

WYROK

Warszawa, dnia 19.02.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 stycznia 2024 r. przez wykonawcę D.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą INTER TRANS D.K. z siedzibą w Janiszowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miejską Kamienna Góra

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciążyć zamawiającego i zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
3. Zasądzić od zamawiającego Gminy Miejskiej Kamienna Góra na rzecz odwołującego D.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą INTER TRANS D.K. z siedzibą w Janiszowie kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy).

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.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 253/24

Uzasadnienie

Gmina Miejska Kamienna Góra, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), dalej: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest administrowanie i bieżące utrzymanie cmentarzy w Kamienniej Górze, nr: ZIF.271.28.2023.

Wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 20 października 2023 r. pod numerem 2023/S 203-635184.

W dniu 23 stycznia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy D.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą INTER TRANS D.K. z siedzibą w Janiszowie, dalej jako: „Odwołujący”. Odwołaniu zostało wniesione wobec czynności Zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego i wyboru oferty Spółka Mieszkaniowa Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz pkt 5 poprzez jego naruszenie i uznanie, że w niniejszym postępowaniu zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego, podczas gdy Odwołujący spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu;
2. art. 112 ust. 1 ustawy PZP poprzez jego naruszenie polegające na nadinterpretacji warunku w sposób, który eliminował z postępowania wykonawcę, który jest w stanie wykonać należycie zamówienie;
3. art. 116 ust. 1 ustawy PZP poprzez jego naruszenie polegające na nadinterpretacji warunku w sposób, który eliminował z postępowania wykonawcę, który jest w stanie wykonać należycie zamówienie.
4. art. 7 pkt 28 ustawy PZP poprzez jego naruszenie polegające na nadinterpretacji definicji ustawowej terminu usługi, poprzez niezasadne przyjęcie, iż usługi muszą wykonywane być odpłatnie.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawione zarzuty Odwołujący wskazał w pierwszej kolejności na motywy odrzucenia jego oferty jakimi kierował się Zamawiający, tj. niespełnienie warunków udziału w postępowaniu opisanych w SWZ w Rozdziale X pkt 1 ppkt 1.4 lit. a,b oraz przytoczył treść uzasadnienia ww. czynności.

Dalej Odwołujący wskazał, że nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego. Odwołujący podkreślił, że posiada wymagane doświadczenie w wymiarze minimum 36 miesięcy w realizacji usług administrowania cmentarzami. Przy czym, każda z usług była wykonywana przez okres minimum 12 miesięcy.

Jak wskazywał, Zamawiający dokonując oceny oferty Odwołującego w sposób nieuprawniony dokonał wykładni rozszerzającej warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, uznając, iż pomimo precyzyjnego określenia, że za zamówienie Zamawiający uważa usługę polegającą na wykonaniu lub wykonywaniu usługi administrowania i bieżącego utrzymania cmentarza (...), ten interpretuje usługę przez pryzmat definicji legalnej zawartej w art. 7 pkt 32 Ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych - a dotyczącego definicji legalnej terminu zamówienia.

Zamawiający bowiem, nie wskazał jakoby warunkiem udziału w przetargu było wykazanie się wykonaniem zamówienia w rozumieniu art. 7 pkt 32 Ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, udzielonego w formie przetargu publicznego. Skoro zatem Zamawiający w sposób niebudzący wątpliwości określił definicję zamówienia podobnego, nie może w sposób dowolny dokonywać wykładni warunków udziału w przetargu.

Jak dalej wskazywał Odwołujący zgodnie z przepisem art. 7 pkt. 28 PZP, który winien być zastosowany w niniejszej sprawie, przez usługi należy rozumieć wszelkie świadczenia, które nie są robotami budowlanymi lub dostawami. Zamawiający przyjął więc na potrzeby niniejszego postępowania definicję pojęcia usługi jako zrealizowanej w ramach danej umowy.

Interpretacji pojęcia „usługa” należy dokonywać w kontekście konkretnego zamówienia i brzmienia SWZ. Skoro nie istnieje odrębna dyrektywa nakazująca uznawanie usługi za jedną umowę, zasadne jest przyjęcie, że usługą może być część działań dotyczących pewnego obszaru i w ramach tak rozumianego pojęcia można ją wykonać w ramach danej umowy. Ponadto, pojęcie usługi wyrażone w ustawie Prawo zamówień publicznych nie odnosi się także do jednej umowy, bowiem w art. 7 pkt 28 PrZamPubl wskazuje na aspekt przedmiotowy. W świetle tego przepisu przez usługi należy rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy (uzasadnienie do powyższego orzeczenia KIO z dnia 29 lipca 2022 r. KIO 1793/22).

Wobec tego usługi, które wykazał Odwołujący, jak najbardziej wpisują się w definicję Zamawiającego.

Na obecnym etapie Zamawiający podnosi, iż umowy przedłożone przez Odwołującego nie stanowią zamówienia zgodnie z art. 7 pkt. 32 gdyż ma to być umowa odpłatna. Jak wskazano powyżej, taka argumentacja nie może się ostać, albowiem definicję zamówienia podobnego umieścił sam Zamawiający w SWZ.

Dalej Odwołujący powołał się na brzmienie art. 9 ust. 1 pkt. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. 2020 poz. 2415) w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Zdaniem Odwołującego literalna wykładnia przytoczonego powyżej 9 ust. 1 pkt. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 30 grudnia 2020 r. jednoznacznie wskazuje, iż ustawodawca przewidział możliwość potwierdzenia przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu przy pomocy usług, które zostały prawidłowo wykonywane - co zostało przez Odwołującego potwierdzone, jednoznacznie wskazując, iż Zamawiający ma prawo żądać wskazania ich wartości, lecz jest to opcjonalne dla Zamawiającego, a co w świetle niniejszego stanu faktycznego niewątpliwie nie miało miejsca.

Odwołujący wskazał również, że w bogatym dorobku orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, podkreśla się, iż wykładnia literalna jest jedyną wykładnią na podstawie, której należy badać intencje Zamawiającego zawarte w SWZ. Odwołujący powołał się na konkretne sygnatury orzeczeń popierających jego stanowisko.

Zdaniem Odwołującego ustawodawca nie zastrzegł, iż wykonane usługi będące przedmiotem doświadczenia wykonawcy, muszą zostać wykonane odpłatnie.

Jak podkreślił Odwołujący z literalnej wykładni zapisów SWZ bezspornie wynika, iż Zamawiający dopuszczał możliwość wykazania przez Wykonawcę doświadczenia w postaci usług wykonywanych nieodpłatnie - np. w postaci umowy wolontariatu. Niewątpliwie, gdyby intencją Zamawiającego była konieczność przedstawienia, jako dowodu posiadania doświadczenia przez Wykonującego, potwierdzenia wykonania zamówień podobnych odpłatnych - Zamawiający określił

by próg kwotowy, który takie zamówienie musiałoby przekroczyć.

Natomiast zastosowana przez Zamawiającego na tym etapie postępowania przetargowego wykładnia własnych wymagań prowadzi do modyfikacji pierwotnej oferty, przy czym przedstawianie na etapie badania oferty Odwołującego założeń interpretacyjnych zapisów w SWZ przez Zamawiającego, nie może prowadzić do sytuacji, w której interpretacja ta stałaby w sprzeczności do wykładni literalnej. Powyższe odczytywać należy bowiem, jako działanie zmierzające do dyskryminacji oferty Odwołującego, zwłaszcza biorąc pod uwagę fakt, iż oferta konkurencyjna została złożona przez spółkę, w której Zamawiający posiada 100% udziałów, a która to spółka była dotychczas jedynym oferentem w przetargach organizowanych przez Zamawiającego.

Dalej Odwołujący podkreślił, iż zgodnie z normą art. 750 k.c. do umów o świadczenie usług, które nie są uregulowane innymi przepisami, stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu. Zgodnie z art. 734 § 1 k.c. Przez umowę zlecenia przyjmujący zlecenie zobowiązuje się do dokonania określonej czynności prawnej dla dającego zlecenie.

Należy w tym miejscu podkreślić, iż ustawodawca przyjął, iż zlecenie - a co za tym idzie również usługa, może być wykonana bez wynagrodzenia, jeżeli wynika to z treści umowy, którą strony zawarły (art. 735 § 1 k.c.).

Odnosząc się do argumentów Zamawiającego w tym zakresie podkreślić należy, iż nie jest rolą Zamawiającego, na etapie badania referencji ocena ważności umowy, jaką zawarł Odwołujący z Proboszczem. W tym miejscu przyjmując retorykę Zamawianego można przyjąć, iż koncepcja Zamawiającego w tym zakresie „jawi się być kulawą konstrukcją prawną i jest przejawem braku umiejętności stosowania prawa” (str. 5).

Jak zauważył Odwołujący, używanie w umowach, jakie załączył Odwołujący na potwierdzenie swojego doświadczenia z Parafią św. Barbary w Wojcieszycach, sformułowania „wykonywanie świadczenia” nie przesądza o tym, iż nie są to usługi zgodnie z art. 7 pkt. 28 Ustawie Prawo Zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r.

Odwołujący podkreślił również, że zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem KIO wszelkie wątpliwości w ocenie spełnienia wymogów wynikających z postanowień SWZ należy rozstrzygać na korzyść wykonawcy, na potwierdzenie czego przytoczył bogate orzecznictwo.

Zdaniem Odwołującego umniejszanie doświadczenia Odwołującego przez Zamawiającego nosi znamiona naruszenie zasady niedyskryminacji i faworyzowania drugiego oferenta, którym jest Spółka gminna.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem przedłożonym w dniu posiedzenia Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie składając wniosek o jego oddalenie. Zamawiający w zasadzie powtórzył argumentację przedstawioną w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła istnienie przesłanek materialnoprawnych do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Ponadto Izba nie stwierdziła istnienia przesłanek do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

Do postępowania odwoławczego nie zostały zgłoszone jakiegokolwiek przystąpienia.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy.

W trakcie postępowania odwoławczego strony nie powoływały się na jakiegokolwiek inne dowody niż dokumentacja przedmiotowego postępowania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest administrowanie i bieżące utrzymanie cmentarzy w Kamiennej Górze.

Zamawiający ustalił m. in. następujące warunki udziału w postępowaniu opisane w Rozdziale X pkt 1.1.4:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: Zdolności technicznej lub zawodowej – Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaze, że:

a) okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, przed upływem terminu składania ofert zrealizował lub realizuje należycie co najmniej jedno zamówienie podobne. Za zamówienie podobne Zamawiający uważa usługę polegającą na wykonaniu lub wykonywaniu usługi administrowania i bieżącego utrzymania cmentarzami przez okres co najmniej 12 miesięcy w jednym zamówieniu (jednej umowie).

Jeżeli Wykonawca wykazuje się usługą nadal wykonywaną (w trakcie realizacji), w takim przypadku zakres zrealizowanej usługi, na dzień składania ofert, winien spełniać określony powyżej wymóg co do terminu (tj. minimum 12 miesięcy).

b) posiada minimum 36 miesięcy doświadczenia w realizacji usług administrowania cmentarzami.

Zgodnie z Rozdziałem XI pkt 1.1.5 SWZ Zamawiający wymagał m.in. następującego podmiotowego środka dowodowego:

Wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, 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 lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy - wzór: Załącznik nr 5 do SWZ.

W postępowaniu wpłynęły 2 oferty, tj.:

- oferta Odwołującego opiewająca na kwotę 1 077 500,00 zł brutto;
- oferta wykonawcy Spółka Mieszkaniowa Sp. z o.o. opiewająca na kwotę 1 390 700,00 zł brutto.

Kwota brutto, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi: 1.400.000,00 zł.

W dniu 21 listopada 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych.

Następnie w dniu 8 grudnia 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w oparciu o art. 128 ust. 4 ustawy PZP do złożenia wyjaśnień dotyczących podmiotowych środków dowodowych. Zgodnie z treścią pisma:

„Gmina Miejska Kamienna Góra, działając na podstawie przepisu art. 128 ust. 4 Ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zmianami), zwraca się z wezwaniem o wyjaśnienie treści, złożonych przez Pana w prowadzonym postępowaniu, podmiotowych środków dowodowych, tj.:

- 1) Wykazu usług wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (Załącznik nr 5 do SWZ);
- 2) Potwierdzenia należytego wykonania usług wystawionego przez Parafię Rzymskokatolicką p.w. św. Barbary, ul. Kościelna 5, 58-560 Wojcieszycy;
- 3) Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia (Załącznik nr 7 do SWZ).

Prosimy o wyjaśnienie następujących kwestii:

a) dot. wykazu usług i potwierdzenia należytego wykonania usług – jakie czynności dotyczące administrowania i bieżącego utrzymania cmentarza parafialnego przy parafii św. Barbary w Wojcieszycach zostały określone w wykazanych umowach o wolontariat, tj. w okresach: 10.10.2020 r. – 09.11.2021 r.; 10.11.2021 r. – 09.11.2022 r.; 10.11.2022 r. – 09.11.2023 r.;

b) dot. wykazu osób – jakie szczegółowe czynności wykonywała wskazana osoba (pan Z.K.) w ramach posiadanego 3-letniego doświadczenia w administrowaniu cmentarzem.”

W dniu 11 grudnia 2023 r. Odwołujący przedłożył wnioskowane wyjaśnienia. Zgodnie z ich treścią:

„W odpowiedzi na wezwanie z dnia 8 grudnia 2023r. dotyczącego wyjaśnienia dotyczącego punktu a, mianowicie jakie czynności dotyczące administrowania i bieżącego utrzymania cmentarza parafialnego zostały wykonywane w ramach wykazanych umów o wolontariat informuję, że podstawowymi czynnościami były:

- utrzymanie czystości i porządku na terenie cmentarza (koszenie, sprzątanie, odśnieżanie i posypywanie piaskiem w okresie zimowym)

- pielęgnacja i utrzymanie istniejącej zieleni na terenie cmentarza (koszenie, grabienie, przycinanie żywopłotu)
- konserwacja istniejącego drzewostanu, usuwanie posuszu, odrostów korzeniowych, wycinka drzew czy usuwanie konarów
- udostępnianie obiektów cmentarza innym podmiotom świadczącym usługi pogrzebowe
- wskazywanie miejsca pochówku
- przygotowywanie dokumentacji do wpisów do Księgi Parafialnej (księgi parafialne prowadzi Proboszcz Parafii)
- bieżąca konserwacja ogrodzenia/muru (naprawa drobnych uszkodzeń, oczyszczanie podmurówki)
- koordynowanie pracownikami wykonującymi remont ogrodzenia

W odniesieniu do punktu b, szczegółowe czynności, które wykonywał p. Z.K. w ramach posiadanego 3 letniego doświadczenia, prócz wymienienia konkretnych czynności przesyłamy również poświadczenie wykonywania usługi w zakresie administrowania i utrzymania w należytym stanie cmentarza komunalnego przy ul. Wolnej w Karpaczu wystawione przez Gminę Karpacz na rzecz firmy p. Z.K..

Czynności, które wykonywał p. Z.K. w ramach doświadczenia:

- wskazywanie miejsca pochówku
- przygotowywanie miejsca pochówku
- prowadzenie księgi cmentarnej oraz księgi grobów
- prowadzenie księgi cmentarnej w programie „Cmentarz”
- pobieranie opłat za rezerwację miejsca na cmentarzu
- pobieranie i aktualizowanie opłat za miejsce na cmentarzu przewidzianych na kolejne 20 lat
- przyjmowanie interwencji od dysponentów grobów dotyczących spraw cmentarza i załatwianie tych spraw
- udostępnianie cmentarza innym podmiotom świadczącym usługi pogrzebowe
- utrzymanie czystości i porządku na terenie cmentarza (koszenie, sprzątanie, odśnieżanie i posypywanie piaskiem w okresie zimowym)
- pielęgnacja i utrzymanie istniejącej zieleni na terenie cmentarza (koszenie, grabienie)
- konserwacja istniejącego drzewostanu, usuwanie posuszu, odrostów korzeniowych, wycinka drzew czy usuwanie konarów
- bieżąca konserwacja ogrodzenia (naprawa drobnych uszkodzeń, oczyszczanie podmurówki)
- prowadzenie ksiąg obiektów budowlanych
- opracowanie i umieszczanie w widocznym miejscu regulaminu cmentarza i aktualnie obowiązującego cennika.”

Wobec złożonych wyjaśnień Zamawiający w dniu 28 grudnia 2023 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia/poprawienia podmiotowych środków dowodowych. Zgodnie z treścią wezwania:

„Zamawiający zwraca się z wezwaniem do poprawienia/uzupełnienia, złożonego przez Pana w prowadzonym postępowaniu, podmiotowego środka dowodowego, tj. wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, 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 lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów—oświadczenie Wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy (Załącznik nr 5 do SWZ).

Zamawiający w specyfikacji warunków zamówienia, dalej „swz” (Rozdział X, pkt 1, ppkt 1.4. lit a)), postawił warunek

dopuszczający w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w brzmieniu: „Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaze, że:

a) w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, przed upływem terminu składania ofert zrealizował lub realizuje należycie co najmniej jedno zamówienie podobne. Za zamówienie podobne Zamawiający uważa usługę polegającą na wykonaniu lub wykonywaniu usługi administrowania i bieżącego utrzymania cmentarzami przez okres co najmniej 12 miesięcy w jednym zamówieniu (jednej umowie).

Jeżeli Wykonawca wykazuje się usługą nadal wykonywaną (w trakcie realizacji), w takim przypadku zakres zrealizowanej usługi, na dzień składania ofert, winien spełniać określony powyżej wymóg co do terminu (tj. minimum 12 miesięcy)”.
Zamawiający w dniu 21 listopada 2023 r. wystosował do Pana na mocy przepisu art. 126 ust. 1 Ustawy wezwanie do złożenia, aktualnych na dzień ich złożenia, podmiotowych środków dowodowych, w tym do złożenia wykazu usług. Wyznaczono również termin na złożenie podmiotowych środków dowodowych do 4 grudnia 2023 r. Do wyznaczonego terminu taki wykaz usług (wraz z potwierdzeniem należytego wykonania usług wystawionym przez Parafię Rzymskokatolicką p.w. św. Barbary, ul. Kościelna 5, 58-560 Wojcieszycy) do Zamawiającego wpłynął.

Z wykazu usług oraz potwierdzenia należytego ich wykonania wynika, że świadczył Pan następujące usługi:

1. Administrowanie i bieżące utrzymanie cmentarza parafialnego przy Parafii św. Barbary w Wojcieszycach ul. Kościelna 5, 58-560 Wojcieszycy w okresie od 10 października 2020 r. do 9 listopada 2021 r.,
2. Administrowanie i bieżące utrzymanie cmentarza parafialnego przy Parafii św. Barbary w Wojcieszycach ul. Kościelna 5, 58-560 Wojcieszycy w okresie od 10 listopada 2021 r. do 9 listopada 2022 r.,
3. Administrowanie i bieżące utrzymanie cmentarza parafialnego przy Parafii św. Barbary w Wojcieszycach ul. Kościelna 5, 58-560 Wojcieszycy w okresie od 10 listopada 2022 r. do 10 listopada 2023 r.

W dokumentach wskazano także, iż wymienione wyżej usługi zostały zrealizowane na podstawie umów o wolontariat, a każda z nich była o wartości „0,00 zł”.

Zamawiający w swz określił warunek, iż Wykonawca ma wykazać się realizacją zamówienia podobnego. W tym kontekście należy przywołać definicję zawartą w przepisie art. 7 pkt 32) Ustawy stanowiącą, że przez zamówienie należy rozumieć umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług.

Idąc dalej za Komentarzem prawa zamówień publicznych wydanym przez Urząd Zamówień Publicznych (Wydanie II pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza): „Konstytutywnym elementem definicji zamówienia publicznego jest odpłatność umowy, która oznacza z założenia istnienie korzyści majątkowej w wyniku zawarcia umowy zarówno po stronie zamawiającego, jak i wykonawcy. Nie będą zatem zamówieniami publicznymi umowy nieodpłatne (darowizna, użyczenie). Z umowy o charakterze odpłatnym wynikać powinna wzajemność świadczeń. [...]”

Przedłożone Zamawiającemu dokumenty, nie potwierdzają jego zdaniem, spełnienia przez Wykonawcę warunku dotyczącego realizacji zamówienia w myśl przywołanych powyżej stwierdzeń, tj. zamówienia odpłatnego.

Mając na uwadze powyższe okoliczności i wypełniając dyspozycję przepisu art. 128 ust. 1 Ustawy, Zamawiający w celu weryfikacji spełnienia przez Pana warunku udziału w postępowaniu, przesyła niniejsze wezwanie do poprawienia/uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego.”

W odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący przedłożył ponownie te same dokumenty przedstawiając również obszerne wyjaśnienia odnośnie wątpliwości Zamawiającego.

W dniu 18 stycznia 2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego. Zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty:

„Warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej było

wykazanie, że Wykonawca :

a) w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, przed upływem terminu składania ofert zrealizował lub realizuje należycie co najmniej jedno zamówienie podobne. Za zamówienie podobne Zamawiający uważa usługę polegającą na wykonaniu lub wykonywaniu usługi administrowania i bieżącego utrzymania cmentarzami przez okres co najmniej 12 miesięcy w jednym zamówieniu (jednej umowie). Jeżeli Wykonawca wykazuje się usługą nadal wykonywaną (w trakcie realizacji), w takim przypadku zakres zrealizowanej usługi, na dzień składania

ofert, winien spełniać określony powyżej wymóg co do terminu (tj. minimum 12 miesięcy);

b) posiada minimum 36 miesięcy doświadczenia w realizacji usług administrowania cmentarzami.

I.D. na potwierdzenie spełniania tego warunku złożył następujące podmiotowe środki dowodowe: Wykaz usług wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (załącznik nr 5 do swz), w którym wykazał, że w ramach umowy o wolontariat wykonał administrowanie i bieżące utrzymanie cmentarza parafialnego przy parafii św. Barbary w Wojcieszycach w okresach:

1) 10/10/2020 - 09/11/2021 – tj. 12 miesięcy i 30 dni,

2) 10/11/2021 - 09/11/2022 - tj. 11 miesięcy i 29 dni,

3) 10/11/2022 - 09/11/2023 – tj. 12 miesięcy,

celem udokumentowania wymaganego doświadczenia w zakresie jw. I.D. złożył również potwierdzenie należytego wykonania usług jw. wystawione przez proboszcza wspomnianej wyżej parafii. Co ważne ów proboszcz posługiwał się w tym potwierdzeniu słowem „usługa”.

Oferty zostały otwarte dnia 20.11.2023 roku. Zamawiający na bazie wyżej opisanych podmiotowych środków dowodowych, w szczególności zaś zaznaczenia, że doświadczenie zostało zdobyte w ramach umów o wolontariat uznał, że należy wyjaśnić, czy umowa wolontariatu wykazana w wykazie usług, która ze swojej istoty (essentialia negotii) jest świadczeniem nieodpłatnym może być uznana za usługę w rozumieniu Rozdziału X, pkt 1, ppkt 1.4., lit. a) i lit. b) swz; usługa referencyjna bowiem miała być wykonana w jednym zamówieniu tj. jednej umowie. W konsekwencji czy umowę o wolontariat można uznać za równoważną tej, o której mowa w warunku z Rozdziału X, pkt 1, ppkt 1.4, lit. a) swz. Zamawiający wymagał bowiem, aby okres świadczenia usługi referencyjnej trwał przez okres min. 12 miesięcy i był objęty jedną umową. W Rozdziale III, pkt 3. swz zawarta była informacja, że w zakresie nie uregulowanym mają zastosowanie przepisy Ustawy.

Ponieważ na gruncie Ustawy umowę należy utożsamiać z zamówieniem (art. 7, pkt 32) Ustawy: zamówieniu - należy przez to rozumieć umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług), Zamawiający pismem z dnia 08.12.2023 roku dot. wykazu usług i potwierdzenia należytego wykonania usług, poprosił o wyjaśnienie, jakie czynności dotyczące administrowania i bieżącego utrzymania cmentarza parafialnego przy parafii św. Barbary w Wojcieszycach zostały określone w wykazanych umowach o wolontariat. Użyte we wniosku słowo „czynności” nie było przypadkowe. Celem wezwania było ustalenie, czy doświadczenie jest czerpane z wykonywanych świadczeń czy też usług.

I.D. złożył stosowne wyjaśnienia, cyt.: [...] „że podstawowymi czynnościami były:

- utrzymanie czystości i porządku na terenie cmentarza (koszenie, sprzątanie, odśnieżanie i posypywanie piaskiem w okresie zimowym)
- pielęgnacja i utrzymanie istniejącej zieleni na terenie cmentarza (koszenie, grabienie, przycinanie żywopłotu)
- konserwacja istniejącego drzewostanu, usuwanie posuszu, odrostów korzeniowych, wycinka drzew czy usuwanie konarów
- udostępnianie obiektów cmentarza innym podmiotom świadczącym usługi pogrzebowe
- wskazywanie miejsca pochówku
- przygotowywanie dokumentacji do wpisów do Księgi Parafialnej (księgi parafialne prowadzi Proboszcz Parafii)
- bieżąca konserwacja ogrodzenia/muru (naprawa drobnych uszkodzeń, oczyszczanie podmurówki)
- koordynowanie pracownikami wykonującymi remont ogrodzenia [...]”. SWZ wymagała wykonania umowy – świadczenia odpłatnego.

Ponieważ wyjaśnienie jw. nie rozwiązało wątpliwości - w ramach umowy wolontariatu mogą być realizowane świadczenia nieodpłatne, zaś w wykazie usług I.D. złożył wykaz zrealizowanych usług w ramach wolontariatu (kolumna: Przedmiot zamówienia (rodzaj i zakres usług), miejsce wykonania zamówienia), co potwierdził referencją - Zamawiający w trybie art. 128 ust. 1 Ustawy poprosił o poprawienie/uzupełnienie podmiotowego środka dowodowego.

W odpowiedzi na wezwanie w oznaczonym terminie I.D. złożył ponownie wykaz usług o identycznej treści jak na pierwsze wezwanie, te same referencje oraz kopie umów wykazanych w wykazie usług. Dodatkowo przedstawił obszerne

wyjaśnienia.

Po analizie złożonych powtórnie podmiotowych środków dowodowych w powiązaniu ze złożonymi wyjaśnieniami Zamawiający uznał, że zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty I.D., na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Ustawy.

I.D. wyjaśnił, że art. 9 ust. 1 pkt. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. 2020 poz. 2415) w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w zw. z art. 128 ust. 6 Ustawy wymaga literalnej wykładni, ta zaś potwierdza, że ustawodawca przewidział możliwość potwierdzenia przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu przy pomocy usług, które w dalszym ciągu są prawidłowo wykonywane, co w świetle niniejszego stanu faktycznego niewątpliwie ma miejsce. Na poparcie tego stanowiska odwołał się do orzecznictwa KIO; zgodnie z przyjętą wykładnią warunek doświadczenia wykonawcy nie może być bardziej restrykcyjny niż jest to konieczne dla oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania przyszłej umowy (Wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2018 r. sygn. KIO 2381/18). Warunek musi być też „proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia” co wynika wprost z art. 22 ust. 1a ustawy – Prawo zamówień publicznych. Warunek musi być nie tylko powiązany z opisem przedmiotu zamówienia i do niego adekwatny, ale także nie może być narzędziem dyskryminacji wykonawców.

Zamawiający nie może zatem formułować go w sposób, który eliminowałby z postępowania wykonawców, którzy są w stanie wykonać należycie zamówienie. Co zaś się tyczy rzekomego zarzutu nie spełnienia przez wykonawcę kryterium odpłatności za świadczone przez wykonawcę usługi przywołał Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 lipca 2022 r. KIO 1793/22 i zarzucił Zamawiającemu rozszerzające traktowanie warunku progowego w zakresie doświadczenia poprzez wymaganie, aby referencyjne usługi były odpłatne – co stanowi wg Zamawiającego celowe wypaczenie treści wezwania z dnia 28.12.2023 roku.

Dalej przedstawił następujący wywód prawny cyt.: „[...] literalna wykładnia art. 9 ust. 1 pkt. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 30 grudnia 2020 r. jednoznacznie wskazuje, iż ustawodawca przewidział możliwość potwierdzenia przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu przy pomocy usług, które zostały wykonane, a ich wykonanie zostało potwierdzone poprzez referencje bądź też inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane. Kolejno nie może zejść z pola widzenia fakt, iż zgodnie z literalną wykładnią przytoczonego powyżej art. 9 ust. 1 pkt. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 30 grudnia 2020 r. wskazać należy, iż ustawodawca nie zastrzegł, iż wykonane usługi będące przedmiotem doświadczenia wykonawcy, muszą zostać wykonane odpłatnie. Ponad powyższe, wskazać należy, iż ustawodawca w Ustawie Prawo Zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019) w art. 7 pkt. 28 sformułował legalną definicję usług określając, iż należy przez to rozumieć wszelkie świadczenia, które nie są robotami budowlanymi lub dostawami. Wskazać należy, iż zgodnie z normą art. 750 k.c. Do umów o świadczenie usług, które nie są uregulowane innymi przepisami, stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu. Zgodnie z art. 734 § 1 k.c. Przez umowę zlecenia przyjmujący zlecenie zobowiązuje się do dokonania określonej czynności prawnej dla dającego zlecenie. Należy w tym miejscu podkreślić, iż ustawodawca przyjął, iż zlecenie – a co za tym idzie również usługa może być wykonana bez wynagrodzenia, jeżeli wynika to z treści umowy, którą strony zawarły (art. 735 § 1 k.c.).

Przesłanka odpłatności umowy i jej wpływ na badanie ważności zawartej umowy zostały szeroko omówione zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie, dlatego też konkludując wskazać należy, że Odpłatność nie stanowi istotnego elementu umowy zlecenia, która może zostać zawarta zarówno jako umowa odpłatna, jak i nieodpłatna. (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie - I Wydział Cywilny z dnia 25 czerwca 2013 r., I ACa 539/13).”

Zdaniem Zamawiającego powyższe wywody nie przystają do stanu sprawy. Opierają się nie na subsumpcji stanu faktycznego wynikającego ze złożonych podmiotowych środków dowodowych pod postanowienia Rozdziału X pkt. 1, ppkt 1.4. lit. a) i lit. b) swz, tylko na subsumpcji podmiotowych środków dowodowych do art. 9 ust.1 pkt 2 powołanego Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 30 grudnia 2020 r. - co jawi się być kulawą konstrukcją prawną i jest przejawem braku umiejętności stosowania prawa.

Stan faktyczny w zakresie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w tym przypadku wyznaczają podmiotowe środki dowodowe oraz wyjaśnienia złożone w dniu 03.01.2024 roku przez INTERTRANS D.K.. Umowy jakie I.D. zawarł . Parafią św. Barbary w Wojcieszycach ilustrują wolę stron stosunku zobowiązaniowego. Jasno z nich wynika (literalnie), że strony umówiły się na wykonywanie świadczeń w rozumieniu ustawy z dnia 27 marca 2023 r. o działalności pożytku publicznego i wolontariacie (tekst jednolity Dz.U. z 2023 r., poz. 571).

Umowy te stanowią załącznik do cytowanych wyżej wyjaśnień. Wszystkie są identycznej treści za wyjątkiem czasu obowiązywania – ten został opisany wyżej. Lektura tych umów pokazuje, że:

- 1) wolontariuszem jest I.D.,
- 2) przedmiot umów stanowi wykonywanie świadczeń w ramach umowy o wolontariat (§ 1 ust. 1),
- 3) świadczenia mają charakter dobrowolny i nieodpłatny,
- 4) a w sprawach nieuregulowanych umową stosuje się przepisy ustawy o pożytku publicznym i wolontariacie oraz kodeks cywilny (§ 6).

Ustawa z dnia 27 marca 2023 r. o działalności pożytku publicznego i wolontariacie (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 571) definiuje wolontariusza - rozumie się przez to osobę fizyczną, która ochotniczo i bez wynagrodzenia wykonuje świadczenia na zasadach określonych w ustawie.

Świadczenie wolontariuszy odpowiada świadczeniu pracy, nie jest jednak świadczeniem pracy lub usług, co zresztą wprost wynika z treści zawartych umów I.D. zatem nie świadczył usług. Nie wykonywał też umowy zlecenia. Jak bowiem sam zauważył : „Wskazać należy, iż zgodnie z normą art. 750 k.c. do umów o świadczenie usług, które nie są uregulowane innymi przepisami, stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu. Zgodnie z art. 734 § 1 k.c. przez umowę zlecenia przyjmujący zlecenie zobowiązuje się do dokonania określonej czynności prawnej dla dającego zlecenie. Należy w tym miejscu podkreślić, iż ustawodawca przyjął, iż zlecenie – a co za tym idzie również usługa może być wykonana bez wynagrodzenia, jeżeli wynika to z treści umowy, którą strony zawarły (art. 735 § 1 k.c.).”

Przepisy ustawy o działalności pożytku publicznego i wolontariacie zawierają uregulowania, które stanowią *lex specialis* w stosunku do art. 750 k.c. i wyłączają stosowanie tego przepisu. Zatem wywód prawny zawarty w wyjaśnieniach z dnia 03.01.2024 roku jako nieadekwatny, pozbawiony jest przydatności dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu. Do tego pominięta została całkowicie definicja umowy według art. 7 pkt 32) Ustawy. Użycie w swz określenia „umowa” zdefiniowanego w Ustawie, eliminuje możliwość odwołania się do k.c.

Kolejną kwestią jest to, że w przedstawionych umowach ich strona: I.D. nie jest oznaczony jako osoba fizyczna – z numerem PESEL i miejscem zamieszkania tylko jako przedsiębiorca. Jego oznaczenie odpowiada oznaczeniu z CEiDG.

Dalej nie świadczy według treści umów usług, tylko wykonuje świadczenia opisane w umowie. Zatem należy dokonać oceny, czy oświadczenia przedsiębiorcy I.D. o zawarciu umów wolontariatu są ważne. Zdaniem Zamawiającego ma tu zastosowanie klauzula salwatoryjna z art. 58 § 1 i 2 k.c.: czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień

czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.

Zawarcie umowy o wolontariat przez przedsiębiorcę w aspekcie podatkowym i konkurencyjnym nie jest obojętne, gdyż powoduje powstanie po stronie korzystającego nieodpłatnych świadczeń, których nie powinien przyjmować od przedsiębiorcy, gdyż prawo nie pozwala na taką konstrukcję.

Zatem zawarte w umowach o wolontariat oświadczenia I.D. są nieważne i sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Ocena ta jest wiążąca dla Zamawiającego, gdyż została wywiedziona z mocy prawa w oparciu o wyjaśnienia i dokumenty źródłowe złożone przez samego zainteresowanego.

W opisanym wyżej stanie faktycznym (swz, wyjaśnienia z dnia 03.01.2023 roku) i prawnym Zamawiającemu nie pozostawało nic innego jak zastosować się do wskazanych przez I.D. wyroków KIO z dnia 12 sierpnia 2022 r. (KIO 1879/22) i z dnia 21 czerwca 2022 r. (KIO 1437/22) i warunek doświadczenia potraktować literalnie tj. jest jako usługę wykonywaną w ramach umowy trwającej co najmniej 12 miesięcy, nie zaś świadczenie które było przedmiotem umów o wolontariat.

Kwestia odpłatności w ujęciu zarzutów zawartych w wyjaśnieniu (tj. że Zamawiający zmienił warunek progowy) w tym przypadku nie ma znaczenia. Zamawiający wyjaśniając kwestię spełniania warunku udziału w postępowaniu odwołał się do definicji zamówienia, które stanowi zawsze umowa odpłatna (należy przez to rozumieć umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług).

Przestrzeń dla zasad współżycia społecznego została zaburzona poprzez jak się wydaje nieprzypadkowe , koniunkturalne

używanie nazw:

- 1) w relacji I.D. – Parafia św. Barbary występuje „świadczenie”,
- 2) proboszcz Parafii św. Barbary w referencji pisze o „usłudze”,
- 3) w relacji I.D. – Zamawiający występuje „czynność” lub „usługa”,

którego celem było wykreowanie innej niż faktyczna a korzystnej z punktu widzenia konkurencji w postępowaniu o zamówienie publiczne rzeczywistości. Zataczając krąg w rozważaniach co do spełniania przez I.D. warunku Rozdziału X, pkt 1, ppkt 1.4. lit. a) i lit. b) swz, Zamawiający uznał, przy zachowaniu zasad zawartych w swz, że

niemożliwym jest pozytywna weryfikacja spełniania warunku z Rozdziału X, pkt 1, ppkt 1.4. lit. b) swz, tj. posiada minimum 36 miesięcy doświadczenia w realizacji usług administrowania cmentarzami, gdyż INTER - TRANS D.K. jako przedsiębiorca nie udowodnił, że takie posiada; w postępowaniu występuje bowiem jako przedsiębiorca (Rozdział XI pkt 1, ppkt 1.3 swz).”

Uzasadnienie prawne:

Zdaniem Izby odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodzić należy się z Odwołującym, że Zamawiający dokonał nadinterpretacji warunku udziału w postępowaniu w sposób, który eliminował z postępowania wykonawcę będącego w stanie wykonać zamówienie.

Dla rozstrzygnięcia sprawy kluczowym jest analiza fragmentu, w którym Zamawiający wskazuje co rozumie przez zamówienie podobne: „Za zamówienie podobne Zamawiający uważa usługę polegającą na wykonaniu lub wykonywaniu usługi administrowania i bieżącego utrzymania cmentarzami przez okres co najmniej 12 miesięcy w jednym zamówieniu (jednej umowie).”

Zamawiający nie zdefiniował pojęć użytych w treści warunku. Wobec tego należy brać pod uwagę jego literalne brzmienie z zaznaczeniem, że nie jest dopuszczalna jakakolwiek modyfikacja warunku po upływie terminu składania oferty czy też jego interpretacja oparta na niewyartykułowanych w dokumentach zamówienia intencjach zamawiającego.

Wobec powyższego należy przyznać rację Odwołującemu, że Zamawiający nie wskazał jakoby warunkiem udziału w przetargu było wykazanie się wykonaniem zamówienia w rozumieniu art. 7 pkt 32 ustawy PZP, udzielonego w formie przetargu publicznego. Tego typu intencja, z zaakcentowaniem konieczności odpłatnego charakteru umowy wykazującej doświadczenie, została wyrażona przez Zamawiającego dopiero w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego i nie wynika z literalnej treści warunku.

Skoro tak, jako odpowiadające treści warunku należy traktować wszystkie usługi polegające na wykonaniu administrowania i bieżącego utrzymania cmentarzami przez co najmniej 12 miesięcy w jednym zamówieniu (umowie) – również wykonane nieodpłatnie.

Zdaniem Izby nie ulega wątpliwości, że usługa może być wykonana nieodpłatnie. Możliwość ukształtowania zobowiązania, w którym jedna ze stron nie otrzymuje wynagrodzenia pieniężnego wynika ze swobody kształtowania stosunków prawnych (art. 353¹ kodeksu cywilnego). Powyższe nie oznacza, że strona wykonująca określone świadczenie nieodpłatnie w ogóle nie ma żadnej korzyści. Wskazać należy, że w niniejszej sprawie za taką korzyść należy nabyć przez Odwołującego doświadczenia, które następnie może być wykorzystywane w przetargach. Zdaniem Izby stanowi to wymierną wartość i być może właśnie tego typu intencja przyświecała Odwołującemu, który zdecydował się nieodpłatnie wykonywać usługi administrowania cmentarzami by następnie zdobyte doświadczenie wykorzystywać przy składaniu ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Wobec powyższego uznać należy, że Zamawiający dokonał interpretacji warunku udziału w postępowaniu w oparciu o niewyrażone w jego treści intencje. W szczególności nieuprawnionym było utożsamianie pojęcia umowy z definicją zamówienia zawartą w art. 7 pkt 32 ustawy PZP. Tym samym Zamawiający błędnie uznał, że dopuszczalnym jest wykazywanie się doświadczeniem w wykonaniu usług wyłącznie odpłatnych. Tego typu założenia nie znalazły się w treści warunku, a wskazać należy, że na etapie badania spełniania warunków udziału ich interpretowanie w taki sposób, że nadaje się im bardziej restrykcyjne znaczenie, niż wynika to z ich literalnego brzmienia, jest niedopuszczalne.

Dalej należy wskazać, że Zamawiający powinien przede wszystkim ocenić doświadczenie zdobyte przez Odwołującego i wykazane w ramach przedłożonych podmiotowych środków dowodowych i na tej podstawie stwierdzić czy spełnione zostały warunki udziału w postępowaniu.

W niniejszej sprawie Zamawiający w zasadzie nie kwestionował tego, że Odwołujący posiada wymagane doświadczenie w zarządzaniu cmentarzami. Wszelkie argumenty Zamawiającego dotyczyły natury formalnej, tj. w pierwszej kolejności kwestii odpłatności umów, na podstawie których Odwołujący zdobył stosowne doświadczenie, a także ich ważności.

Zdaniem Izby analiza dotycząca ważności umów wolontariatu zawartych przez Odwołującego z Parafią św. Barbary przeprowadzona przez Zamawiającego budzi wiele wątpliwości. W szczególności należy mieć na uwadze to, na co zwracał uwagę Odwołujący, tj. że ocena charakteru umowy zależy nie od jej nazwy, ale od rzeczywistej treści oraz celu i zgodnego zamiaru stron. Nawet gdyby zawartej umowy nie można było traktować w kategoriach umowy o wolontariat to niewykluczone, że można byłoby ją zakwalifikować jako inną umowę (np. nieodpłatne zlecenie), bez względu na jej nazwę.

Niemniej jednak, zdaniem Izby, Zamawiający nie jest organem kompetentnym do stwierdzenia nieważności umowy zawartej przez Odwołującego z Parafią św. Barbary. Stwierdzenie nieważności umowy może być dokonane przez sąd np. w drodze wytoczenia powództwa o ustalenie (art. 189 kodeksu postępowania cywilnego). W trakcie postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający powinien przede wszystkim ocenić to czy wykonawca wykazał, iż posiada stosowne doświadczenie odpowiadające treści warunku. Wykazywanie powyższego dokonuje się w oparciu o podmiotowe środki dowodowe, których katalog jest ściśle określony. Tymczasem w niniejszej sprawie Zamawiający arbitralnie stwierdził, że umowy zawarte przez Odwołującego z Parafią św. Barbary są nieważne, a co za tym idzie, nie zaakceptował doświadczenia jakim legitymował się Odwołujący – co zdaniem Izby stanowi wyjście poza jego kompetencje w ramach postępowania o udzielenie zamówienia (niezależnie od tego, że Izba nie zgadza się również z samą analizą dokonaną przez Zamawiającego).

Tym samym, zdaniem Izby, czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego była wadliwa, a Zamawiający powinien powtórzyć czynność badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 2 ust. 1 pkt 2, § 5 i § 7 ust. 1 pkt 1 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). Wskazać należy, że Odwołujący do czasu zamknięcia rozprawy złożył wniosek kosztowy bez poparcia go jakimikolwiek rachunkami czy spisem kosztów. Wobec tego Izba uznała za zasadne zasądzenie na rzecz Odwołującego wyłącznie kwoty uiszczonej przez niego tytułem wpisu od odwołania. Szczegółowy wniosek kosztowy wraz z wykazaniem poniesienia innych kosztów wpłynął do akt sprawy już po zamknięciu rozprawy. Wskazać jednak należy, że stosownie do treści art. 573 ustawy PZP do czasu zamknięcia rozprawy strona, uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw lub ich pełnomocnicy mogą złożyć wniosek dotyczący kosztów postępowania odwoławczego. Tym samym wniosek, który wpłynął już po zamknięciu rozprawy należy uznać za spóźniony.

Przewodniczący: