

Sygn. akt: KIO 2366/22

WYROK

z dnia 26 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2022 r. przez wykonawcę J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J. W. - Usługi Transportowe z siedzibą w Miastkowie Kościelnym w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miastków Kościelny

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum w składzie:

- Z. W. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe Z. W.

- M. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Bus-Max M. S. i J. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą SANIMAX M. i J. S., J. S., działających jako wspólnicy spółki cywilnej

z siedzibą lidera w Kienkówce 66, 21-450 Stoczek Łukowski, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddała odwołanie w całości.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) 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 Miastków Kościelny, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego na terenie gminy Miastków Kościelny.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15 lipca 2022 r. pod numerem 2022/S 135-384719.

W dniu 12 września 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J. W. - Usługi Transportowe, w którym zarzucił on Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP w zw. z art. 17 ust. 1 i 2 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy PZP poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty wykonawcy, która jest najkorzystniejsza z punktu widzenia ustalonych kryteriów oceny ofert i zaniechanie udzielania zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami,
2. art. 224 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie żądania Przystępującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, co uniemożliwiło zweryfikowanie czy wykonawca kierował się ceną maksymalną wskazaną w SWZ czy rzeczywistymi kosztami świadczenia usługi, w jaki sposób skalkulowano cenę i czy ma ona charakter rynkowy,
3. art. 226 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP w zw. z art. 67 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego na tej podstawie,
4. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego na tej podstawie,
5. art. 255 pkt 3 ustawy PZP poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie Zamówienia i brak jest możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia z uwagi na nieuwzględnienie niniejszego postępowania w Wieloletniej Prognozie Finansowej lub uchwale budżetowej Zamawiającego,
6. art. 222 ust. 4 w zw. z art. 23 ust. 1 ustawy PZP informacji o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, która nie wynika i nie została uwzględniona w dokumentach finansowych Zamawiającego tj. w budżecie lub Wieloletniej prognozie Finansowej, a ponadto przeprowadzenie postępowania powinno zostać uwzględnione w planie postępowań o udzielenie zamówień przewidywanych w danym roku finansowym,

7. art. 211 ust. 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych poprzez prowadzenie postępowania i planowanie wydatków nieuwzględnionych w uchwale budżetowej przy braku innych źródeł finansowania.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu, odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Usługi Transportowe Z. W. oraz Sanimax – Transport s. c. J. S., M. S. oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej albo unieważnienie postępowania.

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawione zarzuty Odwołujący wskazywał, że informację o kwocie, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia należy uznać za niedotyczącą w rzeczywistości posiadanych przez Zamawiającego środków na sfinansowanie zamówienia, o czym świadczy nazwa postępowania oraz fakt, że dotychczas wydatki na lokalny transport zbiorowy i wydatki na dowożenie uczniów do szkół były zabezpieczane przez Zamawiającego w budżecie w oddzielnych pozycjach oraz uwzględniając zastosowany przez Zamawiającego kod CPV.

Jak kontynuował Odwołujący w planie wydatków na 2022 r. stanowiącym załącznik do uchwały budżetowej - Uchwały Rady Gminy Miastków Kościelny nr L/260/2022 z dnia 21.07.2022 r. wydatki na publiczny transport zbiorowy ujęto w pozycji Lokalny transport zbiorowy na kwotę 340 093,46 zł, zaś dowożenie uczniów do szkół wyodrębniono jako oddzielną pozycję z przeznaczoną na ten cel kwotą 200 000 zł co jest zgodne z pozycją z Wieloletniej Prognozy Finansowej o nazwie „Dowożenie uczniów do szkół - Poprawa warunków życia mieszkańców”.

Ponadto Zamawiający nie przewidział w SWZ wynagrodzenia z tytułu dowożenia dzieci do szkół, a jedynie rekompensatę.

W związku z tym zasadnym jest twierdzenie, że Zamawiający nie posiada zabezpieczonych środków na sfinansowanie zamówienia w roku 2023 r., a sposób ukształtowania kryterium oceny ofert miał na celu zlimitowanie wartości składanych ofert, by nie było koniecznym unieważnienie postępowania.

Następnie Odwołujący przedstawił argumentację dotyczącą treści SWZ, która jego zdaniem jest wewnętrznie sprzeczna oraz czytana jako całość prowadzi do preferowania uzyskania ofert nieprzewyższających oczekiwanych przez Zamawiającego stawek biletów

miesięcznych i jednostkowych zamiast finansowania zamówienia w oparciu o rzeczywiste stawki rynkowe świadczenia usług zbiorowego transportu publicznego.

Zdaniem Odwołującego zawarta w treści SWZ przesłanka unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 pkt 3 ustawy PZP miała wpływ na treść złożonych w postępowaniu ofert, ponieważ w przypadku złożenia ofert skalkulowanych na wyższe kwoty nie dawało takiemu wykonawcy możliwości uzyskania zamówienia, co rodzi skutek w postaci nieprzedstawienia rzeczywistych i rynkowych kosztów realizacji zamówienia. Dlatego Zamawiający powinien był w trybie art. 224 ust. 1 ustawy PZP wezwać Przystępującego do złożenia wyjaśnień ceny, co pozwoliłoby zweryfikować czy wykonawca kierował się ceną maksymalną wskazaną w SWZ czy rzeczywistymi kosztami świadczenia usługi.

Jak kontynuował Odwołujący, w wykonaniu wezwania z dnia 5 sierpnia 2022 r., dotyczącego przedłożenia dokumentów podmiotowych, Przystępujący przedłożył je w sposób niezgodny z SWZ, tj. uczynił to za pomocą wiadomości e-mail, a nie za pomocą platformy zakupowej. Powyższe powinno prowadzić do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP.

Przesłanie dokumentów z pominięciem platformy zakupowej nie powinno być uznane za prawidłowe, a w konsekwencji nie było podstaw do uznania, że wykonano wezwanie skierowane na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy PZP w terminie, bowiem złożenie dokumentów i oświadczeń w innej formie niż przez platformę zakupową traktować należy jako nieskuteczne, a oferta złożona przez tych wykonawców powinna zostać odrzucona.

Powyższe argumenty zdaniem Odwołującego powinny skutkować uwzględnieniem odwołania.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 13 września 2022 r. odpowiedź na odwołanie wniósł Zamawiający. W treści stanowiska wniósł on o oddalenie odwołania. W ocenie Zamawiającego odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie a zaskarżone czynności i procedura przetargowa zostały przeprowadzone zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Stanowisko Przystępującego:

Pismem z dnia 14 września 2022 r. wraz ze zgłoszonym przystąpieniem swoje stanowisko w sprawie zajął wykonawca, którego oferta została wybrana w postępowaniu jako najkorzystniejsza, wnosząc o odrzucenie odwołania względnie o jego oddalenie.

Jak wskazywał Przystępujący w zakresie zarzutu dotyczącego nie posiadania zabezpieczonych środków na sfinansowanie zamówienia w 2023 r. suwerenną decyzję podejmuje w tym zakresie organizator postępowania – Zamawiający. O ile Odwołujący

uważał, że na dzień składania ofert w postępowaniu (4.08.br.) brak było możliwości sfinansowania zamówienia na podstawie złożonych wraz z odwołaniem dokumentów – winien był na właściwym etapie postępowania zgłaszać zastrzeżenia do Zamawiającego w tym zakresie – czego jednak nie uczynił.

Przystępujący dodał, że żadna z ofert złożonych w postępowaniu, ani Przystępującego ani Odwołującego nie przekroczyła kwot, o których mowa w części 18 punkt 6 podpunkt 3 SWZ, co obligowałoby Zamawiającego do unieważnienia postępowania.

Odnosnie żądania Odwołującego unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i brak jest możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia z uwagi na nieuwzględnienie niniejszego postępowania w Wieloletniej Prognozie Finansowej lub uchwale budżetowej Zamawiającego – Zamawiający nie stwierdził aby brak było możliwości sfinansowania oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji żądanie jest bezpodstawne.

Odnosnie zarzutów dotyczących treści SWZ Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania w tym zakresie jako wniesionego z naruszeniem zawitego terminu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy PZP, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Zarzuty odwołania dotyczą w całości prawomocnych i wiążących postanowień SWZ zaś ustawowy zawity termin na ich kwestionowanie, w tym w zakresie zarówno samych kryteriów oceny ofert jak i ustalonych w SWZ zasad punktacji, upłynął definitywnie w terminie o którym mowa w art. 515 ust 2 pkt 1 ustawy PZP.

Odnosnie zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień ceny, Przystępujący wskazywał, że całkowicie nieuzasadnione jest oczekiwanie Odwołującego aby Przystępujący miał być wzywany do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, co miało uniemożliwić zweryfikowanie czy wykonawca kierował się ceną maksymalną wskazaną w SWZ czy rzeczywistymi kosztami świadczenia usługi, nie zweryfikowano również w jaki sposób skalkulowano cenę i czy ma ona charakter rynkowy. Nie jest przy tym wiadomym jaki miałyby być powód wezwania Przystępującego w trybie art. 224 ust.1 ustawy PZP do udzielenia wyjaśnień skoro Odwołujący nie zarzuca Przystępującemu zaniżonej kalkulacji ceny oferty.

W powyższych okolicznościach, a przede wszystkim po lekturze odwołania, zarzut zaniechania wezwania Przystępującego do wyjaśnień ceny uznać należy za całkowicie blankietowy i nie wskazujący faktycznie na żadne powody dokonania takich czynności.

Odwołujący nie wskazuje w odwołaniu żadnych przyczyn wezwania do wyjaśnień przez Przystępującego ceny w trybie art. 224 ust. 1 ustawy PZP – nie wiadomo o jakie konkretnie ceny chodzi i jaki byłby powód ich wyjaśnień.

Odnosnie zarzutu niezłożenia w prawidłowy sposób podmiotowych środków dowodowych Przystępujący podkreślił, że terminowość ich złożenia oraz treść (spełnianie warunków i wykazanie braku podstaw wykluczenia) nie są kwestionowane przez Odwołującego. Jedyne zarzut odwołania w tym zakresie sprowadza się do użycia w celu przekazania ich do Zamawiającego narzędzia w postaci poczty email zamiast platformy zakupowej. Zdaniem Przystępującego podkreślenia wymaga, że nie mamy do czynienia z treścią oferty ale podmiotowymi środkami dowodowymi.

Dodatkowo należy pamiętać, że Zamawiający jak dotąd jedynie wzywał Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 126 ustawy PZP, a nie ich uzupełnienia w trybie art. 128.

W ocenie Przystępującego w stanie faktycznym sprawy ewentualne wezwanie do uzupełnienia posiadanych przez Zamawiającego podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ustawy PZP (obligatoryjne) byłoby jednak całkowicie zbędne. Zgodnie z art. 127 ustawy PZP Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność. Zamawiający otrzymał od Przystępującego wskazane podmiotowe środki dowodowe w aktualnym postępowaniu i są one zarówno poprawne jak i aktualne, a wezwanie do uzupełnienia tych samych dokumentów tylko po to aby przekazać je ponownie za pośrednictwem platformy zakupowej uznać należy za nieracjonalne, zbędne i nieuzasadnione ekonomiką postępowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy PZP. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum w składzie Z. W. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe Z. W. oraz M. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Bus-Max M. S. i J. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą SANIMAX M. i J. S., J. S., działających jako wspólnicy spółki cywilnej

– zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego. Przystąpienie wpłynęło w terminie, a Przystępujący wskazali na interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystąpili. Spełnione zostały również pozostałe warunki formalne, a zatem zgłoszone przystąpienie należało uznać za skuteczne.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. przede wszystkim w oparciu o dokumentację przedmiotowego postępowania, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy. Izba wzięła również pod uwagę dowody złożone przez:

1. Przystępującego:

- a)Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 30.08.2022 r. na okoliczność tego, że Odwołujący w innym postępowaniu świadczy te same usługi za cenę 217 zł brutto za jeden bilet miesięczny, co świadczy o tym, że cena zaoferowana przez Przystępującego tym postępowaniu jest ceną realną,
- b)Zestawienia ofert z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o tożsamym przedmiocie jak obecnie toczące się postępowanie, na tę samą okoliczność.

2. Odwołującego:

- a)Wieloletnia prognoza finansowa Gminy Miastków Kościelny,
- b)Załącznik do uchwały budżetowej – Uchwały Rady Gminy Miastków Kościelny nr L/260/2022 z dnia 21 lipca 2022 r.
- c)Załącznik nr 2 do Zarządzenia Wójta Gminy Miastków Kościelny Nr 38/2022 z dnia 27.06.2022 r. – wykaz przedsięwzięć do WPF

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego na terenie gminy Miastków Kościelny.

Zgodnie z „Informacją o wysokości środków” kwota przeznaczona na realizację przedmiotowego zamówienia wynosi 356.000 zł, w tym 56.000 zł w 2022 r. oraz 300.000 zł w 2023 r.

Zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia:

Część 4 punkt 1 i 2 SWZ:

„Komunikacja w postępowaniu odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Zamawiający informuje, że będzie komunikował się z wykonawcami za pomocą platformy zakupowej znajdującej się pod adresem:

<https://miastkowkoscielny.ezamawiajacy.pl/servlet/HomeServlet>”

Część 11 punkt 2 SWZ: „W niniejszym postępowaniu przy wyborze najkorzystniejszej oferty, Zamawiający będzie kierował się niżej podanymi kryteriami i ich wagą:

- Cena: waga kryterium 40%
- Dojazd autobusu zastępczego: waga kryterium 10%
- Europejski standard emisji spalin: waga kryterium 30%
- Rok produkcji posiadanego taboru: waga kryterium 20%”.

Część 18 punkt 6 ppkt 3 SWZ:

„Jednocześnie Zamawiający informuje, że postępowanie na świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego na terenie gminy Miastków Kościelny zostanie unieważnione na podstawie art. 255 ust. 3 w przypadku gdy:

- cena brutto za 1 bilet miesięczny na wszystkie linie (cena biletu zawiera dopłatę z tytułu honorowania ulg ustawowych) będzie wyższa od 4,00 zł.
- cena brutto za 1 bilet jednorazowy na wszystkie linie (cena biletu zawiera dopłatę z tytułu honorowania ulg ustawowych) będzie wyższa od 240,00 zł”.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 4 sierpnia 2022 r. w przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców, tj. Odwołujący i Przystępujący, które opiewały odpowiednio na kwoty 240,00 zł (cena brutto za 1 bilet miesięczny na wszystkie linie) i 4,00 zł (cena brutto za 1 bilet jednorazowy na wszystkie linie) oraz 235 zł (cena brutto za 1 bilet miesięczny na wszystkie linie) i 3,80 zł (cena brutto za 1 bilet jednorazowy na wszystkie linie).

Zgodnie z informacją z dnia 5 września 2022 r. jako najkorzystniejszą wybrano ofertę złożoną przez wykonawcę Konsorcjum firm: Usługi Transportowe Z. W. oraz Sanimax – Transport s.c. J. S., M. S.. Oferta tego wykonawcy uzyskała 100 pkt, natomiast oferta Odwołującego uzyskała 98,73 pkt.

Zgodnie z Tabelą nr 2 do Uchwały Budżetowej – Plan wydatków na 2022 rok (załącznik nr 2 do Uchwały Rady Gminy Miastków Kościelny Nr L/260/2022 z dnia 21.07.2022 r.) pod pozycją „Lokalny transport zbiorowy” widnieje kwota 340 093,46 zł. Z kolei pod pozycją „Dowożenie uczniów do szkół” widnieje kwota 200 000,00 zł.

Zgodnie z załącznikiem nr 2 do Zarządzenia Wójta Gminy Miastków Kościelny Nr 38/2022 z dnia 27.06.2022 r. pod pozycją 1.3.1.1 „Dowożenie uczniów do szkół – Poprawa warunków życia mieszkańców” widnieje kwota 200 000,00 zł na 2022 r. i kwota 300 000,00 zł na 2023 r.

Izba zważyła, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy PZP:

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy PZP jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Wskazany przepis zobowiązuje więc Zamawiającego do zwrócenia się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień ceny w dwóch sytuacjach: 1) jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub 2) budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Z powyższego wynika więc, że dla uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy PZP, tj. zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień, przynajmniej jedna z ww. okoliczności powinna zostać wykazana przez odwołującego. Koniecznym jest więc przekonanie składu orzekającego, że cena zaoferowana przez danego wykonawcę powinna wydać się Zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub powinna była wzbudzić jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za cenę podaną ofercie.

Wskazać należy, że Odwołujący w treści przedmiotowego zarzutu kwestionuje tak naprawdę postanowienia SWZ, które jego zdaniem uniemożliwiają zaoferowanie przez wykonawców biorących udział w postępowaniu rzeczywistych i rynkowych stawek, po których przedmiot zamówienia mógłby zostać zrealizowany, przy czym argumentacja odwołania nie zawiera jakichkolwiek odniesień do okoliczności, o których mowa w art. 224 ust. 1 ustawy PZP. Odwołujący zdaje się stać na stanowisku, że wadliwie skonstruowane postanowienia SWZ same w sobie są przesłanką do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień ceny. Wskazać jednak należy, że termin do wniesienia odwołania wobec treści SWZ upłynął, a zatem nieprawidłowości i sprzeczności w jej treści wskazywane przez Odwołującego nie mogą być przedmiotem orzekania Izby. Jeżeli Odwołujący chciał kwestionować nieprawidłowe jego zdaniem zapisy SWZ, to powinien był to zrobić w odpowiednim do tego momencie, tj. po opublikowaniu dokumentacji i zapoznaniu się z jej treścią. Na etapie obecnym jest to działanie spóźnione.

Zdaniem Izby Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji, która mogłaby doprowadzić do uwzględnienia zarzutu. Próżno szukać w treści odwołania uzasadnienia dlaczego

Zamawiający miałby skorzystać z dyspozycji art. 224 ust. 1 ustawy PZP, tj. dlaczego zaoferowana przez Przystępującego cena wydaje się rażąco niska lub budzi wątpliwości odnośnie możliwości zrealizowania za nią przedmiotu zamówienia. Jedyne wątpliwości w tym względzie Odwołujący wywodzi ze sprzeczności w treści SWZ, które na obecnym etapie nie mogą być kwestionowane z uwagi na upływ zawitego terminu do wniesienia odwołania wobec postanowień dokumentów zamówienia. Z powyższych względów przedmiotowy zarzut, jako niewykazany, podlegał oddaleniu.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP w zw. z art. 67 ustawy PZP i w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli nie została sporządzona lub przekazana w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego.

Jak stanowi treść art. 67 ustawy PZP zamawiający zamieszcza w ogłoszeniu wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub w dokumencie zamówienia wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia informacje o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których będzie komunikował się z wykonawcami lub uczestnikami konkursu, oraz informacje o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej.

Wedle treści art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Wskazać należy, że przedmiotowy zarzut jest wadliwy z dwóch względów. Po pierwsze podmiotowe środki dowodowe nie stanowią treści oferty. Na ich podstawie dokonywana jest kwalifikacja podmiotowa wykonawców biorących udział w postępowaniu i co do zasady składane są jedynie przez wykonawcę, którego oferta została najwyższej oceniona. Nie jest zatem możliwe zastosowanie w sytuacji błędnego ich złożenia art. 226 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP, który odnosi się jedynie do sytuacji sporządzenia lub przekazania oferty w sposób błędny.

Po drugie, nawet gdyby uznać, że podmiotowe środki dowodowe zostały złożone wadliwie, to każdorazowo wykonawcy przysługuje tzw. druga szansa, a więc możliwość ich uzupełnienia w oparciu o art. 128 ustawy PZP. Choćby z tego względu postawiony zarzut

jest przedwczesny, gdyż Przystępujący był wzywany jedynie w trybie art. 126 ust. 1 ustawy PZP.

Dodatkowo należy wskazać, że przesłanki odrzucenia oferty powinny być interpretowane ściśle. Przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP mówi o sytuacji niezłożenia w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący nie kwestionuje zaś treści złożonych dokumentów, ich formy czy też terminu ich złożenia. Jedynym uchybieniem przedstawianym przez Odwołującego jest skorzystanie z wiadomości e-mail zamiast z platformy zakupowej do przekazania ww. dokumentów. Odwołujący nie wykazał jednak, że dokumentów tych Zamawiający nie otrzymał, co byłoby równoznaczne z sytuacją, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c (abstrahując od konieczności skorzystania z dyspozycji art. 128 przed ewentualnym odrzuceniem oferty). Nie zaistniała więc sytuacja, w której Zamawiający nie posiada podmiotowych środków dowodowych i nie jest w stanie ocenić czy dany wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu.

Trudno również odmówić racjonalności działania wykonawcy, w sytuacji, w której wezwanie do uzupełnienia dokumentów otrzymuje on właśnie m. in. w formie wiadomości e-mail. Skoro Zamawiający sam dopuszcza taki kanał komunikacji do kierowania wezwań, trudno zarzucić nieprawidłowość działaniu wykonawcy, który bezpośrednio odpowiada na wiadomość Zamawiającego i przekazuje mu podmiotowe środki dowodowe. Kwestionowanie takiego działania w sytuacji, w której Zamawiający żądane dokumenty otrzymał, stanowiłoby nadmierny formalizm, który nie powinien stanowić celu nadrzędnego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Z powyższych względów zarzut został oddalony.

Zarzut naruszenia art. 255 pkt 3 w zw. z art. 222 ust. 4 ustawy PZP:

Zgodnie z art. 255 pkt 3 ustawy PZP zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.

Zgodnie z art. 222 ust. 4 ustawy PZP zamawiający, najpóźniej przed otwarciem ofert, udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Według informacji zawartych na platformie zakupowej Zamawiającego, informacja o kwocie jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia ukazała się o

godzinie 11:07 w dniu 4 sierpnia 2022 r. Tego samego dnia o godzinie 12:32 Zamawiający opublikował informację z otwarcia ofert. Nie został tym samym naruszony art. 222 ust. 4 ustawy PZP. Odwołujący nie powołał żadnych innych okoliczności, które mogłyby świadczyć o naruszeniu tego przepisu.

Odnosząc się natomiast do treści art. 255 pkt 3 ustawy PZP wskazać należy, że przesłanka opisana w treści tego przepisu obliuguje Zamawiającego do unieważnienia postępowania tylko jeśli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Możliwe jest również odstępianie od unieważnienia postępowania w takich okolicznościach, jeżeli zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.

Zgodnie z „Informacją o wysokości środków” kwota przeznaczona na realizację przedmiotowego zamówienia wynosi 356.000 zł, w tym 56.000 zł w 2022 r. oraz 300.000 zł w 2023 r. Również w części 18 SWZ Zamawiający podał maksymalny koszt biletów miesięcznych i jednorazowych jakie zamierza finansować, a powyżej którego unieważni postępowanie w oparciu o art. 255 pkt 3 ustawy PZP.

W niniejszym postępowaniu nie mamy do czynienia z całkowitą ceną oferty wskazaną kwotowo. Jak przyznał Odwołujący w treści odwołania, sposób ukształtowania kryteriów oceny ofert i metoda rozliczania się wykonawcy z Zamawiającym uniemożliwia zweryfikowanie ile faktycznie środków zostanie przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia, bowiem nie jest możliwym do przewidzenia ile faktycznie biletów zostanie zakupionych. Koszt ekonomiczny wykonania zamówienia został de facto w przedmiotowym postępowaniu określony ceną biletów miesięcznych i jednorazowych.

Zgodnie z ofertą Przystępującego zarówno cena brutto za jeden bilet miesięczny na wszystkie linie, jak też cena brutto za jeden bilet jednorazowy na wszystkie linie nie przekracza kwot, które wskazane są w części 18 SWZ, nie było zatem podstawy do unieważnienia postępowania.

Wskazać również należy, że w wykazie przedsięwzięć do WPF łączna kwota przeznaczona na dowóz uczniów do szkół to 500 000,00 zł (200 tys. na 2022 r. i 300 tys. na 2023 r.). Informacja ta nie jest sprzeczna z kwotami, jakie zamawiający podał przed otwarciem ofert. Izba nie podzieliła argumentów Odwołującego, że informację tą trzeba uznać za nie dotyczącą w rzeczywistości posiadanych przez Zamawiającego środków na sfinansowanie zamówienia. Nazwa postępowania oraz typy kodów CPV są kwestiami wtórnymi dla budżetu. Nie można również wykluczyć przesunięć w budżecie, które ostatecznie wpływają na wysokość wydatków związanych z poszczególnymi kategoriami wydatkowymi.

Nawet gdyby uznać, że w planie finansowym kwota przeznaczona na tego rodzaju zamówienia jest niższa niż wskazywana przed otwarciem ofert kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, to nie wykazał Odwołujący, że Zamawiający nie ma możliwości jej zwiększenia czy też uzyskania finansowania z innych źródeł, a na takim stanowisku właśnie stoi Zamawiający, podtrzymując chęć zawarcia umowy i finansowania zamówienia.

Izba zgadza się ze stanowiskiem zaprezentowanym przez Przystępującego, że decyzja o zwiększeniu kwoty jest suwerenną decyzją Zamawiającego, który ma najlepszą wiedzę na temat możliwości sfinansowania danego zamówienia. Odwołujący nie przedstawił argumentów, że takiej możliwości Zamawiający nie ma, a zatem zarzut należało oddalić.

Dodać również należy, że znaczna część przedmiotowego zarzutu opiera się na kwestionowaniu wiążących postanowień SWZ, które tak jak w przypadku zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy PZP, powinny być przedmiotem odwołania w odpowiednim terminie. Obecnie podważanie wiążących zapisów SWZ jest działaniem spóźnionym.

Powyższe prowadzi do wniosku, że również zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy PZP jest zarzutem, który zasługuje na oddalenie, gdyż Izba nie dopatrzyła się w czynnościach Zamawiającego wadliwości przy wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odnosząc się natomiast do zarzutu oznaczonego w odwołaniu nr 7, dotyczącego naruszenia ustawy o finansach publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sytuacji, w której Zamawiający nie posiada środków na jego sfinansowanie, Izba pragnie stwierdzić, iż po analizie całości okoliczności sprawy Izba uznała zarzut za niewykazany, a zatem zasługujący na oddalenie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: