

Warszawa, dnia 9 sierpnia 2022 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

Zamawiający: **Gmina Ośno Lubuskie – Ośrodek Pomocy Społecznej**
ul. Rynek 1, 69-220 Ośno Lubuskie
e-mail: ops@osno.pl
Tel./fax: 95 757 1342/95 757 5209
Strona internetowa prowadzonego postępowania:
<https://platformazakupowa.pl/transakcja/639578>

Odwołujący: **Paweł Rożnowski, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PAWRO Paweł Rożnowski**
zam. w Ośnie Lubuskim (69-220), ul. Mickiewicza 10/8
adres prowadzenia działalności: ul. Piaskowa 6, 69-220 Ośno Lubuskie
PESEL: 87070908979
reprezentowany przez: r.pr. Małgorzatę Gołyńską-Minkiewicz
nr tel.: 505292406
e-mail: mgolynska@turcus.pl

Przedmiot zamówienia: **„Dowóz uczniów z niepełnosprawnością z terenu Gminy Ośno Lubuskie do szkoły w Gorzowie Wlkp. oraz do Specjalnego Ośrodka Szkolno- Wychowawczego w Sulęcinie w terminie od 01.09.2022 do 30.06.2023”, zwane dalej „Postępowaniem”**

Nr ogłoszenia: 2022/BZP 00254526

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 513 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „PZP”, wnoszę w imieniu Odwołującego odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu i zarzuca naruszenie przez Zamawiającego:

1. art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 239 ust. 1 PZP przez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, jako sprzecznej z warunkami zamówienia w sytuacji, gdy jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia i spełnia wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego, co doprowadziło do wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która nie powinna być za taką uznana, oraz naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

2. ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu 1, naruszenie art. 255 pkt 6 PZP w zw. z art. 240 ust. 1 i 2 i art. 99 ust. 1 Ustawy poprzez zaniechanie unieważnienia Postępowania w sytuacji, w której obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, ze względu na niejednoznaczność kryteriów oceny ofert uniemożliwiająca dokonanie porównania i oceny ofert oraz niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia.

Wniosek co do rozstrzygnięcia:

W imieniu Odwołującego wnoszę o uwzględnienie odwołania i zasądzenie kosztów Postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, wg norm przypisanych oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu;
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) dokonanie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- 4) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- 5) ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 1, unieważnienia Postępowania.

Termin:

Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego zostało doręczone 4 sierpnia 2022 r.

Wartość Postępowania jest niższa niż progi unijne określone w art. 3 Ustawy. Pięciodniowy termin wskazany w art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a, upływa w dniu 9 sierpnia 2022 r.

Interes:

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Zaskarżone działania i zaniechania uniemożliwiły Odwołującemu uzyskanie zamówienia. W przypadku braku odrzucenia oferty Odwołującego, jego oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą. W konsekwencji, Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na utracie korzyści związanych z uzyskaniem zamówienia. Odwołujący jest zatem podmiotem uprawnionym do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 Ustawy.

UZASADNIENIE

Zamawiający Gmina Ośno Lubuskie – Ośrodek Pomocy Społecznej naruszył art. 16 pkt 1 i 2 PZP w zw. z naruszeniem art. 226 ust 1 pkt. 5 PZP poprzez niezachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego spośród ofert podlegających ocenie, co doprowadziło do wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która nie powinna zostać za taką uznana, a tym samym naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp.

I. Stan faktyczny

Zamawiający wszczął przedmiotowe Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 14 lipca 2022 roku.

1.1. Wymagania przedmiotowe w SWZ

W Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) Zamawiający określił:

- a) w rozdziale IV ust. 4 PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA „4. Z uwagi na godz. rozpoczęcia zajęć w szkołach w Gorzowie Wlkp. i Sulęcinie istnieje konieczność dowozu dwoma niezależnymi busami (w tym jeden przystosowany do przewozu osób na wózkach inwalidzkich). Szacunkowa ilość kilometrów do przejechania wynosi 85.000 km. Zamawiający zastrzega, że ilość kilometrów może ulec zmniejszeniu bądź zwiększeniu w zależności od obszaru trasy i harmonogramu zajęć”.
- b) w rozdziale IV ust. 7. Wykonawca będzie wykorzystywał do realizacji dowozów własne pojazdy w tym jeden pojazd przystosowany do przewozu osób niepełnosprawnych przeznaczony dla minimum 9 osób (w tym kierowca oraz opiekun) będących w jego dyspozycji. Wykonawca nie może przewozić więcej osób niż liczba miejsc w samochodzie.

1.2. Wymagania podmiotowe w SWZ

- a) w rozdziale IX. 1. W celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunku dotyczącego:
 2. Posiadania zdolności technicznej lub zawodowej:
 - 2) Należy wykazać, że Wykonawca dysponuje samochodami przeznaczonymi na minimum 9 osób (w tym kierowca i opiekun), którymi będzie realizował zamówienie.
- b) w rozdziale XII. WYKAZ PODMIOTOWYCH ŚRODKÓW DOWODOWYCH, SKŁADANYCH PRZEZ WYKONAWCĘ W POSTĘPOWANIU NA WEZWANIE ZAMAWIAJĄCEGO W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU:
Zamawiający, przed wyborem najkorzystniejszej oferty, wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni terminie, aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów:
punkt 6. Dokument potwierdzający, że Wykonawca dysponuje samochodami przeznaczonym na minimum 9 osób (w tym kierowca i opiekun), którymi będzie realizował zamówienie.

1.3. Kryteria oceny ofert

- c) W rozdziale XXII. KRYTERIA OCENY OFERT
Przy wyborze i ocenianiu ofert uznanych za ważne, Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami:
 1. Kryterium Cena C(o)-waga 60%
Cena oferty punktowana będzie według wzoru:
 $C = \text{Cena najtańszej oferty brutto} / \text{cena badanej oferty brutto} \times 100 \text{pkt.} \times 60\%$
Maksymalna ilość punktów jaką może uzyskać Wykonawca w kryterium cena-60 pkt.
 2. Kryterium Wiek samochodu, którym Wykonawca zamierza realizować zamówienie-
W-waga 20%
W niniejszym kryterium punkty będą przyznawane według następujących zasad:
Wykonawca, który zadeklaruje wykonanie przedmiotu zamówienia samochodem nie starszym jak 5 lat uzyska 20 pkt.
Wykonawca, który zadeklaruje wykonanie przedmiotu zamówienia samochodem starszym jak 5 lat, ale nie starszym jak 10 lat uzyska 15 pkt.
Wykonawca, który zadeklaruje wykonanie przedmiotu zamówienia samochodem starszym jak 10 lat uzyska 10 pkt.
Wiek pojazdu należy określić na podstawie roku produkcji.

Maksymalna ilość punktów jaką może uzyskać Wykonawca w kryterium wiek samochodu - 20 pkt.

3. Kryterium Termin płatności faktury -T- waga 20%

W niniejszym kryterium punkty będą przyznawane według następujących zasad

-termin płatności faktury- od 22 do 30 dni- liczba punktów-20 pkt.

-termin płatności faktury od 15 do 21 dni- liczba punktów-10 pkt.

- termin płatności 14 dni-liczba punktów- 0 pkt.

Maksymalna ilość punktów jaką może uzyskać Wykonawca w kryterium termin płatności faktury- 20 pkt

1.4. Wzór formularza ofertowego

Wzór formularza ofertowego określony przez Zamawiającego (Załącznik nr 1 - Oferta na wykonanie zamówienia) koreluje z opisanym powyżej opisem kryteriów oceny ofert i wskazuje na wymaganie wpisania w ofercie wyłącznie wieku jednego samochodu (liczba pojedyncza).

1.5. Wymagania kontraktowe

W załączniku nr 9 Projektowane postanowienia umowy Zamawiający wskazuje w § 1:

PRZEDMIOT UMOWY

1. Przedmiotem umowy jest usługa polegająca na dowozach uczniów niepełnosprawnych, z terenu Gminy Ośno Lubuskie do szkoły w Gorzowie Wlkp. oraz do Specjalnego Ośrodka Szkolno-Wychowawczego w Sulęcinie w miesiącach nauki szkolnej.

2. Do realizacji przedmiotu umowy Wykonawca **zobowiązuje się wykorzystywać samochód zadeklarowany w złożonej ofercie** oraz samochód Zamawiającego.

1.6. Treść oferty Odwołującego

Odwołujący Paweł Rożnowski, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PAWRO Paweł Rożnowski 22 lipca 2022 r. złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu.

Zgodnie z rozdziałem XXII SWZ „Kryteria oceny ofert” oraz ogłoszeniem o zamówieniu w Załącznik nr 1 - Oferta na wykonanie zamówienia wg pierwszego kryterium (Kryterium Cena C(o)-waga 60%) przedstawił cenę brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia 204 714,00 zł, była to cena najniższa wg. informacji z otwarcia ofert.

W swojej ofercie, Odwołujący wskazał „*Wiek samochodu, którym zamierzam realizować zamówienie **wynosi 1 rok,***” co pozwoliło uzyskać wg tego kryterium 20 punktów.

W trzecim kryterium „Termin płatności faktury” w ofercie wskazał termin 22 dni, co również pozwoliło uzyskać 20 punktów.

Ocena oferty dokonana zgodnie z brzmieniem SWZ, w tym kryteriami oceny ofert, wskazuje, że oferta Odwołującego była ofertą najwyżej ocenianą.

1.7. Ocena oferty Odwołującego dokonana przez Zamawiającego

Do wniosku o tym, że oferta Odwołującego jest w Postępowaniu najkorzystniejsza doszedł Zamawiający, gdyż pismem z dnia 25 lipca 2022 roku wezwał Odwołującego do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający nie miał wątpliwości co do zgodności złożonej oferty z zapisami SWZ.

1.8. Ocena dokumentów podmiotowych Odwołującego

Odwołujący zgodnie z otrzymanym wezwaniem złożył komplet wymaganych dokumentów na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia z postępowania oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wypełniając postanowienia SWZ dot. „Posiadania zdolności technicznej lub zawodowej” Odwołujący złożył załącznik nr 10 do SWZ „Wykaz pojazdów” w którym **przedstawił 3 pojazdy którymi będzie dysponował podczas realizacji zamówienia wypełniając tym samym warunki określone przez Zamawiającego w SWZ.**

1 sierpnia 2022 roku Zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonych dokumentów dotyczących dysponowania pojazdami. Przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia nie zostały uwzględnione i ostatecznie oferta została odrzucona jako niezgodna z SWZ na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 PZP.

1.9. Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego

Uzasadnieniem odrzucenia oferty Odwołującego było zgodnie z zawiadomieniem o wyniku postępowania:

„Uzasadnienie prawne: Treść oferty Wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, co stanowi przesłankę do jej odrzucenia stosownie do art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (t. j. Dz. U z 2021 poz. 1129 ze zm.).

Uzasadnienie faktyczne: W formularzu oferty Wykonawca wpisał wiek tylko jednego samochodu, którym zamierza realizować zamówienie, zaś zgodnie z SWZ zamawiający wskazuje, iż zamówienie musi być realizowane dwoma niezależnymi samochodami. W wykazie samochodów wykonawca wpisał trzy samochody w wieku 1, 6, 8 lat. Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o wyjaśnienia w zakresie złożonych dokumentów dotyczących dysponowania pojazdami, którymi Wykonawca będzie wykonywał zamówienie na „Dowóz uczniów z niepełnosprawnością z terenu Gminy Ośno Lubuskie do szkoły w Gorzowie Wlkp. oraz do Specjalnego Ośrodka Szkolno-Wychowawczego w Sulęcinie w terminie od 01.09. 2022 do 30.06.2023” oraz przedłożonego wykazu pojazdów. W toku postępowania Wykonawca nie zgłaszał zamawiającemu wątpliwości co do zapisów SWZ ani nie zwracał się z prośbą o zmianę zapisów. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca wskazał, że w formularzu ofertowym wskazał wiek tylko jednego samochodu - najkorzystniejszego do oceny ofert, którym zamierza realizować zamówienie, a drugi pojazd bądź pozostałe są wskazane w wykazie pojazdów. Wykonawca nie wskazał w ofercie wieku drugiego samochodu, którym zamierza realizować zamówienie. Zamawiający nie mógł dokonać poprawy oferty w oparciu o art. 223 ust. 2, ponieważ poprawienie oczywistej omyłki nie może prowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli. Treść oferty wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, co stanowi przesłankę do jej odrzucenia stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.”

II. Stan prawny

Zamawiający swoim działaniem naruszył art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zgodnie z art. 7 pkt 29 PZP przez pojęcie warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający nie wskazał ani nie udowodnił żadnej z podobnych niezgodności w ofercie Odwołującego.

Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi wtedy, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym dokumentach zamówienia warunkom. W ramach powyższego katalogu mieścić się będzie zatem m.in. sytuacja, kiedy wykonawca oferuje świadczenie, które nie odpowiada wymaganiom określonym w opisie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący tymczasem:

- 1) wpisał w formularzu ofertowym wiek samochodu, którym będzie realizował zamówienie, co było zgodne z wymaganiami SWZ;
- 2) wykazał dysponowanie 3 samochodami (fakt bezsporny) – podczas gdy Zamawiający wymagał realizacji zamówienia za pomocą dwóch samochodów (co zresztą nie znalazło odzwierciedlenia ani w umowie, ani w kryteriach oceny ofert).

Zadaniem Zamawiającego jest wykazać niezgodność świadczenia z konkretnymi wymogami wynikającymi z SWZ czemu Zamawiający nie podołał.

Oferta Odwołującego była zgodna z określonymi wymaganiami dotyczącymi kryteriów oceny ofert, gdzie należało wskazać wiek samochodu, mowa jest o samochodzie nie o samochodach (liczba pojedyncza). Odwołujący zastosował się również do wzoru oferty załączonego do SWZ, w którym również nie było miejsca na wskazanie wieku więcej niż jednego samochodu.

W opisie kryteriów jakimi będzie się kierował Zamawiający mowa jest o wieku samochodu. Odwołujący wskazał w swojej ofercie wybrany samochód, którym będzie dysponował w trakcie realizacji zamówienia. SWZ nie zawierała żadnych wskazówek co do tego, który z samochodów należy wybrać w celu wpisania do oferty. Odwołujący wskazał zatem wybrany pojazd, który będzie wykorzystywany do realizacji zamówienia.

Należy podkreślić, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, na dowód czego przedstawił wykaz pojazdów wraz z wymaganymi przez Zamawiającego dokumentami. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego ujawnił brak zrozumienia podstaw odrzucenia oferty i oceny warunków udziału w postępowaniu. Wymaganie dotyczące liczby pojazdów zgodnie z postanowieniami SWZ powinno być bowiem traktowane jako element oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu (które Odwołujący spełnił), nie zaś oceny oferty.

Odwołujący uznał, że w ramach kryteriów oceny ofert oceniany jest pojazd wskazany przez wykonawcę w jego ofercie. Pojazd ten będzie wykorzystywany do realizacji zamówienia (zgodnie z wskazanym w pkt 1.5 powyżej wymaganiem kontraktowym). Liczba wymaganych

pojazdów oceniana była natomiast przez Zamawiającego w ramach warunków udziału w postępowaniu.

Jeżeli Zamawiający zamierzał natomiast dokonać oceny więcej niż jednego samochodu w ramach kryteriów oceny ofert (czego Odwołujący nie mógł odczytać na podstawie postanowień SWZ), powinien taki sposób oceny opisać w SWZ. Nie jest obowiązkiem wykonawcy składanie wniosków o wyjaśnienie treści SWZ, a tym bardziej nie jest możliwe przerzucanie na wykonawcę konsekwencji niewskazania wymagań Zamawiającego w dokumentacji zamówienia.

Co jest bezsporne, „to na Zamawiającym spoczywa obowiązek wyjaśnienia przyczyn, które zdecydowały o odrzuceniu oferty, czy też wykluczeniu wykonawcy z postępowania. To Zamawiający, a nie wykonawcy podejmują czynności w postępowaniu, a zatem nie można przerzucać na wykonawców odpowiedzialności za uchybienia leżące po stronie Zamawiającego (wyrok z dnia 14 kwietnia 2015 r., sygn. akt: KIO 652/15).

Nierówne traktowanie wykonawców przejawia się też w tym, że jedynie przypadkowo najkorzystniejszy z wykonawców posiada dwa samochody w tym samym wieku (co wynika z przedłożonego na wezwanie wykazu pojazdów – 2018 rok). Tymczasem w ofercie oświadczył, że dysponuje jednym samochodem w wieku 4 lat. Podzielenie argumentacji Zamawiającego wskazywałoby na to, że również oferta najkorzystniejszego wykonawcy powinna zostać odrzucona jako niezgodna z SWZ.

Dodatkowo, w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający wskazuje, że: „Zamawiający nie mógł dokonać poprawy oferty w oparciu o art. 223 ust. 2, ponieważ poprawienie oczywistej omyłki nie może prowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli”. Zamawiający w żaden sposób nie udowodnił zaistnienia w sprawie oczywistej omyłki, nie powołał się również na tzw. inną omyłkę. Odwołujący nie wie zatem, na czym taka omyłka miałaby polegać.

III. Zarzut ewentualny (zarzut nr 2)

W przypadku, w którym zarzut nr 1 okazałby się niezasadny, Odwołujący wskazuje, że opis kryteriów oceny ofert nie zawiera żadnych wskazówek co do sposobu oceny wskazania w ofercie więcej niż jednego samochodu. W przypadku wskazania różnego wieku samochodów lub wskazania więcej niż jednego samochodu, Zamawiający nie jest w stanie ocenić takiej oferty. Jeśli Zamawiający zamierzał dokonać oceny więcej niż jednego samochodu wskazanego w ofercie, powinien w odpowiedni sposób sformułować opis kryteriów oceny ofert. Co więcej, treść projektowanych postanowień umowy wskazuje na rozbieżność w zakresie intencji Zamawiającego i faktycznych działań i zaniechań dokonanych w Postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 PZP.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z art. 16 PZP. Nie jest zgodne z przepisami PZP udzielenie zamówienia wykonawcy, który wybrany został w ramach procedury dotkniętej wadą, polegającą na niezachowaniu w postępowaniu przestrzegania zgodności z zasadami naczelnymi PZP, wyrażonymi w art. 16 PZP, a więc zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i zasadą przejrzystości i proporcjonalności. Brak spójności i konsekwencji w zapisach SWZ powoduje, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Z poważaniem

r.pr. Małgorzata Gołyńska-Minkiewicz

Załączniki:

1. CEIDG Odwołującego
2. kopia pełnomocnictwa
3. dowód uiszczenia wpisu
4. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu