

Sygn. akt: KIO 1478/18

WYROK
z dnia 9 sierpnia 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 sierpnia 2018 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lipca 2018 roku przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „Naftex” Spółka jawna J. A. J. A. Witowo 43, 88-231 Bytoń w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gminę Wielgie ul. Starowiejska 8, 87-603 Wielgie

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 1579 z późn. zm.) Wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „Naftex” Spółka jawna J. A. J. A. Witowo 43, 88-231 Bytoń do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Gminę Wielgie ul. Starowiejska 8, 87-603 Wielgie 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 Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „Naftex” Spółka jawna J. A. J. A. Witowo 43, 88-231 Bytoń tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. Zasądza od Zamawiającego Gminy Wielgie ul. Starowiejska 8, 87-603 Wielgie na rzecz Wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „Naftex” Spółka jawna J. A. J. A. Witowo 43, 88-231 Bytoń kwotę 11.531,27 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy pięćset trzydzieści jeden złotych dwadzieścia siedem groszy)

stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych

(t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Włocławku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Wielgie, ul. Starowiejska 8, 87-603 Wielgie prowadzi postępowanie pn.: „Przywóz i odwóz uczniów szkół podstawowych, przedszkola i gimnazjum z terenu Gminy Wielgie w roku szkolnym 2018/2019 na podstawie biletów miesięcznych wystawionych przez Wykonawcę autobusami Wykonawcy”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 573501-N-2018 z dnia 2018-06-14 r. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości zamówienia poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz.1579 z późn. zm.) zwaną dalej „ustawą” lub „Pzp”.

Dnia 27 lipca 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "NAFTEX" Sp. j. J. A., J. A., Witowo 43, 88-231 Bytoń – zwanego dalej Odwołującym, wobec nieprawidłowych czynności Zamawiającego związanych z badaniem i oceną ofert, skutkiem których było odrzucenie oferty Odwołującego oraz brak wyboru oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił czynnościom Zamawiającego

- 1) naruszenie art. 89 ust.1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez niewłaściwe uznanie, iż treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ). Konsekwencją wadliwej kwalifikacji podstaw do odrzucenia jest wadliwe wskazanie podstaw prawnych i faktycznych decyzji - prowadzące do naruszenia przepisu art. 92 ust.1 pkt 1 i 2 ustawy;
- 2) naruszenie art. 92 ust 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez niewłaściwe jego zastosowanie. Konsekwencją wadliwego zastosowania przedmiotowego przepisu było błędne uzasadnienie prawne i faktyczne informacji o odrzuceniu oferty oraz nieuprawnione umieszczenie informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego wraz z uzasadnieniem na stronie internetowej Zamawiającego. Wskutek powyższego Odwołujący w dniu 25.07.2018 powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania i pomimo nieotrzymania w sposób bezpośredni (e- mail, poczta, fax, osobiście) od Zamawiającego, do dnia złożenia przedmiotowego odwołania, informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, Odwołujący z ostrożności procesowej wniósł odwołanie w terminie przewidzianym w art. 182 ust 3 pkt 2 ustawy.

- 3) naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 22 ust. 1b. pkt 3), w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez bezpodstawne przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V lit. c tiret pierwszy SIWZ i odrzucenie, na tej podstawie oferty Odwołującego, podczas gdy Odwołujący zarówno na dzień składania ofert w postępowaniu, jak i na dzień złożenia odwołania wykazał spełnienie wszystkich warunków udziału w postępowaniu, w tym warunku wskazanego powyżej,
- 4) z ostrożności procesowej: naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów w zakresie wykazania przez Odwołującego faktycznej wartości uzyskanych dotacji z Urzędu Marszałkowskiego, chociaż Zamawiający tego faktu nie kwestionował lub wezwania do złożenia nowych dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu - doświadczenia w postaci wykazania wykonania minimum jednej usługi polegającej na przywozie dzieci do szkół lub przedszkoli w ramach przewozów regularnych o średniorocznej wartości co najmniej 200.000,00 zł, w przypadku uznania, że złożone dokumenty były błędne.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia złożonej oferty,
- 2) wezwania Odwołującego, o ile faktycznie zaistnieje taka konieczność - w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, do uzupełnienia dokumentów stanowiących potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) dokonania powtórnej oceny oferty odwołującego;
- 4) poddania oferty Odwołującego procedurze wyboru, jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ działania i zaniechania Zamawiającego wymienione w odwołaniu naruszają interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Poprzez odrzucenie oferty Odwołującego oraz brak jej oceny w kryteriach oceny ofert, Odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia. Oferta Odwołującego jest ofertą przedstawiającą najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego określonych przez Zamawiającego w SIWZ, co wynika z informacji z otwarcia ofert, zamieszczonej na stronie Zamawiającego dnia 25.06.2018 r.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny: W dniu 25.07.2018 r. Odwołujący zapoznał się z pismem z dnia 23.07.2018 r., zamieszczonym na stronie internetowej Zamawiającego, dotyczącym zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty. Z treści pisma wynika, że Zamawiający dokonał wyboru

najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę — Kujawsko-Pomorski Transport Samochodowy S.A., ul. Wieniecka 39, 87-800 Włocławek, zaś oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy.

W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający wskazał, że warunkiem udziału w postępowaniu zgodnie z zapisami SIWZ było wykazanie wykonania minimum jednej usługi polegającej na przewozie dzieci do szkół lub przedszkoli w ramach przewozów regularnych, o średniorocznej wartości co najmniej 200.000,00 zł. Odwołujący do oferty złożył oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w SIWZ.

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 czerwca 2018 roku został złożony „Wykaz usług...” oraz poświadczenie z Urzędu Gminy Fabianki o wykonaniu usługi dowozu dzieci i młodzieży zgodnie z zawartą umową. W wykazie podano wartość usługi w kwocie 282.646,91 zł brutto świadczonej w okresie od 4 września 2017 roku do 22 czerwca 2018 roku.

