

**WYROK**  
**z dnia 13 października 2021 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:                      Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant:                              Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawach w dniu 30 września oraz 11 października 2021r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę J. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Transport Osobowo-Towarowy J. Z., Wysoka Strzyżowska 227, 38-123 Wysoka Strzyżowska w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Strzyżów,

przy udziale wykonawcy P. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przewóz Osób P.K., Żyznów 281, 38-111 Żyznów zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża w części Odwołującego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3610 zł 13 gr (słownie: trzy tysiące sześćset dziesięć złotych trzynaście groszy).

Stosownie do art. 579 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (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

Zamawiający - Gmina Strzyżów prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021r., poz. 1129 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dowóz uczniów z gminy Strzyżów do szkół, w tym do specjalnych ośrodków szkolno-wychowawczych w okresie od 1 września 2021 r. do 30 czerwca 2022 r.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2021/BZP 00136007/01.

W dniu 25 sierpnia 2021r. wykonawca – J. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Transport Osobowo — Towarowy J. Z. (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności wyboru oferty wykonawcy – P. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przewóz Osób P.K. (dalej: „Wykonawca” lub „Przystępujący”) jako najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił naruszenie:

1) art. 223 ust. 1 zd. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp — poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, mimo że pozostaje ona niezgodna z przepisami Pzp w zakresie, w jakim Przystępujący w ramach wyjaśnień treści oferty z dnia 19 sierpnia 2021 r. dokonał jej zmiany poprzez modyfikację liczby pojazdów, którą zaangażuje do realizacji zamówienia w ramach części nr 2 i 3 zamówienia, tak aby sprostać wymogom określonym w załączniku nr 9 do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia” w zakresie przybliżonych godzin świadczenia usługi, liczby tras oraz ich kilometrażu;

2) art. 226 ust, 1 pkt 5 Pzp — poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego mimo, że jej treść nie odpowiada warunkom zamówienia określonym w postanowieniach § 8 ust. 1 i 3 załączników 4a-c do SWZ „Projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego” w zakresie, w jakim określono tam, że opiekę nad dziećmi w czasie przewozu sprawuje co najmniej 1 opiekun w każdym z pojazdów oraz, że opiekunem nie może być kierowca pojazdu, zaś wykonawca założył w ofercie realizację zamówienia z liczbą opiekunów mniejszą niż liczbą pojazdów;

3) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp — poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy mimo, że jej treść nie odpowiada warunkom zamówienia określonym w załączniku nr 9 do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia” w zakresie, w jakim określono tam dla części nr 2 i 3 zamówienia takie wymogi, co do przybliżonych godzin świadczenia usługi, liczby tras oraz ich kilometrażu, że obiektywnie nie jest możliwe wykonanie usługi w ramach części nr 2 i 3 zamówienia przy zaangażowaniu 2 pojazdów (po 1 na każdą część), zaś wykonawca założył w ofercie realizację usługi w zakresie tych części właśnie przy zaangażowaniu 2 pojazdów (po 1 na każdą część);

4) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp — poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy mimo, że nie spełnia on określonego w rozdz. VIII pkt 1 ppkt 3 SWZ warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie w jakim Zamawiający wymagał odpowiedniej liczby autobusów i busów z ważnymi badaniami technicznymi, zaś wykonawca nie wykazał, że pojazdy, które zaangażuje do realizacji zamówienia posiadają ważne badania techniczne oraz zaangażował pojazd o numerze rejestracyjnym RSR 16494 bez ważnych badań technicznych;

5) art. 239 ust. 1 Pzp — poprzez wybór oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy to oferta Odwołującego — spośród ofert niepodlegających odrzuceniu jest ofertą najkorzystniejszą w świetle ustanowionych w postępowaniu kryteriów ofert.

Odwołujący w oparciu o tak sformułowane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej;
2. odrzucenia oferty Wykonawcy;
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z pominięciem odrzuconej oferty Wykonawcy;

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie, które zostało podzielone na trzy części:

- część nr 1 - dowóz i odwóz uczniów niepełnosprawnych z terenu gminy Strzyżów do Specjalnego Ośrodka Szkolno-Wychowawczego w Strzyżowie i do Specjalnego Ośrodka Szkolno-Wychowawczego we Frysztaku wraz z opieką nad uczniami w trakcie przewozu — w komunikacji zamkniętej.

- część nr 2 i 3 - dowóz i odwóz uczniów z terenu gminy Strzyżów wraz z opieką nad uczniami w trakcie przewozu.

Szczegółowe warunki zamówienia określono w załączniku nr 9 do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia”. Określono tam w szczególności wymagania co do liczby pojazdów, przybliżone godziny świadczenia usługi, trasy dowozów oraz liczbę kilometrów do przejechania. W odniesieniu do części nr 2 i 3 zamówienia Zamawiający nie wskazał jaka liczba pojazdów ma zostać zaangażowana do realizacji zamówienia (Zamawiający wskazał, że ma to być liczba „odpowiednia”). Niemniej z uwagi na przybliżone godziny świadczenia usługi, liczbę tras, gdzie należy realizować przewóz oraz liczbę kilometrów do przejechania, zdaniem Odwołującego, nie jest obiektywnie możliwe świadczenie usługi przy zaangażowaniu 2 pojazdów, tj. po 1 na każdą z części. Zostało to potwierdzone przez Zamawiającego w ramach wezwania z dnia 13 sierpnia 2021 r. do złożenia wyjaśnień treści oferty oraz w ramach wyjaśnień Wykonawcy z dnia 18 sierpnia 2021

Odwołujący wyjaśnił, że wymogi co do sposobu wykonania zamówienia Zamawiający określił również w załączniku nr 4a-c do SWZ „Projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego”. W § 8 ust. 1 i 3 wzoru umowy Zamawiający określił, że opiekę nad dziećmi w czasie przewozu sprawuje co najmniej 1 opiekun w każdym z pojazdów oraz że opiekunem nie może być kierowca pojazdu. Zatem z postanowień § 8 ust. 1 i 3 wzoru umowy wynika wymóg, by w 1 pojeździe był 1 opiekun. W rozdz. VIII ppkt 3 SWZ Zamawiający określił także warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie pojazdów skierowanych do realizacji zamówienia. W przypadku części nr 1-3 zamówienia Zamawiający każdorazowo wymagał, aby pojazd miał ważne badania techniczne.

Jednocześnie zgodnie z rozdz. X pkt 4 ppkt 5) SWZ Zamawiający wymagał wykazania przez wykonawcę w wykazie pojazdów ważności badań technicznych: „Wykaz wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami tj. Wykazu pojazdów wraz z ich charakterystyką w szczególności zawierającą następujące informacje: marka, rok produkcji, data ważności przeglądu technicznego, ilość miejsc siedzących, informacja o podstawie do dysponowania tymi zasobami (Załącznik Nr 7 do SWZ). Dokument ten składany był w toku postępowania przez wykonawców jako podmiotowy środek dowodowy oraz jednocześnie jako dokument stanowiący treść oferty, składany w związku z potwierdzeniem wymogów określonych w załączniku nr 9 do SWZ - „Opis przedmiotu zamówienia”.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 13 sierpnia 2021 r. zwrócił się do Wykonawcy o przedłożenie podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu pojazdów oraz wykazu osób. W odpowiedzi Wykonawca dnia złożył:

- wykaz pojazdów, z którego wynikało, że do realizacji zamówienia w zakresie części nr 1-3 zamówienia zaangażuje łącznie 4 pojazdy, przy czym do części nr 1 zamówienia — 2 pojazdy, zaś do części nr 2 i 3 zamówienia - 2 pojazdy, po 1 na każdą część;

- wykaz osób, z którego wynikało, że do realizacji zamówienia w zakresie części nr 1-3 zaangażuje 4 kierowców oraz tylko 3 opiekunów.

Następnie Zamawiający pismem z dnia 19 sierpnia 2021 r. wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie liczby pojazdów, jaką wykonawca przewidział do zaangażowania przy świadczeniu usługi przewozu w zakresie części nr 2 i 3 zamówienia. Odwołujący podkreślił, że w treści wezwania Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia mają dotyczyć treści oferty oraz, że podstawą prawną prowadzonych wyjaśnień jest przepis art. 223 ust. 1 Pzp. Zamawiający wskazał jednocześnie na charakter wykazu pojazdów — jako dokumentu przedstawionego przez Wykonawcę w powiązaniu do wymagań Zamawiającego przedstawionych w załączniku Nr 9 do SWZ. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że wątpliwa jest możliwość wykonania zamówienia w części nr 2 - 1 pojazdem oraz w części nr

3 - 1 pojazdem, ze względu na ilość i długość poszczególnych tras w odniesieniu do czasu w którym zadanie ma zostać wykonane i biorąc pod uwagę warunki drogowe oraz obowiązujące ograniczenia.

Odwołujący stwierdził, że w ramach wyjaśnień treści oferty z dnia 19 sierpnia 2021 r. Przystępujący dokonał zmiany treści oferty poprzez załączenie nowego wykazu pojazdów, w którym przewidział zaangażowanie w ramach części nr 2 i 3 zamówienia dodatkowej liczby pojazdów. W ramach części nr 2 dodał 1 pojazd - Mercedes Benz Sprinter RSR 16494, 20 miejsc, rok produkcji 2017. Z kolei w ramach części nr 3 dodał 2 pojazdy — Iveco RSR OIPV, 28 miejsc, rok produkcji 2010 oraz Solbus, RSR 05845, 36 miejsc, rok produkcji 2004. Zamawiający nie wezwał natomiast Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie liczby osób opiekunów skierowanych do realizacji zamówienia, mimo że założył on skierowanie tylko 3 opiekunów przy 4 pojazdach. Z kolei w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. VIII pkt 1 ppkt 3 SWZ Wykonawca w wykazie pojazdów z dnia 17 sierpnia 2021 r., jak również wykazie pojazdów uzupełnionym dnia 19.08.2021 r.:

- nie przedstawił daty ważności badań technicznych pojazdów, które zaangażuje do realizacji zamówienia;

- wykazał pojazd o numerze rejestracyjnym RSR 16494, który według portalu rządowego Bezpieczny Autobus (<https://bezpieanyautobus.gov.pl>) nie posiada ważnych badań technicznych.

W ocenie Odwołującego Zamawiający winien był odrzucić ofertę Wykonawcy w zakresie, w jakim wykonawca w ramach wyjaśnień treści oferty z dnia 19.08.2021 r., bowiem Wykonawca wbrew zakazowi ustawowemu dokonał jej zmiany poprzez modyfikację liczby pojazdów, którą zaangażuje do realizacji zamówienia w ramach części nr 2 i 3 zamówienia, tak aby sprostać wymogom określonym w załączniku nr 9 do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia” w zakresie przybliżonych godzin świadczenia usługi, liczby tras oraz ich kilometrażu. Odwołujący podkreślił, że w piśmie z dnia z dnia 19 sierpnia 2021 r. Zamawiający posłużył się w treści wezwania następującymi zwrotami: „Działając na podstawie aft. 223 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.)”, „zamawiający wzywa wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty z dnia 12.08.2021 r.”, „Treść oferty, która podlega wyjaśnieniu: Załącznik Nr 7 Wykaz pojazdów przedstawiony przez wykonawcę w powiązaniu do wymagań zamawiającego przedstawionych w załączniku Nr 9 do SWZ”. W opinii Odwołującego, powyższe potwierdza, że wyjaśnienia miały dotyczyć zatem treści oferty oraz że podstawą prawną prowadzonych wyjaśnień był przepis art. 223 ust. 1 Pzp.

Zamawiający wskazał jednocześnie na charakter wykazu pojazdów - jako dokumentu stanowiącego treść oferty przedstawionego przez wykonawcę Przewóz Osób P. K. w

powiązaniu do wymagań Zamawiającego przedstawionych w załączniku Nr 9 do SWZ. Odwołujący podkreślił, że zgodnie z art. 223 ust. 1 zd. 2 Pzp zakazana jest zmiana treści oferty w ramach procedury wyjaśnień treści oferty. Zatem dokonanie przez Wykonawcę zmiany treści oferty w zakresie liczby pojazdów zaangażowanych do realizacji zamówienia w zakresie części nr 2 i 3 zamówienia było niedopuszczalne. Zdaniem Odwołującego, oświadczenie związane z ilością pojazdów, którą wykonawca będzie świadczył usługę, jest oświadczeniem w zakresie przedmiotu oferty, potwierdzającym jak będzie wykonywana usługa. Jeśli Wykonawca w ofercie złożył dokumenty świadczące o wykonywaniu usługi przy pomocy 2 pojazdów to dalsze jego oświadczenia zwiększające ilość pojazdów, przy pomocy których będzie świadczona usługa, są negocjacją treści oferty. W takich okolicznościach Zamawiający powinien był ofertę Wykonawcy odrzucić — jako zmodyfikowaną wbrew zakazowi wynikającemu z przepisu Pzp - na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, Odwołujący wskazał, że realizacja umowy przez Przystępującego, w taki sposób, że przewidział on zaangażowanie do realizacji zamówienia tylko 3 opiekunów - przy liczbie 4 pojazdów (a tym bardziej 7 pojazdów, jeśli uwzględnić, że dopuszczalna była modyfikacja przez wykonawcę treści oferty w ramach wyjaśnień treści oferty z dnia 19 sierpnia 2021 r.), spowoduje narażenie dzieci na niebezpieczeństwo. Wykonawca nie gwarantuje więc należytej realizacji zamówienia. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że wykaz osób oraz wykaz pojazdów Zamawiający traktował zarówno jako dokumenty podmiotowe, jak również jako treść oferty. Taki charakter dokumentów znajduje potwierdzenie w treści wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty z dnia 19 sierpnia 2021 r. W konsekwencji treść oferty Wykonawcy pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia (§ 8 ust. 1 i 3 załączników 4a-c do SWZ „Projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego”). Wykonawca ten przewidział w ofercie realizację zamówienia przy zbyt małej liczbie opiekunów w stosunku do liczby pojazdów. Taki sposób realizacji zamówienia jest niezgodny z warunkami zamówienia oraz narazi przewożone osoby na niebezpieczeństwo.

Kolejno Odwołujący wskazał, że Zamawiający w załączniku nr 9 do SWZ - „Opis przedmiotu zamówienia” określił wymagania m.in. co do liczby pojazdów, przybliżonych godziny świadczenia usługi, trasy dowozów oraz liczby kilometrów do przejechania. W odniesieniu do części nr 2 i 3 zamówienia Zamawiający nie wskazał jaka liczba pojazdów ma zostać zaangażowana do realizacji zamówienia. Zamawiający wskazał, że ma to liczba „odpowiednia”. Niemniej z uwagi na przybliżone godziny świadczenia usługi, liczbę tras, gdzie należy realizować przewóz oraz liczbę kilometrów do przejechania nie jest obiektywnie możliwe świadczenie usługi przy zaangażowaniu 2 pojazdów, tj. po 1 na każdą z części. Obiektywna niemożliwość realizacji usługi przewozu w ramach części nr 2 i 3 zamówienia przy zaangażowaniu tylko 2 pojazdów, po 1 na każdą część - została także potwierdzona

przez Zamawiającego, który dnia 13 sierpnia 2021 r. wezwał Wykonawcę do wyjaśnień treści oferty właśnie w związku z liczbą pojazdów przewidzianych do realizacji zamówienia w zakresie części nr 2 i 3. Tymczasem Wykonawca założył realizację zamówienia w zakresie części nr 2 i 3 przy zaangażowaniu zaledwie 2 pojazdów, po 1 pojeździe na każdą część. Co istotne wykaz pojazdów Zamawiający traktował jednocześnie jako dokument podmiotowy, jak również jako treść oferty. W konsekwencji treść oferty Wykonawcy pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia (załącznik nr 9 do SWZ - „Opis przedmiotu zamówienia”). Wykonawca ten przewidział w ofercie realizację zamówienia przy zbyt małej liczbie pojazdów w stosunku do wymagań Zamawiającego dotyczących przybliżonych godzin świadczenia usługi, tras dowozów czy liczby kilometrów do przejechania. Realizacja zamówienia przy zaangażowaniu tylko 2 pojazdów, po 1 na każdą część nie jest obiektywnie możliwa i spowoduje nienależyte wykonanie zamówienia.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, że przy ocenie oferty Wykonawcy nie można brać pod uwagę sposobu realizacji zamówienia wynikającego z uzupełnionego wykazu pojazdów złożonego w ramach wyjaśnień treści oferty z dnia 18 sierpnia 2021 r. Skoro Zamawiający zakwalifikował wykaz pojazdów jako element treści oferty, to nie była możliwa jego zmiana w ramach wyjaśnień treści oferty. Sprzeciwia się temu przepis art. 223 ust. 1 zd. 2 Pzp, w którym sformułowano zakaz zmiany oferty w ramach wyjaśnień jej treści.

Kolejno Odwołujący wskazał, że Wykonawca w wykazie pojazdów z dnia 17 sierpnia 2021 r., jak również wykazie pojazdów uzupełnionym dnia 19.08.2021 r., nie przedstawił daty ważności badań technicznych pojazdów, które zaangażuje do realizacji zamówienia oraz wykazał pojazd o numerze rejestracyjnym RSR 16494, który według portalu rządowego Bezpieczny Autobus nie posiada ważnych badań technicznych. W konsekwencji oferta Wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp. Wykonawca ten nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. VIII pkt 1 ppkt 3 SWZ, tj. że dysponuje pojazdami posiadającymi ważne badania techniczne, jak również wykazał się posiadaniem pojazdu, który nie ma ważnych badań technicznych (pojazd o numerze rejestracyjnym RSR 16494).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości.

Odwołujący na rozprawie złożył pismo procesowe stanowiące replikę na wniesioną odpowiedź na odwołanie oraz zawierającą dodatkową argumentację.

W piśmie procesowym z dnia 28 września 2021r. Przystępujący oświadczył, że posiada i nadal posiada wystarczające zaplecze techniczne niezbędne do realizacji zamówienia, a także że wskazując pojazdy do realizacji części 2 i 3 zamówienia kierował się wymaganiami Zamawiającego dotyczącymi bazy technicznej (bazy transportowej) zawartymi w załączniku nr 9 "Opis przedmiotu zamówienia" do SWZ. Zamawiający wymagał wskazania

"odpowiedniej ich liczby" w związku, z czym podał minimalną ilość pojazdów, jaka jego zdaniem teoretycznie wystarczyłaby do realizacji zamówienia. Ostateczna ilość zaangażowanych środków możliwa byłaby jednak dopiero po rozpoczęciu realizacji usługi, gdyż na etapie składania ofert nie można przewidzieć wszystkich okoliczności, które mogą wpłynąć na zwiększenie ilości środków transportu i co za tym idzie ilości opiekunów zaangażowanych do realizacji poszczególnych części zamówienia. Ponadto wyjaśnił, że dysponuje wystarczającym zapleczem osobowym niezbędnym do realizacji zamówienia. Ponadto wyjaśnił, że wszystkie zgłoszone w ramach zamówienia pojazdy posiadały na dzień złożenia oferty ubezpieczenie OC oraz aktualny przegląd techniczny, a kserokopie stosownych dokumentów miały zostać dostarczone Zamawiającemu zgodnie z Załącznikiem 4a - § 4 ust. 1 oraz załącznikami 4 b i c - § 5 ust. 1 na etapie podpisania umowy. Zauważył, że informacje zawarte w ogólnodostępnej bazie danych, jaką jest <https://bezpiecznyautobus.gov.pl> nie zawsze są w pełni aktualne, w związku, z czym o ile mogą być podstawą wstępnej weryfikacji przez Zamawiającego, o tyle nie mogą stanowić jedyne wiarygodnego i niepodważalnego źródła informacji o pojeździe.

Do Izby w dniu 8 października 2021r. wpłynęło pismo procesowe Odwołującego, natomiast w dniu 11 października 2021r. pismo procesowe Zamawiającego stanowiące uszczegółowienie argumentacji ww. stron postępowania.

**Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:**

**Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.**

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

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcy P. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przewóz Osób P. K. ustalając, że przystąpienie wpłynęło w terminie określonym w art. 525 ust. 1 Pzp.

**Izba ustaliła:**

Zamawiający w rozdziale VIII SWZ ustalił warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, w następujący sposób:



## Sygn. akt KIO 2525/21

- część 1 – pkt 3) zdolność techniczna lub zawodowa – tj. min. 2 pojazdy nie starsze niż 20 latnie przeznaczone do przewozu osób niepełnosprawnych o liczbie miejsc siedzących co najmniej 12 jeden pojazd i co najmniej 10 drugi pojazd, plus 2 kierowców i 2 opiekunów, z ważnymi badaniami technicznymi oraz ubezpieczeniem OC, zapewniający wykonanie przewozów w odpowiednich warunkach bezpieczeństwa, higieny i wygody, minimum 2 kierowców dysponujących aktualnym prawem jazdy oraz minimum 2 opiekunów. Pojazd (każdy z pojazdów) winien być wyposażony w szyny do mocowania min. 2 wózków inwalidzkich w sposób zapewniający bezpieczny transport dziecka w wózku,

- część 2 – pkt 3) zdolność techniczna lub zawodowa – tj. odpowiednia liczba autobusów i busów nie starszych niż 20 latnie o liczbie miejsc siedzących umożliwiającej przewóz wszystkich uczniów na wyznaczoną godzinę do szkół i ze szkół, z odpowiednią liczbą kierowców, z ważnymi badaniami technicznymi oraz ubezpieczeniem OC, zapewniającym wykonanie przewozów w odpowiednich warunkach bezpieczeństwa, higieny i wygody oraz dysponującymi aktualnym prawem jazdy kat. D oraz odpowiednią liczbą opiekunów,

- część 3) – pkt 3) zdolność techniczna lub zawodowa – tj. odpowiednia liczba autobusów i busów nie starszych niż 20 latnie o liczbie miejsc siedzących umożliwiającej przewóz wszystkich uczniów na wyznaczoną godzinę do szkół i ze szkół, z odpowiednią liczbą kierowców, z ważnymi badaniami technicznymi oraz ubezpieczeniem OC, zapewniającym wykonanie przewozów w odpowiednich warunkach bezpieczeństwa, higieny i wygody oraz dysponującymi aktualnym prawem jazdy kat. D oraz odpowiednią liczbą opiekunów.

Zamawiający w rozdziale X pkt 1 SWZ wskazał, że do oferty Wykonawca zobowiązany jest dołączyć aktualne na dzień składania ofert oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz o braku podstaw do wykluczenia z postępowania – zgodnie z Załącznikiem nr 2 do SWZ. W punkcie 3 wskazał natomiast, że Zamawiający wzywa Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Zgodnie z ppkt 5 i 6 pkt 4 ww. rozdziału SWZ Zamawiający ustalił, że wykaz osób oraz wykaz narzędzi stanowią podmiotowe środki dowodowe.

Ponadto jak ustaliła Izba w rozdziale XIV SWZ „Opis sposobu przygotowania ofert oraz wymagania formalne dotyczące składanych oświadczeń i dokumentów” Zamawiający postanowił, że ofertę składa się na Formularzu Ofertowym – zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SWZ. Wraz z ofertą Wykonawca jest zobowiązany złożyć:

- 1) oświadczenie, o którym mowa w Rozdziale X ust. 1 SWZ;

- 2) dokumenty, z których wynika prawo do podpisania oferty; odpowiednie pełnomocnictwa (jeżeli dotyczy);
- 3) pełnomocnictwo dla pełnomocnika do reprezentowania w postępowaniu Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - dotyczy ofert składanych przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

**Izba zważyła:**

Zgodnie z art. 223 ust. 1 Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Stosownie do treści art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy, natomiast zgodnie z punktem 5 ww. przepisu także jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Ponadto zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Kolejno wskazać należy, że stosownie do treści art. 7 pkt 17 Pzp za podmiotowy środek dowodowy należy uznać środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1. Zgodnie z art. 128 ust. 1 Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

Uwzględniając treść przytoczonych ww. przepisów Pzp oraz postanowień SWZ nie budzi wątpliwości Izby fakt, że zarówno wykaz narzędzi jak i wykaz osób to podmiotowe środki dowodowe. Dokumenty te nie stanowią natomiast – jak twierdził Odwołujący – treści oferty. Podkreślić należy, że powyższe w żaden sposób nie wynika z postanowień SWZ, co więcej Zamawiający wprost wskazał, że stanowią one podmiotowe środki dowodowe, a skoro tak to zgodnie z art. 128 ust. 1 Pzp mogą one podlegać poprawieniu oraz uzupełnieniu. Zauważyć ponadto należy, że również z pisma Zamawiającego z dnia 13 sierpnia 2021r. wystosowanego do Przystępującego na podstawie art. 274 ust. 1 Pzp „Wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych” wynika także charakter prawny tych dokumentów. W ocenie Izby nie można wywodzić, na podstawie wezwania

Zamawiającego z dnia 19 sierpnia 2021r. opartego na przepisie art. 223 ust. 1 Pzp, że w niniejszym postępowaniu podmiotowe środki dowodowe stanowią treść oferty. Dokumenty te nie były bowiem składane wraz z ofertą, lecz na wezwanie Zamawiającego. Skoro więc, zarówno wykaz narzędzi jak i wykaz osób stanowią podmiotowy środek dowodowy składany przez wykonawców na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to uprawnione było zarówno wezwanie przez Zamawiającego do jego wyjaśnienia, jak też złożenie nowego dokumentu przez Przystępującego. Fakt ten w żaden sposób nie może natomiast uzasadniać zarzutu, że w niniejszym postępowaniu doszło do zmiany treści oferty, lub negocjacji jej treści, gdyż jak już wskazano dokumenty te treści oferty nie stanowią. Tym samym zarzuty w tym zakresie nie zasługiwały na uwzględnienie.

Istotne w niniejszym stanie faktycznym jest również brzmienie treści warunku, zgodnie z którym w zakresie części 2 i 3 Zamawiający nie określił wymaganej minimalnej liczby pojazdów, ani też wymaganej liczby osób mających pełnić funkcję opiekunów. Zamawiający wskazał, że liczba ta ma być „odpowiednia”, co jest sformułowaniem nieostrym, nieprecyzyjnym. Jednakże postanowienia te nie mogą być kwestionowane na tym etapie postępowania – jako spóźnione. W konsekwencji to od wykonawcy zależało, jaka liczba pojazdów w jego ocenie będzie „odpowiednia” do prawidłowej realizacji zamówienia. Należy zauważyć biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, że ta „odpowiednia ilość” jest związana nie tylko z ilością autobusów, ale także sposobem organizacji przewozu i może zostać ustalona w różny sposób przez każdego z wykonawców. Tym samym nie można więc wykluczyć sytuacji, że pierwotnie wskazana przez Przystępującego liczba pojazdów na część 2 i 3 zamówienia była odpowiednia. Co istotne, wezwanie Zamawiającego z dnia 19 sierpnia 2021r., skierowane do Przystępującego, w ocenie liczby, po pierwsze, nie stanowiło wezwania do uzupełnienia wykazu pojazdów z dnia 13 sierpnia 2021r. o konkretną ich ilość, a po drugie, nie wskazywało też, że Zamawiający uznał pierwotnie zaoferowaną ilość za nieodpowiednią, za niewystarczającą. Ponownie podkreślić należy, że użyte przez Zamawiającego sformułowanie „odpowiednia” ilość pojazdów i osób, nie umożliwia dokonania oceny zero/jedynkowej czy warunek udziału wykonawca spełnił, a tym samym zakwestionowania, że liczba pojazdów pierwotnie przyjęta przez Przystępującego nie była „odpowiednia”. Tym samym w ocenie liczby skoro Zamawiający nie sprecyzował liczbowo w treści warunku udziału w postępowaniu, ani liczby opiekunów ani też liczby pojazdów, to niedopuszczalne jest obecnie kwestionowanie rozwiązania przyjętego przez Wykonawcę.

Skoro więc nie sposób uznać, że Przystępujący składając wykaz z dnia 13 sierpnia 2021r. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, to nawet wskazanie w odpowiedzi na wezwanie do udzielenia wyjaśnień innego dodatkowego pojazdu marki Mercedes Benz Sprinter o numerze rejestracyjnym RSR 16494 nie posiadającego w tym dniu aktualnych badań technicznych nie może wiązać się ze skutkiem odrzucenia oferty

Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp., gdyż nie sposób wykluczyć, że zaoferowane dodatkowo pojazdy nie były niezbędne dla prawidłowego wykonania usługi. Zauważyć należy że brak aktualnego pozytywnego badania technicznego autobusu wynikał z faktu, iż pojazd był w naprawie powypadkowej. Natomiast jak wynika z przedłożonego przez Przystępującego dowodu rejestracyjnego pojazd ten aktualnie posiada ważne badania techniczne.

Izba odnosząc się do zarzutu dotyczącego braku wskazania w załączniku nr 7 do SWZ informacji odnośnie badań technicznych ustaliła, że w warunkach udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał zaoferowania odpowiedniej liczby autobusów i busów z m.in. ważnymi badaniami technicznymi, jednak już w treści załącznika nr 7 do SWZ w kolumnie nr 3 żądał podania jedynie następujących informacji: *„Marka/model/data produkcji/ ilość miejsc siedzących/wyposażenie stosownie do wymagań określonych w SIWZ”*. Powyższe informacje zostały przez Przystępującego podane w złożonym przez niego wykazie. Izba ustaliła także, że Zamawiający w rozdziale XIV pkt 8 SWZ wskazał, że *„oferta oraz pozostałe oświadczenia i dokumenty, dla których Zamawiający określił wzory w formie formularzy zamieszczonych w załącznikach do SWZ, powinny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami, co do treści oraz opisu kolumn i wierszy.”*. Skoro więc w SWZ znalazł się zapis o konieczności wypełnienia formularzy zgodnie z opisem kolumn i wierszy to nie sposób uznać, że brak podania w kolumnie nr 3 informacji co do ważnych przeglądów technicznych należy uznać za niespełnienie przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu.

Mając powyższe na względzie, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp z 2019 r. w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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 2020r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....