

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 24 czerwca 2020 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń od wyników kontroli doraźnej zgłoszonych pismem z dnia 26 maja 2020 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Gminę Sońsk dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 18 maja 2020 roku w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Dowożenie dzieci do szkół w Gminie Sońsk w latach 2019 – 2020”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Monika Kawa - Ogorzałek

wyraża następującą opinię:

1. nie uwzględnia zastrzeżeń zamawiającego w zakresie naruszeń wykazanych w pkt 1 Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 18 maja 2020 r.
2. uwzględnia zastrzeżenia Zamawiającego w zakresie naruszenia wykazanego w pkt 4 Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 18 maja 2020 r.

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Sońsk - przeprowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dowożenie dzieci do szkół w Gminie Sońsk w latach 2019 – 2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 11 lipca 2019 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 572818-N-2019.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, dalej jako: „Prezes Urzędu” albo „kontrolujący”, przeprowadził kontrolę postępowania, w której stwierdził następujące naruszenia przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych, dalej jako: „ustawa” albo „Pzp”:

1. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp - opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący przez pominięcie w opisie przedmiotu zamówienia tras przejazdu autobusów dowożących dzieci do szkół oraz liczby dzieci na poszczególnych trasach lub wskazania minimalnej liczby miejsc siedzących w autobusach, co uniemożliwiło skalkulowanie ceny ofertowej przez innych wykonawców potencjalnie zainteresowanych zamówieniem, a mogło faworyzować dotychczasowego przewoźnika;

2. art. 25 ust. 1 Pzp przez żądanie złożenia wykazu środków transportu niezbędnych do wykonania zamówienia zawierającego liczbę miejsc w każdym z nich, bez sprecyzowania warunku udziału w postępowaniu w zakresie liczby miejsc siedzących, jaką zamawiający uzna za odpowiadającą liczbie przewożonych dzieci na poszczególnych trasach;

3. art. 25 ust. 1 Pzp przez żądanie dokumentów, które nie były niezbędne do przeprowadzenia postępowania w związku z nieokreśleniem podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp;

4. art. 86 ust. 5 Pzp przez zamieszczenie na stronie internetowej informacji z otwarcia ofert 4 dni po dniu otwarcia ofert.

Kontrolujący uzasadniał zarzuty naruszenia przepisów ustawy w następujący sposób:

Ad. 1. Zamawiający w rozdziale 3 SIWZ („Opis przedmiotu zamówienia”) ustalił, że:

„4) Przedmiot zamówienia obejmuje świadczenie usług przewozowych autobusami w celu dowiezienia dzieci z miejsca zamieszkania do: Szkoły Podstawowej w Sońsku, Szkoły Podstawowej w Gąsocinie, Szkoły Podstawowej w Bądkowie oraz Gminnego Przedszkola w Sońsku i Gminnego Przedszkola w Gąsocinie i z powrotem ze szkoły do miejsca zamieszkania ucznia zgodnie z trasami określonymi w niniejszej SIWZ. (...).

8) Autobusy muszą posiadać wystarczającą liczbę miejsc na określonej trasie. (...).

12) Wielkość zamówienia: dzienna liczba kilometrów wynikająca z sumy poszczególnych tras - około 400 km; orientacyjna liczba dzieci dowożonych - około 256 dzieci (ilość uczniów dowożonych może w trakcie obowiązywania umowy ulec nieznacznym wahaniom). Wykonawca przedstawi cenę za bilety miesięczne i w oparciu o powyższe dane wyliczy wartość zamówienia.

13) Wykonawca musi dysponować odpowiednią ilością pojazdów do przewiezienia ilości osób wskazanych w niniejszej SIWZ - minimum 4 autobusy o liczbie miejsc siedzących odpowiadającej liczbie przewożonych dzieci na poszczególnych trasach. (...).

17) Trasy zostaną uzgodnione w porozumieniu Zamawiającego z Wykonawcą."

