZ i została oceniona jako najkorzystniejsza w oparciu o podane w SWZ kryteria wyboru ofert. Zgodnie z SWZ oferty, które spełnią warunki udziału w postępowaniu, podlegają ocenie wg dwóch kryteriów:

- 1) cena - 60% oraz
- 2) czas podstawienia autobusu zastępczego - 40%.

Przy tym wyliczenie wartości punktowej w kryterium czas podstawienia autobusu zastępczego został ustalony w sposób następujący :

- 1) czas do 1 h 30 min - 10 pkt,

2) czas do 1 h - 20 pkt,

3) czas do 30 min - 40 pkt.

W złożonej przez wykonawcę SANIMAX ofercie został wskazany jako czas podstawienia autobusu zastępczego czas 30 minut.

W ocenie odwołującego powyższa oferta w zakresie oferowanego czasu podstawienia autobusu zastępczego była nierealna zważywszy, że siedzibą tego wykonawcy jest ul. Sokołowska 10 lok. 286 w Warszawie, tj. w odległość 54 kilometrów od Nasielska. Jednak baza transportowa wykonawcy wskazana na stronie www.sanimax.pl/kontakt oraz w CEIDG J. S. jako dodatkowe miejsce prowadzenia działalności, znajduje się w miejscowości Kleszewo 60 (na północ od Pułtusza) i jest oddalona od Nasielska o 31 kilometrów.

Zdaniem odwołującego analiza przebiegu poszczególnych linii komunikacyjnych, na których miałby być świadczony transport publiczny na podstawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wskazuje, że odległości do najdalszych punktów przebiegu poszczególnych linii komunikacyjnych objętych postępowaniem w stosunku do bazy transportowej wykonawcy w Kleszewie, wynoszą odpowiednio:

- w zakresie linii komunikacyjnej nr 1 – 33 kilometry (miejscowość Mogowo),
- w zakresie linii komunikacyjnej nr 2 – 42 kilometry (miejscowość Nowa Wrona),
- w zakresie linii komunikacyjnej nr 3 – 35 kilometrów (miejscowość Winniki),
- w zakresie linii komunikacyjnej nr 4 – 38 kilometrów (miejscowość Miękoszynek),
- w zakresie linii komunikacyjnej nr 5 – 29 kilometrów (miejscowość Kędzierzawice),
- w zakresie linii komunikacyjnej nr 6 – 36 kilometrów (miejscowość Nuna).

Przy uwzględnieniu powyższych odległości, zwykłego ruchu drogowego w czasie w jakim komunikacja jest świadczona, ograniczenia w poruszaniu się autobusem zgodnie z zasadami ruchu drogowego, oczywistym jest, że nie jest możliwe spełnienie przez wybranego przez zamawiającego wykonawcę wymogu podstawienia autobusu zastępczego w każdym miejscu danej linii komunikacyjnej w czasie do 30 minut. Miejscem podstawienia autobusu zastępczego jest dowolne miejsce na którejkolwiek z ww. linii komunikacyjnych, gdyż czynność ta wynika z obowiązku określonego w § 4 ust. 2 pkt 2 projektu umowy (załącznik nr 8 do SWZ), gdzie ustalony został maksymalny czas na podstawienie autobusu zastępczego w razie wystąpienia awarii, zaś sytuacja taka może nastąpić w dowolnym miejscu przebiegu objętych przedmiotem postępowania linii komunikacyjnych.

W opinii odwołującego, zamawiający przy ocenie oferowanego czasu podstawienia autobusu zastępczego nie może w tym wypadku poprzestać na samych zapewnieniach wykonawcy zawartych w treści oferty, ale musi także ocenić w sposób obiektywny to czy takie zapewnienie może być przez danego wykonawcę rzeczywiście spełnione. Według

odwołującego wykonawca SANIMAX wskazał tak krótki termin jedynie w celu uzyskania większej liczby punktów z góry wiedząc, że nie będzie w stanie spełnić świadczenia. Takie działanie należy uznać za wypełnienie przesłanki złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, która podlega odrzuceniu przez zamawiającego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp. Z zbliżonym stanie faktycznym Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 września 2020 r. sygn. KIO 2048/20 uznała za uzasadnione było odrzucenie przez zamawiającego oferty wykonawcy, który zawarł w niej niemożliwy do spełnienia przez siebie obowiązek w zakresie czasu podstawienia autobusu zastępczego, jako złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący stwierdził, że w przeciwieństwie do firmy SANIMAX swoją bazę transportową ma umiejscowioną w pobliżu objętych postępowaniem linii komunikacyjnych, a mianowicie w Nasielsku przy ul. Płońskiej 6 (siedziba SKR w Nasielsku), co gwarantuje niewielką odległość do każdego punktu przebiegu poszczególnych linii komunikacyjnych na terenie Gminy Nasielsk. Odległości do najdalszych punktów przebiegu poszczególnych linii komunikacyjnych objętych postępowaniem w stosunku do bazy transportowej odwołującego się w Nasielsku, wynoszą odpowiednio:

- w zakresie linii komunikacyjnej nr 1 – 6 kilometrów (miejscowość Mogowo),
- w zakresie linii komunikacyjnej nr 2 – 14 kilometrów (miejscowość Nowa Wrona),
- w zakresie linii komunikacyjnej nr 3 – 7 kilometrów (miejscowość Winniki),
- w zakresie linii komunikacyjnej nr 4 – 11 kilometrów (miejscowość Miękoszynek),
- w zakresie linii komunikacyjnej nr 5 – 6 kilometrów (miejscowość Kędzierzawice),
- w zakresie linii komunikacyjnej nr 6 – 12 kilometrów (miejscowość Nuna).

Jak wyjaśnił odwołujący, takie odległości sprawiają, że posiada on realną możliwość zapewnienia podstawienia autobusu zastępczego w każdym miejscu każdej z linii komunikacyjnych w czasie do 30 minut, a tym samym jego oferta w tym zakresie odzwierciedla jego faktyczne możliwości organizacyjne.

Odwołujący wyjaśnił, że wskazanie przez wykonawcę prawdziwego czasu w jakim mógł wykonawca spełnić ten obowiązek w wymiarze przekraczającym 30 minut skutkowałby uzyskaniem przez tego wykonawcę 20 punktów, a nie 40 punktów jak uznał zamawiający. W takiej też sytuacji za ofertą najkorzystniejszą winna być uznana oferta złożona przez odwołującego. Ponadto odwołujący nadmienił, że zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu zamawiający przewidział, stosownie do art. 109 ust. 2 Pzp, fakultatywne podstawy wykluczenia (pkt 5.1 ogłoszenia), wśród których wymienił m.in. podstawę z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp (pkt 5.2 ogłoszenia).

W podsumowaniu odwołujący stwierdził, że w świetle podniesionych w odwołaniu zarzutów naruszenia przez zamawiającego wymienionych przepisów Pzp oraz powołanych okoliczności nie ulega wątpliwości, iż dokonane naruszenia przepisów Pzp miały istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z tych względów odwołanie pozostawało konieczne i uzasadnione.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca J. S. oraz M. S. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Sanimax-Transport s.c. J. S. M. S. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 4 stycznia 2022 r. wykonawca zgłaszający przystąpienie złożył do akt sprawy pismo procesowe, w którym przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania.

Odwołujący na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 5 stycznia 2022 r. złożył do akt sprawy pismo z wnioskami dowodowymi. Na podstawie przedmiotowego pisma wniósł o dopuszczenie dowodów z:

- dokumentów załączonych do pisma;
- przesłuchania pana A. W. K. – prezesa zarządu odwołującego na okoliczność podjętych działań organizacyjnych w celu spełnienia wymogu postawienia autobusu zastępczego w czasie 30 minut oraz czasu od jakiego odwołujący wykonuje przewóz osobowy na liniach komunikacyjnych objętych postępowaniem.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołujący 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 Pzp.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1-3 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę J. S. oraz M. S. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Sanimax-Transport s.c. J. S. M. S. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej: „przystępującym”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, złożoną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 29 grudnia 2021 r., w tym w szczególności:

- ogłoszenie o zamówieniu;
- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej: „SWZ”) wraz z załącznikami;
- ofertę złożoną przez przystępującego;
- informację z dnia 16 grudnia 2021 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu;

2) załączone do odwołania:

- wydruk z CEIDG J. S.;
- wydruk z CEIDG M. S.;
- wydruk ze strony wykonawcy www.sanimax.pl/kontakt
- wydruki z Google Maps dla tras: Nowa Wrona – Kleszewo 60, Miękoszynek – Kleszewo 60, Nuna – Kleszewo 60, Nowa Wrona – Nasielsk ul. Płońska 6, Miękoszynek – Nasielsk ul. Płońska 6, Nuna – Nasielsk ul. Płońska 6;

3) złożone na posiedzeniu niejawnym przez odwołującego:

- wydruk z działu I-O i działu II księgi wieczystej OS1U/00015785/0;
- wydruki z działu I-O i działu II ksiąg wieczystych: OS1U/00015785/0 i OS1U/00048233/6;
- wydruk z CEIDG M. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. PRO-COM;

4) złożone na posiedzeniu niejawnym przez przystępującego:

- wydruki z map na trasie od punktu z ul. Warszawskiej 68 (Miejscowość: Nasielsk) do Mogowa, Nowej Wrony, Winnik, Miękoszynka, Kędzierzawic i Nuny;
- wydruki z map na trasie od punktu z ul. Młynarskiej 65b (Miejscowość: Broninek) do Mogowa, Nowej Wrony, Winnik, Miękoszynka, Kędzierzawic i Nuny;
- wydruki z map na trasie od punktu z ul. Siennickiej 23 (Miejscowość: Nasielsk) do Mogowa, Nowej Wrony, Winnik, Miękoszynka, Kędzierzawic i Nuny;
- oświadczenia pana S. C. z 28 grudnia 2021 r., pana P. J. z 23 grudnia 2021 r., pani M. M. z 21 grudnia 2021 r. oraz pana M. S. z 19 grudnia 2021 r.;
- referencje wystawione przez dyrektora Zespołu Szkolno-Przedszkolnego w Karniewie z dnia 5 lipca 2021 r., referencje wystawione przez dyrektora Publicznej Szkoły Podstawowej nr 4 z klasami sportowymi im. Ireny Szewińskiej w Pułtusku z dnia 4 stycznia 2022 r., list referencyjny wystawiony przez wicestarostę Powiatu Makowskiego z dnia 4 stycznia 2022 r.;
- dokumenty dotyczące postępowania z 2019 roku prowadzonego przez zamawiającego w zakresie dowożenia uczniów z wyznaczonych punktów zbiórki do szkół na terenie miasta i gminy Nasielsk i odwożenie ze szkół do wyznaczonych punktów zbiórki, tj. umowę nr 217/U19 z dnia 19 lipca 2019 r. zawartą pomiędzy przystępującym, a burmistrzem Nasielska,

list referencyjny z dnia 7 września 2020 r. wystawiony z upoważnienia burmistrza przez dyrektora centrum usług wspólnych w Nasielsku oraz SIWZ dotyczącą przedmiotowego postępowania.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z przesłuchania pana A. W. K. – prezesa zarządu odwołującego na okoliczność podjętych działań organizacyjnych w celu spełnienia wymogu postawienia autobusu zastępczego w czasie 30 minut oraz czasu od jakiego odwołujący wykonuje przewóz osobowy na liniach komunikacyjnych objętych postępowaniem.

Izba na podstawie art. 541 Pzp odmówiła przeprowadzenia powyżej wskazanego dowodu. W tym kontekście należało stwierdzić, że na posiedzeniu i rozprawie stawił się pan A. W. K. i jako prezes zarządu reprezentował odwołującego. Podczas rozprawy mógł przedstawić stanowisko w kontekście podniesionych zarzutów lub argumentacji strony przeciwnej z czego skorzystał. Skład orzekający uznał, że na potrzeby rozpoznania przedmiotowej sprawy nie było konieczne uzyskanie informacji pochodzących dodatkowo z przesłuchania świadka lub strony, gdyż ich przeprowadzenie doprowadziłoby wyłącznie do nieuzasadnionego wydłużenia postępowania odwoławczego. Tym samym Izba uznała, że przeprowadzenie wnioskowanego dowodu było niedopuszczalne, ponieważ został on przywołany jedynie dla zwłoki.

Izba ustaliła co następuje

W rozdziale 16 SWZ zamawiający przedstawił opis kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert. W ust. 1 ww. rozdziału zamawiający wskazał: *1. Oferty, które spełnią warunki udziału w postępowaniu, będą podlegać dalszej ocenie wg kryterium:*

- 1) *cena - 60 %,*
- 2) *czas podstawienia autobusu zastępczego - 40 %.*

Natomiast z ust. 3 przedmiotowego rozdziału wynikało, że:

3. Wyliczenie wartości punktowej w kryterium czas podstawienia autobusu zastępczego:

Na podstawie oferty Wykonawcy przyznawane są punkty w sposób następujący :

- 1) *czas do 1 h 30 min - 10 pkt ,*
- 2) *czas do 1 h -20 pkt,*
- 3) *czas do 30 min - 40 pkt*

UWAGA:

– maksymalny czas podstawienia autobusu zastępczego wymagany przez Zamawiającego to 1,5 godziny od zgłoszenia,

- jeżeli Wykonawca nie wskaże czasu podstawienia autobusu zastępczego, Zamawiający przyjmie, że oferuje on maksymalny czas, tj. 1,50 godziny,
- w przypadku zaoferowania przez Wykonawcę czasu podstawienia autobusu zastępczego dłuższego niż 1,50 godziny Zamawiający ofertę odrzuci,
- w przypadku zaoferowania czasu podstawienia autobusu zastępczego krótszego niż 30 min, Zamawiający przyjmie, że oferuje on minimalny czas, tj. 30 minut,

Zamawiający w pkt 5.2.) ogłoszenia o zamówienia, zawierającym wskazanie fakultatywnych podstaw wykluczenia wymienił m. in. przesłankę określoną w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp.

Przystępujący w pkt III formularza ofertowego zaoferował czas podstawienia autobusu zastępczego w wymiarze 30 min.

Informacją z dnia 16 grudnia 2021 r. zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza oferta została wybrana oferta przystępującego. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji. Jak wynikało z przedmiotowej informacji oferta przystępującego w ramach kryterium *czas podstawienia autobusu zastępczego* uzyskała 40 pkt.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 242 ust. 1 pkt 1 Pzp – *Najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu;*
- art. 239 ust. 2 Pzp – *Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.;*
- art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;*
- art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp – *Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;*
- art. 109 ust. 2 Pzp – *Jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.*

Izba zważyła co następuje

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

Jak ustaliła Izba opis kryteriów wyboru wykonawcy został podany w rozdziale 16 SWZ, przy czym najistotniejsze znaczenie dla kryterium pozacenowego miały postanowienia zawarte w ust. 3 ww. rozdziału, który został zacytowany powyżej. Po analizie postanowień SWZ w przedmiotowym zakresie, Izba stwierdziła, że należało przyznać rację przystępującemu, który wyjaśnił, że zamawiający nie określił żadnych innych wytycznych dotyczących sposobu wyliczenia czasu podstawienia autobusu zastępczego. Odwołujący natomiast w sposób dowolny oraz nie wynikający z postanowień SWZ wywiódł, że przystępujący powinien wyliczyć czas podstawienia autobusu przyjmując za punkt początkowy swoją siedzibę albo bazę transportową. Mając na uwadze okoliczności przedmiotowej sprawy, w tym przede wszystkim dowody złożone przez przystępującego, Izba doszła do przekonania, że obie powyżej wskazane lokalizacje nie były jedynymi możliwymi miejscami postoju autobusów zastępczych skierowanych do realizacji umowy przez przystępującego. Co więcej zamawiający nie postawił wymagania dotyczącego sposobu określenia punktu początkowego, z którego miałyby wyruszać autobus zastępczy. Zamawiający wymagał jedynie, aby wskazać czas podstawienia autobusu.

Przystępujący wyjaśnił, że posiada możliwość zapewnienia na etapie realizacji umowy wykonania usługi w czasie 30 min., ze względu na praktykowanie rozwiązań, które to umożliwiają, a są niezależne od miejsca siedziby czy lokalizacji bazy transportowej. Przystępujący wskazał także, że współpracuje z innymi podmiotami w wyniku czego podmioty te mogą udostępnić mu miejsca postoju dla pojazdów. Podobnie jego pracownicy mogą zapewnić miejsce postojowe dla autobusu zastępczego. W tym kontekście przystępujący wskazał, że na etapie realizacji umowy pojazdy zastępcze będą mogły przebywać m.in. na terenie następujących nieruchomości:

- ul. Warszawska 68 (050-190 Nasielsk) – siedziba podmiotu Pro-Com M. S. (także miejsce sprzedaży biletów);
- ul. Młynarska 65b (05-190 Broninek) – P. J. – jeden z kierowców pracujących dla przystępującego;
- ul. Siennicka 23 (05-191 Nasielsk); Mogowo PKP – S. C. – jeden z kierowców pracujących dla Wykonawcy.

Przy czym przystępujący zastrzegł, że nie są to wszystkie lokalizacje, w których może odbywać się postój pojazdów zastępczych. W trakcie realizacji umowy możliwe będzie także korzystanie z innych lokalizacji.

Izba przyznała rację przystępującemu, który stwierdził, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). W orzecnictwie Izby (m.in. w wyroku z dnia 23 kwietnia 2021 r. sygn. akt KIO 944/21) podkreśla się, że znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje złożenie oferty jedynie z pozoru najkorzystniejszej, o której od początku wiadomo, że nie będzie mogła być wykonana na warunkach, które zdecydowały o jej wyborze (m.in. wskazanie czasu podstawienia pojazdu przyjmującego wartość jednej setnej minuty). Zapewnienie 30 min. czasu podstawienia autobusu zastępczego należało uznać za czas realny, dopuszczony przez zamawiającego, niestanowiący o czynie nieuczciwej konkurencji, do którego zapewnienia przystępujący się zobowiązał. Jak wynikało z dowodów złożonych przez przystępującego, a dotyczących wydruków map, ww. miejsca postoju zapewniają możliwość podstawienia pojazdu zastępczego w ciągu 30 min.

Dodatkowo skład orzekający uznał, że przywołany przez odwołującego wyrok z dnia 17 września 2020 r. o sygn. akt KIO 2048/20 pozostawał bez faktycznego związku ze stanem faktycznym przedmiotowej sprawy. W ww. orzeczeniu, Izba rozpatrywała przypadek, w którym wykonawca wskazał czas podstawienia autobusu w wysokości 30 s., a jednocześnie wykonawca oświadczał, że jest to czas podstawienia pod szkołę, a nie na miejsce awarii. Nie sposób porównywać dwóch odmiennych stanów faktycznych, gdzie w jednym mamy wartość 30 sekund a w drugim 30 minut, co więcej wykonawcy w sposób odmienny deklarowali miejsce podstawienia autobusu. Ponadto w stanie faktycznym sprawy toczącej się pod sygn. akt KIO 2048/20 zamawiający określił tylko maksymalny czas podstawienia pojazdu (60 min), gdy w postępowaniu wskazano przedziały czasowe, przy czym okres 30 min. był czasem najkrótszym przyjętym przez zamawiającego.

Przystępujący zwrócił także uwagę na postanowienie zawarte w § 4 ust. 2 wzoru umowy (załącznik nr 8 do SWZ) o treści :

2. W okresie realizacji niniejszej umowy Operator zapewnia w szczególności:

- 1) punktualność realizowanych usług (przyjazd i odjazd z poszczególnych przystanków zgodnie z rozkładem jazdy);*
- 2) podstawienie pojazdu zastępczego w przypadku awarii, jednak nie później niż w ciągu minut od wystąpienia awarii;*

Projektowane postanowienie umowne wskazywało, że czas podstawienia autobusu ma być zapewniony w okresie realizacji umowy, a nie przed. Wydaje się, że właśnie dlatego zamawiający nie wymagał przedstawienia żadnych środków dowodowych dla wykazania oferowanego czasu podstawienia pojazdu. Zamawiający pozostawił wykonawcom startującym w przetargu dowolność w sposobie organizacji podstawienia autobusu

zastępczego, a wykonawca w oparciu o przyjętą przez siebie metodę organizacji podstawienia miał dokonać określenia czasu.

Izba nie znalazła powodów do zakwestionowania sposobu realizacji zamówienia, w zakresie podstawienia autobusu zastępczego, przyjętego przez przystępującego. Ponadto stanowisko przystępującego zostało poparte przez odpowiednie dowody. Nie tylko wydruki map na oznaczonych trasach potwierdziły stanowisko przystępującego. Skład orzekający zwrócił uwagę, że przystępujący przedstawił oświadczenia osób wskazanych powyżej, z których wynikało, że udostępnią one miejsce na postój autobusów. Istotne znaczenie miał także dowód obejmujący dokumenty dotyczące postępowania z 2019 r., prowadzonego przez zamawiającego w zakresie dowożenia uczniów z wyznaczonych punktów zbiórki do szkół na terenie miasta i gminy Nasielsk i odwożenia ze szkół do wyznaczonych punktów zbiórki, tj.: umowę nr 217/U19 z dnia 19 lipca 2019 r. zawartą pomiędzy przystępującym a burmistrzem Nasielska, list referencyjny z dnia 7 września 2020 r. wystawiony z upoważnienia burmistrza przez dyrektora Centrum Usług Wspólnych w Nasielsku oraz SIWZ dotyczącą przedmiotowego postępowania. Jak wynikało z SIWZ z ww. postępowania zamawiający zastosował w nim tożsame kryterium pozacenowe dotyczące czasu podstawienia autobusu zastępczego, jedynie jego waga była inna ponieważ wynosiła 20%. Ponadto wykonawcy mieli możliwość zadeklarowania trzech wartości (tj. 1 h 30 min., 1 h oraz 30 min). Przystępujący w tamtym postępowaniu, podobnie jak w przedmiotowym postępowaniu, zadeklarował czas podstawienia autobusu zastępczego do 30 min., co nie było kwestionowane przez odwołującego, a jednak udało mu się wykonać powierzone zadania terminowo, co wynikało ze złożonego listu referencyjnego z dnia 7 września 2020 r.

Tymczasem dowody złożone przez odwołującego okazały się niewystarczające. Dokumenty załączone do odwołania odnosiły się do innego sposobu realizacji zamówienia niż potwierdził to ostatecznie przystępujący. Odwołujący wykazywał trasę dojazdu autobusu zastępczego z miejsca siedziby przystępującego albo z lokalizacji bazy transportowej, natomiast przystępujący wyjaśnił, że przyjął inny sposób realizacji tej usługi, co zostało opisane powyżej. Druga grupa dowodów złożonych przez odwołującego odnosiła się do wydruków z ksiąg wieczystych dla lokalizacji podanych przez przystępującego. Odwołujący w tym kontekście twierdził, że niektóre z osób podanych przez przystępującego nie są właścicielami nieruchomości. W ocenie Izby w celu udostępnienia miejsca przeznaczonego na postój autobusu nie jest konieczne oświadczenie czy zgoda właściciela nieruchomości, a w okolicznościach przedmiotowej sprawy wystarczające okazało się oświadczenie osób prowadzących działalność gospodarczą w tej lokalizacji lub osób związanych z przystępującym stosunkiem pracy. Ponadto okoliczność, że dana osoba nie jest właścicielem

nieruchomości nie oznacza, że nie posiada do niej innych tytułów prawnych umożliwiających dysponowanie tą nieruchomością

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp 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 postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty strony obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika – na podstawie złożonego na rozprawie rachunku

Przewodniczący: