

**Sygn. akt: KIO 2942/22**

**WYROK**

**z dnia 22 listopada 2022 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 18 listopada 2022 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 7 listopada 2022 roku przez odwołującego wykonawcę J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przewozy Autokarowe – J. K. z siedzibą w Gdańsku

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gmina Miasta Gdańska w imieniu której działa Gdańskie Centrum Usług Wspólnych z siedzibą w Gdańsku

przy udziale wykonawcy A. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PPHU MIŁAD A. M. z siedzibą w Żukowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2942/22 po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie w całości.

Nakazuje Zamawiającemu, w postępowaniu na *świadczenie usług przewozowych w zakresie dowożenia uczniów z terenu Gminy Miasta Gdańska do placówek edukacyjnych i szkół specjalnych w roku szkolnym 2022/2023* zadania nr 3 tj. *Dowożenie uczniów z niepełnosprawnościami do placówki w Gdańsku* unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przewozy Autokarowe – J. K. z siedzibą w Gdańsku dokonanej w dniu 28 października 2022 roku.

Nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badani i oceny ofert ww. postępowaniu o udzielnie zamówienia, w zakresie zadania 3 *Dowożenie uczniów*

*z niepełnosprawnościami do placówki w Gdańsku z uwzględnieniem oferty wykonawcy J.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przewozy Autokarowe – J. K. z siedzibą w Gdańsku.*

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Gmina Miasta Gdańska w imieniu której działa Gdańskie Centrum Usług Wspólnych z siedzibą w Gdańsku i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę J.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przewozy Autokarowe – J. K. z siedzibą w Gdańsku tytułem wpisu od odwołania,

**2.2** zasądza od Zamawiającego – Gmina Miasta Gdańska w imieniu której działa Gdańskie Centrum Usług Wspólnych z siedzibą w Gdańsku na rzecz wykonawcy J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przewozy Autokarowe – J. K. z siedzibą w Gdańsku kwotę 15 000, 00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 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 Miasta Gdańska w imieniu której działa Gdańskie Centrum Usług Wspólnych z siedzibą w Gdańsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość przekracza wyrażoną w złotych kwotę 215 000 euro prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług przewozowych w zakresie dowożenia uczniów z terenu Gminy Miasta Gdańska do placówek edukacyjnych i szkół specjalnych w roku szkolnym 2022/2023

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 września 2022 roku pod numerem 2022/S 177-501239.

W dniu 7 listopada 2022 roku Odwołujący działając na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 poz. 1710 ze zm.; dalej „ustawa”, „PZP”) wniósł odwołanie od czynności dokonanej przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie dowożenia uczniów z terenu Gminy Miasta Gdańska do placówek edukacyjnych i szkół specjalnych w roku szkolnym 2022/2023 (2022/S 177-501239), odnośnie odrzucenia oferty Odwołującego, dot. zadania nr 3 tj. Dowożenie uczniów z niepełnosprawnościami do placówki w Gdańsku.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia. Wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu, na żądanie Zamawiającego zgodnie z SWZ przekazał właściwy wykaz. Odwołujący zatem spełnia warunki zamówienia, gdyż zgodnie z wezwaniem i przepisami rozporządzenia z dnia 23.12.2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, przedstawił wykaz aplikacji, a zatem potwierdził, iż posiada aplikację do zarządzania flotą, jednocześnie potwierdzając warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

2) ewentualnie w przypadku dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przez Zamawiającego – unieważnienie tej czynności,

3) dokonanie oceny ofert uwzględniając złożoną przez Odwołującego ofertę w sposób zgodny z zasadami Prawa zamówień publicznych,

4) uznanie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto Odwołujący wniósł o:

1) przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego,

2) przeprowadzenie dowodów z dokumentacji załączonej do niniejszego odwołania na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia,

3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego w maksymalnej wysokości.

Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu odwołania gdyż jest wykonawcą w rozumieniu ustawy prawo zamówień publicznych i ubiegał się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. W wyniku naruszenia dokonanego przez Zamawiającego i odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający uniemożliwił Wykonawcy uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą, zatem czynności Zamawiającego dokonane z naruszeniem Prawa zamówień publicznych pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, co ma bezpośredni wpływ na wynik tego postępowania. Gdyby Zamawiający prawidłowo zastosował się do przepisów ustawy Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:

Zamawiający w dniu 14 września 2022 r. ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość przekracza wyrażoną w złotych kwotę 215 000 euro prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług przewozowych w zakresie dowożenia uczniów z terenu Gminy Miasta Gdańska do placówek edukacyjnych i szkół specjalnych w roku szkolnym 2022/2023.

Zamawiający w dniu 7 października sporządził protokół z otwarcia ofert. W zakresie części 3, której dotyczy niniejsze odwołanie wpłynęło 5 ofert, w tym oferta Odwołującego. Jednakże przed dokonaniem oceny ofert Zamawiający dnia 28 października przesłał informację o odrzuceniu oferty J. K.. Oferta Odwołującego została odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia. Z działaniem Zamawiającego Odwołujący się nie zgodził. Zamawiający swoim działaniem naruszył art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy przez jego

zastosowanie w niniejszej sprawie i bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący spełnia bowiem wszystkie warunki udziału w postępowaniu, dlatego też oferta ta powinna podlegać ocenie, a ponadto zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

Wyjaśniając powyższe Odwołujący odwołał się do treści SWZ. Warunki udziału w postępowaniu wskazano w rozdziale 6 SWZ. Warunki zdolności technicznej i zawodowej znajdują się w punkcie 4 tego rozdziału. W niniejszej sprawie istotny jest punkt 4.3 SWZ, który wskazuje, iż w celu potwierdzenia tego warunku Wykonawca wykaże, że posiada aplikację do zarządzania flotą, w ramach której przekaze zamawiającemu jednostanowiskową licencję na użytkowanie oprogramowania do obsługi systemu rejestrującego pracę każdego z zakontraktowanych pojazdów (GPS), ważną przez cały okres trwania umowy lub adres strony internetowej, login i hasło do programu Wykonawcy (użytkownika). Program winien umożliwiać Zamawiającemu pozyskiwanie danych, o których mowa w pkt. b, na bieżąco (podgląd on-line) oraz historycznie za ostatnie trzy miesiące. Następnie w rozdziale 8 SWZ dotyczącym podmiotowych środków dowodowych wskazano, iż przed wyborem oferty najkorzystniejszej zamawiający zgodnie z art. 126 ustawy PZP wzywa Wykonawcę, do złożenia w wyznaczonym terminie nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, które zostały określone w Rozdziale 6, punkcie I, ust. 2, 3 oraz 4 (4.1-4.4) oraz poniższych podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia typu informacja KRS i inne.

Zgodnie z przywołanym wyżej postanowienie SWZ przed wyborem najkorzystniejszej oferty Zamawiającym zwrócił się do Odwołującego pismem z dnia 7 października 2022 r. do przedłożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, które zostały określone w Rozdziale 6 SWZ w punktach 1-4, w tym do złożenia wykazu aplikacji do zarządzania flotą, zgodnie z wytycznymi wskazanymi w rozdziale 6 SWZ w ustępie 4.3.

Pismem z dnia 17 października 2022 r. J. K. przedstawił wykaz aplikacji, w którym wskazał, iż aplikacja do zarządzania flotą pojazdów to „Flotman”. Dodatkowo zgodnie ze wskazaniem w SWZ, mimo, iż Zamawiający nie wymagał tego w wezwaniu, przekazał adres strony internetowej, login i hasło do programu Wykonawcy (użytkownika), ważne przez cały okres trwania umowy.

Zamawiający nie był usatysfakcjonowany jednak przekazanymi danymi i 20 października 2022 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie – wyjaśnienia sposobu logowania się do wskazanej aplikacji Flotman, ponieważ Zamawiający nie był w stanie się zalogować. Powyższe wezwanie w ocenie Odwołującego nie jest zgodne z jakimikolwiek

przepisami Prawa zamówień publicznych, niemniej jednak J. K. odpowiedział na to wezwanie, wskazując iż hasło będzie aktywne po podpisaniu umowy w dniu rozpoczęcia usługi. Brak jest bowiem podstaw, aby Zamawiający miał dostęp do lokalizacji autobusów Odwołującego przed rozpoczęciem wykonywania zamówienia.

Zgodnie z art. 126 ust. 1 ustawy Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe na wezwanie, aktualne na dzień ich złożenia. Jednocześnie w art. 128 ust. 6 ustawy zamieszczono delegację ustawową do określenia w drodze rozporządzenia rodzajów podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, okresu ich ważności oraz formy, w jakich mogą być one składane, mając na uwadze potrzebę potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, zapewnienia aktualności podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów i oświadczeń, oraz sposobów komunikacji między zamawiającym a wykonawcą. W związku z tym należy wziąć pod uwagę rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. *w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy* (Dz. U. 2020, poz. 2415), którego przedmiotem jest określenie rodzajów podmiotowych środków dowodowych i innych dokumentów lub oświadczeń jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. W § 9 ww. rozporządzenia wskazano podmiotowe środki dowodowe potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej. Zgodnie z tym przepisem w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych, m.in. wykazu robót budowlanych, wykazu dostaw lub usług, wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego itd. W przypadku przedmiotowej sprawy, znaczenie ma § 9 ust. 1 punkt 10, który stanowi, iż zamawiający może żądać wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami.

Biorąc powyższe pod uwagę Odwołujący podał, że pierwsze wezwanie wystosowane przez Zamawiającego do złożenia wykazu aplikacji do zarządzania flotą było prawidłowe i prawidłowo odpowiedział na nie Odwołujący. Bezpodstawnie zatem Zamawiający wezwał ponownie Wykonawcę o wyjaśnienia w zakresie loginu i hasła, ponieważ jest to niezgodne z treścią cytowanych przepisów rozporządzenia dotyczącego podmiotowych środków

dowodowych. Zgodnie z SWZ Wykonawca zapewniał dostęp do aplikacji przez cały okres trwania umowy. Jednocześnie na potwierdzenie posiadania aplikacji w dniu złożenia oferty do niniejszego odwołania przedkłada się umowę zawartą z Flotman Sp. z o.o. na okres od dnia 12.09.2022 do 12.10.2023 r.

W związku z powyższym brak wątpliwości, iż Odwołujący spełniał warunki udziału w postępowaniu w dniu złożenia oferty oraz w dniu odpowiedzi na wezwanie w postaci przekazania wykazu aplikacji do zarządzania flotą. Nadto prawidłowo odpowiedział na wezwanie Zamawiającego, przekazując wykaz aplikacji do zarządzania flotą. Niezgodne z rzeczywistością jest zatem twierdzenie Zamawiającego, iż Wykonawca po otrzymaniu wezwania do złożenia dokumentów z dnia 7 października br. nie wykazał w żaden sposób, że jest w posiadaniu aplikacji do zarządzania flotą pojazdów. Wykonawca wykonał bowiem wezwanie zgodnie z poleceniem Zamawiającego przedkładając wykaz, a nawet więcej, ponieważ przedstawił również stronę internetową, login i hasło, czyli dane do logowania, które będą używane do realizacji umowy.

