Sygn. akt: KIO 1492/19

WYROK

z dnia 13 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 lipca 2019 r. przez wykonawcę: D. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa „Trans-zar" D. Z., Ugoszcz 41/4, 87-517 Brzuze w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Bartniczka, ul. Brodniczka 8, 87-321 Bartniczka,

przy udziale wykonawcy: Kujawsko-Pomorski Transport Samochodowy S.A., ul. Wieniecka 39, 87-800 Włocławek zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: D. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa „Trans-zar" D. Z., Ugoszcz 41/4, 87-517 Brzuze, i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę:

D. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa „Trans-zar" D. Z., Ugoszcz 41/4, 87-517 Brzuze tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do

Sądu Okręgowego w Toruniu.

Sygn. akt: KIO 1492/19

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Bartniczka prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie „Dowóz uczniów do szkół na terenie gminy Bartniczka w roku szkolnym 2019/2020". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 561478-N-2019 w dniu 19 czerwca 2019 r. i na tablicy ogłoszeń Urzędu Gminy Bartniczka. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia oraz ogłoszenie zostały zamieszczone na stronie Biuletynu Informacji Publicznej

Urzędu Gminy Bartniczka w dniu 19 czerwca 2019 r.

Wykonawca D. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa „Trans-zar" D. Z. z siedzibą w Ugoszczu wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego z dnia 26 lipca 2019 r., polegającej na odrzuceniu złożonej przez Odwołującego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający w tym dniu dokonał także wyboru oferty Kujawsko-Pomorski Transport Samochodowy S.A. we Włocławku, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „Pzp":

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 22 ust.1 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego,

2. art. 22 ust. 1 Pzp, poprzez niesumienne dokonanie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

3. art. 22 ust. 1 a oraz art. 29 ust. 2 Pzp, poprzez ich niezastosowanie.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ,

- uznanie przez Zamawiającego, że Odwołujący spełnia warunek z rozdziału V punkt 5.2.lit.b SIWZ, gdyż nieprecyzyjnie sformułował wymóg o posiadaniu wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący podniósł, że art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie powinien być w tym przypadku zastosowany i oferta nie powinna zostać odrzucona, zastosowany powinien być natomiast art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, na podstawie którego Zamawiający wyklucza wykonawcę z postępowania. Jednocześnie Odwołujący oświadczył, że nie zgadza się z opinią Zamawiającego, że nie spełnia on wymogu udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w rozdz. V punkt. 5.2 lit.b SIWZ - posiadanie wiedzy i doświadczenia - podał, że minimum jakie wykonawca musi spełnić w przedmiotowym postępowaniu to, jeżeli okres prowadzenie działalności jest krótszy niż trzy lata, musi wykazać, że wykonał lub wykonuje przynajmniej jedną usługę w okresie jednego roku szkolnego o wartości minimum 250000,00 zł brutto. Odwołujący podniósł, że Zamawiający wymaga aby usługa była zrealizowana w ramach jednej umowy, choć zabrakło w tym punkcie zapisu, że na kwotę 250000,00 zł ma opiewać jedna umowa zawarta z jednym podmiotem, na rzecz którego ta usługa była świadczona.

Odwołujący podniósł, że jest to warunek nie do spełnienia przez 90% firm przewozowych działających na rynku, ponieważ średnia roczna wartość zamówień dotyczących dowozów uczniów do szkół oscyluje w wartościach od 100 000,00 zł do 220 000,00 zł. Zdaniem Odwołującego, treść ww. warunku należy interpretować w ten sposób, że jeżeli wykonawca prowadzi działalność dłużej niż 1 rok, to wskazana przez Zamawiającego wartość dotyczy sumy wykonanych usług dowozu dzieci do szkół na rzecz jednego podmiotu. Odwołujący wyjaśnił, że świadczy na rzecz Gminy Rypin powyższe usługi od dwóch lat, co podał w wykazie usług, a następnie w wyjaśnieniach do złożonej oferty. Na rzecz drugiej gminy - Gminy Brzuze wykonuje usługi dowozu uczniów do szkół od trzech lat - tam również wartość usług opiewa na sumę wyższą niż 250 000,00 zł.

Żądania Zamawiającego, w ocenie Odwołującego, wskazują, że jest to postępowanie ustawione pod jednego wykonawcę działającego w tym rejonie, który z uwagi na wielkość i zasięg działania może mieć zadania o wartości 250 000,00 zł na rzecz jednego podmiotu w ciągu jednego roku, tj. firma, której oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, mimo że jest droższa o około 50 000,00 zł. brutto od oferty Odwołującego.

Ponadto, w przedmiotowym postępowaniu został pominięty przepis art. 22 ust 1a Pzp, gdyż Zamawiający wymaga wykonania usługi na rzecz jednego podmiotu w ciągu jednego roku szkolnego na sumę 250 000,00 zł, a postępowanie to, w myśl art. 22 ust. 1a powinno opiewać maksymalnie na sumę 150 000,00 zł. Ponadto, wartość oferty na wykonanie tego zadania wynosi 216 046,71 zł.

Odwołujący wskazał również, że zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję. Zamawiający zażądał zaporowej wartości wykonania zadania od wykonawców (250 000,00 zł). Ta kwota blokuje udział w przetargach wszystkim działającym w tym rejonie firmom przewozowym, poza Kujawsko-Pomorskim Transportem Samochodowym. Odwołujący wskazał, że dziwi go sposób postępowania Zamawiającego „który wskutek popełnionych błędów w postępowaniu chce wydać na sfinansowanie tego zamówienia ponad 50 000,00 zł więcej".

Wykonawca Kujawsko-Pomorski Transport Samochodowy S.A. z siedzibą we Włocławku zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 5 sierpnia 2019 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w części dotyczącej niżej wymienionych zarzutów:

1) niesumiennego dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przetargowym,

2) nie dostosowania się Zamawiającego do art. 22 ust. la oraz art. 29 ust. 2 Pzp.

Zamawiający uwzględnił odwołanie w części dotyczącej niezgodnego z ustawą Pzp zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 22 ust. 1 Pzp, na podstawie którego Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty Firmy Handlowo-Usługowej „Trans-Zar" D.Z..

Zamawiający wyjaśnił, że przedmiotowe postępowanie dotyczy przewozu dzieci, zatem na Zamawiającym ciążyła szczególna odpowiedzialność aby najmłodszym mieszkańcom Gminy Bartniczka zapewnić bezpieczne, a także najmniej uciążliwe i punktualne warunki dojazdu na zajęcia szkolne. W wyniku przeprowadzonej analizy dotychczas organizowanych dowozów dzieci do szkół Zamawiający ustalił, że powyższe warunki może spełnić jedynie wykonawca, który wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wykonał lub wykonuje co najmniej jedną usługę polegającą na przewozie dzieci szkolnych w okresie minimum jednego roku szkolnego o wartości nie niższej niż 250.000,00 zł brutto. Zatem do SIWZ w rozdziale V pkt 5.2, lit. b został wprowadzony powyższy warunek.

Odwołujący nie wykazał, że spełnił powyższy warunek ani w dokumentach załączonych do oferty, ani w wyjaśnieniach do złożonej oferty, datowanych na 18 lipca 2019 r., w związku z czym jego oferta została odrzucona. Jednak czynność Zamawiającego została dokonana omyłkowo na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż wykonawca podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Niemniej dokonana czynność odrzucenia oferty nie ma wpływu na cel postępowania, tj. udzielenie zamówienia i podpisanie umowy z wykonawcą, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Zamawiający zaznaczył, że Odwołujący nie wnosił zastrzeżeń ani wniosków odnośnie warunków udziału postawionych przez Zamawiającego. Nie wnosił również odwołania od treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Pismem z dnia 8 sierpnia 2019 r. Zamawiający złożył uzupełnienie do odpowiedzi na odwołanie, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawca, Kujawsko-Pomorski Transport Samochodowy S.A., skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Izba dokonała ustalenia następującego stanu faktycznego:

Zamawiający w rozdz. V punkt. 5.2 lit.b SIWZ określił warunek udziału w postępowaniu

dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia - wykonawca musiał wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wykonał lub wykonuje co najmniej jedną usługę polegającą na

przewozie dzieci szkolnych w okresie minimum jednego roku szkolnego o wartości nie niższej niż 250.000,00 zł brutto. Zamawiający wymagał przedłożenia przez wykonawców wykazu usług w formie załącznika nr 4 do SIWZ - Wykaz wykonanych lub wykonywanych w ciągu ostatnich 3 lat usług z podaniem ich wartości, dat wykonania oraz odbiorców.

Odwołujący złożył ofertę, w której w załączniku nr 4 przedstawił trzy pozycje obejmujące zrealizowane usługi dowozu uczniów do szkół na rzecz trzech gmin:

- Gmina Brzuze - w okresie 02.01.2016 r. - 19.06.2019 r., o wartości - 220 000,00 zł,

- Gmina Rypin - w okresie 01.09.2017 r. - 19.06.2019 r., o wartości - 258 000,00 zł

- Gmina Miasto Włocławek - w okresie 01.09.2017 r. - 19.06.2019 r., o wartości - 90 000,00 zł.

Z uwagi na wymaganą wartość usługi, określoną w treści warunku udziału w postępowaniu (250 000,00zł) Zamawiający dokonał analizy usługi zrealizowanej na rzecz Gminy Rypin. Zamawiający, biorąc pod uwagę trzyletni termin realizacji tej usługi, w dniu 12 lipca 2019 r. zwrócił się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień i uszczegółowienia czy usługa polegająca na dowozie uczniów do szkół na rzecz Gminy Rypin była realizowana w ramach jednej umowy czy też wskazana wartość stanowi sumę dwóch lub więcej usług realizowanych w ramach odrębnych umów.

Odwołujący złożył wyjaśnienia w dniu 18 lipca 2019 r. Odwołujący wyjaśnił Zamawiającemu, że wskazana w ofercie wartość usługi 258 000,00 zł jest wartością netto i obejmuje dwie umowy przewozu:

1. za rok szkolny 2017/2018 - o wartości 133 054,00 zł;

2. za rok szkolny 2018/2019 - o wartości 202 465,00 zł.

Zamawiający pismem z dnia 26 lipca 2019 r. zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu oferty Odwołującego i wyborze oferty najkorzystniejszej. W uzasadnieniu tej decyzji

jednoznacznie podał, że podstawą faktyczną decyzji o odrzuceniu oferty był brak wykazania przez Odwołującego spełniania warunku wiedzy i doświadczenia określonego w rozdz. V pkt 5.2 lit.b SIWZ.

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 22 ust.1 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, podczas gdy uzasadnienie faktyczne zawarte w zawiadomieniu z dnia 26 lipca 2019 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego wyraźnie wskazuje, że Zamawiający dokonał oceny, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu - warunku wiedzy i doświadczenia określonego w rozdz. V pkt 5.2 lit.b SIWZ. Nie budzi wątpliwości fakt, że Zamawiający błędnie dokonał czynności z dnia 26 lipca 2019 r. polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający przyznał ten fakt w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie, tj. że omyłkowo zastosował przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamiast zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, zgodnie z którym, zamawiający wyklucza wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Stosownie do art. 192 ust. 2 Pzp, Izba jest zobowiązana do badania, czy stwierdzone naruszenie przepisu ustawy Pzp miało albo może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Niezależnie zatem od przyjętej przez Zamawiającego błędnej podstawy prawnej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Izba dokonała badania zasadniczej kwestii spornej, tj. czy Odwołujący wykazał w przedmiotowym postępowaniu spełnianie ww. warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. V pkt 5.2 lit.b SIWZ.

W ocenie Izby, treść ww. warunku udziału wskazuje jednoznacznie, że Zamawiający wymagał wykazania się przez wykonawcę (jako minimum) - jedną usługą zrealizowaną w okresie nie krótszym niż jeden rok szkolny, o wartości nie niższej niż 250.000,00 zł brutto. W treści tego warunku jest mowa o jednej usłudze, o wyraźnie określonej wartości, a nie o usługach na określoną wartość, co wskazywałoby na możliwość sumowania wartości poszczególnych usług. W niniejszej sprawie przyjęcie takiej interpretacji byłoby sprzeczne z literalnym brzmieniem warunku.

Zauważyć należy, że tożsamość usługodawcy i usługobiorcy nie powoduje, że dwie

zrealizowane usługi mogą być traktowane jako jedna usługa. Każda usługa posiada bowiem charakterystyczne tylko dla niej warunki (cechy), takie jak m.in.: termin realizacji, wartość, zakres i sposób realizacji, jakość itp., które wynikają z konkretnej umowy zawartej pomiędzy stronami. Skoro zatem w treści warunku jest mowa o jednej usłudze, o określonej wartości, to wymaganą wartość 250 000,00 zł należy odnosić do jednej usługi, a tym samym do jednej

umowy, a nie sumy wartości kilku usług, choćby były wykonane na rzecz jednego podmiotu..

W ocenie Izby, literalne brzmienie ww. warunku nie pozwala na przyjęcie interpretacji, zgodnie z którą, treść ww. warunku należy rozumieć w ten sposób, że jeżeli wykonawca prowadzi działalność dłużej niż 1 rok, to wskazana przez Zamawiającego wartość usługi dotyczy sumy wykonanych usług dowozu dzieci do szkół na rzecz jednego podmiotu. Gdyby bowiem Zamawiający dopuścił sumowanie wartości usług, to w treści warunku byłaby mowa o „usługach" w liczbie mnogiej.

Podkreślić także należy, że treść warunków udziału w postępowaniu opisana w ogłoszeniu i SIWZ jest wiążąca dla Zamawiającego, jak i dla wykonawców na etapie oceny ofert. Przyjęcie interpretacji treści warunku, wbrew jednoznacznemu literalnemu jego brzmieniu zapisanemu w ogłoszeniu i SIWZ na etapie oceny ofert prowadziłoby wprost do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, wskazać należy dodatkowo, że przedmiotem rozpoznania w niniejszej sprawie nie były zarzuty dotyczące sposobu sformułowania warunku udziału w postępowaniu, w tym zasadności postawienia przez Zamawiającego poszczególnych wymagań w treści warunku, określonego w rozdz. V pkt 5.2 lit.b SIWZ. Zgodnie z art. 22 ust 1a Pzp, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Przepis ten dotyczy etapu formułowania przez Zamawiającego treści warunków udziału w postępowaniu w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, zatem zarzut pominięcia tego przepisu, podniesiony dopiero na etapie oceny ofert, należało uznać za spóźniony, w świetle art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Odwołujący w ramach złożonej oferty nie wykazał, że zrealizował co najmniej 1 usługę przewozu uczniów do szkół o wartości 250 000,00 zł. Odwołujący okazał na rozprawie umowy nr: RRW.272.11.2017 oraz RRW.272.12.2017 z dnia 28 sierpnia 2017 r. zawarte z Gminą Rypin na zadanie część I i część II „usługi przewozu uczniów do szkół, w roku szkolnym 2017/2018" na wartość odpowiednio - 65 991,36 zł. brutto i 66 209,80 zł. brutto oraz umowę nr RRW.272.19.2018 z dnia 28 sierpnia 2018 r. zawartą z Gminą Rypin na zadanie „usługa przewozu uczniów do szkół w roku szkolnym 2018/2019", z wynagrodzeniem w wysokości 204 917,73 zł. brutto. Żadna z ww. umów nie opiewała na kwotę 250 000,00 zł. Warunek nie został zatem przez Odwołującego wykazany, wobec czego należało uznać, że wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Na marginesie tylko Izba wskazuje, że Odwołujący nie podnosił w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1a Pzp Izba uznała za niezasadny. Zgodnie z tym przepisem, wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Jak wynika z treści złożonej przez Odwołującego oferty nie powoływał się on na zasoby innego podmiotu w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, zatem przepis ten nie podlegał zastosowaniu przy ocenie spełniania warunków przez tego wykonawcę.

Izba nie stwierdziła także naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp, poprzez jego niezastosowanie. Przepis powyższy wskazuje, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Odwołujący błędnie zatem odniósł w odwołaniu ten przepis do opisu warunków udziału w postępowaniu.

Reasumując, w danym stanie faktycznym należało uznać, że stwierdzone naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, nie miało wpływu i nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, albowiem Odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadanej wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w rozdz. V punkt. 5.2 lit.b SIWZ.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp. Stosownie do brzmienia art. 192 ust. 2 Pzp, naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie mogło stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).