

**WYROK**

z dnia 2 października 2020 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca:**Renata Tubisz

**Protokolant:**Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 30 września 2020r. w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 sierpnia 2020 r. przez odwołującego: G. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą G. K. PPHU „GRZEŃ” Transport Krajowy i Międzynarodowy ul. Kusocińskiego 10, 21-550 Międzyrzecz Podlaski w postępowaniu powadzonym przez zamawiającego: Gmina Drelów ul. Szkolna 12, 21-770 Drelów

**orzeka**

1.oddala odwołanie

2.kosztami postępowania obciąża G. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą G. K. PPHU „GRZEŃ” Transport Krajowy i Międzynarodowy ul. Kusocińskiego 10, 21-550 Międzyrzecz Podlaski i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez G. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą G. K. PPHU „GRZEŃ” Transport Krajowy i Międzynarodowy ul. Kusocińskiego 10, 21550 Międzyrzecz Podlaski tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2019 r., poz.1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie

**Przewodniczący:**  
**Uzasadnienie**

Pismem z dnia 24.08.2020r. do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dotyczącego warunków świadczenia usług dowożenia i odwożenia dzieci do placówek oświatowych z terenu Gminy Drelów w roku szkolnym 2020/2021 na podstawie biletów miesięcznych - znak sprawy ZP.271.4.2019.RK.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 04.08.2020r. nr 569 686. Zamówienie nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust.8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) i wartość zamówienia wynosi 250.000,00zł.

Odwołanie wniesiono z przywołaniem jako podstawy prawnej art. 179 ust. 1, 180 ust. 4 i art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy zwanej dalej ustawą, od czynności zamawiającego odrzucenia oferty w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący zaskarżonej czynności odrzucenia jego oferty zarzucił:

1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy i art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy przez bezzasadne odrzucenie oferty i przyjęcie, że odwołujący nie złożył w wyznaczonym terminie dokumentów potwierdzających wiedzę i doświadczenie wymaganych przez zamawiającego.

Żądania odwołujący określił przez nakazanie zamawiającemu:

1)ponownej oceny ofert,

2)ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Składając odwołanie, odwołujący przedstawił następujące okoliczności faktyczne i prawne.

W dniu 19 sierpnia 2020r. na stronie Biuletynu Informacji Publicznej zamawiający zamieścił informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu oraz o odrzuceniu oferty odwołującego z powodu nieuzupełnienia braków. Jak sam odwołujący przyznaje, w dniu 13 sierpnia 2020r. został wezwany przez zamawiającego do złożenia dokumentów potwierdzających wiedzę i doświadczenie.

Według wiedzy odwołującego, przedstawił żądane dokumenty w wyznaczonym terminie przez zamawiającego a pomimo to bez żadnego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucono jego ofertę.

Dowód: zawiadomienie zamawiającego z dnia 19.08.2020r.

Odwołujący w złożonym odwołaniu stwierdza, że prawdopodobnie do odrzucenia jego oferty doszło dlatego, że zamawiający pismem z dnia 13.08.2020r. zażądał złożenia dokumentów potwierdzających warunki udziału, które nie zostały przewidziane w warunkach przetargu. Jak podaje odwołujący, prowadzi działalność gospodarczą od dnia 1 stycznia 2010r. i spełnia kryterium prowadzenia wynikające z punktu VIII lit. j specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Obowiązujące warunki świadczenia usług nie zawierają wymagań jakich zamawiający żądał od odwołującego i których nie uzupełnienie było prawdopodobnie powodem odrzucenia oferty. Ze złożonych przez odwołującego 2 referencji w sposób bezdyskusyjny wynikało, że wykonał on w okresie 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania usługi i posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie w tym względzie.

Według odwołującego skoro prowadzi działalność już ponad 10 lat to nie obowiązywały jego wymagania zawarte w drugiej części punktu VIII lit. j siwz, czyli wymagania dotyczące podmiotów mających okres prowadzenia działalności krótszy niż trzy lata, licząc od dnia wszczęcia postępowania. Wykładnia tego zapisu nie budzi wątpliwości i zamawiający wyraźnie rozróżnił podmioty z wieloletnim doświadczeniem od których wymaga się tylko referencji potwierdzających wykonanie usług, od podmiotów które nie funkcjonują jeszcze 3 lat. To właśnie te podmioty mają przedstawić referencje z których wynika, że świadczyły usługi stanowiące przedmiot zamówienia o wartości nie mniejszej niż 150.000 zł każda z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie. Skoro zamawiający rozróżnił podmioty na te które prowadzą działalność ponad trzy lata i na te mniej doświadczonych i nałożył na nie różne obowiązki to odrzucenie oferty z tego powodu było całkowicie nieuzasadnione.

Żądanie dat ich świadczenia, miejsca wykonania i dokumentów potwierdzających, że roboty zostały wykonane należycie było bezpodstawne gdyż jak to zaznaczono powyżej miał on jako podmiot prowadzący działalność ponad trzy lata. Winien złożyć jedynie 2 referencje i to zrobić.

Jako dowód w sprawie dołączył warunki przetargu nieograniczonego.

W ocenie odwołującego decyzja zamawiającego, o wyborze oferty najkorzystniejszej innego wykonawcy niż odwołujący jest wadliwa z uwagi na fakt, że oferta odwołującego była bardziej korzystna i gdyby nie bezzasadne jej odrzucenie z pewnością wygrał by przetarg. Biorąc pod uwagę wyżej przedstawione okoliczności faktyczne oraz wskazane naruszenia przepisów odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności. Odwołanie wniósł pełnomocnik radca prawny.

Wobec tak sformułowanych zarzutów i żądań odwołania, Izba dokonała następujących ustaleń i zważyła jak poniżej

Przedmiot sporu dotyczy postanowienia siwz (specyfikacji istotnych warunków zamówienia), a właściwie jego wykładni, rozumienia zawartego w pkt VIII lit. j) o treści:

„dokumenty (referencje) potwierdzające że wykonawca posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie w tym względzie: wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonują min.2 usługi w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadające swoim rodzajem i wartościom usług stanowiących przedmiot zamówienia tj. przewóz dzieci i osób, o wartości nie mniejszej niż 150.000,00 zł. każda z podaniem ich wartości, oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie (referencje, listy polecające itp.)”,

w związku z wykluczeniem odwołującego z postępowania (art.24 ust.1 pkt 12 ustawy) a w konsekwencji z odrzuceniem jego oferty (art.89 ust.1 pkt 5 ustawy).

Na posiedzeniu/rozprawie Izby z udziałem stron, zamawiający do protokołu oświadczył, udzielając odpowiedzi na odwołanie, że nie potwierdza wykładni będącej przedmiotem odwołania pkt VIII lit j) postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) co do podziału wykonawców na tych, którzy co najmniej 3 lata wykonują działalność i mniej niż trzy lata. Jak również nie zgadza się, z wynikającym z tego podziału wykonawców, innym wymaganiem co do wykazania parametrów doświadczenia zawodowego (obowiązek podania wartości, bądź brak obowiązku podania wartości wykonanych usług przewozu dzieci i osób), w związku z ubieganiem się o zamówienie.

Ten inny wymóg do tych dwóch wymienionych kategorii wykonawców miałby polegać na tym, jak twierdzi odwołujący, że tylko wykonawca prowadzący działalność krócej niż trzy lata przed datą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, ma obowiązek wykazać w złożonym do oferty dokumencie/oświadczeniu wartość/kwotę wykonanych usług. Ta wartością wykonanych usług (minimum dwóch usług) w zakresie przewozu dzieci i osób jest kwota nie mniejsza niż 150.000,00 zł. każda z usług. Z kolei wykonawcy prowadzący działalność powyżej trzech lat, według oceny odwołującego, nie mają obowiązku wykazania w dokumencie oświadczenia o doświadczeniu, że wykonane usługi opiewały na kwotę co najmniej 150.000,00 zł. każda z usług. Z takim stanowiskiem odwołującego, nie zgadza się zamawiający, udzielając odpowiedzi na odwołanie do protokołu (wyciąg z protokołu - R. K.

inspektor do spraw zamówień publicznych i inwestycji „Odpowiadając nie zgadza się z interpretacją postanowienia siwz, bowiem według jego każdy wykonawca, który niezależnie ile wykonuje lat już usługi przewozu to ma postawione takie same warunki. Po pierwsze, co najmniej 2 usługi każda należycie wykonana i każdej wartość co najmniej 150 000zł.”).

Z kolei na zadane pytanie odwołującemu, właścicielowi firmy G. K., podtrzymał wykładnię pkt VI11 lit.j) siwz, zgodnie z opinią jego radcy prawnego, która co do obowiązku wykazania, bądź nie wykazania usługi na kwotę 150.000,00zł., dzieli wykonawców na tych co prowadzą działalność co najmniej trzy lata i krócej niż trzy lata przed datą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia (wyciąg z protokołu „Na pytanie Izby, Pan G. K. wyjaśnia, że spór dotyczy interpretacji punktu J siwz, który wymagał przedstawienia referencji z określeniem należytego wykonania a w przypadku wykonawców, którzy świadczyli usługi przewozu krócej niż 3 lata mieli dodatkowo wykazać referencjami, że każda z tych dwóch wymaganych usług miała wartość, co najmniej 150.000zł”).

Izba z uwagi na przedstawioną przez zamawiającego dokumentację przetargową, w tym wezwanie zamawiającego z dnia 13.08.2020r. do wykazania przez odwołującego wymogu, to jest do złożenia dokumentów potwierdzających warunki udziału w zakresie doświadczenia zawodowego, przeprowadziła na posiedzeniu z udziałem stron postępowanie wyjaśniające. Z oświadczeń odwołującego jak i pełnomocnika zamawiającego inspektora R. K., Izba ustaliła następujący stan faktyczny w sprawie. Odwołujący w swoich wyjaśnieniach stwierdził, że jak pamięta to był kilkakrotnie w urzędzie gminy po złożeniu oferty rozmawiając z pracownikami urzędu, w różnych sprawach. Jednak z tego co pamięta to w dniu 19.08.2020r. od R. K. dowiedział się, że brak w jego dokumentach polegał na nie podaniu w oświadczeniu kwot na jakie opiewały zrealizowane zamówienia. Chociaż przyznał, że w czasie tych pobytów w urzędzie gminy również sam inspektor R. K. powiedział, że ma podać mail, ponieważ nie podał maila w ofercie, a będzie wezwany do uzupełnienia dokumentów w zakresie doświadczenia zawodowego, co miało miejsce 13.08.2020roku (wyciąg z protokołu Na pytanie Izby, co do okoliczności przedstawionych przez Pana R. K. Odwołujący Pan G. K. wyjaśnia: byłem na otwarciu ofert i na tym otwarciu ofert Pan R. K. nie rozmawiał ze mną na temat referencji, że nie ma w nich podanych kwot wykonanej usługi. Natomiast byłem 13.08.2020r. w urzędzie gminy i zaniósłem oświadczenie na temat grupy kapitałowej na sekretariat urzędu wówczas na terenie siedziby gminy spotkał mnie Pan C. K., którego znałem jeszcze z czasów, kiedy nie pracował w gminie i on mi powiedział, że mam iść do Pana R. K., bo będzie wysłane do mnie pismo o uzupełnienie dokumentów. Ja poszedłem do Pana R. K. i Pan R. K. powiedział mi, że proszę pilnować poczty, bo będzie wezwanie od nas o uzupełnienie dokumentów(...)Ja byłem kolejno 18 i 19, bo składałem dokumenty, ale byłem 18 i potwierdzam na pytanie Izby, że składałem wówczas pismo radcy prawnego pana A. S. złożyłem to na sekretariat.

Przypominam sobie, że następnego dnia 19.08 Przyjechałem ponownie do Gminy do innego Pana od przetargu, bo jeszcze był jakiś problem inny. Ja jechałem 19.08 do Białej Podlaski i wtedy Pan R. K. ok. godzinie 9 rano do mnie dzwonił(...) i ja to zaświadczenie o prowadzeniu działalności zawiozłem do Pana R. w tym samym dniu to zrobiłem i wtedy być może wywiązała się ta rozmowa o 150 000zł w referencji(...) być może, że jak dawałem mu ten ceidg to wspominał Pan R. K. o 150 000zł, ale ja w tym samym pokoju jeszcze musiałem załatwić inne sprawy.)

Z oświadczeń odwołującego wynika, że od czasu otwarcia ofert w dniu 12.08.2020r. do dnia 19.08.2020r. to jest do dnia decyzji zamawiającego o odrzuceniu jego oferty, nie był informowany przez zamawiającego o tym, że powinien w złożonych dokumentach doświadczenia w tym w oświadczeniu z dnia 12.08.2020r. o wykonanych usługach, załączonym do oferty, podać wartości tych usług.

Natomiast tak przedstawionym okolicznościom w sprawie uzupełnienia dokumentów zaprzeczył R. K. inspektor i oświadczył, że w dniu 13.08.2020r. rozmawiał z odwołującym, że otrzyma wezwanie do uzupełnienia dokumentów i poinformował o braku wartości wykonanych zamówień (wyciąg z protokołu „Kontynuuje Pan K., że po otwarciu ofert rozmawialiśmy z Odwołującym i ja stwierdziłem kierując do Pana K., że w przedstawionych referencjach nie jest wpisana kwota, na jaką była świadczona usługa.

Pan K. odpowiedział, że nie zgadza się z taką interpretacją i oparł się na opinii swojego radcy prawnego.(...) W tej sytuacji w dniu 13.08.2020r. wezwaliśmy Pana K. do uzupełnienia doświadczenia, gdzie zrobiliśmy dokładnie wklej treść ze specyfikacji pismo do Pana G. K. i na to pismo uzyskaliśmy odpowiedź w dniu 17.08.2020 - data wpływu 18.08.2020r. Po tym piśmie podjęliśmy decyzję o rozstrzygnięciu to było 19.08.2020r, gdzie powiadomiliśmy Pana G. K., że odrzuciliśmy jego ofertę.(...)Pan R. K. inspektor odnosząc się do wyjaśnień Pana G. K. stwierdza, że 13.08 rozmawiał wcześniej z G. K. tj. 13.08 i wtedy już mu powiedziałem, że w referencjach nie ma 150 000 zł i powiedziałem mu, żeby czekał, bo dzisiaj pismo przyjdzie emailem, później stwierdziłem, że nie mam emaila w jego ofercie i wtedy mi podał od razu numer emaila na wezwanie do uzupełnień wysłałem e-mailowo.”).

Wobec tak rozbieżnych oświadczeń stron co do czasu poinformowania odwołującego o braku wartości wykonanych zamówień to jest według odwołującego 19.08.2020r. a według zamawiającego 13.08.2020r., Izba skierowała do odwołującego kolejne pytanie.

W zadanym pytaniu chodziło o to czy w swojej dotychczasowej praktyce udziału w przetargach odwołujący zawsze tak samo interpretował postanowienia siwz jak w tym postępowaniu, co do podziału wykonawców na wykonujących działalność co najmniej 3 lata i mniej niż 3 lata w zakresie obowiązku podania wartości zamówień (wyciąg z protokołu: „Pan G. K.: moim zdaniem przepisy, o których rozmawiamy to jest doświadczenie zawodowe są jednoznaczne i nie powinny budzić wątpliwości. Na pytanie Izby: czy powołując się na 10 letnie doświadczenie oświadcza Pan, że zapisy siwz przez te 10 lat były identyczne jak w tym sporze i identycznie Pan je wykonywał. Odpowiedź: Tego nie mogę potwierdzić, bo przez 10 lat w różny sposób się zmieniały, każde zamówienie ma swoją specyfikę.”).

W ocenie Izby, odwołujący pomimo próby skonfrontowania rozbieżnych stanowisk jego i zamawiającego oraz próby zastanowienia się nad racjami popierania odwołania, jeszcze na posiedzeniu, pozostaje przy swoim stanowisku i nie ma jakichkolwiek wątpliwości co do wykładni postanowienia pkt VI11 lit. j) siwz, które sprowadza się do braku obowiązku potwierdzenia w dokumentach doświadczenia zawodowego (oświadczenie odwołującego czy też referencje) wartości wykonanych usług.

Z kolei zamawiający powołując się na obowiązującą ustawę podtrzymuje swoje stanowisko co do wymogu podania kwot niezależnie od czasu wykonywania działalności przez wykonawcę, dyktowane także dbałością o zgodność procedur z prawem (wyciąg z protokołu: ”W tym miejscu Pan P. K.wójt gminy Drelów oświadcza, że nie ma zastrzeżeń, co do jakości świadczonych usług przez Odwołującego, ale obowiązuje prawo i w przypadku nieprzewidzianych jakichś zdarzeń np.: wypadku a usługi dotyczą dowozu dzieci to może dojść do konsekwencji odszkodowawczych z inicjatywy rodziców, którzy zarzucą nam niewłaściwe traktowanie przepisów chodzi tutaj o doświadczenie zawodowe przewoźnika. Na pytanie Izby: wójt gminy oświadcza, że wobec zawisłego sporu nie zawarł umowy z wykonawcą wybranym. W związku z wyborem 19.08.20r. PKS w Międzyrzeczu Podlaskim i przygotowaniem odwołania zawarliśmy umowę z wolnej ręki okresowo na 1 miesiąc i wczoraj zawarliśmy na 2 miesiąc na październik z możliwością rozwiązania wcześniejszego, gdyby Izba wydała wyrok w tym czasie.”).

Izba zwraca uwagę, że nie jest istotna dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy okoliczność, że strony zamiennie używają jako dokumentu poświadczającego wartość usługi zarówno dokumentu/referencji, ponieważ odwołujący zarówno w złożonym przez niego oświadczeniu z dnia 12.08.2020r., załączonym do oferty wyczerpującym cechy Wykazu usług, ze względu na jego treść a nie formę, nie podaje wartości wykonanych usług. Na marginesie tylko należy zauważyć, że również złożone dokumenty wystawione przez podmioty trzecie to jest referencje nie zawierają wartości wykonanych usług. Podsumowując w żadnych złożonych dokumentach, załączonych do oferty, odwołujący nie wykazuje wartości wykonanych usług na potwierdzenie posiadania doświadczenia zawodowego. Izba przeprowadziła postępowanie dowodowe, z uwzględnieniem dokumentacji postępowania prowadzonej przez zamawiającego, zaliczając do materiału dowodowego następujące dokumenty i dokonując ustaleń w sprawie, jak poniżej:

- 1.SIWZ w tym pkt VIII litera (j) stanowiące przedmiot sporu to jest czy ma znaczenie okres prowadzenia działalności w zakresie wymagania od wykonawców wykazania, bądź nie wykazania kwot/wartości wykonanych usług, na poczet wymaganego doświadczenia zawodowego,
- 2.Z oferty odwołującego zawierającej: oświadczenie z 12.08.2020r. o posiadanym doświadczeniu zawodowym odwołującego, które wlicza daty, miejsca i podmioty na rzecz, których wykonano usługi, Referencja 11.08.2020r. Biuro Podróży Mario Presto Biała

- Podlaska, Referencja z 11.08.2020r. Urząd Gminy Dębowa Kłoda - żadne z tych dokumentów to jest oświadczenie odwołującego jak i referencje od zamawiających nie zawierają kwot wynagrodzenia za wykonane usługi przewozu osób,
3. Protokół z otwarcia ofert 12.08.2020r. na okoliczność wykazania interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, a co przekłada się na prawo do ochrony prawnej odwołującego. Łącznie z odwołującym oferty złożyło dwóch wykonawców. Kryterium oceny ofert: cena 100%, a oferta odwołującego jest tańsza od wykonawcy wybranego. Izba stwierdza interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy,
  4. Pismo zamawiającego z dnia 13.08.2020r. do odwołującego liczba dziennika ZP.271.4.2019.RK, w którym zamawiający wzywa do złożenia dokumentów potwierdzających posiadanie doświadczenia zawodowego, z zaznaczeniem wartości usług nie mniejszej niż 150.000,00 zł., stanowiące dosłowną treść pkt VIII lit. j) specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
  5. Pismo radcy prawnego z dnia 17.08.2020r. w imieniu odwołującego odpowiedź na wezwanie z dnia 13.08.2020, w którym jak w odwołaniu odmawia się zamawiającemu prawa żądania wykazania kwot usług o wartości 150.000,00 każda z dwóch wymaganych usług w związku z faktem, że odwołujący prowadzi działalność gospodarczą dłużej niż trzy lata.
  6. Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 19.08.2020r., z zawiadomieniem o czynności zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego w związku z nie złożeniem wymaganych dokumentów w wyznaczonym terminie, na wezwanie z dnia 13.08.2020r. z przywołaniem art.24 ust.1 pkt 12 i art.89 ust.1 pkt 5 ustawy, co wyczerpuje wymóg uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności zamawiającego.

Na rozprawie odwołujący złożył wniosek, o odroczenie rozprawy celem przekazania dowodów na okoliczność, że wykonał usługi, które przekraczają 150 000zł. dla każdego z zamawiających wymienionych w obydwu referencjach załączonych do oferty.

Zamawiający odnosząc się do złożonego wniosku odwołującego, wniósł o nie uwzględnienie wniosku dowodowego z uwagi na to, że wezwanie było w trakcie procedury przed zamawiającym oraz oczekuje rozstrzygnięcia sprawy w dniu dzisiejszym. Uzupełniając R. K. inspektor dodał, że osobiście zwracał uwagę odwołującemu o niepoprawnych dokumentach z powodu braku w nich kwoty/wartości usług. Natomiast po otrzymaniu wezwania do uzupełnienia odwołujący stwierdził, że wymóg podania wartości zamówienia nie dotyczy jego z uwagi na ponad 3 letni okres prowadzenia działalności.

Izba nie uwzględniła wniosku o odroczenie terminu rozprawy, ponieważ w tym przypadku podlega badaniu naruszenie przepisu przez zamawiającego na etapie postępowania przed zamawiającym tj. czy zamawiający naruszył wskazane przepisy ustawy wzywając odwołującego do uzupełnienia dokumentów oraz w konsekwencji odrzucając ofertę odwołującego. Izba w tym stanie sprawy, w związku z przeprowadzonym postępowaniem dowodowym do rozstrzygnięcia zarzutów i żądań odwołania, nie znalazła uzasadnienia do odrzucania terminu rozprawy.

We wnioskach końcowych

Odwołujący podtrzymał argumentację odwołania w tym wyjaśnienia do protokołu na posiedzeniu i rozprawie co do rozumienia pkt VIII lit. (j) w zakresie doświadczenia zawodowego, co do podziału wykonawców na tych, którzy wykonują działalność 3 lata i poniżej 3 lat licząc od daty wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający uważa, że interpretacja odwołującego jest nieprawidłowa, zapis wynika z rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów i uprzywilejowanie w tym przepisie może dotyczyć jedynie kwestii skrócenia terminu dla wykonawców, co do wykazania doświadczenia a nie kwestii zakresu doświadczenia w zależności od długości prowadzenia działalności.

Izba podsumowując

Na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego i dokonanych ustaleń w zakresie sporu co do wykładni postanowienia siwz w pkt VIII lit j) o treści:

„dokumenty (referencje) potwierdzające że wykonawca posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie w tym względzie: wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonują min.2 usługi w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadające swoim rodzajem i wartościom usług stanowiących przedmiot zamówienia tj. przewóz dzieci i osób, o wartości nie mniejszej niż 150.000,00 zł. każda z podaniem ich wartości, oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały

wykonane należycie (referencje, listy polecające itp.),”

podziela stanowisko zamawiającego i uznaje czynność wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art.24 ust.1 pkt 12 ustawy, a w konsekwencji odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art.89 ust.1 pkt 5 ustawy za nie naruszającą powyżej przywołanych przepisów, które stanowiły także podstawę wniesienia odwołania.

Przywołane postanowienie pkt VI11 lit.j) siwz w żadnej mierze nie uprawniało odwołującego do przedstawionej przez niego interpretacji co do różnego traktowania wykonawców w zależności od okresu prowadzenia działalności usług przewozu dzieci i osób, a w konsekwencji zwalniania czy też nie zwalniania z obowiązku wykazania wartości usług, w tym wypadku 150.0.00zł. każdej z usługi.

Z literalnego brzmienia postanowienia siwz wynika, że wykonawca zobowiązany jest przedstawić dokumenty potwierdzające posiadanie wiedzy

i doświadczenia

wykonania/wykonywania minimum dwóch usług w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli prowadzą działalność krócej niż trzy lata to za ten okres, o wartości nie mniejszej niż

150.0.00zł każda, podając ich wartość, oraz daty i miejsca wykonania. Odwołujący nie przedstawił żadnego rozumowania w zakresie tego postanowienia, z którego można by wywieść sens, jaki on nadal brzmieniu tego postanowienia/przepisu. Przepis ten ma budowę jednego zdania, w którym po kolei zawarta jest regulacja o: wymogu dokumentu (referencji), z którego wynika wiedza i doświadczenie w zakresie wykonanych lub wykonywanych usług, minimum dwóch usług, w okresie ostatnich trzech lat, przed wszczęciem postępowania, a jeżeli działalność jest prowadzona krócej to w tym okresie, odpowiadające rodzajem i wartościom usług będących przedmiotem zamówienia, to jest przewóz dzieci i osób, o wartości co najmniej 150.000,00zł każda z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem referencji.

Izba jak już wyżej nadmieniła jest to ciąg jednego zdania, przedzielonego przecinkami po kolejnych jego logicznych sekwencjach. Ograniczając wywód do istoty wykładni tego zdania przez odwołującego, Izba nie znajduje uzasadnienia do wybiórczego ustalania cech dokumentu/oświadczenia na wypadek krótszego okresu działalności. Z budowy zdania wynika, że co do zasady doświadczenie ma wynikać z ostatnich trzech lat czyli nie więcej niż trzy lata od wszczęcia postępowania np.: nie z czterech, nie z pięciu, nie z sześciu i.t.d. Z takiej formuły nasuwa się logiczny wniosek, wymaga się trzech lat to jest nie więcej lat licząc od daty wszczęcia postępowania przez zamawiającego. I tutaj przepis robi wyjątek od reguły przez sformułowanie „a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie” i to bez określenia minimum ograniczenia czasowego na przykład w ten sposób -w tym okresie ale nie krócej niż 1 rok przed wszczęciem postępowania. W tym zakresie prawo twórcy postanowił nie stawiać barier czasowych. I słusznie nie ograniczając możliwości dla wykonawców, których oświadczenia do wykonanych usług (wykaz usług) podlega weryfikacji zarówno przez zamawiającego jak i konkurentów - oferentów.

Odnosząc się z kolei do logiki zachowania odwołującego to jak wyjaśnić, że w złożonym oświadczeniu z dnia 12.08.2020r. do oferty, podał daty i miejsca wykonania oraz nazwy zamawiających oraz załączył dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane należycie (referencje, listy polecające itp.), a nie podał wartości usług. Brak logiki zachowania odwołującego wynika z treści końcowego brzmienia przepisu gdzie jednocześnie podaje się „z podaniem ich wartości, oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie (referencje, listy polecające itp.)”. Nasuwa się logiczny wniosek z rozumowania odwołującego, że wobec przedstawionej interpretacji powinien również nie podawać dat, miejsc i referencji, czyli nie powinien przedstawić w ogóle doświadczenia zarówno w formie oświadczenia, referencji, skoro działalność wykonuje dłużej niż trzy lata od wszczęcia postępowania przez zamawiającego. Jednak obowiązek powyższy wykonał w sposób wybiórczy to jest bez wskazania wartości wykonanych usług. Tego wybiórczego zachowania, wobec wykazania doświadczenia zawodowego, odwołujący nie wyjaśnił ani zamawiającemu, kierując do niego odpowiedź z dnia 19.08.2020r, ograniczając się do odmowy podania wartości wykonanych usług, ani też nie wyjaśnił specyfiki takiego rozumowania w postępowaniu odwoławczym.

Izba podkreśla, że interpretacja tego przepisu jest zgodna nie tylko z literalnym brzmieniem przepisu pkt VIII lit. j) siwz, ale także jest zgodna z zasadami ustawy wyrażonymi w art. 7 ust.1 co do uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, czy też zasady proporcjonalności. Te zasady służą zarówno zamawiającemu jak i wykonawcy w zakresie wykazania doświadczenia zawodowego. Zamawiającemu gwarantują, że przez wykazanie doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia będzie ono realne, bieżące a nie zdobyte w odległym w czasie. Naturalnym zjawiskiem jest, że przez aktualne a nie w zamierzczym czasie wykonywanie usług, wykonawca nabywa i posiada doświadczenie zawodowe. Im dalej od wszczęcia postępowania tym doświadczenie zawodowe traci na

aktualności, doświadczenie ulega zatarciu, tracone są umiejętności albo traci na aktualności wobec postępu technicznego, technologicznego. Dlatego górną pułap np. w usługach ustala się dla doświadczenia zdobytego nie wcześniej niż 3 lata od wszczęcia postępowania. Gdyby nie było górnego pułapu czasowego to nieuczciwi konkurenci, którzy od szeregu lat nie prowadzą działalności mogliby powoływać się na doświadczenie po pierwsze nieprzydatne a po drugie nawet gdyby prowadzili działalność nadal to byłiby w lepszej sytuacji od rozpoczynających działalność, co ograniczałoby konkurencję. Z kolei brak ograniczenia co do limitu na „starsze niż” wpływa na dopuszczenie wykonawców krócej działających ale intensywniej, efektywniej niż pozostali działający na przestrzeni trzech lat. Przy czym sprawdzanie doświadczenia przez zamawiającego oraz konkurentów jest zjawiskiem nagminnym, ale oczekiwanym dla potwierdzenia wiarygodności wymaganego doświadczenia zawodowego.

Tak więc interpretacja przepisu pkt VI11 lit.j) siwz dokonana przez odwołującego nie znajduje potwierdzenia ani w wykładni literalnej, ani w wykładni logicznej, ani w wykładni celowościowej, przywołanego przepisu specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Natomiast Izba, wobec treści wezwania zamawiającego z dnia 13.08.2020r. (kalka przepisu pkt VIII lit j)siwz), przeprowadziła postępowanie wyjaśniające na posiedzeniu w celu ustalenia, czy wobec braku wskazania w wezwaniu na czym polega brak w oświadczeniu złożonym przez odwołującego z dnia 12.08.2020r. uprawnionym byłoby nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego w trybie art.26 ust.3 ustawy. Niemniej pomimo braku zgodności złożonych na posiedzeniu wyjaśnień odwołującego i zamawiającego co do daty powzięcia wiedzy przez odwołującego, czego brak w złożonym oświadczeniu do oferty o posiadanym doświadczeniu zawodowym, przekonanie Izby o posiadaniu wiedzy odwołującego co do braku wartości usług, zdecydowało ostatecznie pismo odwołującego z dnia 18.08.2020roku. W piśmie tym, będącym odpowiedzią na wezwanie zamawiającego z dnia 13.08.2020r. odwołujący nie tyle, że nie złożył dokumentów potwierdzających wymagane doświadczenie, a wręcz odmówił ich złożenia, posługując się argumentacją podtrzymaną w odwołaniu. Powyższe pismo przesądza o wiedzy odwołującego co do treści wezwania z dnia 13.08.2020r. pomimo braku pouczenia odwołującego na czym polega brak w złożonym oświadczeniu odwołującego z dnia 12.08.2020r. Tym samym Izba uznaje za wiarygodne oświadczenie R. K. Inspektora zamówień publicznych i inwestycji u zamawiającego, które złożył do protokołu na posiedzeniu Izby. W tym stanie rzeczy Izba nie znajduje podstaw do zastosowania art.26 ust.3 ustawy to jest wezwania do uzupełnienia błędnego dokumentu oświadczenia odwołującego z dnia 12.08.2020 r., nie zawierającego wartości usług, o uzupełnienie którego wezwał zamawiający w dniu 13.08.2020r., a którego odwołujący w wyznaczonym terminie 5 dni nie wykonał.

Podsumowując odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, nie stwierdzono w postępowaniu zamawiającego naruszenia przepisów ustawy przywołanych w odwołaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, a także w oparciu o przepisy § 3 b oraz § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 7.500,00 złotych. Zamawiający nie złożył rachunków w związku z kosztem udziału w postępowaniu odwoławczym, wobec czego nie zasądzone kosztów na jego rzecz od odwołującego.

**Przewodniczący:**