Odwołujący podkreślił, że warunkiem udziału w postępowaniu było posiadanie aplikacji do zarządzania flotą, zgodnie z pkt. 4.3 SWZ. Odwołujący posiadał zatem aplikację, a więc spełniał warunki udziału w postępowaniu. Przywołując zapisy SWZ aplikacja ma pozwalać zamawiającemu w szczególności na śledzenie każdego pojazdu realizującego kurs w ramach realizacji zadania w czasie rzeczywistym na mapie, gromadzenie danych o zrealizowanych kursach, generowanie raportów dziennych i miesięcznych o przejechanych kilometrach - a zatem obejmuje dane dotyczące wykonywania umowy. Nie ma zatem podstaw aby Zamawiający monitorował pojazdy i pracowników Odwołującego przed rozpoczęciem umowy na etapie oceny ofert. Aplikacja Flotman, którą posiada J. K. spełnia funkcje wskazane w SWZ, a co za tym idzie oferta Odwołującego jest zgodna z warunkami udziału w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego, w przypadku wątpliwości Zamawiającego co do faktu posiadania aplikacji przez Wykonawcę, powinien on wezwać zgodnie z ww. rozporządzeniem do przedłożenia informacji o podstawie do dysponowania aplikacją, a nie wprowadzać w błąd Odwołującego pytaniami, dlaczego Zamawiający nie może się zalogować do aplikacji. Już po pierwszym wezwaniu Odwołujący dodatkowo podał stronę internetową i nazwę aplikacji, na której to znajdują się wszelkie informacje o funkcjonalności systemu, wskazujące na wielowymiarowość zarządzania i monitoringu floty pojazdów.

Opisane wyżej okoliczności faktyczne i prawne w ocenie Odwołującego uzasadniały konieczność wniesienia przedmiotowego odwołania. Brak podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, bowiem wszystkie warunki oferta ta spełnia. W oparciu o wskazane wyżej okoliczności stwierdzić należy, iż czynność

odrzućenia oferty Odwołującego jest nieprawidłowa i dokonana z naruszeniem przepisów ustawy, co winno skutkować uwzględnieniem odwołania w całości. Uwzględniając powyższą argumentację Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności odrzućenia oferty Odwołującego, a także o dokonanie oceny ofert uwzględniając również ofertę Odwołującego i w konsekwencji wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Uwzględnienie zarzutów przedstawionych w powyższym uzasadnieniu ma bezpośredni wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty i w konsekwencji na uznanie oferty Odwołującego za najkorzystniejszą z uwagi na spełnienie wszystkich wymogów. Oferta Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia. Wobec powyższego skorzystanie z niniejszego środka ochrony prawnej przez Odwołującego było konieczne i uzasadnione, a Odwołujący podtrzymuje swoje żądania wyrażone w niniejszym odwołaniu. Odwołujący wniósł o przeprowadzenie rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą, gdyż Odwołujący chciałby mieć możliwość wypowiedzenia się na rozprawie w zakresie przedmiotowego odwołania po otrzymaniu stanowiska Zamawiającego.

**Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy z dnia 11 września 2022 roku skutkujących odrzućeniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 7 listopada 2022 roku od czynności Zamawiającego z dnia 28 października 2022 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego w dniu 14 listopada 2022 roku (poniedziałek), w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przystąpienie zgłosił, po stronie Zamawiającego wykonawca A. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PPHU MIŁAD A. M. z siedzibą w Żukowie. Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego było skuteczne. Na posiedzeniu z udziałem stron nie stawił się uczestnik postępowania odwoławczego, który w dniu 14 listopada 2022 roku został prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia z udziałem stron w przedmiotowej sprawie odwoławczej, co w dniu 16 listopada 2022 roku potwierdził uczestnik postępowania odwoławczego w wiadomości zwrotnej do Krajowej Izby Odwoławczej (w aktach sprawy). Zgodnie z art. 549 ust. 4 ustawy niestawiennictwo strony



lub uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopię dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Strony postępowania odwoławczego oraz uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w piśmie procesowym z dnia 16 listopada 2022 roku „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie”.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu załączonego do odwołania.

### **Izba ustaliła:**

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

W Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) Zamawiający zawarł następujące postanowienia:

### **ROZDZIAŁ 6. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU**

- 1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego dotyczące:*

(...)

*4. zdolności technicznej lub zawodowej: w celu potwierdzenia spełniania tego warunku, Wykonawca:*

(...)

4.3 wykaże, że posiada aplikację do zarządzania flotą, w ramach której:

a) przekaże zamawiającemu jednostanowiskową licencję na użytkowanie oprogramowania do obsługi systemu rejestrującego pracę każdego z zakontraktowanych pojazdów (GPS), ważną przez cały okres trwania umowy lub adres strony internetowej, login i hasło do programu Wykonawcy (użytkownika). Program winien umożliwiać Zamawiającemu pozyskiwanie danych, o których mowa w pkt. b, na bieżąco (podgląd on-line) oraz historycznie za ostatnie trzy miesiące. Dane, o których mowa w pkt. b mają być prezentowane na podkładzie mapy województwa pomorskiego.

b) Aplikacja musi pozwalać zamawiającemu przynajmniej na:

- śledzenie każdego pojazdu realizującego kurs w ramach zadania w czasie rzeczywistym na mapie i zapisywanie tras (wraz z opcją alertów o przekroczeniu wskazanego obszaru)

- gromadzenie danych archiwalnych o zrealizowanych w ramach zadania kursach tj. trasie i czasie zatrzymania w miejscach wsiadania/wysiadania przewożonych osób,

- generowanie raportów dziennych i miesięcznych o przejechanych na wskazanej trasie kilometrach, z podziałem na odcinki;

- umożliwienie porównania trasy przejechanej z trasą optymalną (najszybszą);

- identyfikację kierowcy

c) Każdy pojazd musi być wyposażony w kamerę wideo, rejestrator umożliwiający archiwizowanie i przeglądanie zgromadzonych nagrań w celu zapewnienia bezpieczeństwa przewożonym osobom oraz stację dokującą lub złącze pozwalające na przeniesienie danych do komputera zewnętrznego. Monitoring ma być prowadzony zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w szczególności z przepisami odnoszącymi się do ochrony danych osobowych.

d) Kamera zamontowana w przedniej części pojazdu powinna mieć na tyle szerokie pole widzenia, aby obraz z kamery obejmował całą przestrzeń pasażerską pojazdu.

e) Funkcjonalność systemu monitoringu wnętrza pojazdu powinna umożliwiać:

- bieżące rejestrowanie zdarzeń w całej przestrzeni pasażerskiej pojazdu podczas realizacji usługi przewozu,

- zapis obrazu o jakości pozwalającej na identyfikację osób – dotyczy obsługi pojazdu (minimalna rozdzielczość HD 1280x720),

- kodowanie lub zabezpieczenie zapisywanego obrazu „znakiem wodnym”, aby mógł stanowić dowód w postępowaniu dochodzeniowym i sądowym,

- zapisywanie na dysku co najmniej 120 godzin pracy, z możliwością ustawienia rejestracji z nadpisywaniem najstarszych nagrań lub bez nadpisywania. Zapisane nagrania mogą być trzymane nie dłużej niż 90 dni od daty nagrania.

**ROZDZIAŁ 8. PODMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE ORAZ INNE DOKUMENTY LUB OŚWIADCZENIA, JAKIE MAJĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIENIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ BRAK PODSTAW WYKLUCZENIA**

*1. Zamawiający żąda przedstawienia następujących dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i braku istnienia przesłanek wykluczenia w postępowaniu.*

*Wykonawca składa wraz z formularzem ofertowym, aktualne na dzień składania ofert, oświadczenie w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ), dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu i przesłanek wykluczenia z postępowania – załącznik nr 3 do SWZ.*

*(...)*

*2. Przed wyborem oferty najkorzystniejszej zamawiający zgodnie z art. 126 ustawy wzywa Wykonawcę, do złożenia w wyznaczonym terminie nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, które zostały określone w Rozdziale 6, punkcie 1, ust. 2, 3 oraz 4 (4.41-4.4) oraz poniższych podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia:*

Zamawiający, pismem z **dnia 7 października 2022** roku wezwał wykonawcę J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przewozy Autokarowe – J. K. z siedzibą w Gdańsku (dalej: Odwołujący):

*na podstawie art. 126 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U z 2022 r., poz. 1710) wzywa wykonawcę Przewozy Autokarowe J. K., ul. Zelwerowicza 4, 80-516 Gdańsk do złożenia następujących dokumentów w postępowaniu przetargowym ROG-ZP.231.63.2022.MR: świadczenie usług przewozowych w zakresie dowożenia uczniów z terenu Gminy Miasta Gdańska do placówek edukacyjnych i szkół specjalnych w roku szkolnym 2022/2023, zgodnie z zapisami w SWZ, Rozdział 8, ust. 2 w zakresie zadania nr 3:*  
*(...)*

*e) wykaz aplikacji do zarządzania flotą, zgodnie z wytycznymi wskazanymi w rozdziale 6 SWZ w ustępie 4.3 (wraz z informacją o monitoringu i jego funkcjonalności);*

Odwołujący, w przesłanych dokumentach nie przedstawił dokumentów na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia **13 października 2022** roku Zamawiający wezwał Odwołującego:

na podstawie art. 128 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U z 2022 r., poz. 1710) wzywa wykonawcę Przewozy Autokarowe J. K., ul. Zelwerowicza 4, 80-516 Gdańsk do uzupełnienia następujących dokumentów w postępowaniu przetargowym ROG-ZP.231.63.2022.MR: świadczenie usług przewozowych w zakresie dowożenia uczniów z terenu Gminy Miasta Gdańska do placówek edukacyjnych i szkół specjalnych w roku szkolnym 2022/2023 w zakresie zadania 3 dotyczące:

1. Wskazania aplikacji do zarządzania flotą pojazdów, potwierdzenia i wskazania funkcjonalności tejże aplikacji, zgodnie z wytycznymi wskazanymi w rozdziale 6 SWZ w ustępie 4.3, ppkt a) – e), czyli:

a) (...)Program winien umożliwiać Zamawiającemu pozyskiwanie danych, o których mowa w pkt. b, na bieżąco (podgląd on-line) oraz historycznie za ostatnie trzy miesiące. Dane, o których mowa w pkt. b mają być prezentowane na podkładzie mapy województwa pomorskiego.

b) Aplikacja musi pozwalać zamawiającemu przynajmniej na:

- śledzenie każdego pojazdu realizującego kurs w ramach zadania w czasie rzeczywistym na mapie i zapisywanie tras (wraz z opcją alertów o przekroczeniu wskazanego obszaru)
- gromadzenie danych archiwalnych o zrealizowanych w ramach zadania kursach tj. trasie i czasie zatrzymania w miejscach wsiadania/wysiadania przewożonych osób,
- generowanie raportów dziennych i miesięcznych o przejechanych na wskazanej trasie kilometrach, z podziałem na odcinki;
- umożliwienie porównania trasy przejechanej z trasą optymalną (najszybszą);
- identyfikację kierowcy

c) Każdy pojazd musi być wyposażony w kamerę wideo, rejestrator umożliwiający archiwizowanie i przeglądanie zgromadzonych nagrań w celu zapewnienia bezpieczeństwa przewożonym osobom oraz stację dokującą lub złącze pozwalające na przeniesienie danych do komputera zewnętrznego. Monitoring ma być prowadzony zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w szczególności z przepisami odnoszącymi się do ochrony danych osobowych.

d) Kamera zamontowana w przedniej części pojazdu powinna mieć na tyle szerokie pole widzenia, aby obraz z kamery obejmował całą przestrzeń pasażerską pojazdu.

e) Funkcjonalność systemu monitoringu wnętrza pojazdu powinna umożliwiać:

- bieżące rejestrowanie zdarzeń w całej przestrzeni pasażerskiej pojazdu podczas realizacji usługi przewozu,
- zapis obrazu o jakości pozwalającej na identyfikację osób – dotyczy obsługi pojazdu (minimalna rozdzielczość HD 1280x720),
  - kodowanie lub zabezpieczenie zapisywanego obrazu „znakiem wodnym”, aby mógł stanowić dowód w postępowaniu dochodzeniowym i sądowym,

- zapisywanie na dysku co najmniej 120 godzin pracy, z możliwością ustawienia rejestracji z nadpisywaniem najstarszych nagrań lub bez nadpisywania. Zapisane nagrania mogą być trzymane nie dłużej niż 90 dni od daty nagrania.

(...)

Odwołujący, w odpowiedzi na powyższe wezwanie, w dniu 17 października przesłał między innymi dokument z dnia 17 października 2022 roku sporządzony przez Odwołującego zawierający oświadczenie:

*Aplikacja do zarządzania flotą pojazdów „Flotman”*

*strona <http://app.flotman.pl>*

*Login: [busyj.k.@gmail.com](mailto:busyj.k.@gmail.com)*

*Hasło: transiT3*

Zamawiający za pismem z dnia 20 października 2022 roku wezwał Odwołującego: *na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U z 2022 r., poz. 1710) wzywa wykonawcę Przewozy Autokarowe J. K., ul. Zelwerowicza 4, 80-516 Gdańsk do udzielenia wyjaśnień w postępowaniu przetargowym ROG-ZP.231.63.2022.MR: świadczenie usług przewozowych w zakresie dowożenia uczniów z terenu Gminy Miasta Gdańska do placówek edukacyjnych i szkół specjalnych w roku szkolnym 2022/2023 w zakresie zadania 3 dotyczących:*

*1. Wyjaśnienia sposobu logowania się do wskazanej aplikacji FLOTMAN.PL:*

*Pod wskazanym w oświadczeniu z dnia 17.10.2022 r. adresem <http://app.flotman.pl> nie istnieje bezpośrednia strona startowa aplikacji. Po wejściu na sugerowaną stronę: [www.flotman.pl](http://www.flotman.pl), istnieją dwa rodzaje programu: Flotman app i Flotmann Classic – w tym drugim zaś dwie wersje (nowa i stara). W żadnym z nich zamawiający nie był się w stanie zalogować poprzez podany login i hasło. Zamawiający wzywa do wyjaśnień, jak prawidłowo zalogować się do wskazanej aplikacji oraz gdzie znajdzie informacje potwierdzające poniższe funkcjonalności:*

*a) (...)Program winien umożliwiać Zamawiającemu pozyskiwanie danych, o których mowa w pkt. b, na bieżąco (podgląd on-line) oraz historycznie za ostatnie trzy miesiące. Dane, o których mowa w pkt. b mają być prezentowane na podkładzie mapy województwa pomorskiego.*

*b) Aplikacja musi pozwalać zamawiającemu przynajmniej na:*

- śledzenie każdego pojazdu realizującego kurs w ramach zadania w czasie rzeczywistym na mapie i zapisywanie tras (wraz z opcją alertów o przekroczeniu wskazanego obszaru)

- gromadzenie danych archiwalnych o zrealizowanych w ramach zadania kursach tj. trasie i czasie zatrzymania w miejscach wsiadania/wysiadania przewożonych osób,
- generowanie raportów dziennych i miesięcznych o przejechanych na wskazanej trasie kilometrach, z podziałem na odcinki;
- umożliwienie porównania trasy przejechanej z trasą optymalną (najszybszą);
- identyfikację kierowcy

2. Wyjaśnienia sposobu dokumentującego monitoring we wskazanych do realizacji usługi pojazdach.

W dokumentach zamówienia zamawiający wskazał, że:

a) każdy pojazd musi być wyposażony w kamerę wideo, rejestrator umożliwiającą archiwizowanie i przeglądanie zgromadzonych nagrań w celu zapewnienia bezpieczeństwa przewożonym osobom oraz stację dokującą lub złącze pozwalające na przeniesienie danych do komputera zewnętrznego. Monitoring ma być prowadzony zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w szczególności z przepisami odnoszącymi się do ochrony danych osobowych.

b) Kamera zamontowana w przedniej części pojazdu powinna mieć na tyle szerokie pole widzenia, aby obraz z kamery obejmował całą przestrzeń pasażerską pojazdu.

c) Funkcjonalność systemu monitoringu wnętrza pojazdu powinna umożliwiać:

- bieżące rejestrowanie zdarzeń w całej przestrzeni pasażerskiej pojazdu podczas realizacji usługi przewozu,

- zapis obrazu o jakości pozwalającej na identyfikację osób – dotyczy obsługi pojazdu (minimalna rozdzielczość HD 1280x720),

- kodowanie lub zabezpieczenie zapisywanego obrazu „znakiem wodnym”, aby mógł stanowić dowód w postępowaniu dochodzeniowym i sądowym,

- zapisywanie na dysku co najmniej 120 godzin pracy, z możliwością ustawienia rejestracji z nadpisywaniem najstarszych nagrań lub bez nadpisywania. Zapisane nagrania mogą być trzymane nie dłużej niż 90 dni od daty nagrania.

Dostarczone dotychczas zamawiającemu dokumenty nie wskazują wprost – zdaniem zamawiającego – na spełnianie tego warunku. Zamawiający zatem wzywa do wyjaśnień, w jaki sposób Wykonawca udokumentował lub poświadczył posiadania przez pojazdy tej funkcjonalności (monitoring).

Zamawiający przypomina o konieczności składania oświadczeń w formie pisemnej w postaci elektronicznej (opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym).

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący złożył oświadczenie z dnia 21 października 2022 roku o treści:

Oświadczam, że aplikację Flotman i monitoring wewnętrzny dla zadania nr 3 uruchomię po podpisaniu umowy, w dniu rozpoczęcia usługi.

Pismem z dnia 29 października 2022 roku Zamawiający zawiadomił Odwołującego, że odrzucił ofertę Odwołującego w zakresie zadania nr 3:

Zamawiający na podstawie art. 226, ust. 1 pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) odrzuca ofertę Wykonawcy Przewozy Autokarowe J.K., ul. Zelwerowicza 4, 80-516 Gdańsk złożoną w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, nr. ROG-ZP.231.63.2022.MR; Świadczenie usług przewozowych w zakresie dowożenia uczniów z terenu Gminy Miasta Gdańska do placówek edukacyjnych i szkół specjalnych w roku szkolnym 2022/2023.

#### UZASADNIENIE

W ofercie Wykonawcy, złożonej zgodnie z wymogami oraz w terminie, w części dotyczącej zadania nr 3 - „Dowożenie uczniów z niepełnosprawnościami do placówki w Gdańsku (Dowóz ok. 20 uczniów do specjalnych placówek na terenie Gminy Miasta Gdańska: SOSW nr 2”- Wykonawca po otrzymaniu wezwania do złożenia dokumentów z dnia 7 października br. nie wykazał w żaden sposób, że jest w posiadaniu aplikacji do zarządzania flotą pojazdów. Po weryfikacji ponownie złożonych dokumentów przez Wykonawcę, po uprzedniej prośbie o ich uzupełnienie z dnia 13 października okazało się, że podane dane logowania nie umożliwiają zalogowania do „aplikacji GPS”. W obliczu tej sytuacji zgodnie z art. 128, ust. 4 Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w kwestii sposobu logowania się do wskazanej aplikacji oraz wyjaśnienia sposobu dokumentującego monitoring we wskazanych do realizacji usługi pojazdach. Dostarczone dotychczas dokumenty nie wskazywały wprost na spełnienie tego warunku. Wykonawca w odpowiedzi na wezwania do wyjaśnień z dnia 20 października br. oświadczył, że aplikację do zarządzania flotą i monitoring wewnętrzny uruchomi dopiero w dniu świadczenia usługi. Zatem nie spełnił on wytycznych wskazanych w rozdziale 6 SWZ w ustępie 4.3 dotyczących funkcjonalności aplikacji oraz monitoringu: „zdolności technicznej lub zawodowej: w celu potwierdzenia spełniania tego warunku, Wykonawca: (...)

4.3 wykaże, że posiada aplikację do zarządzania flotą, w ramach której:

- a) przekaże zamawiającemu jednostanowiskową licencję na użytkowanie oprogramowania do obsługi systemu rejestrującego pracę każdego z zakontraktowanych pojazdów (GPS), ważną przez cały okres trwania umowy lub adres strony internetowej, login i hasło do programu Wykonawcy (użytkownika). Program winien umożliwiać Zamawiającemu pozyskiwanie danych, o których mowa w pkt. b, na bieżąco (podgląd on-

line) oraz historycznie za ostatnie trzy miesiące. Dane, o których mowa w pkt. b mają być prezentowane na podkładzie mapy województwa pomorskiego.

b) Aplikacja musi pozwalać zamawiającemu przynajmniej na:

- śledzenie każdego pojazdu realizującego kurs w ramach zadania w czasie rzeczywistym na mapie i zapisywanie tras (wraz z opcją alertów o przekroczeniu wskazanego obszaru)
- gromadzenie danych archiwalnych o zrealizowanych w ramach zadania kursach tj. trasie i czasie zatrzymania w miejscach wsiadania/wysiadania przewożonych osób, • generowanie raportów dziennych i miesięcznych o przejechanych na wskazanej trasie kilometrach, z podziałem na odcinki;
- umożliwienie porównania trasy przejechanej z trasą optymalną (najszybszą); • identyfikację kierowcy

c) Każdy pojazd musi być wyposażony w kamerę wideo, rejestrator umożliwiający archiwizowanie i przeglądanie zgromadzonych nagrań w celu zapewnienia bezpieczeństwa przewożonym osobom oraz stację dokującą lub złącze pozwalające na przeniesienie danych do komputera zewnętrznego. Monitoring ma być prowadzony zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w szczególności z przepisami odnoszącymi się do ochrony danych osobowych.

d) Kamera zamontowana w przedniej części pojazdu powinna mieć na tyle szerokie pole widzenia, aby obraz z kamery obejmował całą przestrzeń pasażerską pojazdu.

e) Funkcjonalność systemu monitoringu wnętrza pojazdu powinna umożliwiać:

- bieżące rejestrowanie zdarzeń w całej przestrzeni pasażerskiej pojazdu podczas realizacji usługi przewozu,
- zapis obrazu o jakości pozwalającej na identyfikację osób - dotyczy obsługi pojazdu (minimalna rozdzielczość HD 1280x720),
- kodowanie lub zabezpieczenie zapisywanego obrazu „znakiem wodnym”, aby mógł stanowić dowód w postępowaniu dochodzeniowym i sądowym,
- zapisywanie na dysku co najmniej 120 godzin pracy, z możliwością ustawienia rejestracji z nadpisywaniem najstarszych nagrań lub bez nadpisywania. Zapisane nagrania mogą być trzymane nie dłużej niż 90 dni od daty nagrania.”

Biorąc powyższe pod uwagę powyższe aspekty Zamawiający na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) pzp odrzuca ofertę Wykonawcy Przewozy Autokarowe J. K., ul. Zelwerowicza 4, 80-516 Gdańsk złożoną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o nr ROG-ZP.231.63.2022.MR, jako dokument, który jest niezgodny z warunkami zamówienia określonymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia wraz z załącznikami.



### **Izba zważyła w zakresie zarzutów odwołania:**

Izba na wstępie wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 226 ust. 1 ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...)

2) została złożona przez wykonawcę:

(...)

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

**W zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy** przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia. Wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu, na żądanie Zamawiającego zgodnie z SWZ przekazał właściwy wykaz. Odwołujący zatem spełnia warunki zamówienia, gdyż zgodnie z wezwaniem i przepisami rozporządzenia z dnia 23.12.2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, przedstawił wykaz aplikacji, a zatem potwierdził, iż posiada aplikację do zarządzania flotą, jednocześnie potwierdzając warunki udziału w postępowaniu – Izba uznała zarzut za zasadny.

Izba stwierdza na wstępie, że zarówno Zamawiający - jak również w następstwie czynności Odwołujący - dokonali nieprawidłowego wskazania podstawy prawnej w oparciu o którą dochodzi do odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania z uwagi na niespełnienia warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby, choć nie było objęte to zarzutami postępowania odwoławczego, dla poprawności i prawidłowości dalszego wyводу niezbędne jest wskazanie, że odnosząc się do dokumentu specyfikacji warunków zamówienia i ukształtowanego tam warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, wymagania Zamawiającego odnośnie aplikacji do zarządzania flotą – jakie sam Zamawiający tworzy – stanowią warunek udziału w postępowaniu, a nie warunek zamówienia. Definicja warunku zamówienia została zawarta w art. 7 pkt 29 ustawy, natomiast warunki udziału w postępowaniu stanowią inną kategorię warunków, których nie należy utożsamiać z warunkami zamówienia i regulowane są w oparciu o art. 57 pkt 2 ustawy oraz art. 112 ust 1 ustawy ora, jak w tym przypadku w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej regulowane są w

oparciu o art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy i art. 116 ustawy. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający ukształtował warunki udziału w postępowaniu i dokonał oceny ich spełnienia przez Odwołującego (w zasadzie niespełnienia), a w konsekwencji odrzucenia oferty, ale odrzucenia oferty Odwołującego dokonuje w oparciu o niewłaściwą z racji odniesienia do tych warunków udziału w postępowaniu podstawę prawną. Dla odrzucenia oferty w postępowaniu, w kontekście oceny niespełnienia warunków udziału w postępowaniu właściwą jest podstawa z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b. Błędne kwalifikacja i to zarówno co do podstawy prawnej jak również wywodu merytorycznego, oparta na braku spełnienia warunku zamówienia, a nie braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu utrzymana jest również w piśmie procesowym Zamawiającego (str. 6 i 7). Potwierdza to w ocenie Izby niezrozumienie po stronie Zamawiającego podstawowych i zarazem kluczowych dla zamówienia publicznego pojęć jak warunek zamówienia oraz warunki udziału w postępowaniu, a w konsekwencji niezasadność części twierdzeń Zamawiającego opartych o niezgodność oferty z SWZ.

Przechodząc do oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 4.3 SWZ (w rozdziale odnoszącym ukształtowanych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu) w przedmiotowej sprawie odwoławczej w zakresie zadania nr 3 Izba uznała czynność Zamawiającego, tj. czynność odrzucenia oferty Odwołującego za nieprawidłową.

Izba stwierdza, że Zamawiający ukształtował warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej opisując go w punkcie 4.3 rozdziału 6 Warunki udziału w postępowaniu. Jednocześnie Zamawiający w rozdziale 8 SWZ dotyczącym podmiotowych środków dowodowych wskazał jedynie, że *„przed wyborem oferty najkorzystniejszej zamawiający zgodnie z art. 126 ustawy wzywa Wykonawcę, do złożenia w wyznaczonym terminie nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, które zostały określone w Rozdziale 6, punkcie 1, ust. 2, 3 oraz 4 (4.41-4.4) oraz poniższych podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia.”*

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że w ramach uprawnienia do kształtowania warunku udziału w postępowaniu, w przypadku gdy warunek taki zostanie przez Zamawiającego wprowadzony do postępowania rodzi się obowiązek po stronie Zamawiającego do określenia podmiotowego środka dowodowego, który służyć ma potwierdzeniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu (art. 7 pkt 17 ustawy – definicja podmiotowego środka dowodowego). Obowiązek kształtowania podmiotowego środka dowodowego na potwierdzenie spełnienia określonego przez Zamawiającego w specyfikacji warunków zamówienia (dalej: SWZ) warunku udziału w postępowaniu wynika w sposób

jednoznaczny z art. 134 ust. 1 pkt 9 zgodnie z którym w SWZ Zamawiający obowiązany jest zawrzeć wykaz podmiotowych środków dowodowych. Tym samym Zamawiający obowiązany jest podać określić podmiotowe środki dowodowe dla określonego warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Samo wskazanie, jak w rozpoznawanym przypadku, że wykonawca ma złożyć podmiotowe środki dowodowe dla określonych warunków udziału w postępowaniu nie stanowi w żaden sposób spełnienia obowiązku podania wykazu podmiotowych środków dowodowych. Zakres podmiotowych środków dowodowych jakich może żądać od wykonawcy Zamawiający na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu regulowany jest w rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia z dnia 23 grudnia 2020 r. w *sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy* (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415), do którego to rozporządzenia odsyła art. 128 ust 6 ustawy, zgodnie z którym Minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, okres ich ważności oraz formy, w jakich mogą być one składane, mając na uwadze potrzebę potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, zapewnienia aktualności podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów i oświadczeń, oraz sposoby komunikacji między zamawiającym a wykonawcą.

Ww. rozporządzenie w § 9 przewiduje szereg podmiotowych środków dowodowych jakich może wymagać Zamawiający na potwierdzenie ukształtowanych warunków udziału w postępowaniu i z katalogu tych dokumentów Zamawiający uprawniony jest, a zarazem obowiązany w przypadku ustanowienia warunku udziału w postępowaniu, do wskazania w SWZ w wykazie podmiotowych środków dowodowych jakich żąda od Zamawiającego. Prawodawca uregulował również w § 10 ww. rozporządzenia uprawnienie dla Zamawiającego, zgodnie z którym w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu Zamawiający może, zamiast podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 9, żądać oświadczenia wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Jednakże już z treści tego przepisu w sposób jednoznaczny wynika, że Zamawiający może żądać oświadczenia, co oznacza, że w wykazie podmiotowych środków dowodowych żądanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu ukształtowanego w SWZ Zamawiający obowiązany jest podać, że takiego oświadczenia, mającego potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, żąda od wykonawcy.

W rozpoznawanej sprawie odwoławczej Zamawiający nie wskazał żadnego podmiotowego środka dowodowego, który miał zostać złożony przez wykonawcę dla potwierdzenia

spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w SWZ, w tym na potwierdzenie spełnienia warunku udziału określonego w rozdziale 6 pkt 4.3 SWZ. To po stronie Zamawiającego ukształtowany jest wymów podania wykazu podmiotowych środków dowodowych, które następnie Zamawiający powinien weryfikować pod kontem wykazania przez wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W przypadku braku wykazu podmiotowych środków dowodowych – tak jak w przypadku rozpoznawanej sprawy – Zamawiający, który nie podał wykazu podmiotowych środków dowodowych nie ma możliwości zweryfikowania spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. W postępowaniu o zamówienie publiczne wykonawca składa dokumenty – podmiotowe środki dowodowe zgodnie z wykazem, czyli enumeratywnie wskazanymi dokumentami jakich żąda Zamawiający na potwierdzenie każdego określonego w SWZ warunku udziału w postępowaniu. W przypadku, gdy wykazu podmiotowych środków dowodowych brak jest w SWZ to niedopuszczalne na etapie oceny ofert jest kształtowanie jakichkolwiek wymagań co do składanych dokumentów i w zasadzie określanie ich na etapie oceny podmiotowych środków dowodowych.

W rozpoznawanej sprawie w zasadzie błąd w czynnościach Zamawiającego powstał już na etapie wezwania z dnia 7 października 2022 roku, bowiem wzywając wykonawcę do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu z punktu 4.3 – Izba odnosi się do wezwania jedynie w zakresie określonym zarzutem odwołania – zażądał dokumentu *wykaz aplikacji do zarządzania flotą, zgodnie z wytycznymi wskazanymi w rozdziale 6 SWZ w ustępie 4.3 (wraz z informacją o monitoringu i jego funkcjonalności)*, który to dokument nie był w żaden sposób określony w SWZ w rozdziale 8. Dopiero na etapie tego wezwania pojawiło się zdefiniowanie zakresu informacji jakich w ramach podmiotowego środka dowodowego żąda Zamawiający jak również określenia zakresu informacji jakich żąda od wykonawcy Zamawiający na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Niezmiennie w orzecznictwie Izby ugruntowany jest pogląd, zgodnie z którym, za nieuprawnione należy uznać kształtowanie wymagań co do dokumentów jakie mają być składane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu po upływie terminu składania ofert w postępowaniu. Ze stanowiska Zamawiającego prezentowanego w trakcie rozprawy wynikało również, że nawet tworząc nieuprawnionego w oparciu o SWZ wezwania do złożenia niewykazanych w SWZ dokumentów nie miał przekonania o tym jaki dokument miałyby w odpowiedzi na to wezwanie złożyć wykonawca, bowiem Zamawiający wskazywał zarówno na oświadczenie - *spełnienie warunku miało nastąpić przez oświadczenie co do posiadania aplikacji i przekazania licencji do aplikacji Zamawiającemu* - albo na umowę potwierdzającą posiadanie aplikacji, jak czynili to inni wykonawcy.

W ocenie Izby Zamawiający nie był uprawniony, w oparciu o treść SWZ, do wezwania wykonawcy do złożenia dokumentu określonego w wezwaniu z 7 października 2022 roku a

dotyczącego potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu z punktu 4.3 rozdziału 6 Warunki udziału w postępowaniu, bowiem taki dokument – podmiotowy środek dowodowy – nie został przez Zamawiającego wykazany (podany) w SWZ. Oznacza to, że wszystkie kolejne następcze czynności podejmowane przez Zamawiającego, tj. wezwanie z dnia 13 października 2022 roku do uzupełnienia tego dokumentu jak również wezwanie z dnia 20 października 2022 roku do złożenia wyjaśnień w tym zakresie były wadliwe i nie mają żadnego oparcia w obowiązujących przepisach prawa. W konsekwencji czynność oceny dokumentów i wyjaśnień złożonych przez Odwołującego dokonana przez Zamawiającego również jest wadliwa, bowiem Zamawiający nie był uprawniony do oceny dokumentów, których zgodnie z postanowieniami SWZ żądać nie mógł, bo ich na etapie przed składaniem ofert nie żądał. Fakt, że Odwołujący składał dokumenty na wezwania Zamawiającego oraz złożył wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego nie zmienia tego, że Zamawiający nie był uprawniony do żądania dokumentów, których nie określił i nie konwaliduje w żaden sposób wadliwych czynności Zamawiającego. Mając na uwadze powyższe Izba za bezprzedmiotowy uznała dowód złożony przy odwołaniu przez Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia obowiązujących przepisów tj. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy (Izba dokonał subsumpcji stanu faktycznego do istniejącego stanu prawnego i wskazała podstawę prawną właściwą dla podjętej w dniu 28 października 2022 roku czynności Zamawiającego), a w konsekwencji do niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym Izba nakazała w postępowaniu na *świadczenie usług przewozowych w zakresie dowożenia uczniów z terenu Gminy Miasta Gdańska do placówek edukacyjnych i szkół specjalnych w roku szkolnym 2022/2023 zadania nr 3 tj. Dowożenie uczniów z niepełnosprawnościami do placówki w Gdańsku* unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Odwołującego dokonanej w dniu 28 października 2022 roku oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia, w zakresie zadania 3 *Dowożenie uczniów z niepełnosprawnościami do placówki w Gdańsku* z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Zgodnie z oświadczeniem złożonym przez Zamawiającego nie dokonał on wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

**Izba wskazuje**, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu

lub systemu kwalifikowania wykonawców. Zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

W rozpoznawanie sprawie odwołanie okazało się zasadne z przyczyn wskazanych przez Izbę w uzasadnieniu wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 2 lit. a, b oraz § 7 ust. 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), stosownie do wyniku postępowania. Izba nie zasadziła innych poza wpisem od odwołania kosztów Odwołującemu pomimo złożonego wniosku, bowiem nie przedstawił do zamknięcia rozprawy żadnych faktur ani rachunków lub spisu kosztów, a co wynika z § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

**Przewodniczący:** .....