Sygn. akt:KIO 3533/20

WYROK

z dnia 27 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Anna Chudzik

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 grudnia 2020 r. przez **A. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą FHU Angas A. P.**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasta Toruń**,

orzeka:

1.Oddala odwołanie;

2.Kosztami postępowania obciąża A. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą FHU Angas A. P. i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.) w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego**w Warszawie**.

Przewodniczący:……

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Gmina Miasta Toruń – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Organizacja i realizacja usług przewozowych osób z niepełnosprawnościami na terenie miasta Torunia*. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 30 października 2020 r. pod numerem 2020/S 212-518410.

W dniu 31 grudnia 2020 r. wykonawca A. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą FHU Angas A. P. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1)art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z ust. 3.2.3. pkt 3 SIWZ, w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty wykonawcy P.U. PRO-MED J. P. NZOZ, podlegającego wykluczeniu z postępowania z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu;

2)art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu;

3)art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców polegające na udzieleniu zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami Pzp oraz SIWZ oraz na niezastosowaniu wobec tego wykonawcy ustalonych przez Zamawiającego zasad, które w sposób równy powinny odnosić się do każdego z wykonawców.

Odwołujący wskazał, że 18 grudnia 2020 r. Odwołujący otrzymał wiadomość o unieważnieniu czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty oraz o powtórzeniu czynności oceny ofert, które to czynności Zamawiający dokonał po uprzednim wezwaniu P.U. PRO-MED J. P. NZOZ o przedłożenie oświadczeń oraz dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz po weryfikacji tych dokumentów. Dnia 22 grudnia 2020 r. Zamawiający poinformował, że po dokonaniu ponownej analizy najkorzystniejszej oferty pod kątem spełnienia postawionych warunków udziału w postępowaniu podtrzymał decyzję o uznaniu oferty złożonej przez ww. wykonawcę za najkorzystniejszą.

Odwołujący podał, że zgodnie z SIWZ (ust. 3.2.3. pkt 3) o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy wykazali, że zrealizowali w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie), w sposób należyty co najmniej 1 usługę zakresem i wartością odpowiadają przedmiotowi zamówienia, tj. 1 usługę polegające na codziennym transporcie osób niepełnosprawnych realizowaną w sposób ciągły o łącznej wartości minimum 600 000 zł brutto.

Odwołujący stwierdził, że z powziętych przez niego informacji wynika, że wykonawca P.U. PRO-MED nie spełnia powyższej przesłanki. W toku postępowania wskazał on 3 usługi, których wg wykonawcy suma składa się na wymaganą wartość 600 000 zł. Brutto, tj. usługi przewozu osób niepełnosprawnych na terenie Miasta Bydgoszcz:

-usługa od 1.01.2018 do 31.12.2018 r. za kwotę 202. 104 zł.

-usługa od 1.01.2019 do 31.12.2019 r. za kwotę 213.254, 24 zł.

-usługa od 1.01.2020 do 31.12.2020 r. na przewidywaną kwotę 225 737, 60 zł.

Zdaniem Odwołującego wykonawca nie wykazał spełnienia warunku określonego w SIWZ, w którym jasno określono wymaganie „1 usługi ciągłej o wartości 600 000 zł." Tymczasem ze wskazanych referencji jasno wynika, że wykonawca wykonywał 3 usługi z których żadna nie zbliżyła się do wymaganej przez Zamawiającego kwoty. Celem dokładnego wyjaśnienia przedmiotowej kwestii Odwołujący zwrócił się w piśmie do Urzędu Miasta w Bydgoszczy o udzielenie odpowiedzi na pytania o to, czy usługi objęte referencją realizowane były w ramach jednego zamówienia publicznego wraz z wskazaniem przez Urząd Miasta numeru postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, numeru umowy oraz wartości umowy, a także wartości faktycznie zrealizowanych usług.

Ponadto Odwołujący wniósł o wystąpienie przez Krajową Izbę Odwoławczą do Urzędu Miasta Bydgoszczy:

a) z zapytaniem, czy usługa objęta referencją realizowana była w ramach jednego zamówienia publicznego wraz z wskazaniem przez Urząd Miasta numeru postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, numeru umowy oraz wartości umowy, a także wartości faktycznie zrealizowanych usług, jeżeli zaś nie, o wskazanie na jakiej podstawie realizowane były usługi wskazane w referencjach, tj.:

- usługa od 1.01.2018 do 31.12.2018 r.,

- usługa od 1.01.2019 do 31.12.2019 r.,

- usługa od 1.01.2020 do 31.12.2020 r.,

b) o wskazanie przez Urząd Miasta wartości faktycznie zrealizowanych usług poprzez sumę wystawionych faktur od 1.01.2020 r. do 19.11.2020 r., czyli do dnia faktury za okres kończący się w październiku 2020 r. (w zw. z tym, że w dniu 19.11 faktura za listopad nie mogła być jeszcze wystawiona).

Odwołujący podniósł, że Zamawiający zaniechał weryfikacji, czy wykonawca rzeczywiście spełnia warunek udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy wykonawca wykonał trzy usługi a nie jedną, wprowadzając organ w błąd co faktu, że usługa realizowana była w sposób ciągły i w ramach jednego zamówienia czy oferty. Odwołujący podkreślił, że obowiązek wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego spoczywa na wykonawcy, a konsekwencją braku takiego wykazania jest wykluczenie wykonawcy z postępowania. Zamawiający jest zobowiązany do badania, czy zachodzi podstawa wykluczenia wykonawców. Winno to następować z uwzględnieniem treści postawionego warunku oraz sposobu wykazania przez wykonawcę jego spełnienia.

W zakresie naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, że zgodność treści oferty wykonawcy z treścią SIWZ należy rozumieć wąsko co do meritum, tj. co do zobowiązania objętego ofertą, nie zaś co do oferty sensu largo, na którą składają się także dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków podmiotowych. Jednocześnie wskazał, że opublikowane wyniki przetargów objętych referencjami, na które powołał się PRO-MED., wprost wskazują, że jest są to oddzielne zamówienia na kwoty wskazane w referencjach i tym samym nie spełniają warunków SIWZ, Zamawiający wymagał bowiem wykonania co najmniej 1 usługi zakresem i wartością odpowiadają przedmiotowi zamówienia, tj. 1 usługę polegające na codziennym transporcie osób niepełnosprawnych realizowaną w sposób ciągły o łącznej wartości minimum 600 000 zł brutto. Tymczasem PRO-MED takiej usługi nie wykonał, gdyż usługi na które się powołał w istocie nie były jedną usługa, a przynajmniej trzema oddzielnymi, z których żadna nie przekroczyła 600.000 zł brutto.

Odwołujący podniósł, że postanowienia dotyczące warunku udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną. Wymagania, które określa Zamawiający, wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ. Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań, co zapobiega jakiejkolwiek uznaniowości na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja opisu warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Niezależnie od powyższego Odwołujący stwierdził, że nawet zsumowanie kwot wynikających z 3 usług nie doprowadzi do uzyskania kwoty 600 000 zł. Wskazał, że referencje wystawione zostały przez Urząd Miasta na dzień 19 listopada 2020 r. Z referencji tych jednoznacznie można wskazać wyłącznie kwoty wynikające z usługi świadczonej w 2018 r. oraz usługi świadczonej w 2019 r. Podana kwota dotycząca 2020 r. jest wyłącznie przewidywaniem odnoszącym się do całego 2020 r. Zdaniem Odwołującego przyjąć trzeba, że kwota ta będzie mniejsza z uwagi na to, że referencje wystawiane były w listopadzie (powinna ulec więc proporcjonalnemu obniżeniu), po drugie wziąć należy pod uwagę specyfikę rynku w 2020 r. związaną ze znacznymi ograniczeniem spowodowanymi epidemią COVID-19, która z dużą dozą prawdopodobieństwa istotnie wpłynęła również na sytuację wykonawcy. Faktycznie zrealizowane usługi od 01.01.2020 do 19.11.2020 mogą znaczącą różnić się od prognozowanych kwot. Podobnie wartość umowy realizowanej w 2020 r. może znacznie różnić się od wartości faktycznie zrealizowanych usług, niewątpliwe bowiem metoda rozliczenia polega na fakturowaniu faktycznie zrealizowanych kursów/transportów, których z racji pandemii było znacznie mniej niż np. 2019 r.

Zdaniem Odwołującego wybór oferty został dokonany z naruszeniem podstawowych zasad Pzp, na czele z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania. Postępowanie w znaczącym stopniu różnicowało sytuację wykonawców, poprzez dopuszczenie wykonawcy niespełniającego zasad ustalonych przez Zamawiającego. Na marginesie Odwołujący stwierdził, że przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp posługuje się sformułowaniem "mógłby utrudniać uczciwą konkurencję". Takie sformułowanie użyte przez ustawodawcę powoduje, że na odwołującym ciąży jedynie obowiązek uprawdopodobnienia, że opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję, zaś ciężar dowiedzenia, że do takiego utrudnienia (pomimo prawdopodobieństwa jego wystąpienia) nie doszło, lub nie może dojść, przerzucony zostaje wówczas na zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Odwołującego, wykluczenia wykonawcy P.U. PRO-MED J. P. NZOZ z postępowania i odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem 3.2.3 ppkt 2 SIWZ po zmianie z 18 listopada 2020 r., Zamawiający określił następujący warunek udziału w postępowaniu:

Wykonawca wykaże, że zrealizował w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie), w sposób należyty co najmniej 1 usługę zakresem i wartością odpowiadającą przedmiotowi zamówienia tj. 1 usługę polegającą na transporcie osób niepełnosprawnych realizowaną w sposób ciągły o łącznej wartości minimum 600.000 zł brutto.

Zgodnie z punktem 4.3.5 SIWZ Zamawiający przed udzieleniem zamówienia wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie aktualnego na dzień złożenia Wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert – zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 5.

Wykonawca PRO-MED przedstawił na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wykaz usług, w którym podał usługę przewozu osób niepełnosprawnych na terenie Bydgoszczy, zrealizowaną na rzecz Urzędu Miasta Bydgoszczy w okresie od 1 stycznia 2018 r. do 31 grudnia 2020 r. W kolumnie „Wartość kontraktu" wykonawca podał: 641.095,84 zł. Do wykazu wykonawca załączył poświadczenie z Urzędu Miasta Bydgoszcz, w którym podano, że PRO-MED wykonał usługę przewozu osób niepełnosprawnych na terenie miasta Bydgoszczy

1) w terminie: od 01.01.2018 do 31.12.2018 r. za kwotę 202.104 zł brutto,

2) w terminie: 01.01.2019 do 31.12.2019 r. za kwotę 213.254, 24 zł brutto,

3) w terminie: od 01.01.2020 do 31.12.2020 r. na przewidywaną kwotę 225.737, 60 zł brutto.

W referencji podano, że usługa została wykonana rzetelnie i prawidłowo oraz zgodnie z warunkami umowy.

Pismem z 16 grudnia 2020 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty wykonawcy PRO-MED jako najkorzystniejszej. Następnie, pismem z 18 grudnia 2020 r. Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu tej czynności i o powtórzeniu oceny ofert. W uzasadnieniu Zamawiający podał, że *dokonał ponownej weryfikacji wykazu usług oraz referencji przedłożonych przez Firmę P.U. PRO-MED J. P. NZOZ z siedzibą w Golubiu Dobrzyniu i doszedł do przekonania, że zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 26 ust. 3 ustawy PZP, w związku z czym zaistniała konieczność powtórzenia dokonanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego czynności, po uprzednim wezwaniu Wykonawcy P.U. PRO-MED J. P. NZOZ z siedzibą w Golubiu Dobrzyniu – do złożenia wyjaśnień uzupełnienia, poprawienia złożonej wcześniej dokumentacji*.

W dniu 18 grudnia 2020 r. Zamawiający zwrócił się od Urzędu Miasta w Bydgoszczy o udzielenie wyjaśnień w zakresie realizowanych przez PRO-MED usług przewozu osób niepełnosprawnych, w tym co do dat zawarcia umów z wykonawcą, okresu realizacji usług wynikających z tych umów, ciągłości i wykonywania oraz łącznych cen brutto.

Zamawiający otrzymał z Urzędy Miasta Bydgoszczy następujące informacje:

Ad. 1. Ilość zrealizowanych umów 4.

Ad. 2. Numery umów:

- *2018 rok – nr umowy 8124.20.5.2017 z dnia 29.12.2017 r. kwota umowy 132.107,76 (zapytanie ofertowe 8124.1.17) aneks nr. 1 do umowy kwota 70.000,- zł. Termin obowiązywania umowy od 2.01.2018 r. do 31.12.2018 r. Termin obowiązywania aneksu 01.10.2018 r. do 31.12.20Î8 r.*
- *2019 rok – nr umowy BZS - 1/2019 z dnia 3.01.2019 r. kwota umowy 103.395,24 (przetarg nieograniczony, postępowanie nr WZP.271.82.2018 B).*

  Termin obowiązywania od 3.01.2019 r. do 30.06.2019 r.

  Umowa nr BZS - 2/2019 z dnia 1.07.2019 kwota umowy 109.863,71 (przetarg nieograniczony, postępowanie nr WZP.271.31.2019 B). Termin obowiązywania umowy od 1.07.2019 do 31.12.2019 r.
- *2020 rok – nr umowy BZS - 3/2019 z dnia 31.12.2019 r. kwota umowy 225.737,60 (przetarg nieograniczony, postępowanie nr WZP.271.72.2019 B. Termin obowiązywania mowy od 1.01.2020 r. do 31.12.2020 r.*

Zamawiający otrzymał również kopie faktur wystawionych przez PRO-MED na podstawie ww. umów.

W odniesieniu do usług świadczonych w 2020 r. przedstawiono następujące faktury:

- FV 130/12/2020 na kwotę 21.859,32 zł (data zakończenia usługi – 31.12.2020 r.),
- FV 126/12/2020 na kwotę 23.964,81 zł (data zakończenia usługi – 01.12.2020 r.),
- FV 114/11/2020 na kwotę 25.375,80 zł (data zakończenia usługi – 31.10.2020 r.),

–FV 107/10/2020 na kwotę 2.602,08 zł (data zakończenia usługi – 31.07.2020 r.) – w związku z błędnie wystawioną fakturą FV 77/08/2020, w której zastosowano stawkę 3,87 zł zamiast 4,40 zł;

–FV 99/10/2020 na kwotę 22.043,93 zł (data zakończenia usługi – 30.09.2020 r.),

–FV 89/09/2020 na kwotę 23.314,26 zł (data zakończenia usługi – 31.08.2020 r.),

–FV 77/08/2020 na kwotę 19.011,09 zł (data zakończenia usługi – 31.07.2020 r.),

–FV 68/07/2020 na kwotę 20.505,47 zł (data zakończenia usługi – 30.06.2020 r.),

–FV 58/06/2020 na kwotę 17.793,39 zł (data zakończenia usługi – 31.05.2020 r.),

–FV 48/05/2020 na kwotę 2.202,20 zł (data zakończenia usługi – 30.04.2020 r.),

–FV 31/04/2020 na kwotę 11.204,38 zł (data zakończenia usługi – 31.03.2020 r.),

–FV 28/03/2020 na kwotę 18.188,99 zł (data zakończenia usługi – 29.02.2020 r.),

–FV 12/02/2020 na kwotę 17.670,31 zł (data zakończenia usługi – 31.01.2020 r.),

Suma ww. faktur za 2020 r. wynosi 225.736,03 zł, przy czym za okres poprzedzający termin składania oferty (tj. bez grudnia 2020 r. – termin składania ofert upłynął 4 grudnia 2020 r.) suma ta wynosi 203.876,71 zł.

Pismem z 22 grudnia 2020 r. Zamawiający poinformował o ponownym wyborze oferty PRO-MED, stwierdzając, że w jego ocenie wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta uzyskała maksymalny bilans punktów zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert.

Izba zważyła, co następuje:

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.), który stanowi, że *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe*.

Ponadto, przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z 29 stycznia 2004 r. znajdują również zastosowanie do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie. Zgodnie bowiem z art. 92 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych, *do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r., oraz do właściwości sądów w sprawach skarg wniesionych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.*

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się 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.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że określenie warunków udziału w postępowaniu oraz wymaganych od wykonawców środków dowodowych należy do Zamawiającego, który komunikuje wymagania w tym zakresie wykonawcom w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 22 ust. 1a w zw. art. 41 pkt 7 i 7a oraz art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp). Zatem to treść tych dokumentów stanowi podstawę oceny, czy wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a wymagania niewyartykułowane w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ nie mogą stanowić podstawy do stwierdzenia, że spełnianie tych warunków nie zostało wykazane.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający, opisując warunek dotyczący doświadczenia wykonawcy, wymagał wykazania doświadczenia w wykonaniu jednej usługi realizowanej w sposób ciągły, o łącznej wartości minimum 600.000 zł brutto. Jednocześnie Zamawiający nie określił, co rozumie przez jedną usługę, w szczególności nie wskazał, że pojęcie to utożsamia z jednym zamówieniem realizowanym na podstawie jednej umowy. Zamawiający nie zakazał też wykazania warunku udziału w postępowaniu poprzez zsumowanie wartości kilku następujących po sobie umów na te same usługi. W tej sytuacji za niezasadne należy uznać stanowisko Odwołującego, który twierdził, że dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu konieczne było posiadanie doświadczenia w wykonaniu usługi realizowanej wyłącznie na podstawie jednej umowy, a wartość tej umowy musiała wynosić minimum 600.000 zł.

W kwestii możliwości sumowania wartości umów dla celów wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu wypowiedział się Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 (Esaprojekt), wyrażając pogląd, że *(...) art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że dopuszcza on, by wykonawca wykazywał swoje doświadczenie, powołując się łącznie na dwie lub większą liczbę umów jako jedno zamówienie, chyba że instytucja zamawiająca wykluczyła taką możliwość na podstawie wymogów związanych z przedmiotem i celami danego zamówienia publicznego oraz proporcjonalnych względem nich*. Uzasadniając swoje stanowisko Trybunał wskazał: *W tym względzie instytucja zamawiająca może zasadnie wyraźnie wskazać, co do zasady w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wymóg posiadania określonych zdolności i konkretne zasady, zgodnie z którymi oferent powinien wykazać swoją zdolność do otrzymania i wykonania danego zamówienia. Podobnie, w wyjątkowych okolicznościach, z uwagi na charakter danych robót oraz na przedmiot i cele zamówienia, instytucja zamawiająca może wprowadzić ograniczenia, w szczególności z zakresie korzystania z ograniczonej liczby wykonawców, na mocy art. 44 ust. 2 dyrektywy 2004/18 (zob. podobnie wyroki: z dnia 7 kwietnia*

2016 r., Partner A. D., C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 39–41; z dnia 5 kwietnia 2017 r., Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, pkt 90 i przytoczone tam orzecznictwo). Jednakże jeżeli instytucja zamawiająca postanowi skorzystać z takiej możliwości, musi ona zapewnić, że wprowadzone przez nią szczegółowe zasady są związane z przedmiotem i celami tego zamówienia oraz proporcjonalne względem nich (zob. podobnie wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner A. D., C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 40, 56). W niniejszym przypadku, jak wynika z postanowienia odsyłającego, wprawdzie instytucja zamawiająca nie przewidziała wyraźnie w dokumentacji przetargowej możliwości powołania się przez oferenta na dwie lub większą liczbę umów jako na jedno zamówienie, niemniej możliwości tej również wyraźnie nie wykluczono ani w ogłoszeniu o zamówieniu, ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W tych okolicznościach nie można z góry wykluczyć, że doświadczenie niezbędne do wykonania danego zamówienia, zdobyte przez wykonawcę nie przy jednym, lecz przy dwóch różnych zamówieniach lub większej ich liczbie, może zostać uznane przez instytucję zamawiającą za wystarczające i umożliwić temu wykonawcy wygranie rozpatrywanego przetargu. Jak bowiem wskazał rzecznik generalny w pkt 62 opinii, jeżeli wymogi danego zamówienia można co do zasady spełnić, sumując zdolności i doświadczenie szeregu wykonawców, tym bardziej nielogiczne byłoby wykluczenie z góry możliwości łączenia zdolności i doświadczenia tego samego wykonawcy, które uzyskał on przy oddzielnych zamówieniach. Dlatego też, jeżeli – tak jak w sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym – możliwości powołania się na doświadczenie zdobyte przy większej liczbie zamówień nie wykluczono ani w ogłoszeniu o zamówieniu, ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, instytucja zamawiająca pod kontrolą właściwych sądów krajowych powinna sprawdzić, czy połączone do świadczenie z dwóch umów lub z większej ich liczby, zważywszy na charakter danych prac oraz na przedmiot i cele danego zamówienia, pozwala zapewnić jego prawidłowe wykonanie.

Odnosząc powyższy pogląd do stanu faktycznego rozpoznawanej sprawy należy stwierdzić, że skoro Zamawiający nie wyłączył wyraźnie w ogłoszeniu o zamówieniu ani w SIWZ możliwości powołania się na dwie lub większą liczbę umów, to zsumowanie wartości kilku umów było dopuszczalne, a wykazywany w ten sposób warunek udziału w postępowaniu należy uznać za spełniony.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że wykonawca PRO-MED wykazał, że wykonał usługę zrealizowaną w sposób ciągły, o łącznej wartości minimum 600.000 zł brutto. Usługa ta została zrealizowana na podstawie kilku następujących po sobie umów, w przypadku których występowała tożsamość stron umowy i przedmiotu świadczenia. Powyższej oceny nie zmienia okoliczność, że umowa z 29 grudnia 2017 r. obowiązywała do 31 grudnia 2018 r., a kolejna umowa została zawarta 3 stycznia 2019 r. Zdaniem Izby nie ma podstaw do twierdzenia, że dwa dni przerwy między kolejnymi umowami powodują, że usługa nie może być uznana za realizowaną w sposób ciągły oraz że doświadczenie wykonawcy nie odpowiada oczekiwaniom Zamawiającego. Zauważenia wymaga, że Zamawiający przedstawił na rozprawie informację mailową z Urzędu Miasta Bydgoszcz, że wykonawca PRO-MED był w gotowości do pracy w dniach od 1 do 3 stycznia 2019 r., co potwierdzają przedstawione dokumenty rozliczeniowe. Do informacji załączono dokument pn. Sprawozdanie syntetyczne, za okres od 1 do 31 stycznia 2019 r. W tej sytuacji przyjęcie stanowiska o braku ciągłości realizowania usługi byłoby zdaniem Izby wyrazem nadmiernego formalizmu, niesłużącego ocenie rzeczywistego doświadczenia wykonawcy. Przerwa ta mogła wynikać jedynie z braku faktycznej potrzeby świadczenia usług w dniach 1-2 stycznia 2019 r., co nie zmienia faktu, że w latach 2018-2020 zapotrzebowanie Zamawiającego na usługi transportu osób niepełnosprawnych było w sposób ciągły realizowane przez wykonawcę PRO-MED.

Następnie stwierdzić należy, że nie mają oparcia w ustalonym stanie faktycznym twierdzenia Odwołującego, że nawet przy dopuszczeniu możliwości sumowania wartości usług z poszczególnych umów, wartość usług faktycznie wykonanych nie osiąga wymaganych 600.000 zł brutto, z uwagi na fakt, że w odniesieniu do umowy z 2020 r. znana była jedynie jej przewidywana wartość w wysokości 225.737,60 zł brutto, która nie mogła zostać w całości uwzględniona. Odnosząc się do tego stanowiska zauważyć należy, że jeśli chodzi o umowę będącą w trakcie realizacji, to rozstrzygająca jest wartość usług zrealizowanych na dzień składania ofert (4 grudnia 2020 r.), to na ten dzień ocenia się bowiem spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z fakturami przekazanymi Zamawiającemu przez Urząd Miasta w Bydgoszczy, wartość usług zrealizowanych w 2020 r. w okresie od stycznia do listopada wyniosła łącznie 203.876,71 zł brutto, co po zsumowaniu z wartością umów z lat 2018-2019 (które to wartości nie były sporne), daje kwotę przekraczającą 600.000 zł brutto. W tej sytuacji okoliczność, że wykonawca podał w wykazie kwotę uwzględniającą przewidywaną wartość umowy za cały 2020 r. nie miała wpływu na ocenę spełniania warunku udziału w postępowaniu, wartość usług wykonanych przekraczała bowiem wymagane minimum.

W związku z tym należy stwierdzić, że wykonawca PRO-MED wykazał spełnianie warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy, niezasadny jest zatem zarzut zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego zauważenia wymaga, że oczywiście niezasadne było zarzucenie Zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który to przepis jest nieadekwatny do podstaw faktycznych zarzutów odwołania. Stanowi on, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tymczasem Odwołujący kwestionował spełnianie przez wykonawcę PRO-MED spełnianie warunku udziału w postępowaniu, czyli podmiotową zdolność do wykonania zamówienia, nie zaś zgodność oferowanego przedmiotu świadczenia z wymaganiami Zamawiającego. Potwierdzenie się okoliczności podnoszonych w odwołaniu nie mogło więc w żaden sposób prowadzić do wniosku o konieczności odrzucenia oferty PRO-MED jako niezgodnej z SIWZ.

Izba oddaliła wniosek Odwołującego o wystąpienie przez Krajową Izbę Odwoławczą do Urzędu Miasta Bydgoszcz z wnioskiem o udzielenie informacji o umowach zrealizowanych przez PRO-MED. Abstrahując od kwestii istnienia podstawy prawnej do takiego wystąpienia, wskazać należy, że okoliczność, iż usługa wskazana przez PRO-MED w wykazie była realizowana na podstawie kilku umów, jest bezsporna. Jeśli chodzi natomiast o potwierdzenie fakturami wartości usług wykonanych w 2020 r., to Zamawiający faktury te pozyskał i znajdują się one w dokumentacji postępowania. Wniosek Odwołującego był więc bezprzedmiotowy.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący:……...