Prezes Urzędu powołał, że w wyjaśnieniach zamawiający wskazał, że jego intencją było dopuszczenie do udziału w postępowaniu jak najszerszego kręgu wykonawców, w związku z czym dopuścił możliwość ewentualnych modyfikacji tras autobusowych. Dane zawarte w SIWZ w ocenie zamawiającego pozwalały na ocenę możliwości wypełnienia warunków realizacji zamówienia. Sposób określenia tras przejazdu autobusów zależał natomiast od taboru zaoferowanego przez wykonawcę taboru i zamawiający pozostawił tę kwestię uznaniu wykonawców. Zamawiający wskazał, iż nie mógł w opisie przedmiotu zamówienia podać minimalnej liczby miejsc, jaką powinny mieć autobusy. Dokładna liczba dzieci na danej trasie będzie znana po ustaleniu tras. Brak wskazania konkretnych tras oraz brak wymogu posiadania przez autobusy określonej liczby miejsc siedzących sprzyjał zwiększeniu konkurencji, ponieważ oferty mogli złożyć również wykonawcy posiadający autobusy o mniejszej liczbie miejsc siedzących.

W ocenie kontrolującego, informacje dotyczące przedmiotu zamówienia były niewystarczające do rzetelnego skalkulowania ceny oferty, a wyjaśnienia zamawiającego złożone w tym zakresie nieprzekonujące i wewnętrznie sprzeczne. Zauważył bowiem, że skoro trasy przejazdu autobusów miały być uzgadniane przez wykonawcę z zamawiającym dopiero po udzieleniu zamówienia, to wykonawca składając ofertę nie mógł posiadać ani wiedzy, ani swobody decyzyjnej co do sposobu określenia tras przejazdu autobusów. W konsekwencji nie mógł on również na tym etapie zdecydować, iloma (poza tym, że zgodnie z wymaganiami zamawiającego minimum czterema) ani jakimi (tj. o jakiej liczbie miejsc siedzących) autobusami będzie mógł wykonywać usługi przewozu, tak aby zadośćuczynić określone w rozdz. 3 pkt 8 SIWZ wymaganiu posiadania przez autobusy „wystarczającej liczby miejsc na określonej trasie”.

Prezes Urzędu stwierdził, że opis przedmiotu zamówienia został przez zamawiającego sporządzony w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a także naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Jedynym bowiem wykonawcą, dla którego fakt nie podania przez zamawiającego przewidywanych tras przejazdu autobusów oraz przewidywanej liczby dzieci na poszczególnych trasach mógł nie wpływać negatywnie na

możliwość sporządzenia oferty, był - z racji nabytego w tym zakresie praktycznego doświadczenia - wykonawca dotychczas realizujący tę usługę. Podkreślił, że opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać w jednakowym stopniu sporządzenie oferty przez wszystkich wykonawców, zarówno posiadających praktyczne doświadczenie w realizacji danej usługi, jak nie posiadających takiego doświadczenia. Informacje „brzegowe” podane przez zamawiającego (dzienna liczba kilometrów wynikająca z sumy poszczególnych tras, orientacyjna łączna liczba dzieci, nazwy placówek, minimalna liczba autobusów) były wprawdzie przydatne, ale jednocześnie niewystarczające, aby możliwe było ustalenie na ich podstawie, iloma i jakiej wielkości autobusami powinien dysponować wykonawca, żeby zapewnić „wystarczającą liczbę miejsc na określonej trasie”. Jeśli zamawiający chciał umożliwić wykonawcom modyfikacje tras przejazdu autobusów i swobodę co do wyboru rodzaju pojazdów używanych do świadczenia usługi przewozu, brak było przeszkód, aby przewidzieć w SIWZ tego rodzaju postanowienia. Jednak, aby możliwe było „modyfikowanie” tras, powinny one zostać najpierw określone, zatem do celów prawidłowej kalkulacji ceny oferty zamawiający powinien był wskazać wykonawcom niezbędne założenia wyjściowe w tym zakresie.

Kontrolujący zauważył, że w postępowaniu dotyczącym tych usług w roku szkolnym 2018/2019 zamawiający podał informacje dotyczące planowanych tras i liczby dzieci na poszczególnych trasach. Zauważył również, że badane postępowanie o udzielenie zamówienia jest drugim postępowaniem ogłoszonym przez zamawiającego dotyczącym usług dowozu dzieci do szkół w roku szkolnym 2019/2020. W pierwszym postępowaniu zamawiający podał minimalną wymaganą liczbę miejsc w każdym z 4 autobusów. Brak było zatem obiektywnych przeszkód, aby tego rodzaju informacje, doprecyzowujące opis przedmiotu zamówienia - bądź poprzez wskazanie tras przejazdu autobusów i liczby dzieci na poszczególnych trasach, bądź poprzez określenie minimalnej liczby autobusów wraz z liczbą miejsc siedzących w każdym z nich - zostały podane także w tym postępowaniu.

W konsekwencji Prezes Urzędu uznał, że zamawiający, nie konkretyzując opisu przedmiotu zamówienia przez określenie tras przejazdów autobusów i liczby dzieci na poszczególnych trasach, lub wskazanie liczby miejsc siedzących w każdym autobusie naruszył art. 29 ust. 1 Pzp. Sposób opisanie przedmiotu zamówienia naruszał również art. 29 ust. 2 Pzp ponieważ mógł stawiać w uprzywilejowanej pozycji dotychczasowego przewoźnika realizującego usługi będące przedmiotem ww. zamówienia, który znał trasy przewozów dzieci do placówek oświatowych na terenie gminy.

Naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, ponieważ mogło stanowić bezpośrednią przyczynę złożenia w przedmiotowym postępowaniu tylko jednej oferty, złożonej przez wykonawcę wykonującego dotychczas usługę stanowiącą przedmiot niniejszego zamówienia.

Ad. 2. Jak wynika z treści sekcji III.1.3) ogłoszenia o zamówieniu oraz 11.42) SIWZ, w zakresie wykazania spełniania przez wykonawcę warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej, zamawiający uzna warunek za spełniony m.in. jeśli wykonawca wykaże udokumentowanie dysponowania odpowiednią ilością pojazdów do przewożenia ilości uczniów wskazanych w SIWZ:

- minimum 4 autobusy o liczbie miejsc siedzących odpowiadającej liczbie przewożonych dzieci na poszczególnych trasach. Pojazdy muszą posiadać wyposażenie dodatkowe zwiększające bezpieczeństwo typu drzwi automatycznie otwierane przez kierowcę. Wiek pojazdów - 2006 r. i młodsze.

Jednocześnie na mocy rozdziału 12. 1 pkt 6) SIWZ, wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia zobowiązani byli wykazać spełnianie tego warunku poprzez złożenie (oprócz oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu) wykazu środków transportu niezbędnych do wykonania zamówienia - wg wzoru określonego w załączniku nr 5 do SIWZ. Zgodnie z tym wzorem, wykonawca do tabeli zawierającej wykaz środków transportu miał wpisać takie dane jak:

1. nazwa środka transportu/marka;
2. rok produkcji;
3. liczba miejsc;
4. rodzaj własności;
5. dodatkowe wyposażenie (ABS/automatycznie otwierane drzwi/klimatyzacja).

Kontrolujący wskazał, że żądanie przez zamawiającego złożenia dokumentów bez jednoczesnego opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 Pzp. Nie jest możliwe żądanie dokumentów bez określenia warunku i bez określenia sposobu oceny warunku, którego spełnienie dokumenty te mają potwierdzać.

Zamawiający dokonując opisu warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej, pominął w treści warunku informację, w jaki sposób należy rozumieć wymaganie co do zapewnienia „liczby miejsc siedzących odpowiadającej liczbie przewożonych dzieci na poszczególnych trasach”, w sytuacji, gdy - jak wskazano w naruszeniu nr 1 - ani trasy kursowania autobusów, ani liczba dzieci na poszczególnych trasach, nie zostały określone w opisie przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym, żądanie podania w wykazie środków transportu liczby miejsc w autobusach, które miały służyć realizacji zamówienia, zostało wskazane na potwierdzenie spełniania warunku, który w tym zakresie nie został określony. Nie wiadomo również, w jaki sposób zamawiający miałby w tej sytuacji dokonywać oceny, czy podana przez wykonawcę liczba spełnia ten warunek.

Ad 3. W rozdziale 12.2 pkt d) i e) SIWZ oraz sekcji III.4 ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z postępowania żądał od

wykonawcy, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, złożenia m.in. zaświadczeń lub innych dokumentów wskazanych w § 5 pkt 2 i 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju 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 ze zm.).

Takich samych dokumentów zamawiający żądał również od wykonawcy w odniesieniu do podmiotów, na zdolnościach lub sytuacji których wykonawca polega na zasadach określonych w art. 22a Pzp.

W rozdziale 11.9 SIWZ zamawiający wskazał wyłącznie przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 12 - 23 i art. 24 ust. 5 pkt 1 Pzp.

Prezes Urzędu podniósł, że w kontrolowanym postępowaniu zamawiający nie przewidział fakultatywnej przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp, natomiast zaświadczeń, o których mowa w § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia, zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp, zamawiający może żądać jedynie na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp. Żądanie tych dokumentów jest niezbędne jedynie w sytuacji, gdy zamawiający przewidział wykluczenie wykonawcy na podstawie wskazanego przepisu ustawy w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ. Kontrolujący uznał, że wymaganie złożenia tych dokumentów stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 Pzp przez żądanie dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

Ad. 4. Prezes Urzędu ustalił, że otwarcie ofert nastąpiło w 20 września 2019 r., natomiast informację z otwarcia ofert zamawiający zamieścił na stronie internetowej w dniu 24 września 2019 r.

Wskazał, że zgodnie z art. 86 ust. 5 Pzp obowiązkiem zamawiającego jest niezwłoczne zamieszczenie stronie internetowej informacji dotyczących:

- 1) kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;
- 2) firm oraz adresów wykonawców, którzy złożyli oferty w terminie;
- 3) ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach.

Kontrolujący wywiódł, że na gruncie ustawy brak jest definicji legalnej pojęcia „niezwłocznie”. W tym zakresie zatem należy posłużyć się regułami prawa cywilnego i ich interpretacją na gruncie orzecznictwa (arg. z art. 14 Pzp). Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 grudnia 2006 r. (sygn. akt II CSK 293/06) stwierdził: „użytego w art. 455 k.c. terminu „niezwłocznie” nie należy utożsamiać z terminem natychmiastowym, termin „niezwłocznie” oznacza bowiem termin realny, mający na względzie okoliczności miejsca i czasu, a także regulacje zawarte w art. 354 i art. 355 k.c.” (podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy np. w wyroku z dnia 22 marca 2001 r. sygn. akt V CKN 769/00 oraz wyroku z dnia 28 kwietnia 2004 r. sygn. akt V CK 461/03). Pozwala to przyjąć, że termin „niezwłocznie” należy interpretować

jako termin realny w okolicznościach danego miejsca i czasu, przy uwzględnieniu celu społeczno-gospodarczego i panujących w danym zakresie zwyczajów (arg. z art. 354 § 1 k.c.) oraz z uwzględnieniem staranności przyjętej w stosunkach danego rodzaju (arg. z art. 355 § 1 k.c.). Zdaniem Prezesa Urzędu termin „niezwłocznie”, którym ustawodawca posłużył się w art. 86 ust. 5 Pzp należy zatem interpretować w ten sposób, że po otwarciu ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający zamieszcza na stronie internetowej wymagane informacje bez zbędnej zwłoki. Oznacza to, że dokonanie tej czynności powinno nastąpić w możliwie najkrótszym terminie od czynności otwarcia ofert, tj. najczęściej jeszcze w tym samym dniu. W związku z powyższym, zamieszczenie przez zamawiającego informacji z otwarcia ofert na stronie internetowej 4 dni po dniu otwarcia ofert, Prezes Urzędu uznał za naruszenie art. 86 ust. 5 Pzp.

Naruszenia opisane w pkt 2 – 4 Prezes Urzędu uznał za nie mające wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający nie zgodził się z ustaleniami kontroli opisanymi w pkt 1 i 4 i pismem z 26 maja 2020 r. wniósł zastrzeżenia.

Ad. 1. Zamawiający podniósł, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Wskazanie dziennej liczby kilometrów wynikającej z sumy poszczególnych tras, orientacyjnej łącznej liczby dzieci, nazw placówek oraz minimalnej liczby autobusów pozwalało potencjalnemu wykonawcy na zaplanowanie tras przejazdu autobusów z uwzględnieniem potrzeb zamawiającego oraz posiadanego zaplecza technicznego. Zamawiający dopuszczał dowolność co do liczby kursów oraz liczby pojazdów, którymi przejazdy na danych trasach byłyby realizowane. Wykonawca zobowiązany był do zapewnienia dzieciom bezpiecznego przewozu autobusami posiadającymi wystarczającą liczbę miejsc na uzgodnionych trasach.

Wyjaśnił, że wskazanie wymogu posiadania przez wykonawcę minimalnej liczby 4 autobusów, wynikało z doświadczenia zamawiającego, że dowożenie dzieci do szkół jest usługą powtarzającą się okresowo i przy aktualnym rozmieszczeniu placówek oświatowych na terenie Gminy Sońsk oraz aktualnej liczbie dzieci, możliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia przez wykonawcę dysponującego 4 autobusami. Natomiast ze względu na fakt, że na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia warunkami brzegowymi była liczba dzieci dowożonych i minimalna liczba autobusów, to sposób realizacji zamówienia, w tym określenie tras przejazdu autobusów zależał od taboru autobusowego wykonawcy, co oznaczało, że w zależności od liczby zaoferowanych autobusów i znajdujących się w nich miejsc siedzących oraz warunków przedstawionych przez zamawiającego, ustalone zostałyby

trasy przejazdu, dogodnie dla dowożonych dzieci.

Zamawiający nie narzucił przejazdu z góry określonymi trasami, natomiast wykonawca, zgodnie z SIWZ, zobowiązany był do dowożenia dzieci do poszczególnych placówek oświatowych i odwożenia ich do miejsca zamieszkania zgodnie z organizacją pracy poszczególnych placówek. Wykonawca, znając przybliżoną długość dziennego przebiegu, ogólną liczbę dzieci oraz rozmieszczenie placówek oświatowych na terenie gminy Sońsk był w stanie określić, czy posiada odpowiednie zaplecze techniczne i osobowe do wykonania przedmiotu zamówienia.

Zdaniem zamawiającego wykonawca, posiadając informacje podane przez zamawiającego, po zapoznaniu się z mapą Gminy Sońsk i rozmieszczeniem poszczególnych placówek oświatowych, był w stanie prawidłowo skalkulować cenę oferty z uwzględnieniem posiadanych środków transportowych.

Zamawiający podkreślił, że nie wskazując minimalnej liczby miejsc siedzących w autobusach, rozszerzył krąg podmiotów mogących ubiegać się o zamówienie bowiem o jego realizację mogli ubiegać się także wykonawcy posiadający środki transportowe o mniejszej liczbie miejsc siedzących. Jedynym warunkiem prawidłowej realizacji zamówienia jest to, aby autobusy były dostosowane pod względem liczby miejsc siedzących do liczby dzieci dojeżdżających konkretną trasą.

Ad. 4. Zamawiający powołał się na wyrok Sądu Najwyższego z 13 grudnia 2006 r. (sygn. akt II CSK 293/06), w którym SN stwierdził, że terminu „niezwłocznie” nie należy utożsamiać z pojęciem „natychmiast”. Wywiódł, że Informację z otwarcia ofert, zgodnie z dyspozycją zawartą w art. 86 ust. 5 Pzp, należy umieścić na stronie internetowej niezwłocznie, tj. w terminie realnym do dokonania tej czynności. Zważywszy na fakt, że otwarcie ofert miało miejsce w dniu 20 września 2019 r. (piątek), zamieszczenie informacji w dniu 24 września 2019 r. (wtorek) nie stanowiło naruszenia art. 86 ust. 5 Pzp. Zamawiający zauważył również, że pomiędzy dniem otwarcia ofert a dniem zamieszczenia informacji wypadały dni wolne od pracy, tj. sobota i niedziela, a urząd w tym czasie był nieczynny.

Prezes Urzędu nie uwzględnił zastrzeżeń i pismem z 10 czerwca 2020 r. przekazał je Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w celu wydania opinii przez Izbę.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Zamawiający w zastrzeżeniach do wyników kontroli odniósł się do dwóch z czterech naruszeń przepisów ustawy wskazanych w Informacji o wyniku kontroli, w związku z tym opinia Izby dotyczy wyłącznie zarzutów objętych zastrzeżeniami.

Ad. 1. Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp i nie uwzględniła zastrzeżeń zgłoszonych przez zamawiającego.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Natomiast stosownie do art. 29 ust. 2 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Z powołanych przepisów wynikają dyrektywy jednoznaczności i neutralności opisu przedmiotu zamówienia. Ich zachowanie ma szczególnie doniosłe znaczenie, gdyż opis przedmiotu zamówienia w wielu przypadkach decyduje o przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia oddziałując na liczbę wykonawców mogących wziąć udział w postępowaniu. Na podstawie opisanych w SIWZ wymagań zamawiającego wykonawcy działający w danym obszarze rynku, a zatem potencjalnie zainteresowani udziałem w postępowaniu, podejmują decyzję o złożeniu oferty oraz o jej warunkach. Aby decyzje w tym zakresie wykonawcy mogli podjąć w warunkach uczciwej konkurencji, muszą mieć wiedzę dotyczącą rzeczywistego zakresu zamówienia, jego warunków oraz wszystkich okoliczności wpływających na jego realizację. Również zasady pisemności postępowania oraz przejrzystości nakazują, aby wszystkie informacje niezbędne do złożenia oferty zawarte były w SIWZ. Przestrzeganie podstawowych zasad prowadzenia postępowania jest niezwykle istotne, ponieważ powoduje, że rywalizacja wykonawców, odbywająca się w niedyskryminujących, uczciwych warunkach, zwiększa szanse na uzyskanie korzystnej oferty, co sprzyja efektywnemu wydatkowaniu środków publicznych. Natomiast pominięcie informacji istotnych prowadzić może do nieprawidłowego obliczenia ceny oferty, jej niedoszacowania albo przeszacowania, oraz może uniemożliwić uczciwe konkurowanie o zamówienie, jeśli brak dokładnego opisu preferuje jednego z wykonawców.

Taka sytuacja zaistniała w badanym postępowaniu. Opis przedmiotu zamówienia, w którym zamawiający pominął opis tras oraz szacowaną liczbę dzieci przewożoną na poszczególnych trasach ograniczył konkurencję w postępowaniu z korzyścią dla wykonawcy dotychczas realizującego zamówienie. Wykonawca ten posiadał wiedzę na ten temat, a wiedza ta – w ocenie Izby – ma istotne znaczenie dla obliczenia ceny oferty. Liczba dzieci i znajomość tras ma znaczenie dla doboru pojazdów o odpowiednich rozmiarach (liczbie miejsc) oraz obliczenia realnych kosztów paliwa. Koszty eksploatacji pojazdów, różne w zależności od rozmiarów pojazdów, oraz cena paliwa, również od tych rozmiarów zależna, mają w badanym postępowaniu, wraz z kosztami wynagrodzenia kierowców, podstawowe znaczenie cenotwórcze.

Nie przekonuje stanowisko zamawiającego, że wybór pojazdów pozostawił uznaniu wykonawcy, co ma rozszerzyć konkurencję w postępowaniu. Obowiązkiem zamawiającego

jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, aby wykonawcy mieli pewność, co do wymagań zamawiającego i mogli konkurować pod względem opisanych kryteriów – ceny lub jakości. W realiach postępowania zbiorcza liczba dzieci oraz liczba kilometrów nie są danymi wystarczającymi do doboru pojazdów i zaproponowaniu zamawiającemu tras dowozu, skoro nie jest znana liczba dzieci dowożona do placówek oświatowych na poszczególnych trasach. W konsekwencji sporządzony przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie jest określony jednoznacznie i wyczerpująco oraz nie stwarza wszystkim wykonawcom jednakowych szans na prawidłowe skalkulowanie ceny oferty.

O preferowaniu dotychczasowego wykonawcy świadczą również ustalenia Prezesa Urzędu, że zamawiający w kolejnych postępowaniach ograniczał dane wynikające z opisu przedmiotu zamówienia. Brak ich zamieszczenia w opisie przedmiotu zamówienia spowodował, że jedynym podmiotem posiadającym wiedzę o minimalnej niezbędnej liczbie miejsc w każdym z 4 autobusów oraz wykorzystywanych w poprzednim okresie trasach i liczbie dzieci na poszczególnych trasach, był dotychczasowy wykonawca usługi. Stawiało go to w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do konkurentów, którzy mogliby wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a tej wiedzy nie posiadali.

Na brak jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia wskazuje ponadto stanowisko samego zamawiającego, który stwierdził w zastrzeżeniach, że jedynym warunkiem prawidłowej realizacji zamówienia jest to, aby autobusy były dostosowane pod względem liczby miejsc siedzących do liczby dzieci dojeżdżających konkretną trasą. SIWZ nie podaje ani tras, ani liczby dzieci dojeżdżających nimi do poszczególnych placówek oświatowych.

Ad. 4. Nie podzielono natomiast stanowiska Prezesa Urzędu, dotyczącego naruszenia art. 86 ust. 5 Pzp. Przepis ten stanowi, że niezwłocznie po otwarciu ofert zamawiający zamieszcza na stronie internetowej informacje dotyczące:

- 1) kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;
- 2) firm oraz adresów wykonawców, którzy złożyli oferty w terminie;
- 3) ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach.

W okolicznościach sprawy zamawiający otworzył oferty w piątek, natomiast informację, o której mowa w art. 86 ust. 5 Pzp, zamieścił we wtorek. Należy zatem rozważyć, czy zamieszczenie informacji drugiego dnia roboczego po dniu otwarcia ofert jest naruszeniem ustawy. Rozważenie tej kwestii wymaga przypomnienia, że ustawa nie definiuje pojęcia „niezwłocznie”. Należy zatem, stosując dyrektywę zawartą w art. 14 Pzp zwrócić się do przepisów kodeksu cywilnego i poglądów wyrażanych w orzecznictwie. Pojęcie „niezwłocznie” użyte zostało w art. 455 k.c., który stanowi, że jeżeli termin spełnienia świadczenia nie jest oznaczony ani nie wynika z właściwości zobowiązania, świadczenie powinno być spełnione

niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania. Sąd Najwyższy w orzeczeniu powoływanym zarówno przez kontrolującego, jak i zamawiającego, wydanym w sprawie o sygn. akt: II CSK 293/06 stwierdził: „użytego w art. 455 k.c. terminu „niezwłocznie” nie należy utożsamiać z terminem natychmiastowym, termin „niezwłocznie” oznacza bowiem termin realny, mający na względzie okoliczności miejsca i czasu, a także regulacje zawarte w art. 354 i art. 355 k.c.” Pojęcie niezwłoczności rozumiane jest zatem jako działanie bez zbędnej zwłoki, tak też wyklada je Prezes Urzędu w Informacji o wyniku kontroli. Jednocześnie jednak wyraża pogląd, że zamieszczenie informacji powinno nastąpić w dniu otwarcia ofert lub dnia następnego.

Nie można też tracić z pola widzenia, że posłużenie się przez ustawodawcę pojęciem „niezwłocznie”, wskazuje na konieczność ustalenia, czy zamawiającemu można przypisać winę w działaniu. Art. 476 k.c. stanowi bowiem, że dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Stosownie do przywołanego przepisu, dla uznania, że zamieszczenie informacji z otwarcia ofert nie zostało dokonane niezwłocznie, należy ustalić, czy nastąpiło to w wyniku okoliczności, za które zamawiający ponosi odpowiedzialność. Ustalenia te powinny nastąpić z uwzględnieniem indywidualnych okoliczności dotyczących zamawiającego, czyli okoliczności czasu i miejsca, na które wskazał SN. Inaczej będą one wyglądać u zamawiającego, który zamówień publicznych nie udziela często lub nie posiada wyspecjalizowanego zespołu zajmującego się wyłącznie zamówieniami publicznymi, a inaczej u zamawiającego często udzielającego zamówień.

Izba zważyła, że zamieszczenie informacji z otwarcia ofert drugiego dnia roboczego po dniu otwarcia ofert nie stanowi w okolicznościach badanego postępowania naruszenia art. 86 ust. 5 Pzp. Zamawiający zamieścił informację bez zbędnej zwłoki. Ustalenia kontroli, które ograniczyły się wyłącznie do podania dat, nie dają podstaw do twierdzenia przeciwnego. W szczególności nie zostały wskazane żadne okoliczności dające podstawę do przypisania zamawiającemu braku należytej staranności.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....