W dniu 6 lipca 2018 roku do Urzędu Gminy Fabianki zostało skierowane pismo przez Zamawiającego, o potwierdzenie wartości usługi świadczonej przez Odwołującego. W odpowiedzi Urząd Gminy Fabianki poinformował, iż wartość usługi na wykonanie przewozów regularnych w okresie od 1 września 2017 roku do 29 czerwca 2018 roku wynosiła 155.836,70 zł. Pismem z dnia 10 lipca 2018 roku zwrócono się do Odwołującego o wyjaśnienie rozbieżności w wartości świadczonej usługi. W wyjaśnieniach Odwołujący wskazał, iż „wartość z wystawionych faktur na rzecz Gminy Fabianki w ramach przewozów regularnych wyniosła 143.278,74 zł. Wymieniona kwota (143.278,74 zł), stanowiła 51% wartości sumy za wykonaną usługę, pozostałe 49% wartości za wykonaną usługę w kwocie 137.659,97 zł Odwołujący uzyskał w formie dopłaty z tytułu stosowania ustawowych ulg do biletów miesięcznych uczniów z Urzędu Marszałkowskiego w Toruniu, na podstawie obowiązującej umowy. W ocenie Zamawiającego z czym nie zgadza się Odwołujący, uzyskane informacje od Urzędu Gminy Fabianki jak również od Odwołującego nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu tj. wykazanie wykonania minimum jednej usługi polegającej na przywozie dzieci do szkół lub przedszkoli w ramach przewozów regularnych o średniorocznej wartości co najmniej 200.000,00 zł.

W ocenie Zamawiającego otrzymane przez Odwołującego dopłaty do cen biletów są dotacją, w rozumieniu przepisów o finansach publicznych (art. 126 uofp), otrzymaną z budżetów jednostek samorządu terytorialnego, a zatem są to środki przeznaczone na podstawie niniejszej ustawy, odrębnych ustaw lub umów międzynarodowych, na finansowanie lub dofinansowanie realizacji zadań publicznych. Wypłacającym nie jest tutaj Zamawiający, a więc nie można mówić o tym, że kwota dopłat realizowanych przez Urząd Marszałkowski jest składową wynagrodzenia wykonawcy

Odwołujący nie zgodził się z powyższą argumentacją Zamawiającego.

1. W pierwszej kolejności niezrozumiałym dla Odwołującego jest przyjęcie przez Zamawiającego za podstawę odrzucenia tezy o naruszeniu art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy, poprzez uznanie, iż treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, uzasadnienie wskazane przez Zamawiającego jest lakoniczne i niezrozumiałe. Odwołujący się nie wie, w jakim zakresie złożona przez niego oferta jest niezgodna ze specyfikacją. Zamawiający nie wskazał bowiem w sposób konkretny i szczegółowy, na czym polega owa niezgodność. W związku z tak nieprecyzyjnym uzasadnieniem Zamawiający naruszył przepis art. 92 ust 1 pkt 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zarówno stanowisko doktryny jak i orzecznictwo KIO wskazuje, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy następuje wyłącznie wówczas, kiedy treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, przy czym przez „treść oferty” rozumie się ofertę w sensie ścisłym, a więc - w pewnym uproszczeniu - zakres oferowanego świadczenia powinien odpowiadać opisowi przedmiotu zamówienia. W zakresie „treści oferty” nie mieści się zatem ewentualne niespełnienie warunków udziału w postępowaniu - wyrok z dnia 18 sierpnia 2016 r. (sygn. akt KIO 815/16).

W przedmiotowym stanie faktycznym, Zamawiający odrzucił jednak ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pomimo faktu, że faktyczna podstawa podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty może wskazywać na ocenę braku potwierdzenia - według Zamawiającego - warunków udziału w postępowaniu - doświadczenia.

Podkreślić należy, że o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić jedynie w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia realizacji go w całości. Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewnia realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom, co potwierdza orzeczenie KIO w wyroku z dnia z 16 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 22/12. Tym samym wskazana przesłanka nie może stanowić przesłanki odrzucenia oferty przez Zamawiającego, gdyż treść złożonej oferty przez Odwołującego była w pełni zgodna z treścią SIWZ i gwarantowała w pełni prawidłową realizację przedmiotowej usługi.

W ocenie Odwołującego naruszenie interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia w przedmiotowej sprawie polegało na tym, iż wadliwe odrzucenie oferty Odwołującego uniemożliwiło samo przez się dopuszczenie jego oferty do dalszej oceny i wyboru jako

oferty najkorzystniejszej . Przedmiotowa teza została oparta na bazie Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 maja 2009 r. KIO/UZP 550/09.

Powyższe działanie doprowadziło również do naruszenia art. 7 ust 1 ustawy .

2. W ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 92 ust 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez niewłaściwe jego zastosowanie. Konsekwencją wadliwego zastosowania przedmiotowego przepisu było błędne uzasadnienie prawne i faktyczne informacji o odrzuceniu oferty oraz nieuprawnione umieszczenie informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego wraz z uzasadnieniem na stronie internetowej Zamawiającego. Wskutek powyższego Odwołujący w dniu 25 lipca 2018 roku powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania i pomimo nieotrzymania w sposób bezpośredni (e-mail, poczta, fax, osobiście) od Zamawiającego, do dnia złożenia przedmiotowego odwołania, informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, Odwołujący z ostrożności procesowej wniósł odwołanie w terminie przewidzianym w art. 182 ust 3 pkt 2 ustawy.

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa odrzucając ofertę wykonawcy, Zamawiający zobowiązany jest do poinformowania o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty. Wraz z tymi informacjami Zamawiający powinien również podać uzasadnienie faktyczne i prawne, dla każdej odrzuconej oferty. Niezależnie od tego ogólnego wymogu, odnoszącego się do wszystkich informacji określonych w art. 92 ust. 1 ustawy, Zamawiający powinien poinformować o powodach odrzucenia oferty, czyli podać uzasadnienie faktyczne czynności odrzucenia oferty. W przedmiotowej sprawie treść uzasadnienia prawnego i faktycznego wzajemnie się wyklucza i jest sprzeczna ze sobą, co zostało wskazane w pkt 1), a konsekwencją owego działania było naruszenie interesu prawnego Odwołującego w uzyskaniu zamówienia i rzetelne odniesienie się do podstawy prawnej i faktycznej odrzucenia oferty. Powyższe działanie doprowadziło również do naruszenia art. 7 ust 1 ustawy poprzez utrudnienie Odwołującemu odniesienia się do przesłanek prawnych i faktycznych odrzucenia oferty.

3. W ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 22 ust.1 pkt 2) w zw. z art. 22 ust 1b. pkt 3), w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez bezpodstawne przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V lit. c tiret pierwszy SIWZ i odrzucenie na tej podstawie oferty Odwołującego, tym samym nie zapewniając zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w zakresie oceny warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego powyższy zarzut należało skonstruować w oparciu o dokonaną analizę uzasadnienia faktycznego, a nie prawnego, będącego podstawą podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym wskazuje, że Odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu - doświadczenia w postaci wykazania wykonania minimum jednej usługi polegającej na przywozie dzieci do szkół lub przedszkoli w ramach przewozów regularnych o średniorocznej wartości co najmniej 200.000,00 zł.

Z powyższą argumentacją Odwołujący nie może się zgodzić.

Odwołujący wyjaśnia, że zarówno na dzień składania ofert w postępowaniu, jak i na dzień złożenia dokumentów w zakresie spełnienia warunków udziału, wykazał spełnienie wszystkich warunków udziału w postępowaniu, w tym warunku wskazanego powyżej.

Odwołujący wyjaśnia, iż wraz z ofertą złożył oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w SIWZ.

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 czerwca 2018 roku został złożony „Wykaz usług...” oraz poświadczenie z Urzędu Gminy Fabianki o wykonaniu usługi dowozu dzieci i młodzieży zgodnie z zawartą umową. W wykazie podano wartość usługi w kwocie 282.646,91 zł brutto świadczonej w okresie od 04 września 2017 roku do 22 czerwca 2018 roku.

Pismem z dnia 10 lipca 2018 roku Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie rozbieżności w wartości świadczonej usługi. W wyjaśnieniach Odwołujący wskazał, iż „wartość z wystawionych faktur na rzecz Gminy Fabianki w ramach przewozów regularnych wyniosła 143.278,74 zł. Wymieniona kwota (143.278,74 zł), stanowiła 51% wartości sumy za wykonaną usługę, pozostałe 49 % wartości za wykonaną usługę w kwocie 137.659,97 zł Odwołujący uzyskał w formie dopłaty z tytułu stosowania ustawowych ulg do biletów miesięcznych uczniów z Urzędu Marszałkowskiego w Toruniu, na podstawie obowiązującej umowy.

W ocenie Zamawiającego otrzymane przez Odwołującego dopłaty do cen biletów są dotacją, w rozumieniu przepisów o finansach publicznych (art. 126 uofp), otrzymaną z budżetów jednostek samorządu terytorialnego, a zatem są to środki przeznaczone na podstawie niniejszej ustawy, odrębnych ustaw lub umów międzynarodowych, na finansowanie lub dofinansowanie realizacji zadań publicznych, Wypłacającym nie jest tutaj Zamawiający, a więc nie można mówić o tym, że kwota dopłat realizowanych przez Urząd Marszałkowski jest składową wynagrodzenia wykonawcy.

W ocenie Odwołującego, z powyższymi argumentami nie sposób się zgodzić.

W warunku udziału zawartym w SIWZ, Zamawiający wymagał wykazania wykonania minimum jednej usługi polegającej na przewozie dzieci do szkół lub przedszkoli w ramach przewozów regularnych o średniorocznej wartości co najmniej 200.000,00 zł.

Wartość zamówienia wskazana przez Odwołującego składała się z dwóch niezależnych źródeł finansowania:

- a) wynagrodzenia otrzymanego od Gminy Fabianki stanowiącego 51% wartości usługi,
- b) dopłaty do owego wynagrodzenia w wysokości 49% usługi otrzymywanej z Urzędu Marszałkowskiego Województwa Kujawsko-Pomorskiego na podstawie stosownej umowy.

Odwołujący wyjaśnia, że zgodnie z art. 8a ustawy z dnia 20 czerwca 1992 roku o uprawnieniach do ulgowych przejazdów środkami publicznego transportu zbiorowego i zawartą umową z Urzędem Marszałkowskim, Odwołujący otrzymuje dopłaty, które są zwrotem różnicy pomiędzy ceną biletu normalnego a biletu ulgowego.

Dopłatę Odwołujący otrzymywał w ramach rozliczeń miesięcznych na podstawie przedstawionego Urzędowi Marszałkowskiemu wydruku zestawienia dopłat do biletów ulgowych wygenerowanego na podstawie danych zawartych w comiesięcznej fakturze przekazywanej Gminie Fabianki przez Odwołującego.

Wobec powyższego bez wątpienia związek pomiędzy otrzymywanym wynagrodzeniem z Gminy a uzyskaną dopłatą z Urzędu ma charakter bezpośredni i wyraźny, tym samym potwierdza to, że dopłata jest uzupełnieniem wynagrodzenia uzyskanego od Gminy i jest elementem jego wartości.

Przedmiotowy fakt wynika również z indywidualnych interpretacji podatkowych udzielanych przez Dyrektorów Izby Skarbowych.

W interpretacja indywidualnej nr BPB-1-3/4510-546/15/TS Dyrektor Izby Skarbowej w Katowicach w dniu 4 stycznia 2016 r. wskazał, że *„Na podstawie art. 12 ust. 1 updop można stwierdzić, że co do zasady, przychodem jest każda wartość wchodząca do majątku podatnika, powiększająca jego aktywa, mająca definitywny charakter, którą może on rozporządzać jak własną. Przychód powstaje zatem z momentem jego faktycznego uzyskania przez podatnika.*

Mając na względzie powołane przepisy oraz przedstawiony we wniosku stan faktyczny stwierdzić należy, że otrzymana od Urzędu Marszałkowskiego dopłata do biletów ulgowych, spełnia definicję przychodu zawartą w art. 12 ust. 1 updop, jako wartość wchodząca do majątku podatnika, powiększająca jego aktywa, mająca definitywny charakter, którą może on rozporządzać jak własną. Zatem, stanowi ona przychód z momentem jej faktycznego uzyskania, tj. wpływu na rachunek bankowy Wnioskodawcy”.

Wobec powyższego bez wątpienia należy uznać, że skoro dopłata do biletów ulgowych, uzyskana z Urzędu Marszałkowskiego spełnia definicję przychodu to nie można jej zakwalifikować inaczej aniżeli uzupełnienie wynagrodzenia otrzymanego przez Odwołującego od Gminy, zwiększającego finalną jego wartość.

Analogiczną interpretację indywidualną wydał Dyrektor Izby Skarbowej w Katowicach sygn. są *opodatkowane istotne są szczegółowe warunki ich przyznawania, określające cele realizowanego w określonej formie dofinansowania.*

Z treści cytowanych wyżej przepisów wynika, iż w sytuacji gdy podatnik, w związku z konkretną dostawą towarów lub świadczeniem usług, otrzymuje dofinansowanie (dotację, subwencję), stanowiące dopłatę do ceny towaru lub usługi, tego rodzaju dofinansowanie stanowi obok ceny, uzupełniający element podstawy opodatkowania z tytułu danej dostawy lub świadczenia.

Kryterium uznania dotacji za zwiększającą obrót stanowi zatem stwierdzenie, iż dotacja dokonywana jest w celu sfinansowania konkretnej czynności podlegającej opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług. Natomiast dotacje niedające się powiązać z konkretnymi czynnościami podlegającymi opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług, nie stanowią obrotu w rozumieniu przepisu art. 29 ust. 1 powołanej wyżej ustawy, czyli nie zwiększają podstawy opodatkowania podatkiem od towarów i usług.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że podstawę opodatkowania podatkiem od towarów i usług zwiększa się tylko o takie dotacje, które w sposób bezwzględny i bezpośredni są związane z daną dostawą towarów lub świadczeniem usług. Jeżeli jednak taki bezpośredni związek nie występuje, dofinansowanie ogólne - na pokrycie kosztów działalności nie podlega opodatkowaniu.

Z przedstawionego we wniosku stanu faktycznego wynika, że firma Wnioskodawcy zajmuje się przewozem osób jako firma przewozowa. Firma Wnioskodawcy wprowadziła sprzedaż biletów miesięcznych normalnych i ulgowych dla studentów, uczniów, nauczycieli i innych osób. Na podstawie umowy z Urzędem Marszałkowskim Wnioskodawca otrzymuje co miesiąc dopłatę do tych biletów. Firma otrzymuje na konto zwrot kwot wynikających z miesięcznych dopłat do biletów ulgowych z Urzędu Marszałkowskiego. Miesięczny raport dopłat do biletów ulgowych nie jest zaliczany do sprzedaży. Dopłaty otrzymywane na podstawie umowy zawartej z Urzędem Marszałkowskim stanowią dopłatę do ceny świadczonych przez Wnioskodawcę usług przewozowych. Dopłaty stanowią - student 51%, doktorant 51%, uczeń 49%. Otrzymana

dotacja nie stanowi zapłaty za jakiegokolwiek świadczenie usług wykonywane przez Wnioskodawcę na rzecz Urzędu Marszałkowskiego.

W związku z powyższym mając na uwadze przedstawiony stan faktyczny oraz obowiązujący w tym zakresie stan prawny stwierdzić należy, że opisane w niniejszej sprawie dopłaty do biletów wypłacane Wnioskodawcy przez Urząd Marszałkowski pozostają w bezpośrednim związku ze świadczonymi przez Wnioskodawcę usługami regularnego przewozu osób. Dopłaty te nie stanowią pokrycia ogólnych kosztów działalności Wnioskodawcy. Wnioskodawca sam podał, że dopłaty te są dopłatami do ceny świadczonych usług przewozowych. W konsekwencji uznać należy, że stanowią one dotację lub inną dopłatę o podobnym charakterze, o których mowa w art 29 ust. 1 ustawy o podatku VAT podlegającą opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług".

Jednolita linia interpretacyjna prezentowana przez Dyrektorów Izby Skarbowej wskazuje również na fakt, iż kwestię realizacji jak i wartości przedmiotowej usługi należy postrzegać z perspektywy całości wynagrodzenia, a więc 51% uzyskanego od Gminy i 49% dopłaty z Urzędu Marszałkowskiego.

Podkreślić również należy, że ubieganie się przez Odwołującego i innych wykonawców o uzyskanie stosownych dopłat jest jedynie ich uprawnieniem a nie obowiązkiem, tym samym nie trudno wyobrazić sobie można sytuację, w której Odwołujący mógłby podjąć się realizacji przedmiotowej usługi, bez ubiegania się o przedmiotową dotację, uwzględniając łączny koszt jej realizacji w złożonej ofercie, skutkiem czego jej wartość, a więc cena usługi jaka zostałaby zaproponowana Gminie wynosiła by kwotę 282.646,91 zł brutto, a więc wartość całego zadania.

Mając powyższe na uwadze, stawiane tezy przez Zamawiającego są chybione i prowadzą do naruszenia art. 7 ust 1 ustawy.

4. Z ostrożności procesowej Odwołujący zarzuca również naruszenie art. 26 ust. 3 poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów w zakresie wykazania przez Odwołującego faktycznej wartości uzyskanych dotacji z Urzędu Marszałkowskiego, chociaż Zamawiający tego faktu nie kwestionował lub wezwania do złożenia nowych dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu - doświadczenia w postaci wykazania wykonania minimum jednej usługi polegającej na przewozie dzieci do szkół lub przedszkoli w ramach przewozów regularnych o średniorocznej wartości co najmniej 200.000,00 zł

Biorąc pod uwagę wyżej przedstawione okoliczności faktyczne oraz wskazane naruszenia przepisów odwołanie winno zostać uwzględnione a czynności Zamawiającego powtórzone.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 27 lipca 2018 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba za niezasadny uznała wniosek Zamawiającego o odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp, z uwagi na wskazanie w części pierwszej petitum odwołania, iż odwołanie złożone jest od czynności Zamawiającego związanych z badaniem i oceną ofert. Zamawiający twierdził, iż w związku z faktem że wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od czynności wskazanych w art. 180 ust. 2 Pzp a czynność związana z badaniem i oceną ofert nie została wymieniona w katalogu przesłanek uprawniających do wniesienia odwołania.

Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego, iż odwołanie zostało złożone w zakresie przesłanek nie przewidzianych w art. 180 ust. 2 Pzp. Zamawiający przywołał jedynie część zdania wyrwaną z kontekstu. W części pierwszej petitum odwołania, Odwołujący wskazał, iż odwołanie złożone jest od czynności Zamawiającego związanych z badaniem i oceną ofert, skutkiem których było odrzucenie oferty Odwołującego (...). W części drugiej petitum oraz w uzasadnieniu Odwołujący wyraźnie zarzucił Zamawiającemu dokonanie nieprawidłowej czynności, polegającej na odrzuceniu jego oferty. Przesłanka

wniesienia odwołania wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego została wprost wyrażona w art. 180 ust. 2 pkt. 4 Pzp. Argumentacja Zamawiającego odnosząca się do wyrwanego z kontekstu fragmentu zdania nie może skutkować zaniechaniem rozpoznania zarzutów przez Izbę i pozbawieniem Odwołującego możliwości skorzystania z przysługujących mu środków ochrony prawnej. Wskazane przez Odwołującego okoliczności zasługują na rozpatrzenie, tym bardziej, że w treści odwołania Odwołujący szczegółowo się do nich odniósł.

Ponadto Izba wskazuje, że odwołanie wypełnia przesłanki określone w art. 180 ust. 3 Pzp.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie, a także stanowiska i oświadczenia złożone ustnie na rozprawie, do protokołu.

Izba ustaliła:

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty:

Oferta nr 1 złożona przez

Kujawsko- Pomorski Transport Samochodowy S.A.,

ul. Wieniecka 39, 87-800 Włocławek z ceną 237807,90 zł. oraz

oferta nr 2 złożona przez

Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „NAFTEX" Spółka jawna

J. A., J. A. Witowo,

88-232 Witowo z ceną 199138,80 zł.

Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia kwotę w wysokości 300.000,00 zł.

W treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia rozdział V pkt 1c Zamawiający ustanowił warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, definiując je w następujący sposób:

„W ramach badania zdolności technicznej i zawodowej Wykonawcy do wykonania zamówienia Zamawiający określa następujący warunek:

- *wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia*

*działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – **wykazanie wykonania minimum jednej usługi polegającej na przewozie dzieci do szkół lub przedszkoli w ramach przewozów regularnych o średniorocznej wartości co najmniej 200.000,00 zł***

- wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że dysponuje lub będzie dysponować co najmniej czterema autobusami o nie mniejszej liczbie miejsc siedzących niż 48 każdy”.

Na potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganej zdolności technicznej Odwołujący na wezwanie Zamawiającego złożył wykaz usług, w którym wskazał usługę „Przewóz dzieci do szkół w ramach przewozów regularnych” realizowaną dla gminy Fabianki w okresie od 4 września 2017 roku do 22 czerwca 2018 roku, o wartości brutto 282.646,91, PLN wraz z dokumentem poświadczającym jej należyte wykonanie.

Zamawiający, pismem z dnia 6 lipca 2018 roku wystąpił do Urzędu Gminy Fabianki z prośbą o potwierdzenie „czy wynagrodzenie z tytułu umowy zawartej z Gminą Fabianki na przewóz dzieci i młodzieży w okresie od 04.09.2017 do 22.06.2018r. wynosiło 282.646,91 zł. W przypadku innej kwoty prosimy o wskazanie jej poprawnej wysokości”.

W odpowiedzi na powyższe, Zamawiający pismem z dnia 10 lipca 2018 roku uzyskał odpowiedź, iż „wynagrodzenie z tytułu zawartej umowy z Przedsiębiorstwem Handlowo-Uslugowym Naftex spółka jawna J. A., J. A. na wykonanie regularnych usług przewozowych dowozu dzieci i młodzieży do i z placówek oświatowych w okresie 01.09.2017r. do 29.06.2018r. wynosiło 155.836,70 zł.”

Pismem z dnia 10 lipca 2018 roku Zamawiający wystąpił do Odwołującego z prośbą o wyjaśnienie rozbieżności w wartości świadczonej usługi na rzecz Gminy Fabianki, która zgodnie z wykazem usług wynosi 282.646,91 zł a wynagrodzeniem uzyskanym od Gminy Fabianki, które wynosi 155.836,70 zł. Pismo nie wskazywało podstawy prawnej, na podstawie której skierowana została prośba o wyjaśnienie.

W odpowiedzi, pismem z dnia 12 lipca 2018 roku Odwołujący wyjaśnił, iż w wykazie usług wykazał kwotę 282.646,91 zł, stanowiącą całkowitą wartość za wykonaną usługę na rzecz Gminy Fabianki w ramach przewozów regularnych. Kwota ta składa się z dwóch elementów składowych:

1. kwota 143.278,74 zł (wartość z wystawionych faktur na rzecz Gminy Fabianki) stanowiąca 51% wartości wykonanej usługi, oraz
2. kwota 137.659,97 zł stanowiąca 49% wartości wykonanej usługi, uzyskana jako dopłata z tytułu stosowania ustawowych ulg do biletów miesięcznych uczniów z Urzędu Marszałkowskiego w Toruniu.

Odwołujący wyjaśnił ponadto, iż kwota podana w wyjaśnieniach złożonych przez Gminę Fabianki obejmuje również wartość usługi realizowanej dla tej gminy, ale nie wchodzącej w zakres usługi wskazanej w wykazie usług przedłożonym w przedmiotowym postępowaniu.

W następstwie uzyskanych wyjaśnień, Zamawiający pismem z dnia 17 lipca 2018 roku wystąpił do wykonawcy Kujawsko- Pomorski Transport Samochodowy S.A., ul. Wieniecka 39, 87-800 Włocławek, na podstawie art. 26 ust. 2 Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku określonego w SIWZ w związku z realizacją art. 25 ust. 1 Pzp zgodnie z punktem VI.6 SIWZ.

W terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, Wykonawca złożył wymagane dokumenty.

Dnia 23 lipca 2018 roku Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, zamieszczając na stronie internetowej „Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej”. Za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez wykonawcę Kujawsko - Pomorski Transport Samochodowy S.A., ul. Wieniecka 39, 87-800 Włocławek. Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 2 Pzp a uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty zostało podane w „Zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej” zamieszczonym na stronie internetowej Zamawiającego.

Izba zważyła

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż Izba rozpatrując odwołanie, ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie czynności w postępowaniu, lub poprzez ich zaniechanie naruszył przepisy i zasady prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym, w ocenie Izby zasadnym jest zarzut stawiany Zamawiającemu, polegający na zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

W zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp Izba w pełni podziela argumentację Odwołującego oraz stanowiska zawarte w wyroku zapadłym w sprawach połączonych z dnia 10 sierpnia 2018 o sygnaturze akt KIO 815/16, KIO 821/16 i KIO 822/16, zgodnie z którym: *„Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych następuje wyłącznie wówczas, kiedy treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, przy czym przez „treść oferty” rozumie się ofertę w sensie ścisłym, a więc – w pewnym uproszczeniu – zakres oferowanego świadczenia powinien odpowiadać opisowi przedmiotu zamówienia. W zakresie „treści oferty” nie mieści się zatem ewentualne niespełnienie warunków udziału w postępowaniu”* oraz w wyroku z dnia 16 stycznia 2012 roku o sygnaturze akt KIO 22/12 zgodnie z którym: *„Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w siwz celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści siwz wymaganiom. To na zamawiającym, jako wywodzącym skutek prawny, w postaci odrzucenia oferty z twierdzenia o jej brakach, spoczywa ciężar dowodu zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy pzp.*

Jedynie merytoryczna ocena oferty i stwierdzenie, że w tym merytorycznym zakresie nie odpowiada ona treści siwz może doprowadzić do jej odrzucenia”

Zgodnie z art. 89 ust. 2 Pzp –

Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp –

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Podkreślić należy, iż Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty nie wskazał, na czym polega niezgodność oferty Odwołującego z treścią SIWZ oraz które zapisy z oferty miałyby stanowić naruszenie treści SIWZ. Nie budzi jednak wątpliwości, iż w uzasadnieniu odrzucenia oferty, Zamawiający odniósł się do wymaganego warunku udziału w postępowaniu oraz oceny, iż wykazana przez Odwołującego usługa, nie potwierdza spełnienia tego warunku.

Wskazać należy, iż brak wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest podstawą do wykluczenia wykonawcy, a nie do odrzucenia oferty. Zatem, jeżeli w ocenie Zamawiającego Odwołujący nie wykazał spełnienia wymaganego warunku udziału w postępowaniu, to w uzasadnieniu wykluczenia Zamawiający winien powołać się na podstawę prawną dotyczącą wykluczenia wykonawcy a nie odrzucenia jego oferty.

Powyższe naruszenie ma wpływ na naruszenie art. 92 ust. 1 i ust. 2 Pzp, bowiem nieprawidłowe uzasadnienie (w zakresie podstawy prawnej) zostało zamieszczone przez Zamawiającego na stronie internetowej.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 Pzp -

1. Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,
 - 2) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni,
 - 3) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności,
 - 4) wykonawcach, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, ale nie zostali zaproszeni do kolejnego etapu negocjacji albo dialogu,
 - 5) dopuszczeniu do dynamicznego systemu zakupów,
 - 6) nieustanowieniu dynamicznego systemu zakupów,
 - 7) unieważnieniu postępowania
- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zgodnie z art. 92 ust. 2 Pzp -

Zamawiający udostępnia informacje, o których mowa w ust. 1 pkt 1 i 5–7, na stronie internetowej.

Zamawiający zamieścił na stronie internetowej informacje, o których mowa w art. 91 ust. 1 pkt 1-3 Pzp. Zatem obok informacji do której podania jest zobowiązany (pkt 1) zamieścił na stronie internetowej informacje, których podawać nie powinien tj. informacje o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni (pkt 2) oraz informacje o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone i powodach odrzucenia oferty (pkt 3).

W ocenie Izby powyższe działania Zamawiającego naruszyły przepisy art. 89 ust. 2 Pzp, 92 ust. 1 i ust 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp. Jednakże co do błędnie wskazanej podstawy prawnej, należy przywołać Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. „*O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę*” (sygn. akt X Ga 110/09), zgodnie z którym decydujący charakter mają przywołane okoliczności faktyczne a nie proponowana podstawa prawna.

Zatem stwierdzić należy, iż działania Zamawiającego naruszyły wyżej przywołane przepisy, jednakże ich naruszenie (poprzez błędnie wskazaną podstawę prawną wykluczenia wykonawcy oraz zamieszczenie na stronie internetowej informacji w większym zakresie niż zakres wskazany artykułem 92 ust. 2 Pzp) pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Co do zarzutu naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2) Pzp w związku z art. 22 ust. 1 b, pkt 3) w związku z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez bezpodstawne przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w SIWZ w rozdziale V lit. c tiret pierwszy SIWZ, Izba wskazuje, iż w analizowanym stanie faktycznym zarzut ten należy rozpatrywać łącznie z zarzutem naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania.

W rozdziale V lit. c tiret pierwszy Zamawiający ustanowił warunek udziału w postępowaniu polegający na wykazaniu „wykonania minimum jednej usługi polegającej na przewozie dzieci do szkół lub przedszkoli w ramach przewozów regularnych o średniorocznej wartości co najmniej 200.000,00 zł”.

Na początku rozważań podkreślenia wymaga, że zadaniem konstruowanego warunku udziału w postępowaniu jest zapewnienie prawidłowej realizacji zamówienia. Istota opisanego konkretnego warunku polega na zapewnieniu poprawnej realizacji danego zamówienia. Zweryfikowaniu zdolności danego wykonawcy do realizacji zamówienia w sposób prawidłowy służy ocena wcześniejszych doświadczeń wykonawcy na polu zawodowym, zdobytym przy wykonywaniu zamówień podobnych, zbliżonych lub tożsamy z przedmiotem zamówienia.

Takie opisanie warunku udziału nie oznacza naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co jednocześnie nie oznacza, że opis spełniania warunku udziału w postępowaniu musi pozwalać na udział w tym postępowaniu każdemu wykonawcy działającemu na rynku, czy w danej branży.

Krajowa Izba Odwoławcza wyraża pogląd, iż to Zamawiający jest gospodarzem prowadzonego przez siebie postępowania, w związku z czym, dla zabezpieczenia prawidłowego jego przebiegu, zobowiązany jest do wymagania od potencjalnych wykonawców, starających się o udzielenie zamówienia publicznego spełnienia takich warunków udziału w postępowaniu, które będą adekwatne do tego przedmiotu, ale z zapewnieniem konkurencyjnych reguł postępowania. Sformułowanie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu wymaga wyważenia z jednej strony uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, z jednoczesnym umożliwieniem stosunkowo szerokiej grupie wykonawców dostępu do tego zamówienia. Postawiony warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej ma być bowiem miernikiem, wskazującym, że wykonawca, który w swej przeszłości zawodowej wykonywał określone zadania, zbliżone zakresem, charakterystyką do tego, które jest przedmiotem zamówienia wykona je w sposób prawidłowy. Nie oznacza to przy tym, że te zadania mają być tożsame, identyczne z przedmiotem zamówienia. Ważne jest raczej by były one reprezentatywne do potwierdzenia zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, by obejmowały one te elementy, które są istotne z perspektywy ustalenia, że wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie.

Przenosząc powyższe rozważania natury ogólnej na grunt rozpoznawanej sprawy, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że ocena dokonana przez Zamawiającego, w tym wniosek, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, na obecnym etapie postępowania była przedwczesna i nieuprawniona.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego podniesionej na rozprawie, iż wartość usługi którą winien wykazać się Odwołujący, należy rozpatrywać w kontekście art. 32 ust. 1 Pzp, oraz że źródło finansowania ma wpływ na wartość usługi, Izba wskazuje iż w analizowanym stanie faktycznym, nie można uznać powyższej argumentacji za właściwą.

Zgodnie z art. 32 ust. 1 Pzp –

Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością.

Art. 32 Pzp służy ustaleniu przez Zamawiającego wartości konkretnego zamówienia, na potrzeby określenia w jakim trybie i progu dane zamówienie może być procedowane. Podkreślenia wymaga, iż art. 32 odnosi się do szacunkowego (czyli przewidywanego, przybliżonego, prawdopodobnego itp.) wynagrodzenia potencjalnego wykonawcy a nie do wynagrodzenia wskazanego konkretną kwotą. Oznacza to, iż w zależności od tego, która z ofert w postępowaniu zostanie uznana za najkorzystniejszą, umowa zostanie zawarta na kwotę podaną w ofercie wybranego wykonawcy. Niejednokrotnie kwota ta odbiega od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego przed wszczęcie postępowania, i to zarówno w górę jak i w dół. Wartość umowy zawartej w postępowaniu zazwyczaj jest inna niż wartość tego zamówienia. Zatem wartość zamówienia z art. 32 Pzp a cena podana w ofercie i kwota wynikająca z umowy, są elementami podlegającymi odmiennym regulacjom.

Zamawiający, ustanawiając warunek udziału w postępowaniu odniósł się do „średniorocznej wartości zrealizowanej usługi”. Określenie to nie może zostać uznane za tożsame z wartością zamówienia z art. 32 Pzp. Określenie „wartość zamówienia” nie jest synonimem „wartości usługi”. Ponadto wskazać należy iż określenie „wartości średniorocznej” nie jest zdefiniowane w prawie zamówień publicznych, a Zamawiający nie wskazał w SIWZ, jak w jego ocenie należy wartość tą interpretować. Ponadto, wyjaśnienia otrzymane z Gminy Fabianki wskazują na wynagrodzenie z tytułu zawartej umowy z Odwołującym, a nie na wartość umowy z Odwołującym, co potwierdza iż w analizowanym stanie faktycznym, wartość usługi może nie być tożsama z wartością umowy.

„Wartość” – zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego (PWN) m.in. „to, ile coś jest warte pod względem materialnym”. Jeżeli na wartość przedmiotowej usługi składają się dwa źródła finansowania, których suma stanowi wartość usługi, to żadne z powyższych źródeł finansowania osobno nie stanowi wartości usługi, a jedynie jej część. Zatem, aby określić wartość zrealizowanej usługi należy zsumować poszczególne elementy składowe, które łącznie wyznaczają jej wartość. Bez znaczenia, dla ustalenia wartości jest źródło finansowania, ani fakt z jakiego budżetu pochodzą środki stanowiące element wartości usługi, co oznacza iż sposób konstrukcji montażu finansowego nie ma znaczenia dla ustalenia wartości usługi.

Wskazać należy – co istotne – iż Zamawiający w ramach warunku w zakresie wymaganego doświadczenia, poza informacją o wymaganej minimum jednej usłudze polegającej na przewozie dzieci do szkół lub przedszkoli w ramach przewozów regularnych o średniorocznej wartości co najmniej 200.000,00 zł. nie sformułował żadnych dodatkowych wymagań np. w zakresie finansowania zamówienia czy w zakresie doprecyzowania określenia „średniorocznie”. Zatem, jeżeli warunki udziału sformułowane zostały w taki sposób, że możliwe są różne metody ich odczytania, czy też jednoznacznie nie wskazano w

jaki sposób odbywać się będzie ocena poziomu ich spełniania, to nie można wybrać takiego sposobu wykładni warunku, który jest niekorzystny dla wykonawcy.

W analizowanym stanie faktycznym, wątpliwości Zamawiającego nie budził przedmiot usługi wykazanej przez Odwołującego tj. przewóz dzieci do szkół w ramach przewozów regularnych, ani fakt należytej jej realizacji. Wątpliwości Zamawiającego, których konsekwencją była decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego (błędna kwalifikacja prawna) budziła wartość zrealizowanej usługi wskazana w wykazie usług, a której wysokość nie została potwierdzona przez podmiot, dla którego usługa była realizowana.

W ocenie Izby, wątpliwości Zamawiającego były całkowicie uzasadnione, zwłaszcza w sytuacji, kiedy przedmiotem zamówienia jest dowóz uczniów do szkół i przedszkoli, co oznacza, iż na Zamawiającym ciąży szczególna odpowiedzialność za wybór wykonawcy, wobec którego nie będzie „cienia wątpliwości”, że zapewni on realizację zamówienia na odpowiednim poziomie, zwłaszcza w zakresie zapewnienia bezpiecznego przewozu dzieci.

W takim postępowaniu Zamawiający winien wykazać się należyłą starannością na najwyższym poziomie. Podkreślenia wymaga fakt, iż wykazana przez Odwołującego usługa należy do nietypowych w zakresie oceny jej spełnienia. Regułą z zamówieniach publicznych jest sytuacja, kiedy wykonawca na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazuje usługę, której wartość wynika z zawartej umowy z podmiotem, dla którego usługa jest realizowana. Z wyjaśnień Odwołującego wynika, iż na wartość zrealizowanej usługi składają się dwa elementy cenotwórcze: wartość umowy zawartej z Gminą Fabianki na realizację umowy oraz wartość dopłat z tytułu stosowania ustawowych ulg do biletów miesięcznych uczniów, uzyskana z Urzędu Marszałkowskiego.

W ocenie Izby, wyjaśnienia Odwołującego nie stanowiły podstawy dla podjęcia przez Zamawiającego decyzji o braku spełnienia przez Odwołującego wymaganego warunku udziału w postępowaniu. Wyjaśnienia Odwołującego są spójne i składają się na logiczną całość, która dodatkowo winna być przez Odwołującego udowodniona. Jednakże samo oświadczenie, przy tak nietypowym (pod względem dowodzenia wartości) a jednocześnie niezmiernie istotnym wykazaniu spełnienia warunku, winno być poparte przez Odwołującego dokumentem, potwierdzającym zaistniały fakt. Dopiero całość dokumentacji, potwierdzającej deklarowaną wartość usługi, może potwierdzić fakt wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Ocena dokonana przez Zamawiającego była pochojna i przedwczesna, bowiem oświadczenia złożone przez Odwołującego, w żadnym stopniu nie dawały podstaw do stwierdzenia, iż Odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu. Jeżeli w ocenie Zamawiającego Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, to

Zamawiający winien zastosować procedurę określoną w art. 26 ust. 3 Pzp i wezwać Odwołującego do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający w sposób nieuprawniony, bez uprzedniego wezwania do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, dokonał czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu. Stanowisko takie znajduje potwierdzenie w utrwalonej, jednolitej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej. Jako przykładowe można wskazać orzeczenia KIO 145/16, KIO 918/15, KIO 575/15, KIO 489/17

W odniesieniu do sposobu zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych należy też zwrócić uwagę na regulację art. 56 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE. Wskazany przepis dyrektyw stanowi, że „jeżeli informacje lub dokumentacja, które mają zostać złożone przez wykonawców, są lub wydają się niekompletne lub błędne, lub gdy brakuje konkretnych dokumentów, podmioty zamawiające mogą – chyba że przepisy krajowe wdrażające niniejszą dyrektywę stanowią inaczej – zażądać, aby dani wykonawcy złożyli, uzupełnili, doprecyzowali lub skompletowali stosowne informacje lub dokumentację w odpowiednim terminie, pod warunkiem że takie zadania zostaną złożone przy pełnym poszanowaniu zasad równego traktowania i przejrzystości”. Należy tu zauważyć, że ustawodawca unijny – choć zasady te zostały już wyrażone we wcześniejszych przepisach i dotyczą wszystkich czynności Zamawiającego bez wyjątku – w sposób wyjątkowy podkreślił tu obowiązek działania Zamawiającego „przy pełnym poszanowaniu zasad równego traktowania i przejrzystości”.

Należy mieć na uwadze, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z jednej strony statuuje po stronie Zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w sytuacji, gdy złożone dokumenty są wadliwe, z drugiej zaś strony kształtuje po stronie wykonawcy uprawnienie do umożliwienia mu takiego uzupełnienia. Aby to uprawnienie zostało prawidłowo zrealizowane, zamawiający musi zakomunikować wykonawcy, jak ocenił złożone dokumenty, jakie błędy w nich dostrzegł i w jakim zakresie konieczna jest ich poprawa lub uzupełnienie. Wskazać należy, iż Odwołujący w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp może złożyć także nowe, inne oświadczenia i dokumenty potwierdzające samodzielne spełnienie warunku udziału w postępowaniu (por. np. wyrok KIO 1316/17).

Jeżeli w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 Pzp Odwołujący nie złożyłby dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, dopiero wówczas Zamawiający mógłby wykluczyć Odwołującego z postępowania.

Taka czynność została przez Zamawiającego zaniechana, a zatem zarzuty wskazane w odwołaniu zostały potwierdzone.

W zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje na wybór wykonawcy z naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze należało orzec jak w sentencji.

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

Przewodniczący: