Sygn. akt: KIO 4629/24

WYROK

Warszawa, dnia 10 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Katarzyna Odrzywolska

Protokolantka:Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 9 stycznia 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2024 r. przez wykonawcę K.T. K.W. z siedzibą w Ślesinie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest: Gmina Wapno

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy KARBUS K.P. Usługi Autokarowe, Kopanina 9 (62-110 Kopanina), jako nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia;

2.kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Wapno, i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę K.T. K.W. z siedzibą w Ślesinie, tytułem wpisu od odwołania;

2.2.zasądza od zamawiającego Gminy Wapno na rzecz wykonawcy K.T. K.W. z siedzibą w Ślesinie kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:……..……

Sygn. akt: KIO 4629/24

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

Gmina Wapno (dalej: „zamawiający") prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320) - dalej: „ustawa Pzp" postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie podstawowym bez negocjacji pn. Dowóz i rozwóz dzieci i młodzieży wraz z opieką z terenu Gminy Wapno do Szkoły Podstawowej im. Adama Mickiewicza i Przedszkola Publicznego „Solna Kraina" w Wapnie od 02.01.2025 r. do 20.12.2025 r.; znak sprawy: ZPR.271.19.2024 (dalej „postępowanie" lub „zamówienie"), o wartości szacunkowej poniżej progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem: 2024/BZP 00559330/01 z dnia 23 października 2024 r.

W dniu 2 grudnia 2024 r. zamawiający opublikował na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę KARBUS K.P. Usługi Autokarowe, Kopanina 9, 62-110 Kopanina (dalej jako „wykonawca KARBUS")

W dniu 9 grudnia 2024 r. przez wykonawcę KATARZYNA TURIST K.W., Piotrkowice 22A, 62-561 Ślesin (dalej „KATARZYNA TURIST" lub „odwołujący") zostało wniesione odwołanie. Odwołaniem objęto czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, która to czynność została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy KARBUS mimo, iż ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, w zakresie posiadania doświadczenia polegającego na wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: co najmniej jednej usługi (w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych uwzględniane są również nadal wykonywane), o wartości nie mniejszej niż 600.000,00 zł brutto (słownie: sześćset tysięcy złotych 00/100) polegającej na dowozie uczniów do szkół wraz z opieką, czego skutkiem był bezpodstawny wybór jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oferty wykonawcy KARBUS, która podlega odrzuceniu z postępowania.

Odwołujący, zarzucając powyższe, wnosił o nakazanie zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2.przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu, w tym odrzucenia oferty wykonawcy KARBUS;
3.dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia.

W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający 27 grudnia 2024 r. złożył do akt sprawy pismo procesowe w którym zaprezentował swoje stanowisko w sprawie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przesłaną przez zamawiającego w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią na nie, a także po wysłuchaniu stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób.

Odwołujący złożył swoją ofertę w postępowaniu i ubiega się o zamówienie. Złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu a wykonawca wykluczeniu z postępowania. Zamawiający nieprawidłowo przeprowadził proces badania i oceny ofert, dokonując wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy KARBUS, która powinna zostać odrzucona jako złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Gdyby zamawiający prawidłowo przeprowadził czynności w postępowaniu, wówczas to odwołujący uzyskałby zamówienie, bowiem złożona przez niego oferta pozostałaby jedyną nieodrzuconą ofertą w postępowaniu. Tym samym odwołujący utracił możliwość prawidłowego wykonania zamówienia, uzyskania zysku z tytułu jego realizacji.

Powyższe wypełnia przesłanki określone w art. 505 ustawy Pzp, odwołujący posiada zatem legitymację do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła dowód z dokumentacji postępowania, przesłanej przez zamawiającego do akt sprawy.

Izba dopuściła dowody wnioskowane przez strony, inne niż stanowiące dokumentację postępowania, na okoliczności przez nie wskazane.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisem zawartym w specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ") jest dowóz i rozwóz dzieci i młodzieży wraz z opieką
z terenu Gminy Wapno do Szkoły Podstawowej im. Adama Mickiewicza i Przedszkola Publicznego „Solna Kraina" w Wapnie od 2.01.2025 r. do 20.12.2025 r. zgodnie z załącznikiem nr 2 do SWZ.

W rozdziale VII ust. 2 pkt. 4 lit. b SWZ zamawiający ustanowił warunek udziału
w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia wykonawcy, w ramach którego wymagał wykazania się doświadczeniem w wykonaniu
w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: co najmniej 1 usługi o wartości nie mniejszej niż
600 000,00 zł brutto polegającej na dowozie uczniów do szkół wraz z opieką. Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku zamawiający wymagał złożenia podmiotowego środka dowodowego w postaci Wykazu usług, którego wzór stanowił załącznik nr 8 do SWZ (zgodnie z Rozdziałem IX ust. 4 pkt 3 SWZ).

Oferty w postępowaniu złożyło dwóch wykonawców: odwołujący i wykonawca KARBUS.

Wykonawca KARBUS, w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych, złożył wypełniony załącznik nr 8 do SWZ „Wykaz usług". W Wykazie, celem potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, powołał się na dwie usługi wykonane na rzecz Gminy Damasławek: (1) o wartości 374 284,80 zł. realizowana
w okresie od 01.09.2022 r. do 30.06.2023 r., opisana przez wykonawcę jako: „Realizacja usługi przewozu uczniów i wychowanków dojeżdżających do szkół i przedszkola publicznego prowadzonych na terenie Gminy Damasławek na podstawie zakupionych biletów miesięcznych w roku szkolnym 2022/2023"; (2) o wartości 375 516,00 zł. realizowana
w okresie 04.09.2023 r. - 30.06.2024 r., opisana przez wykonawcę jako: „Realizacja usługi przewozu uczniów i wychowanków dojeżdżających do szkół i przedszkola publicznego prowadzonych na terenie Gminy Damasławek na podstawie zakupionych biletów miesięcznych w roku szkolnym 2023/2024".

Zamawiający w dniu 15 listopada 2024 r. wybrał ofertę wykonawcy KARBUS jako najkorzystniejszą.

Następnie zamawiający w dniu 19 listopada 2024 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i wezwał wykonawcę KARBUS, powołując się na przepis art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia Wykazu usług - załącznik nr 8 do SWZ.

Pismem z 21 listopada 2024 r. wykonawca KARBUS wskazał, że wodpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 19 listopada 2024 r. przedkłada skorygowany wykaz wykonanych usług, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Jednocześnie wyjaśnił, że w latach szkolnych 2022/2023 oraz 2023/2024 realizował usługi polegające na dowozie dzieci i młodzieży do szkół wraz z opieką na rzecz Gminy Damasławek. W ramach realizacji usług otrzymywał wynagrodzenie od zamawiającego - Gminy Damasławek na podstawie umowy na realizację usług oraz od Województwa Wielkopolskiego w ramach umów na lata 2022-2024, których kopie załączył. Ponadto załączył również zbiorcze informacje dotyczące ilości sprzedanych biletów i wartości dopłat do biletów, otrzymanych od Województwa Wielkopolskiego w latach 2022-2024 r., na podstawie których Województwo Wielkopolskie dokonywało wypłat dofinansowania do realizowanych przez nas usług dla Gminy Damasławek.

Mając to na względzie wyjaśnił, że rzeczywista, całkowita wartość zrealizowanych przez niego usług wynosiła: 712 885,12 zł brutto w roku szkolnym 2022/2023 oraz 722 348,07 zł brutto w roku szkolnym 2023/2024. Łącznie, w ostatnich 3 latach przed upływem terminu składania ofert, zrealizował usługi polegające na dowozie uczniów do szkół wraz z opieką
na łączną kwotę 1 435 233,19 zł brutto. Podane powyżej kwoty stanowią całkowite wynagrodzenie otrzymane przez niego od zamawiającego i Województwa Wielkopolskiego
za zrealizowane usługi. Wskazane powyżej kwoty należy traktować jako całkowite wartości brutto wykonywanych usług.

Wykonawca w piśmie przypomniał, że zamawiający w dokumentacji postępowania zawarł warunek udziału w postępowaniu polegający na wykazaniu wykonania „co najmniej jednej usługi (w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych uwzględniane są również nadal wykonywane), o wartości nie mniejszej niż 600.000,00 zł brutto (słownie: sześćset tysięcy złotych 00/100) polegającej na dowozie uczniów do szkół wraz z opieką". Uznać należy,
że wykonane przez niego usługi spełniają powyższy wymóg, zarówno w przypadku rozpatrywania jego doświadczenia dla poszczególnych lat szkolnych osobno jak i łącznie.

Na potwierdzenie powyższego, do niniejszego pisma oprócz skorygowanego załącznika nr 8 do SWZ dołączył także: (1) umowy zawarte z Województwem Wielkopolskim nr: DT/IV/117/2022 z dnia 06.09.2022 r. DT/IV/31/2023 z dnia 20.01.2023 r. DT/IV/31/2024
z dnia 17.01.2024 r.; (2) Zbiorcze informacje dotyczące dopłat otrzymanych od Województwa Wielkopolskiego do wykonywanych usług dowozu dzieci do szkół na terenie Gminy Damasławek za lata 2022-2024; (3) Referencje otrzymane od Gminy Damasławek potwierdzające wykonanie ww. usług oraz ich wartości.

Jednocześnie podtrzymał wyrażone wcześniej stanowisko, wedle którego nawet sama wartość wynagrodzenia otrzymanego jedynie od zamawiającego - Gminy Damasławek
w wysokości łącznej 731 974,16 zł brutto za usługi zrealizowane w latach szkolnych 2022/2023 i 2023/2024 potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W pierwotnie złożonym załączniku nr 8 do SWZ dokonał podziału wartości usług zrealizowanych w poszczególnych latach szkolnych jedynie dla większej transparentności dokumentu. Dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu należało dokonać sumowania kwot wskazanych
w formularzu.

Przypomniał, że zgodnie z obowiązującym orzecznictwem KIO oraz TSUE uznaje się, iż „przyjęto za dopuszczalne 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" (zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt oraz Wyrok z dnia 15 stycznia 2018 r., KIO 21/18). Zamawiający nie wskazał jednoznacznie,
że wymaga doświadczenia polegającego na wykazaniu przez wykonawcę realizacji usług
na kwotę 600 000,000 zł brutto w ramach jednej umowy. Połączenie wielu umów jest zatem dopuszczalne i powszechnie praktykowane. Zamawiający nie wykluczył bowiem możliwości wykazania realizacji usług w sposób, w jaki zrobił to w pierwotnym formularzu.

Mając na względzie wątpliwości zamawiającego, przedłożył wykaz wykonanych usług, ze szczegółowym wskazaniem kwot wynagrodzenia i jego źródeł wraz z załącznikami.
W dokumencie tym wykonawca wskazał te same dwie usługi przewozu, na które powołał się w pierwotnym wykazie, dodatkowo doliczając do każdej z usług wykonanych na rzecz Gminy Damasławek wartości umów o dofinansowanie zawartych z Województwem Wielkopolskim
(z siedzibą Urzędu Marszałkowskiego Województwa Wielkopolskiego w Poznaniu).

Zamawiający w dniu 2 grudnia 2024 r. ponownie wybrał ofertę wykonawcy KARBUS jako najkorzystniejszą.

Z powyższą decyzją nie zgodził się odwołujący, składając swoje odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, a także zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie konieczne jest przypomnienie treści przepisów, które znajdą zastosowanie w niniejszej sprawie.

I tak, zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Art. 128 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia,
o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: (1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub (2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (2) została złożona przez wykonawcę: (b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Z kolei w myśl art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Istota sporu pomiędzy stronami sprowadzała się w istocie do kwestii rozumienia treści warunku udziału w postępowaniu, do którego referuje zapis w rozdziale VII ust. 2 pkt. 4 lit. b SWZ i w konsekwencji prawidłowości oceny przez zamawiającego kwestii spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę KARBUS. W szczególności wątpliwości interpretacyjne odnosiły się do użytego w treści warunku udziału w postępowaniu pojęcia „usługa", które to w ocenie zamawiającego nie powinno być utożsamiane z pojęciem „umowa", a w konsekwencji należało uznać doświadczenie wykonawcy KARBUS, który wykazał
w załączniku nr 8 do SWZ dwa zamówienia, każde realizowane na rzecz Gminy Damasławek winno być potraktowane jako jedno zamówienie, o wartości wymaganej w SWZ.

W ocenie Izby, treść warunku w niniejszym postępowaniu jest jasna. Zamawiający
w sposób precyzyjny opisał wymagania jakie musi spełnić wykonawca ubiegający się
o zamówienie w zakresie dotyczącym posiadanej zdolności technicznej lub zawodowej
tj. doświadczenia wykonawcy, a mianowicie wymagał wykazania się doświadczeniem
w wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: co najmniej 1 usługi o wartości nie mniejszej niż 600 000,00 zł brutto polegającej na dowozie uczniów do szkół wraz z opieką. Wykonawca, aby wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, był zobowiązany przedstawić w Wykazie usług, stanowiącym załącznik nr 8 do SWZ co najmniej jedno zamówienie, którego zakres miał obejmować dowóz uczniów do szkół wraz z opieką, a jego wartość wynosić nie mniej niż 600 000,00 zł. brutto.

Zamawiający w rozdziale odnoszącym się do warunków udziału w postępowaniu posługuje się sformułowaniem „usługi" nie definiując, czy też nie precyzując tego pojęcia.
Należy zatem zgodzić się z prezentowanym przez niego w odpowiedzi na odwołanie stanowiskiem, że w treści dokumentów zamówienia nie przyjął na potrzeby tego postępowania definicji pojęcia „usługa", jako wykonanie zadania na podstawie jednej umowy, jednego zamówienia czy też jednego projektu. Jeśli jednak takiego zastrzeżenia nie było, należało dokonać jego interpretacji w kontekście przedmiotu niniejszego zamówienia oraz celu jaki przyświecać powinien zamawiającemu przy formułowaniu warunku w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia tj. wyłonienia w postępowaniu takiego wykonawcy, który jest w stanie podołać realizacji opisanej usługi. Tym samym skoro zamawiający, w treści cytowanego wyżej warunku przywołał pojęcie „usługi", odnosząc do niej dodatkowo minimalną wartość jaką
ta powinna się charakteryzować, to nie można na obecnym etapie postępowania z wymagania tego rezygnować lub interpretować go w sposób, który nie wynika z literalnego brzmienia SWZ.

Izba podziela także stanowisko zamawiającego, że nie istnieje jedyna, ogólnie obowiązująca dyrektywa, która

przesądzałaby o tym czy pojęcie „usługi” powinno być utożsamiane z pojęciem „umowa”. Przy czym należy stwierdzić, że w ramach tego pojęcia należy rozumieć całokształt działań czy też czynności odnoszących się do wykonania zadania, jako pewnej całości i w tym kontekście oceniać zadania zrealizowane przez wykonawcę KARBUS, nie zaś dokonywać prostego sumowania wartości umów, zawartych przez tego wykonawcę, bez dokonania pogłębionej analizy w tym zakresie.

Nie sposób w ocenie Izby, w świetle przedstawionych wyżej spostrzeżeń, uznać argumentacji wykonawcy KARBUS zaprezentowanej w piśmie przewodnim z 21 listopada 2024 r., do którego załączył skorygowany wykaz wykonanych usług, że możliwe jest proste zsumowanie dwóch odrębnych zamówień, każde o wartości przekraczającej 300 000,00 zł
w taki sposób, aby wykazać się doświadczeniem w realizacji zamówienia o wartości
nie mniejszej niż 600 000,00 zł. Takie rozumienie treści warunku stoi w sprzeczności
z zapisami rozdziału VII ust. 2 pkt. 4 lit. b SWZ, w treści której zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał wartość 600 000,00 zł, odnosząc ją do wartości jednej usługi, rozumianej jako wykonanie pewnego zakresu zamówienia.

Podejście, jakie prezentuje zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie, prowadziłoby w istocie do zmiany treści opisanego warunku dotyczącego doświadczenia, gdyż możliwe byłoby w takim przypadku zsumowanie dowolnej liczby umów, zawartych przez wykonawcę, byleby ich suma wynosiła oczekiwany próg 600 000,00 zł. Takie dowolne, bezrefleksyjne sumowanie wartości wypaczałoby w istocie treść sformułowanych wobec wykonawcy wymagań i, w konsekwencji prowadziłoby do wyboru w postępowaniu podmiotu, który nie byłby zdolny do realizacji tego zadania.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy nie sposób jest, po analizie treści uzupełnionego Wykazu usług stwierdzić, że oba wymienione w Wykazie usług zamówienia mogą być traktowane jako jedna usługa, zrealizowana na rzecz Gminy Damasławek, której wartość odpowiada wymaganiom zamawiającego. Powyższe stanowisko wynika
z następujących, niżej wymienionych powodów.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że obydwie usługi były wykonywane
na podstawie odrębnych umów, zawartych w wyniku przeprowadzeniu odrębnych postępowań o udzielenie zamówienia, przeprowadzonych w trybach konkurencyjnych, to jest: (1) Umowy nr Inw.272.3.2022 z dnia 13 lipca 2022 r., zawartej w wyniku wyboru oferty z dnia 10 czerwca 2022 r. w postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym na podstawie art. 275 ust. 1 ustawy Pzp, oraz (2) Umowy nr Inw.272.7.2023 z dnia 28 sierpnia 2023 r., zawartej w wyniku wyboru oferty z dnia 28 lipca 2023 r. w postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym na podstawie art. 275 ust. 1 ustawy Pzp. Każda z umów stanowi odrębne funkcjonalnie zamówienie, które obejmowało z góry określony czas (obejmowało dany rok szkolny).
Po zakończeniu realizacji pierwszej z nich wykonawca nie miał zatem żadnej pewności,
że zawarta zostanie kolejna umowa, na kolejny okres. W konsekwencji w okresie, kiedy usługa nie była świadczona zarówno potencjał kadrowy (kierowców), jak też autobusy, którymi dysponuje, mogły zostać skierowane do realizacji innego zamówienia.

Należy także zauważyć, że sam wykonawca KARBUS wymienia w treści obu Wykazów usług oba zamówienia, jako odrębnie realizowane (zarówno w treści pierwszego, jak też uzupełnionego Wykazu). W wyniku wezwania zamawiającego do uzupełnienia przedmiotowego Wykazu usiłuje, w sposób niczym nieuzasadniony, dokonać sztucznego połączenia obu zamówień w jedną usługę z „przerwą wakacyjną” (pismo z 21 listopada
2024 r.), jednakże czyni to chcąc wykazać, że został spełniony warunek w zakresie wymaganej, minimalnej wartości zamówienia - 600 000,00 zł. Ponownie należy wskazać,
że podejście takie jest całkowicie nieuprawnione, gdyż podczas wskazywanej przez wykonawcę KARBUS przerwy nie łączyła go z zamawiającym - Gminą Damasławek żadna umowa, nie istniała podstawa prawna do świadczenia przewozu na podstawie żadnego tytułu prawnego. O takiej przerwie w świadczeniu usługi można byłoby mówić jedynie w przypadku, gdyby pomimo obowiązywania umowy zawartej w postępowaniu, w jakimś okresie czasu, usługi nie byłyby świadczone. W innym zaś, a z takim mamy tu do czynienia, mówić można wyłącznie o dwóch, niezależnych usługach, świadczonych w dwóch niezależnych okresach (podczas trwania roku szkolnego).

Nie sposób również nie dostrzec, że zamawiający formułując warunek udziału
w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, zdecydował się na sformułowanie jego treści w określony sposób tj. poprzez odniesienie się do minimalnej wartości zamówienia.
Z wartością tą związana jest z kolei kwestia tego jakim doświadczeniem legitymuje się wykonawca, nie budzi bowiem wątpliwości, że im większa wartość zamówienia, tym nabyte doświadczenie związane z obsługą przewozów na większej liczbie tras, z wykorzystaniem większej liczby pojazdów, kierowców i opiekunów, konieczność koordynacji usługi o większym zakresie. Skoro tak, to nie sposób jest uznać za spełnienie warunku doświadczenia nabytego przez

wykonawcę w ramach kilku (czy nawet dwóch) odrębnych umów, w żaden sposób nie powiązanych czasowo czy funkcjonalnie, nawet jeśli ich wartość łącznie osiągnie wymagany przez zamawiającego próg wartościowy.

Nie sposób też podzielić argumentacji wykonawcy KARBUS, którą powiela zamawiający w złożonym piśmie procesowym - Odpowiedzi na odwołanie, że możliwe jest połączenie wykazanych w Wykazie usług, uzupełnionym na wezwanie zamawiającego, umów o zamówienie publiczne z umowami o dofinansowanie, jako jednej usługi i wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w taki sposób.

Przeciwko takiemu stwierdzeniu przemawiają z kolei następujące argumenty, na które zwraca także uwagę odwołujący.

W pierwszej kolejności całkowicie odmienny jest przedmiot obu umów. Obie umowy o udzielenie zamówień publicznych dotyczą świadczenia usługi przewozu uczniów do placówek oświatowych (dowody odwołującego załączone do odwołania: § 1 ust. 1 umowy o zamówienie nr Inw.272.3.2022 z dnia 13 lipca 2022 r. oraz § 1 ust. 1 umowy o zamówienie nr Inw.272.7.2023 z dnia 28 sierpnia 2023 r.). Z kolei przedmiotem umów o dofinansowanie jest określenie zasad przekazywania Przewoźnikowi wykonującemu krajowe autobusowe przewozy pasażerskie dopłat z tytułu stosowania obowiązujących, ustawowych ulg (dowody odwołującego załączone do odwołania: § 1 ust. 1 umowy o dofinansowanie Nr DT/IV/117/2022 z dnia 6 września 2022 r.).

Ta ostatnia zawierana jest na podstawie art. 8a ust. 4 ustawy z dnia 20 czerwca 1992 r. o uprawnieniach do ulgowych przejazdów środkami publicznego transportu zbiorowego (Dz.U. z 2024 r., poz. 380). Z cytowanego wyżej przepisu wynika, że zawarcie takiej umowy i uzyskanie dofinansowania jest uprawnieniem wykonawcy. Co istotne, aby je uzyskać konieczne jest spełnienie określonych warunków. Wykonawca nie ma zatem żadnej gwarancji, że na mocy zawartej umowy otrzyma dopłaty w określonej, wskazanej w tej umowie wysokości. Istotną różnicą pomiędzy umowami jest także to, że na podstawie umowy o dofinansowanie dopłata przysługuje do wszystkich przewozów wykonywanych przez Przewoźnika - do wszystkich linii, jakie ten obsługuje, nie tylko linii, na których odbywa się przewóz dzieci i wychowanków do placówek oświatowych, jak to ma miejsce w przypadku umowy zawartej w trybie zamówień publicznych.

W końcu brak jest także tożsamości podmiotowej w przypadku wyżej opisywanych umów, gdyż ta pierwsza zawierana jest z zamawiającym (w tym przypadku z Gminą Damasławek), ta druga natomiast z Urzędem Marszałkowskim Województwa, który nie jest tu zamawiającym, udzielającym zamówienia publicznego. Jednocześnie, w tym przypadku Gmina nie jest uczestnikiem postępowania o uzyskanie dopłat.

Próżno też szukać w treści obu umów jakichkolwiek odwołań jednej z umów do drugiej. W przypadku zawartej umowy o zamówienie publiczne wykonawca za realizowany przedmiot otrzymuje określone umową wynagrodzenie, z kolei w przypadku umowy o dofinansowanie wykonawca, który ubiega się o dopłatę, nie ma pewności zawierając ją, że otrzyma ją w określonej wysokości. W konsekwencji nie ma też pewności, gdyż wykonawca KARBUS oprócz własnych wyliczeń nie przedłożył żadnego dowodu który by to potwierdzał, że wskazane przez niego kwoty wynikające z tych umów rzeczywiście zostały wypłacone.

Jedynie na marginesie należy również dostrzec, że inny jest również okres obowiązywania umów. Umowa o zamówienie zawierana jest na okres roku szkolnego, podczas gdy umowa o dofinansowanie jest zawierana na dany rok kalendarzowy.

Nie sposób jest zatem twierdzić jak to czyni wykonawca KARBUS w swoim piśmie z 21 listopada 2024 r., który to pogląd podziela zamawiający, że istnieje jakakolwiek korelacja pomiędzy umowami, do tego tak ścisła, że można byłoby mówić o jakimkolwiek wpływie postanowień jednej z nich na drugą. W szczególności brak jest w tym przypadku podstaw do sumowania wartości obu tych usług z uwagi na wskazane wyżej uwarunkowania i rozbieżności.

W konsekwencji należało uznać, uwzględniając całokształt okoliczności niniejszej sprawy, że brak jest zarówno możliwości prostego sumowania dwóch wykazanych przez wykonawcę KARBUS usług o wartości każda powyżej 300 000,00 zł w jedną usługę o wartości 600 000,00 zł, jak też nie ma możliwości doliczania do wartości umów o zamówienie dotyczących świadczenia usług przewozu uczniów do placówek oświatowych - wartości umów o dofinansowanie, których przedmiotem jest określenie zasad przyznawania dopłat do biletów.

Tym samym zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny spełnienia przez tego wykonawcę warunku w zakresie

posiadanej wiedzy i doświadczenia, opisywanego w rozdziale VII ust. 2 pkt. 4 lit. b SWZ.

Ponadto, z uwagi na to, że wykonawca KARBUS został wezwany w piśmie
z 19 listopada 2024 r. do uzupełnienia wykazu usług na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp i w odpowiedzi na powyższe złożył zarówno obszerne wyjaśnienia z jakich powodów wskazane przez niego doświadczenie należy uznać za spełniające warunek opisany w SWZ, jak też przedłożył uzupełniony Wykaz usług - brak jest podstawy do ponownego wzywania tego wykonawcy do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego.

Mając na uwadze powyższe, Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę KARBUS, jako wykonawcy nie spełniającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7
ust. 1 pkt 1 w związku z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego,
ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r.,
poz. 2437).

Przewodnicząca:……..……