

Sygn. akt: KIO 2519/21

WYROK

z dnia 28 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 września 2021 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w **24 sierpnia 2021 r.** przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Spółka z o.o. w Pile, ul. Przemysłowa 23, 64-920 Piła** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Białośliwie, ul. Księdza Kordeckiego 1, 89-340 Białośliwie**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 223 ust. 1 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień K. W. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą K. TURIST K. W., Piotrkowice 22A, 62-561 Ślesin i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 20 sierpnia 2021 r., jak i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach których nakazuje Zamawiającemu wezwanie do wyjaśnień K. W. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą K. TURIST K. W., Piotrkowice 22A, 62-561 Ślesin w zakresie kryterium dotyczącego czasu podstawienia pojazdu zastępczego, w sytuacji w której Odwołujący: Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Spółka z o.o. w Pile wskazywał Zamawiającemu na wątpliwości w zakresie możliwości realizacji zamówienia co do czasu podstawienia w ciągu 29 minut pojazdy zastępczego przez Wykonawcę: K. W. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą K. TURIST K. W., Piotrkowice 22A, 62-561, w sposób opisany w piśmie Odwołującego z dnia 13 sierpnia 2021r., z uwagi na potwierdzenie się wskazanego wyżej zarzutu.

W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Białosłiwie, ul. Księdza Kordeckiego 1, 89-340 Białosłiwie** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Spółka z o.o. w Pile, ul. Przemysłowa 23, 64-920 Piła** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od **Gminy Białosłiwie, ul. Księdza Kordeckiego 1, 89-340 Białosłiwie** na rzecz **Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej Spółka z o.o. w Pile, ul. Przemysłowa 23, 64-920 Piła** kwotę **11 785 zł 64 gr** (słownie: jedenaście tysięcy siedemset osiemdziesiąt pięć złotych sześćdziesiąt cztery grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu, wydatków strony i pełnomocnika.

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

.....

Sygn. akt: KIO 2519/21

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dowóz dzieci do szkół w roku szkolnym 2021/2022 w tym: Część I: Dowóz i odprowadzenie dzieci z terenu gm. Białosłiwie do Szkoły Podstawowej w Białosłiwie i Samorządowego Przedszkola w Białosłiwie w roku szkolnym 2021/2022, Część II: Dowóz i odprowadzenie dzieci niepełnosprawnych z terenu gm. Białosłiwie (z miejsca zamieszkania) do szkół specjalnych w Pile, wraz z zapewnieniem opieki, w roku szkolnym 2021/2022.”, Numer postępowania: RR.271.5.202, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2021/BZP 00126298/01 w dniu 26.07.2021r: Gmina Białosłiwie, ul. Księdza Kordeckiego 1, 89-340 Białosłiwie zwany dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., zwanej dalej: „Pzp” albo „NPzp” albo „p.z.p.” albo „ustawy pzp”).

W dniu 20.08.2021 r. (za pomocą platformy zakupowej: <https://platformazakupowa.pl/pn/bialosliwie>) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w cz. I: K. W. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: K. TURIST K. W., Piotrkowice 22A, 62-561 Ślesin zwana dalej: „K. TURIST K. W.”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert w cz. I zajęła oferta: Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Spółka z o.o. w Pile, ul. Przemysłowa 23, 64-920 Piła zwanego dalej: „PKS Sp. z o.o. w Pile” albo „PKS” albo „Odwolującym”.

W dniu 24.08.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej – ePUAP) PKS Sp. z o.o. w Pile wniosła odwołanie na czynności z 20.08.2021 r. w cz. I. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem oraz za pomocą wskazanej wyżej platformy zakupowej). Zarzucił naruszenie:

1. art. 223 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień K. W. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą K. TURIST z siedzibą w Ślesinie w zakresie kryterium dotyczącego czasu podstawienia pojazdu zastępczego, w sytuacji w której Odwołujący wskazywał Zamawiającemu na wątpliwości

zakresie możliwości realizacji zamówienia co do czasu podstawienia w ciągu 29 minut pojazdu zastępczego, w sposób opisany w piśmie Odwołującego z 13.08.2021r.,

2. art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy K. TURIST, której oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, pomimo tego, że wskazany przez nią czas podstawienia pojazdu zastępczego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Mając na uwadze powyższe wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie powtórzenia czynności badania i odrzucenie oferty K. W. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą K. TURIST z siedzibą w Ślesinie; ewentualnie
2. uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert i ponowne dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami związanymi z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawę Izby.

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia jest zakup biletów miesięcznych szkolnych na dowóz dzieci do szkół w roku szkolnym 2021/2022 w części I z terenu gm. Białośliwie do Szkoły Podstawowej w Białośliwiu w roku szkolnym 2021/2022, Część II: Dowóz i odwóz dzieci niepełnosprawnych z terenu gm. Białośliwie (z miejsca zamieszkania) do szkół specjalnych w Pile, wraz z zapewnieniem opieki, w roku szkolnym 2021/2022.

W powyższym postępowaniu oferty w zakresie Cz. I zamówienia złożyła K. W. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą K. TURIST z siedzibą w Ślesinie oraz Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej sp. z o.o. z siedzibą w Pile.

W dniu 20.08.2021 r. odwołujący został zawiadomiony o wyborze najkorzystniejszej oferty. Za najkorzystniejszą w zakresie części I uznano ofertę Wykonawcy K. W. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą K. TURIST z siedzibą w Ślesinie. Oferta K. W. otrzymała łącznie 100,00 pkt, w tym 60,00 za cenę, 40,00 za czas podstawienia pojazdu zastępczego. PKS otrzymało łącznie 91,11 pkt, w tym 51,11 za cenę, 40,00 pkt za czas podstawienia pojazdu zastępczego.

Z treści Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ” wynika, że Zamawiający stosował następujące kryteria: cena - 60% oraz czas podstawienia pojazdu zastępczego - 40%. Dla kryterium czasu podstawienia pojazdu zastępczego ocena miała zostać dokonana na podstawie złożonej przez Wykonawcę deklaracji w formularzu ofert, a punkty w kryterium miały zostać obliczone w następujący sposób: czas podstawienia pojazdu zastępczego do 30 minut - 40 pkt, czas podstawienia pojazdu zastępczego od 31 do 45 minut - 10 pkt. Zamawiający poczynił również w zakresie niniejszego kryterium uwagi,

a mianowicie wskazał, że maksymalny czas podstawienia pojazdu zastępczego nie może przekraczać 45 minut. Zamawiający dodał, że w sytuacji, gdy Wykonawca nie wskaże w ofercie czasu podstawienia pojazdu zastępczego, oferta taka zostanie uznana za ofertę z maksymalnym czasem podstawienia pojazdu zastępczego, tj. 45 minut i w tym przypadku Wykonawca otrzyma 10 pkt w tym kryterium. Wykonawca K. W. prowadząca działalność K. TURIST wskazała w ofercie, że w razie awarii autobusu podstawia pojazd zastępczy w przeciągu 29 minut, natomiast PKS oświadczył, że zrobi to w ciągu 30 minut. Zwrócił uwagę, że Wykonawca K. W. prowadzi działalność gospodarczą, której siedziba mieści się w Ślesinie (woj. wielkopolskie, powiat koniński), a zatem 143 km od miejsca wykonywania zamówienia tj. od Białośliwia i zadeklarowała czas podstawienia pojazdu zastępczego w 29 minut, natomiast PKS, którego siedziba mieści w odległości 26 km od Białośliwia zadeklarował, że podstawia autobus zastępczy w podobnym czasie tj. 30 minut. Zwrócił również uwagę, że PKS, który ma do pokonania cztery razy krótszą trasę od wykonawcy K. TURIST do miejsca wykonywania zamówienia również zadeklarował 30 minut na podstawienie autobusu zastępczego, pomimo tego, że dysponuje flotą około 90 autobusów, a w odległości od 10 km do 26 km od Białośliwia wykonawca PKS dysponuje około 40 autobusami, którymi prowadzi komunikację regularną na różnych trasach. W szczególności wskazać należy na takie miejscowości jak Wysoka i Miasteczko Krajeńskie, które są oddalone o 10-12 km od Białośliwia. Na tych odcinakach PKS zabezpiecza trasę łącznie 7 autobusami. Niezależnie od podanych tras wykonawca PKS w miejscowości Wyrzysk, oddalony od Białośliwia 14 km dysponuje węzłem komunikacyjnym z dworcem autobusowym, na którym stacjonują rezerwowi kierowcy wraz z autobusami. Konieczność zabezpieczenia kursów dodatkowymi kierowcami wynika właśnie z szerokiej komunikacji jaką na tym terenie prowadzi PKS, a która w razie awarii autobusu musi być płynna i niezakłócona.

Podkreślił, że siedzibę przedsiębiorstwa K. W. łączy z Białośliwem droga o długości ok. 143 km. Biorąc pod uwagę obowiązujące zasady ruchu drogowego oraz możliwości techniczne pojazdów niemożliwe jest pokonanie w/w odcinka drogi we wskazanym przez K. W. czasie. Oznaczałoby to, że pojazd taki, przy założeniu natychmiastowej gotowości wyruszenia z bazy w Ślesinie, musiałby się poruszać ze średnią prędkością minimum 296 km/h. Miarodajną dla oceny możliwości podstawienia autobusu zastępczego powinna być przede wszystkim odległość bazy przedsiębiorcy od miejsca docelowego. W tych okolicznościach, zdaniem Odwołującego, w świetle doświadczenia życiowego, zasad logiki i powszechnie dostępnej wiedzy, osiągnięcie rezultatu wskazanego przez K. W. jest niemożliwe. Wykonawca K. W., w treści oferty nie powoływała się na korzystanie z zasobów innego podmiotu ani wspólnie z innym podmiotem, który miałby siedzibę bliżej miejsca

realizacji zamówienia, nie ubiegała się o to zamówienie. Nadto w wykazie pojazdów przesłanym na wezwanie Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych z 10.08.2021r. Wykonawca przedstawił wyłącznie 2 pojazdy do realizacji zamówienia, czyli tyle ile wymagane jest przez Zamawiającego do wykonania usługi w części I, bez uwzględnienia pojazdu zastępczego. Pismem z 13.08.2021r. PKS zwracał Zamawiającemu uwagę na powyższe okoliczności, mimo tego jednak K. W. nie wezwano do złożenia wyjaśnień co do wskazanego przez nią czasu podstawienia pojazdu zastępczego. Zgodnie z treścią art. 223 ust. 1 pzp zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych przez nich ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych, uprawnienie do wezwania do wyjaśnień przysługuje zamawiającemu bez względu na tryb. Komentatorzy wskazują, że zarzut naruszenia art. 223 ust.1 ustawy pzp nie może opierać się na zarzucie nieskorzystania przez Zamawiającego ze swych uprawnień, ale na wykazaniu, że ocena oferty została dokonana z naruszeniem prawa polegającym na niewłaściwej ocenie zawartej w niej propozycji, którego można było uniknąć, gdyby zwrócono się o stosowne wyjaśnienia do wykonawcy. Ten sposób rozumienia przepisu potwierdza wyrok ZA przy UZP z 04.07.2003 r., UZP/Z0/0-936/03, w którym uwzględniając odwołanie, stwierdzono: *„Zamawiający może, ale nie musi, z tego uprawnienia skorzystać (...). Jednakże (...) zamawiający winien dochować należytej staranności i zwrócić się o wyjaśnienie treści złożonej oferty (...), jeżeli istnieją ku temu przesłanki”. Zastosowanie instytucji wyjaśnień wymaga zatem wystąpienia po stronie zamawiającego wątpliwości, a ich zaistnienie powinno wynikać z uzasadnionych przesłanek, w szczególności z dowodu przedstawionego przez innego wykonawcę, czy też sytuacji, gdy zamawiający samodzielnie nie jest w stanie ustalić rzeczywistej woli wykonawcy.”* (Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Opublikowano: WKP 2021).

KIO w orzeczeniu z 02.02.2017 r., sygn. akt: KIO 136/17 w zbliżonym stanie faktycznym sprawy wskazała, iż *„wątpliwości jakie zgłaszał Odwołujący co do realności deklarowanego czasu 15 minut powinny być wyjaśnione na etapie poprzedzającym wybór oferty najkorzystniejszej. Zamawiający mając informację od PKS przekazaną mu w piśmie z dnia 19 grudnia 2016 r. nie podjął żadnych kroków formalnych w celu zweryfikowania w jaki sposób, czas ten może być dochowany w sytuacji kiedy siedziba przedsiębiorstwa oddalona jest o ponad 20 km od miejsca, w którym realizowany będzie transport. Dodatkową podstawą wątpliwości może być fakt, iż Odwołujący mający o połowę krótszą odległość do siedziby Zamawiającego zadeklarował czas 30 minut na podstawienie pojazdu zastępczego. Wyjaśnienia składane przez wykonawcę WTP dopiero na etapie postępowania odwoławczego, zasadniczo nie wpływają na ocenę działań Zamawiającego, który nie podejmował kroków formalnych, a decyzję w sprawie przyznania punktów podjął nie znając*

okoliczności wskazywanych dopiero w przystąpieniu do postępowania odwoławczego. Należy zauważyć, iż taką postawą Zamawiający utrudnia wykonawcom skorzystanie z środków ochrony prawnej, gdyż dopiero na rozprawie mogą poznać istotne okoliczności, o których wiedza na wcześniejszym etapie mogłaby decydować o zasadności stawianych zarzutów.”

Zamawiający nie wzywając Wykonawcy K. W. do złożenia wyjaśnień w zakresie jej oświadczenia złożonego w ofercie co do czasu podstawienia pojazdu zastępczego bezkrytycznie przyjął, że ma ona możliwość podstawienia autobusu zastępczego w 29 minut, podczas gdy rzetelne i miarodajne wyliczenia przedstawione przez Odwołującego w piśmie z 13.08.2021r. jednoznacznie wskazują na brak takich możliwości tego wykonawcy. W tej sytuacji oświadczenie Wykonawcy K. W. zawarte w ofercie w odniesieniu do powyższego kryterium pozacenowego należy potraktować jako ofertę z maksymalnym czasem podstawienia autobusu zastępczego, a zatem zasługującą na 10 pkt. Odwołujący podziela pogląd zaprezentowany przez KIO w wyroku z 14.10.2020r., sygn. akt KIO 1615/20: *„sankcją negatywnej oceny oferty w ramach ustalonego kryterium nie jest wyeliminowanie wykonawcy z postępowania poprzez odrzucenie jego oferty, lecz nieprzyznanie mu punktów lub przyznanie ich mniejszej ilości. Oceny ofert dokonuje się w celu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert nie podlegających odrzuceniu. W ramach kryterium oceny ofert zamawiający może postawić względem ofert wymagania wyższe niż minimalne, jak i uprawniony jest do dokonania rygorystycznej oceny spełnienia tych wymagań.”*. Uwzględnienie powyższego zarzutu powinno prowadzić do następujących rezultatów w zakresie punktacji: PKS: 51,11 pkt (cena) + 40 pkt (czas podstawienia autobusu zastępczego) = 91,11 pkt. K. TURIST: 60 pkt (cena) + 10 pkt (czas podstawienia autobusu zastępczego) = 70 pkt. Błędna ocena oferty K. TURIST doprowadziła do wyboru wykonawcy w sposób sprzeczny z przepisami ustawy. Zamawiający naruszył art. 223 ust. 1 pzp, nie sprawdzał bowiem wysoce wątpliwych informacji przedstawianych przez K. W..

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że działanie K. W. można traktować jako czyn nieuczciwej konkurencji, co z kolei uzasadniałoby odrzucenie oferty przez Zamawiającego na podstawie 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp. Wskazał, że zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 1993 r. Nr 47, poz. 211ze zm.) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W ocenie Odwołującego, biorąc pod uwagę przedmiot niniejszego zamówienia, działanie wykonawcy polegające na zaoferowaniu czasu podstawienia pojazdu zastępczego w ciągu 29 minut, ma znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Działanie Wykonawcy nie daje się logicznie wytłumaczyć niczym innym, jak tylko zamiarem sztucznego zawyżenia punktacji, którą K. W. spodziewała się uzyskać w kryterium "Czas podstawienia pojazdu zastępczego". Zasady wiedzy i doświadczenia życiowego nakazują przyjąć, iż podstawienie pojazdu zastępczego w okresie 29 minut na trasie przejazdu pojazdów do 143 km jest nierealne. Zdaniem Odwołującego K. W. musiała mieć świadomość, że zaoferowanie czasu na podstawienie pojazdu zastępczego jest oderwane od realiów przedmiotowego zamówienia, w przypadku kiedy siedziba jej działalności mieści się 143 km od miejsca realizacji zamówienia oraz w sytuacji w której w rejonie Białosłiwia nie ma ona trzeciego zastępczego autobusu, z którego mogłaby skorzystać w przypadku awarii innego pojazdu. W tym zakresie działania K. W. nie będą wiązać się w rzeczywistości z możliwością wykonywania świadczeń w tak określonym czasie. Można bowiem stwierdzić z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością, że już tylko czas potrzebny na przygotowanie kierowcy do przejazdu, uruchomienie pojazdu, sprawdzenie przynajmniej pobieżne stanu bezpieczeństwa, wyczerpie połowę czasu wskazanego przez wykonawcę, nie mówiąc już o czasie dojazdu na miejsce. Należy zaznaczyć, że pojazdy mają służyć do przewozu dzieci i winny spełniać odpowiednie standardy bezpieczeństwa. Celem takiego działania nie było konkurowanie rzetelną ofertą, złożoną w zgodzie z dobrymi obyczajami, lecz dążenie do uzyskania przewagi nad innymi wykonawcami. Takiemu zachowaniu Zamawiający zobowiązany jest przeciwdziałać, odrzucając ofertę. Przepis art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Czyn nieuczciwej konkurencji to nie tylko zachowanie niezgodne z prawem, czy warunkami postępowania o udzielenie zamówienia, ale także takie zachowanie wykonawcy, która podlega nagannej ocenie moralnej z punktu widzenia klauzuli generalnej jakimi są dobre obyczaje. Generalnie dobre obyczaje powinny wyrażać się w szacunku dla drugiej strony, uczciwości, rzetelności, zaufaniu, lojalności, szczerości, fachowości, poszanowaniu godności, prywatności, interesów drugiej strony czy niewprowadzaniu w błąd. Tym zasadom wykonawca uchybił deklarując nierealny czas podstawienia pojazdu zastępczego na trasie przejazdu autobusów szkolnych (wyrok z 09.03.2021r. KIO, sygn. akt 338/21). Biorąc powyższe pod uwagę, należy stwierdzić, że Zamawiający winien odrzucić ofertę wykonawcy K. W. prowadzącej działalność pod nazwą K. TURIST na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp. Reasumując, w ocenie odwołującego oferta drugiego wykonawcy podlegała odrzuceniu, skoro jednak Zamawiający nie widział do tego podstaw, winien był wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Zaniechanie wezwania doprowadziło do niewłaściwej oceny oferty w świetle kryterium pozacenowego, a w konsekwencji do jej wyboru jako najkorzystniejszej, choć faktycznie taką nie była.

Zamawiający w dniu 26.08.2021 r. (za pomocą platformy zakupowej: <https://platformazakupowa.pl/pn/bialosliwie>) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenie przystąpienia nie miało miejsca.

W dniu 17.09.2021 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o:

- 1) odrzucenie odwołania w zakresie części II zamówienia z uwagi na brak złożenia oferty na część II zamówienia;
- 2) oddalenie odwołania w pozostałym zakresie, a w przypadku nieuwzględnienia pkt 1, oddalenie odwołania w całości;
- 3) zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł.

W zakresie postępowania dowodowego wnosił o:

- 1) przeprowadzenie dowodu z dokumentu SWZ na okoliczność, iż wykonawcy nie byli zobowiązani do przedłożenia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku podstawienia autobusu zastępczego w ciągu określonego przez siebie czasu;
- 2) przeprowadzenie dowodu z dokumentu SWZ i oferty wykonawcy złożonej przez K. W. prowadzącej działalność gospodarczą pn. K. TURIST K. W. na okoliczność, iż wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego składając ofertę zawierającą oświadczenie w zakresie zobowiązania do podstawienia autobusu zastępczego w czasie 29 minut.

Zamawiający otrzymał kopię odwołania i zapoznał się z zarzutami Odwołującego. Po pierwsze odwołanie zostało wniesione zarówno w zakresie zamówienia publicznego części I jak i części II, przy czym odwołujący złożył ofertę jedynie w zakresie części I zamówienia. Zatem odwołanie w obejmujące część II winno zostać odrzucone, gdyż Odwołujący w tym zakresie zamówienia nie jest Wykonawcą, jak również nie miał i nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia. Ponadto w tym zakresie odwołanie nie spełnia wymogów formalnych określonych w art. 516 ust. 1 pkt 8-10 pzp.

Odnosząc się do dalszej części odwołania, Zamawiający podnosi, iż zarzuty zawarte w treści odwołania są nieuzasadnione, stąd odwołanie powinno zostać oddalone. Odnosząc się do podniesionego przez Odwołującego zarzutu w postaci naruszenia prawa polegającym na niewłaściwej ocenie oferty w zakresie spełnienia warunku dotyczącego czasu podstawienia autobusu zastępczego. Odwołujący wskazuje, że odległość pomiędzy siedzibą wykonawcy (Ślesin w powiecie Ślesińskim w woj. Wielkopolskim), a miejscem wykonywania

zamówienia (gmina Białośliwie) jest 143 km. Wykonawca ten zobowiązał się do podstawienia autobusu zastępczego w czasie 29 minut, natomiast Odwołujący, którego siedziba oddalona jest o 26 km wskazał czas 30 minut. Odwołujący jako argumenty dokonuje porównania odległości i podnosi, iż dysponuje 7 autobusami, które realizują dowozy w sąsiednich gminach. Zamawiający zaprzecza wywodom Odwołującego, albowiem podniesiona argumentacja jest niezasadna. Po pierwsze wykonawca K. TURIST K. W. jest podmiotem działającym w branży komunikacyjnej od 30 lat, w tym także realizującym zamówienia publiczne dowozów dzieci do szkół, a zatem posiadającym duże doświadczenie. Ponadto jest przedsiębiorcą zaliczanym do średnich przedsiębiorstw i dysponuje bardzo dobrą bazą autobusową. Skoro zatem do realizacji niniejszego zamówienia zostały wskazane dwa autobusy, to jeżeli jeden z autobusów uległby awarii, wykonawca może podstawić drugi autobus. Podnieść także należy, że realizacja zamówienia odbywa się przez kilka godzin dziennie, a zatem wykonawca daje do dyspozycji do wykonania zamówienia dwa autobusy przez cały dzień przez 5 dni w tygodniu. Ze względu na odległość, o której mowa powyżej, nie istnieje fizyczna możliwość, aby autobusy te mogły wracać do bazy - siedziby wykonawcy, gdyż trasa ta w obie strony zajęłaby przynajmniej 4 godziny dziennie, co uniemożliwiłoby wykonanie zamówienia ze względu na rozkład jazdy dowozów. Z doświadczenia życiowego i logiki należy wywodzić, iż wykonawca jest w stanie podstawić autobus zastępczy w ciągu 29 minut, skoro autobusy te będą jeździły "łącznie po terenie gminy Białośliwie. Kolejnym jeszcze istotnym argumentem przeczącym zarzutom Odwołującego są zapisy projektowanych postanowień umowy dotyczące kar za nienależyte wykonanie umowy. Zgodnie z § 6 ust. 2 lit. d projektowanych postanowień umowy, wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w przypadku niepodstawienia w zadeklarowanym czasie transportu zastępczego, gdy nastąpi awaria autobusu - w wysokości 1.000 zł za każde zdarzenie. Przewidziana przez Zamawiającego kara jest zatem dotkliwa wobec przewidywanych wysokości comiesięcznych faktur oscylujących ok. 14.000 zł. Wykonawca składając ofertę i zobowiązując się do podstawienia autobusu zastępczego w ciągu 29 minut, miał zatem świadomość konsekwencji nie wykonania tego zobowiązania. Zgodnie z art. 65 Kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności w jakich zostały złożone zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje. Przepis ten należy więc odnieść zarówno do interpretacji oświadczenia woli, jakie wynika z treści postanowień SWZ, jak i pozostającego w związku z tym oświadczenie woli, jakim jest oferta wykonawcy, która to stanowi reakcję na te postanowienia. Metody wykładni oświadczenia woli są stosowane w zależności od ustalonych kryteriów. Według A. Janiaka chodzi tu o ustalenie, czy wartością preferowaną będzie: 1) intencja podmiotu składającego takie oświadczenie, czy 2) zaufanie,

jakie złożone oświadczenie woli budzi u innych osób. W doktrynie wyróżnia się kilka metod wykładni oświadczeń woli: 1) subiektywno - indywidualną, która opiera się na preferencji wykładni zgodnej z rzeczywistą (psychologiczną) wolą osoby składającej oświadczenie woli; 2) obiektywną (normatywną), która akcentuje punkt widzenia (zdolność percepcyjną) odbiorcy oświadczenia woli i nakazuje przyjąć takie znaczenie oświadczenia woli, jakie mógł mu obiektywnie przypisać odbiorca, oraz 3) kombinowaną (mieszaną), uwzględniającą obie wspomniane wartości (A. Janiak [w:] Kodeks cywilny..., t. 1, red. A. Kidyba, 2012, kom. do art. 65, nt 6). Natomiast katalog czynników zewnętrznych wpływających na wykładnię oświadczenia woli jest otwarty, gdyż trudno ustalić hierarchię takich okoliczności. Tytułem przykładu P. Sobolewski, wskazuje na: 1) dotychczasowe stosunki między składającym oświadczenie a adresatem (np. jeżeli składający oświadczenie i adresat pozostawali we wcześniejszych stosunkach prawnych, to mogą one stanowić wskazówkę, jak rozumieć oświadczenia woli); 2) status prawny osób składających oświadczenia woli — przedsiębiorcy czy konsumenci; 3) negocjacje — jeżeli złożenie oświadczenia woli poprzedzały negocjacje, można zbadać ich przebieg w celu rekonstrukcji zamiaru uczestników; 4) faktyczne postępowanie osoby składającej oświadczenie woli, także po złożeniu oświadczenia (np. działania podejmowane w celu realizacji umowy); 5) cel stosunku prawnego, dla nawiązania którego złożone zostały oświadczenia woli (P. Sobolewski [w:] Kodeks cywilny..., t. 1, red. K. Osajda, 2017, kom. do art. 65, nt 4).

Na marginesie dodał, że Zamawiający udzielił wykonawcy zamówienia z wolnej ręki na miesiąc wrzesień z uwagi na konieczność realizacji obowiązku ustawowego dowozu dzieci do szkoły. Wykonawca realizując zadanie przeznaczył do dyspozycji tego zamówienia trzy autobusy stacjonujące na terenie gminy Białośliwie przez siedem dni w tygodniu, z czego dwa autobusy kursują wg rozkładu jazdy wg potrzeb Zamawiającego, a jeden stacjonuje jako dodatkowy w razie awarii. Okoliczności te potwierdzają, że wykonawca jest w stanie wywiązać się z zaoferowanych warunków realizacji zamówienia. Na tle art. 65 należy przyjąć kombinowaną metodę wykładni, opartą na kryteriach subiektywnym i obiektywnym. Stosowanie kombinowanej metody wykładni do czynności prawnych *inter vivos* obejmuje dwie fazy. W pierwszej fazie sens oświadczenia woli ustala się, mając na uwadze rzeczywiste ukonstytuowanie się znaczenia między stronami. Oznacza to, że uznaje się za wiążący sens oświadczenia woli, w jakim zrozumiała go zarówno osoba składająca, jak i odbierająca to oświadczenie. Decydująca jest zatem rzeczywista wola stron (wyrok SN z 20.09.2007 r., II CSK 244/07, LEX nr 487508).

Dokonując analizy postanowień SWZ jak i oświadczeń woli zawartych w złożonej ofercie wykonawcy K. TURIST K. W., Zamawiający nie miał wątpliwości co do spełnienia ww.

warunku przez Wykonawcę, dlatego nie uznał za zasadne wzywanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w oparciu o art. 223 Pzp.

W świetle powyższych okoliczności uznał, że czynność wyboru wykonawcy została przez Zamawiającego podjęta zgodnie z obowiązującymi przepisami. Przyjęte przez Zamawiającego stanowisko potwierdza to także linia orzecnicza KIO jak np. Wyrok KIO z 25.05.2020 r., sygn. akt: KIO 457/20 /Zgodnie z p.z.p. warunek się "nie udowadnia", tylko "wykazuje" (art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p.). Podkreślenia wymaga, że "dowodu" wymaga się jedynie na potwierdzenie faktu należytego wykonania usługi wymienionej w wykazie (por. § 2 ust. 4 pkt 3 rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, Dz. U. z 2016 r. poz. 1126 z późn. zm.)/ Zgodnie z najnowszymi poglądami teoretyków prawa, co znajduje odzwierciedlenie w poglądach sądów, w tym Sądu Najwyższego, wykładnia językowa, nawet w sytuacji gdy interpretowane sformułowanie jest jasne, nie jest jedyną, która powinna prowadzić do odczytywania znaczenia norm prawnych. Reguły dotyczące wykładni norm prawnych można stosować również do interpretacji postanowień SIWZ. Jak wynika z ww. poglądów, obecnie odchodzi się od akcentowanego we wcześniejszym okresie prymatu wykładni literalnej, czego wyrazem było stwierdzenie, że to co jasne, nie podlega interpretacji "clara non sunt interpretanda". Obecnie w teorii prawa, znajdującej poparcie w coraz częstszych orzeczeniach sądów, w tym Sądu Najwyższego, przyjmuje się, że interpretacji podlega wszystko, w tym również pojęcia jasne, w myśl zasady "wszystko podlega interpretacji" - "omnia sunt interpretanda"./.

Wyrok KIO z 24.06.2020 r., sygn. akt: KIO 1177/20 /Na zamawiającym ciąży obowiązek zapewnienia, aby określone przez niego warunki pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego "konania zamówienia. Przy czym zamawiający, formułując swoje wymagania, winien to uczynić w sposób jasny i precyzyjny, tak, aby wykonawcy weryfikujący czy są w stanie spełnić warunki i złożyć ofertę w postępowaniu, nie mieli trudności z odczytaniem wymogów zamawiającego, a także, aby na etapie badania i oceny ofert ograniczyć pole ewentualnych niejasności i nieporozumień. Potrzeba wezwania do wyjaśnienia albo do uzupełnienia Wykazu, zachodzi "łącznie wtedy, gdy w świetle wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ co do zakresu środków dowodowych służących weryfikacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający samodzielnie czy też w wyniku informacji przekazanych przez innych wykonawców ma obiektywne wątpliwość co do spełnienia wymogów określonych w warunku czy kryteriów oceny ofert. To od zamawiającego, o czym przesądza treść dokumentacji postępowania, zależy jakie warunki udziału w postępowaniu i kryteria oceny ofert i za pomocą jakich

środków dowodowych (w tym dokumentów i oświadczeń składanych w postępowaniu), winien wykazać wykonawca./

Wyrok KIO z 17.10.2019 r., sygn. akt: KIO 1965/18 /Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy odrzucić interpretacje oparte na intencjach, dorozumianym znaczeniu w obliczu danej sprawy o udzielenie zamówienia publicznego czy założeniach czynionych na potrzeby oceny. Podanie informacji niezgodnych z rzeczywistością odpowiada podaniu informacji nieprawdziwych, chodzi tym samym o obiektywną niezgodność treści podanego oświadczenia z rzeczywistością. Informacje podawane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowią oświadczenia wiedzy składane w sposób celowy, stanowią odpowiedź na ukształtowane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWIZ warunki udziału w postępowaniu, dlatego też muszą być rozpatrywane w pryzmacie staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie oraz zawodowego charakteru prowadzonej działalności przez wykonawców./.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert w cz. I, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szanse na uzyskanie zamówienia w cz. I.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 NPzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w wersji elektronicznej, w tym w szczególności treści postanowień SWZ, wzoru umowy dla cz. I (Załącznik nr 7 do SWZ), oferty Wykonawcy K. TURIST K. W. oraz oferty Odwołującego w zakresie złożonych oświadczeń co do "Czas podstawienia pojazdu

zastępczego", pisma Odwołującego z 13.08.2021 r., protokołu z posiedzenia Komisji Przetargowej w dniu 09.08.2021 r. oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej w cz. I z 20.08.2021 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie oraz odpowiedź na odwołanie, a nadto stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu pierwszego.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1. art. 223 ust. 1 NPzp poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień K. W. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą K. TURIST z siedzibą w Ślesinie w zakresie kryterium dotyczącego czasu podstawienia pojazdu zastępczego, w sytuacji w której Odwołujący wskazywał Zamawiającemu na wątpliwości w zakresie możliwości realizacji zamówienia co do czasu podstawienia w ciągu 29 minut pojazdu zastępczego, w sposób opisany w piśmie Odwołującego z 13.08.2021r.,
2. art. 226 ust. 1 pkt 7 NPzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy K. TURIST, której oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, pomimo tego, że wskazany przez nią czas podstawienia pojazdu zastępczego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie. Skład orzekający Izby stwierdził, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalności określonych zaniechań ze strony Zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie, celem uniknięcia nieporozumień, Izba podkreśla, że Odwołujący na rozprawie złożył jednoznaczne oświadczenie do protokołu, zgodnie z którym odwołanie dotyczy tylko i wyłącznie cz. I. W konsekwencji treść sentencji wyroku należy odnieść tylko i wyłącznie odnośnie cz. I. Dodatkowo Izba wskazuje, że Odwołujący w dniu 13.08.2021 r. wystosował do Zamawiającego pismo zgodnie z którym: „PKS Spółka z o.o. w Pile w dniu 03.08.2021 r. wzięło udział w roli oferenta – Wykonawcy w postępowaniu „Dowóz dzieci do szkół w roku szkolnym 2021/2022)” (nr postępowania nadany przez zamawiającego: RR.271.5.2021) w zakresie części I. W postępowaniu w części I złożono dwie oferty, których ocena będzie dokonana pod kątem dwóch kryteriów:

Kryteria Waga

Cena 60 %

Czas podstawienia autobusu zastępczego w minutach 40 %

Punkty za kryterium „czas podstawienia autobusu zastępczego” przyznane są w następujący sposób:

- czas podstawienia autobusu zastępczego do 30 minut – 40 pkt,
- czas podstawienia autobusu zastępczego od 31 do 45 minut - 10 pkt
- w sytuacji, gdy wykonawca nie wskaże w ofercie czasu podstawienia pojazdu zastępczego, oferta taka zostanie uznana za ofertę z maksymalnym czasem podstawienia autobusu zastępczego tj. 45 minut i w tym przypadku Wykonawca otrzyma 10 pkt.

W ofercie złożonej przez firmę K. TURIST K. W. Piotrkowice 22A, 62-561 Ślesin określono czas podstawienia autobusu zastępczego w minutach w ilości: 29 minut.

Uwzględniając lokalizację firmy i bazy autobusowej K. TURIST K. W., czyli miejscowość Piotrkowice, uważamy, że podana wartość jest nierealna do osiągnięcia.

Badanie oferty Wykonawcy K. Turist K. W. wykazało, że Wykonawca ten nie powoływał się na korzystanie z zasobów innego podmiotu ani wspólnie nie ubiegał się o udzielenie zamówienia. W wykazie pojazdów przesłanym na wezwanie Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych z dnia 10.08.2021 r. Wykonawca przedstawił wyłącznie 2 pojazdy do realizacji zamówienia, czyli tyle, ile wymagane jest przez Zamawiającego do wykonania usługi, bez uwzględnienia pojazdu zastępczego.

Ocena ofert na podstawie kryterium podstawienia pojazdu zastępczego powinna być oparta na możliwości spełnienia tego warunku.

Kalkulacja prędkości, uwzględniająca ofertowy czas podstawienia autobusu zastępczego, na trasie Ślesin - Białośliwie, którą musiałby osiągnąć autobus zastępczy, by zmieścić się w zadeklarowanych 29 minutach wynosi:

Prędkość autobusu zastępczego: $(143 \text{ km [najkrótsza trasa Ślesin - Białośliwie]} * 60 \text{ min}) / 29 \text{ min [zadeklarowany czas podstawienia autobusu zastępczego]} = 296 \text{ km/h}$

Zakładając z kolei średnią prędkość autobusu zastępczego na poziomie 60 km/h podstawianego z bazy Wykonawcy K. Turist, czas podstawienia wyniósłby:

Czas podstawienia autobusu zastępczego: $(143 \text{ km [najkrótsza trasa Ślesin - Białośliwie]} * 60 \text{ min} / 60 \text{ km}) = 143 \text{ minuty}$

Powyższe wyliczenia wskazują że, zadeklarowany czas podstawienia autobusu zastępczego jest nierealny i niemożliwy do uzyskania.

Weryfikowalność pozacenowych kryteriów oceny ofert polega na tym, że już na etapie postępowania o udzielenie zamówienia każde pozacenowe kryterium oceny ofert powinno

być zweryfikowane przez zamawiającego. Tym samym zamawiający nie powinien poprzestawać na oświadczeniu woli wykonawcy zawartym w ofercie, ale je zweryfikować jeszcze przed wyborem najkorzystniejszej oferty. W przeciwnym razie kryterium powinno być uznane za pozorne i jako takie nie należy go stosować.

Powyższe stanowisko podzielił także Sąd Okręgowy w Warszawie wyrokiem z dnia 18 grudnia 2020 r. o sygn. akt XXIII Ga 1350/20, uwzględniającym skargę na wyrok KIO z dnia 9 lipca 2020 r. o sygn. akt KIO 937/20. W ocenie Sądu Okręgowego nie można weryfikować spełniania kryteriów oceny ofert dopiero na etapie realizacji zamówienia, a do tego sprowadza się opis kryterium. Jak wskazał Sąd

Okręgowy: „Sąd stoi na kategoriycznym stanowisku, iż obowiązkiem zamawiającego jest takie określenie kryteriów oceny ofert, aby przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty było możliwe sprawdzenie/zweryfikowanie informacji przedstawionych przez wykonawców”.

Powierzchowne i bezkrytyczne podejście Zamawiającego do oceny ofert może skutkować przypisaniem niewłaściwej ilości punktów, a tym samym błędnym wyborem Wykonawcy.

Wnioskujemy o prawidłowe przypisanie punktacji za kryterium pozacenowe „Czas podstawienia autobusu zastępczego” firmie K. Turist K. W., uwzględniające obiektywne warunki i ww. okoliczności.”. Do dalszych kwestii Izba odniesie się w dalszej części w ramach rozpatrywanych zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Oдноśnie zarzutu pierwszego.

W ocenie Izby, niniejszy zarzut jest zasadny, a w konsekwencji jego uwzględnienia, konieczne jest powtórzenie badania i oceny ofert w cz. I, należy bowiem uznać generalnie wątpliwości Odwołującego wyrażone w odwołaniu, na rozprawie oraz w piśmie Odwołującego z 13.08.2021 r. wystosowanym do Zamawiającego. Jednocześnie wymaga podkreślenia, że Zamawiający dokonał oceny oferty Wykonawcy K. TURIST K. W. nie dysponując żadną wiarygodną wiedzą odnośnie realności zadeklarowanego czasu podstawienia pojazdu zastępczego. Oparł się jedynie na samym oświadczeniu złożonym w ofercie, które to oświadczenie zostało skutecznie podważone przez Odwołującego w odwołaniu, jak i już wcześniej w piśmie z 13.08.2021 r. Okoliczności wskazane w odpowiedzi i na rozprawie, jak i wiedza własna Zamawiającego, pochodząca chociażby z

realizacji kontraktu przejściowego z wolnej ręki mają charakter wtórny i zostały uzyskane poza przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Dokonane przez Zamawiającego ustalenia co do istniejących możliwości realizacyjnych w kontekście docelowego kontraktu Wykonawcy K. TURIST K. W. muszą zostać w sposób miarodajny zweryfikowane. Biorąc pod uwagę zadeklarowany czas podstawienia pojazdu zastępczego i siedzibę Wykonawcy K. TURIST K. W. Zamawiający winien zaistniałe wątpliwości zweryfikować i to w sposób jawny poprzez wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 NPzp do tego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jest to o tyle istotne, że Izba ocenia czynność Zamawiającego na podstawie tych dokumentów jakimi Zamawiający dysponował w toku postępowania przetargowego. (stan rzeczy na dzień podjęcia czynności przez Zamawiającego). Jednocześnie Izba podkreśla, że zgodnie z art. 191 ust. 2 Pzp /obecnie art. 552 ust. 1 NPzp/ wydając wyrok bierze pod uwagę "stan rzeczy ustalony w toku postępowania". Zaś sformułowanie "w toku postępowania" odnosi się do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższego nie zmienia przepis art. 190 ust. 1 zd 2 Pzp / obecnie 534 ust. 1NPzp/, zgodnie z którym strony mogą przedstawiać dowody na poparcie swych twierdzeń do zamknięcia rozprawy. Oznacza to jedynie tyle, że wprowadzone dowody strony mogą składać aż do zamknięcia rozprawy, jednakże mogą one dotyczyć tylko takiego stanu rzeczy, który został ustalony w toku postępowania. W tym zakresie podzielono w pełni stanowisko przedstawione w wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z 08.01.2014 r., sygn. akt: X Ga 652/13.

Izba ponownie podkreśla, że żadna wiedza własna uzyskana poza postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego nie jest istotna, gdyż nie została uzyskana w toku postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, tym bardziej, iż Wykonawca K. TURIST K. W. nie realizował dotychczas tego rodzaju zamówienia u Zamawiającego w latach ubiegłych (co wynikało pośrednio z oświadczenia Zamawiającego złożonego na rozprawie). Wykonawca K. TURIST K. W. winien ustosunkować się do istniejących wątpliwości (zgodnie z sentencją) i wyjaśnić w sposób kompletny i szczegółowy, m.in. jak zamierza sprostać zadeklarowanemu czasowi podstawienia pojazdu zastępczego, gdzie będą bazowały pojazdy realizujące zamówienie, w tym pojazd zastępczy, czy wykonuje podobne zamówienia na terenie sąsiadujących gmin. Pozwoli to Zamawiającemu rzetelnie zweryfikować wskazany w ramach kryterium pozacenowego czasookres. Jednocześnie, Izba przypomina, że wezwanie do wyjaśnień oraz same wyjaśnienia nie są ograniczone zakresem dokumentów wymaganych przez Zamawiającego od Wykonawcy,

tzn. środków dowodowych. Nadto, Wykonawca K. TURIST K. W. celem uniknięcia kolejnego środka ochrony prawnej winna przedstawić wyjaśnienia mające oparcie w dowodach.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie drugiego zarzutu, Izba oddaliła niniejszy zarzut uznając, że na tym etapie ma on charakter przedwczesny, dopiero uzyskane wyjaśnienia pozwolą zweryfikować, czy mamy do czynienia z ofertą stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji, czy też nie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu pierwszego na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a) b) Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Jednocześnie, obciążając kosztami Zamawiającego i nakazując Zamawiającemu dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty 7 500,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu, 3 600,00 zł tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika, 668, 64 zł tytułem dojazd na rozprawę strony, 17,00 zł tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa strony na podstawie dowodu uiszczenia wpisu i złożonych rachunków, uznając że zaistniały podstawy określone w § 7 ust. 5 rozporządzenia wskazanego poniżej do odstąpienia od stosunkowego rozdzielnia kosztów. Jednocześnie w zakresie kosztów, Izba dodatkowo względem tego co przedstawiono poniżej podkreśla, że mimo uwzględnienia jednego zarzutu, ma on charakter kluczowy, gdyż skutkuje koniecznością powtórzenia czynności badania i oceny ofert w cz. I.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień 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 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....