

WYROK

z dnia 10 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2013 r. przez wykonawcę Agencję Ochrony Osób i Mienia Reflex Sp. z o.o. w Radomiu w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie

przy udziale wykonawcy Miejskiej Korporacji Komunikacyjnej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Agencja Ochrony Osób i Mienia Reflex Sp. z o.o. w Radomiu tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego - Zarządu Transportu Miejskiego w Lublinie na rzecz wykonawcy Agencja Ochrony Osób i Mienia Reflex Sp. z o.o. w Radomiu kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych, zero groszy),

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Zamawiający – Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „*usługę prowadzenia kontroli dokumentów przewozu i dokumentów poświadczających uprawnienia do ulgowych albo bezpłatnych przejazdów w pojazdach komunikacji miejskiej realizujących przewozy zlecane przez ZTM w Lublinie*”. Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych [tekst jedn. z 2013 r. poz. 907].

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27 czerwca 2013 r. pod nr 2013/S 123-211163.

III. Odwołujący w dniu 30 września 2013 r. złożył odwołanie wobec dokonanego w dacie 20 września 2013 r. wykluczenia z postępowania.

Odwołujący postawił zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4) ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego a także art. 91 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechania uznania za najkorzystniejszą oferty najtańszej i spełniającej wszystkie wymagania SIWZ oferty.

W oparciu o tak wyrażone zarzuty, Odwołujący postawił żądania nakazania Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- 3) uznania, że ofertę najkorzystniejszą złożył Odwołujący.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonał bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego. W przedłożonym wraz z ofertą wykazie usług, Odwołujący wskazał, jako potwierdzającą spełnienie warunku m.in. usługę realizowaną na

rzecz MZDiK Radom za kwotę 2.286.000,00 zł realizowaną od 1.10.2008 r do 30.09.2012 r. Analizując przedłożone przez Odwołującego dokumenty potwierdzające spełnienie warunku, Zamawiający stwierdził, że wskazana kwota nie mieści się w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie. Zamawiający uznał, iż ta usługa nie potwierdza spełnienia warunku i w związku z powyższym wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku. Zamawiający uznał jednak, że przedstawiona w wykazie usługa realizowana na rzecz MZDiK Radom stanowi w istocie połączenie dwóch usług realizowanych w różnych okresach, tak by wykazać spełnienia warunku. Z tego względu Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Stanowisko Zamawiającego jest, w ocenie Odwołującego, całkowicie niezrozumiałe. Po pierwsze, że Zamawiający w zasadzie bezpodstawnie wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, ponieważ spełnienie warunku udziału w postępowaniu wynikało z dokumentów przedłożonych pierwotnie z ofertą. Błędne jest, zdaniem Odwołującego, stanowisko Zamawiającego, z którego wynika, iż nie uznał za spełniającą warunek udziału w postępowaniu usługi dla MZDiK Radom wykazanej pierwotnie w ofercie, z uwagi na to, że *„wskazana kwota nie mieści się w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie”*. Oznacza to, że Zamawiający bezpodstawnie wywodzi, iż dla uznania, że usługa spełnia wymagania określone w SIWZ konieczne jest, aby cały okres jej świadczenia mieścił się w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie. Tymczasem jest zupełnie odwrotnie, gdyż istotny jest moment zakończenia świadczenia usługi, gdyż jest to ten moment, gdy zamawiający uznaje ją za wykonaną należycie i wówczas może wystawić odpowiedni dokument potwierdzający tę okoliczność. Takie rozumienie tej kwestii potwierdza również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej:

- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2011 r., KIO 1725/11: *Skoro zatem nabycie doświadczenia co do zasady następuje z chwilą ukończenia wykonywania usługi, to potwierdzenie spełnienia warunku następuje, jeśli termin zakończenia wykonywania usługi mieścił się w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Nielogiczne byłoby bowiem przyjęcie, że doświadczenie, którego nabywanie rozpoczęło się wcześniej niż ostatnie trzy lata przed upływem terminu składania ofert, a zakończyło np. w dniu poprzedzającym składanie ofert nie zostało nabyte, albo jak chce tego zamawiający, zostało*

nabyte jedynie w okresie mieszczącym się w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert.”;

- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 grudnia 2011 r., KIO 2563/11: *„Izba stwierdziła, że pierwszy z zarzutów dotyczący usług zrealizowanych na rzecz Zakładu Lokali i Budynków Komunalnych w Olsztynie w okresie 2007 do 2010 r. na kwotę 1.284.838 zł [poz.4 wykazu] jest niezasadny, albowiem kwestionowana w odwołaniu usługa potwierdza wymagany warunek zarówno co do wartości - minimum 1.220.000 zł, jak i co do terminu wykonania tej usługi. Tak jak bowiem słusznie stwierdził w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, dla obliczania trzyletniego terminu wymaganego przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [Dz. U. nr 226, poz. 1817] w odniesieniu do usług już wykonanych rozstrzygające znaczenie ma termin zakończenia realizacji usługi, a nie termin jej rozpoczęcia”;*

- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 listopada 2010 r., KIO 2280/10: *„W ocenie Izby użycie czasu przeszłego dokonanego w słowie "wykonane" jednoznacznie wskazuje, że w terminie trzech lat przed upływem składania ofert wykonanie usługi powinno zostać zakończone. Nie sposób uznać, aby intencją Rady Ministrów [a zapis SIWZ jest zgodny z brzmieniem powołanego rozporządzenia Rady Ministrów] było postawienie wymogu, aby w okresie trzech lat mieścić się cały okres od rozpoczęcia do zakończenia wykonywania usługi. Taka interpretacja spowodowałaby wykluczenie z postępowań wykonawców, wykonujących usługi długoterminowe, o okresach wykonywania dłuższych niż 3 lata, co w sposób oczywisty byłoby sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców”;*

- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 listopada 2010 r., KIO 2430/10: *„Co do określonego przez Zamawiającego okresu trzech lat, co do którego powinno odnosić się wykazywane w ramach doświadczenia zamówienie, Izba uznała, że zarówno treść warunku określonego przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, jak również przepisy przywołanego rozporządzenia w sprawie dokumentów [§ 1 ust. 1 pkt 3] odnoszą się do prac [dostaw, czy usług] wykonanych lub wykonywanych w ciągu trzech ostatnich lat. Przyjęcie okresu dłuższego, wykraczającego poza określony czas trzech lat w odniesieniu do jednego z wykonawców ubiegających się o zamówienie prowadziłoby niewątpliwie do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Odwołujący, biorąc pod uwagę przywołane przepisy oraz zapisy warunku udziału w postępowaniu mógł powołać się na zamówienie, którego realizacja rozpoczęła się poza okresem trzech lat wymaganym*

w tym przypadku, jednakże dla oceny prawidłowości wykonania tych prac i weryfikacji oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu konieczne było ustalenie wartości wykonanych prac w okresie 3 lat [podobne stanowisko wyraził Sąd Okręgowy w Szczecinie w wyroku z 17 kwietnia 2009 r.; sygn. akt: II Ca 137/09].

- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 sierpnia 2011 r., KIO 1777/11: „Usługa ta mogła rozpocząć się przed 3-letnim terminem liczonym do dnia składania ofert i może być nadal wykonywana po upływie terminu składania ofert. Należy tylko zważyć, że doświadczenie zdobyte przez wykonawcę przed rozpoczęciem 3-letniego terminu liczonego do dnia składania ofert jest doświadczeniem realnym, rzeczywiście zdobytym, zaś realizacją usługi po upływie terminu do składania ofert dopiero pozwoli wykonawcy na uzyskanie dalszego doświadczenia [wykonawca zdobędzie zatem to doświadczenie w przyszłości]”,

Z powyższych wyroków wynika, zdaniem Odwołującego, iż Zamawiający bezpodstawnie nie uwzględnił złożonych wraz z ofertą dokumentów, pomimo iż potwierdzały one spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Niezrozumiały jest, w ocenie Odwołującego, zarzut Zamawiającego, iż Odwołujący przedstawiając wyjaśnienia i uzupełnienia w ramach procedury z art. 26 ust. 3 ustawy połączył dwie usługi kontroli biletów z dwóch różnych postępowań z zakresu zamówień publicznych na podstawie dwóch różnych zawarte zostały dwie różne umowy, tak aby kwota i okres mieściły się w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy w tym okresie. Zarówno z przedstawionego wraz ofertą wykazu, jak i późniejszych wyjaśnień Odwołującego wynika, iż jest to sama usługa, świadczona od 2008 r., z tą różnicą, że kontrola biletów była realizowana w okresie od 1.10.2008 r i zakończone zostało 30.09.2011 r. a windykacja należności była realizowana jeszcze przez okres jednego roku, tj. do 30.09.2012 r. Ponadto bezpodstawne jest oczekiwanie Zamawiającego, aby wszystkie określone kryteria spełniania warunków udziału w postępowaniu znajdowały potwierdzenie w przedkładanych referencjach. Potwierdzenie spełniania kryteriów znajduje odzwierciedlenie w wykazie usług, w którym wyróżnia się wartość, przedmiot, odbiorcę i datę realizacji zamówienia, a referencje stanowią jedynie potwierdzenie, że usługi wskazane w wykazie zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Potwierdza to ugruntowana linia orzecnicza:

- „Zespół Arbitrów, podkreśla, że rola referencji sprowadza się jedynie do potwierdzenia, że wymagane usługi wymienione w załączniku, zostały wykonane należycie. [...] Często treść referencji odbiega od zapisów zawartych we właściwym wykazie, gdyż wystawiane są one

przez osoby trzecie, a wykonawca zazwyczaj nie ma wpływu na ich treść. Wobec powyższego spełnianie warunku musi jasno wynikać wyłącznie z przedstawionego wykazu.” [wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 2006-10-24, UZP/ZO/0-2662/06];

- „Zamawiający [...] przedstawił wzór wykazu zadań za ostatnie 5 lat. Załącznik ten nie zawiera szczególnych wymogów co do treści referencji, a w szczególności wymogu, aby wymieniona w nich została wartość robót. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy [Dz. U. 71 poz. 645] w § 1 ust. 2 pkt 4 określa, że dokumenty na potwierdzenie wykonania robót zawartych w wykazie muszą spełniać tylko jeden wymóg, a mianowicie muszą poświadczać, że roboty te zostały wykonane należyście. Skoro, więc SIWZ nie określiła szczegółowych wymogów co do zakresu informacji zawartych w dokumentach potwierdzających, to należy uznać, że kwestionowane przez Odwołującego, dokumenty potwierdzają należyte wykonanie robót, a przez to spełniają wymóg SIWZ oraz przepisów rozporządzenia” [wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 18 stycznia 2006 r. sygn. akt UZP/ZO/0-85/06];

- „Referencje mają jedynie potwierdzać należyte wykonanie umowy a na ich treść nie ma bezpośredniego wpływu wykonawca. Wystarczające jest, zdaniem Zespołu Arbitrów to aby z treści referencji można było ustalić jakie zadanie jaki wykonawca wykonał.” [wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 2006-10-17, UZP/ZO/O-2616/06];

- „Zespół Arbitrów zwraca uwagę, iż celem referencji jest wyłącznie potwierdzenie jakości wykonanych robót, a nie potwierdzenie wykonania robót, które zostały wymienione w wykazie.” [wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 2007-04-24, UZP/ZO/0-448/07].

IV. Na rozprawie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, argumentując, że powodem uznania za niewykazane spełnienie przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, było wykonanie usługi o wymaganej wartości 2.000.000 zł na rzecz ZDTiM w Radomiu w Radomiu przed upływem trzech lat przed terminem składania ofert a także niedopuszczalność zsumowania usług wykonanych na podstawie więcej niż jednej umowy.

V. Do postępowania odwoławczego przystąpił wykonawca Miejska Korporacja Komunikacyjna spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofertę złożoną przez Odwołującego, wraz z uzupełnieniem dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w trakcie rozprawy, ustalono i zważono, co następuje.

I. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Ustalono, że wykonawca, którego odwołanie podlega rozpatrzeniu, posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: w razie potwierdzenia podniesionych zarzutów Odwołujący będzie miał szansę na uzyskanie zamówienia.

II. ROZSTRZYGNIĘCIE O ZARZUTACH ODWOŁANIA

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W SIWZ, w pkt VI ppkt 2.2.1. oraz w III.2.3.1.2 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający postawił wymaganie w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia:

1.2.1. Wykaz winien wskazywać realizację w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy w tym okresie co najmniej 3 usługi kontroli dokumentów przewozu i dokumentów poświadczających uprawnienia do ulgowych albo bezpłatnych przejazdów oraz pobierania opłat dodatkowych w komunikacji miejskiej o wartości łącznej co najmniej 3 500 000,00 zł brutto, w tym co najmniej 1 usługa o wartości co najmniej 2 000 000,00 zł brutto.

Uwaga: W przypadku realizacji umowy kontroli jeżeli wykonawca świadczył lub świadczy w ramach tej umowy również usługę windykacji należności, w wykazie usług głównych, o którym mowa w pkt. 1.2.1. wykonawca winien wykazać wyłącznie wartość brutto usługi kontroli oraz pobierania opłat dodatkowych w komunikacji miejskiej [bez windykacji należności].

1.2.2. Złożone poświadczenia winny potwierdzać należyte wykonanie usług polegających na co najmniej 3 usługach kontroli dokumentów przewozu i dokumentów

poświadczających uprawnienia do ulgowych albo bezpłatnych przejazdów oraz pobierania opłat dodatkowych w komunikacji miejskiej o wartości łącznej co najmniej 3 500 000,00 zł brutto, w tym co najmniej 1 usługa o wartości co najmniej 2 000 000,00 zł brutto w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy w tym okresie.

Sporną w sprawie jest kwestia spełnienia przez Odwołującego tak postawionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, w części odnoszącej się do wymagania dotyczącego wykonania jednej usługi kontroli biletów lub innych dokumentów o wartości co najmniej 2.000.000 zł.

Odwołujący podał w wykazie usług załączonym do oferty, między innymi dwie usługi wykonane na rzecz MZDiK w Radomiu: w poz. 3 „*Kontrola biletów, windykacja należności*” w okresie 01.10.2009 – 30.09.2012 na wartość 2.286.000 zł, a także w poz. 5 „*Kontrola biletów, windykacja należności*” w okresie 01.10.2011 - nadal na wartość 1.323.393 zł, załączając referencje potwierdzające należyte wykonanie usług.

Zamawiający uznał, że w zakresie usługi opisanej w wykazie usług w poz. 3: *Kontrola biletów, windykacja należności* – 01.10.2008 – 30.09.2012 r. wykonanej na rzecz MZDDiK Radom o wartości 2.286.000,00 zł nie zostało wykazane spełnienie warunku udziału w postępowaniu, z uwagi na wykroczenie świadczenia tej usługi poza trzyletni okres od terminu składania ofert, wezwał więc Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów w zakresie tej części warunku.

W odpowiedzi Odwołujący złożył zmieniony wykaz usług, w którym w poz. 3 podał usługę wykonaną na rzecz MZDiK w Radomiu: „*Kontrola biletów, windykacja należności*” 10.08.2010 r. – 31.07.2013 r. na kwotę 2.485.013,28 zł. Odwołujący załączył także do oferty dokument referencji, potwierdzający wykonywanie na rzecz MZDiK w Radomiu *usługi w zakresie kontroli biletów i windykacji należności w sposób ciągły od dnia 01.10.2008 r.* W referencjach podano, że: „*Zgodnie z podpisaną umową przewidywane zakończenie realizacji zamówienia w zakresie kontroli biletów oraz windykacji należności określone zostało na dzień 30.09.2015 r. W okresie od 10 sierpnia 2-10 do 31 lipca 2013 r. za wykonana usługę kontroli biletów w pojazdach komunikacji miejskiej w Radomiu, AOOiM REFLEX Sp. z o.o. osiągnęła obrót w wysokość 2.020.336,00 zł netto, co po doliczeniu podatku VAT stanowi 2.485.013,28 zł brutto.*”

Zamawiający wystąpił, na podstawie art. § 1 ust. 5 *Rozporządzenia Prezesa Rady*

*Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [Dz. U. 2013, poz. 231] do ZDTiM w Radomiu o wyjaśnienie kwestii związanej z wskazanymi usługami. W odpowiedzi, ZDTiM w Radomiu podał, że „Agencja Ochrony Osób i Mienia „Reflex” sp. z o.o. radom ul. Wałowa 45 obecnie realizuje **drugą** usługę kontroli biletów w komunikacji miejskiej w Radomiu. Pierwsza obejmowała okres 01.10.2008r. – 30.09.2012 [zakończenie kontroli biletów 30.09.2011r. a zakończenie windykacji i egzekucji należności oraz całej umowy – 30.09.2012r.]. Wartość umowy wyniosła **2.858. tys. zł** [dwa miliony osiemset pięćdziesiąt osiem tysięcy]. W 2011 roku firma „Reflex” wygrała kolejny przetarg na kontrolę biletów z terminem realizacji **01.10.2011-30.09.2015** [zakończenie kontroli 30.09.2014] o **planowanej wartości 3.542 tys. zł** [trzy miliony pięćset czterdzieści dwa tysiące]. Ponieważ zamawiający [ZTM Lublin] wymaga od wykonawcy by wykazał wartość zrealizowanej usługi za okres ostatnich 3 lat – stad trzecie referencje z dnia 4 września 2013 r. Po przeliczeniu wartości usługi za okres 10.08.2010 do 31.07.2013 stwierdzamy, że wynosi ona 2.020.336,- zł netto – brutto **2.485.013,28 zł.**”*

Zamawiający nie uwzględnił tak opisaney usługi, uznając, że wartość usługi odnosząca się do okresu trzech lat przed terminem składania ofert [zatem w części liczonej od 5 września 2010 r. do terminu składania ofert, to jest 5 września 2013 r.] nie odpowiada wymaganiu co najmniej 2.000.000 zł. Zamawiający uznał także, na podstawie zestawienia usług na rzecz ZDTiM w Radomiu, wykazywanych w pierwotnie złożonym wykazie usług, referencji, a także pisma z ZDTiM w Radomiu, że wykonawca zsumował usługi z dwóch różnych umów. Sumowanie usług z różnych umów Zamawiający uznał za niedopuszczalne. Na rozprawie Zamawiający podał, że wynika to z treści pkt VI ppkt 2.2.1 SIWZ, gdzie mówi się o usłudze, co należy utożsamiać z jedną umową.

Biorąc pod uwagę stan faktyczny sprawy, dostrzeżenia wymaga – po pierwsze – że wbrew stanowisku Zamawiającego, nie ma podstaw do uznania, że wartość usługi, którą miał wykazać się wykonawca w części dotyczącej wykonania jednej usługi o wartości co najmniej 2.000.000 zł musi odnosić się do wartości usługi w części wykonanej w okresie ostatnich trzech lat. Nic takiego nie wynika z treści *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, które w § 1 ust. 1 pkt 3 mówi o tym, że w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, zamawiający może żądać 3) wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech 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 dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Także z treści wskazywanego przez Zamawiającego pkt VI ppkt 2.2.1 SIWZ nie wynika, że Zamawiający w sposób jasny i nie budzący wątpliwości wprowadził wymaganie, by wykonawca mógł wykazać się wyłącznie usługą, co do której wykazywana wartość dotyczy okresu ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert. Wskazanie, że wykaz powinien wskazywać *„realizację w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert [...] co najmniej 3 usługi kontroli [...] o wartości łącznej co najmniej 3 500 000 zł brutto, w tym co najmniej 1 usługa o wartości co najmniej 2 000 000 zł brutto”* nie prowadzi do wniosku, że Zamawiający wprowadził wymaganie, by wartość usług dotyczyła wyłącznie okresu ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert i by nie mogły być podane na potwierdzenie spełnienia tego warunku usługi o tej wartości, których rozpoczęcie świadczenia nastąpiło wcześniej, ale skończyło się przed upływem wskazanego, trzyletniego okresu. Nie ma przeszkód dla uznania, że wykonawca może skutecznie wykazać się takim doświadczeniem, które wynika ze świadczenia przez niego odpowiedniej usługi, której świadczenie rozpoczęło się wcześniej a zostało zakończone przed upływem wskazanego, trzyletniego okresu.

W tej mierze podzielono poglądy wyrażane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w tym przytoczone przez Odwołującego w odwołaniu.

Po drugie, wbrew stanowisku Zamawiającego, nie ma przeszkód dla uznania, na gruncie analizowanej sprawy, za dopuszczalne zsumowanie wartości usług świadczonych na podstawie dwóch umów.

Z SIWZ opracowanej dla przedmiotowego postępowania nie wynika, że usługa, o której mowa w spornym warunku, obejmować musi jedną tylko umowę, że jest z nią utożsamiana. Zamawiający nie wprowadził postanowienia SIWZ, które by pozwalało przyjąć konkretną definicję usługi na użytek tego postępowania, nawiązującą do jednej umowy. Można co najwyżej podjąć próbę wnioskowania, na podstawie „uwagi” do pkt VI ppkt 2.2.1 SIWZ, który mówi, że *„W przypadku realizacji umowy kontroli jeżeli wykonawca świadczył lub świadczy w ramach tej umowy również usługę windykacji należności, w wykazie usług głównych, o którym mowa w pkt 2.2.1 wykonawca winien wykazać wyłącznie wartość brutto usługi kontroli oraz pobierania opłat dodatkowych w komunikacji miejskiej [bez windykacji*

należności”, że jedna usługa odnosi się do jednej umowy, choć to sprowadzałoby się raczej do dedukcji zamiaru Zamawiającego, który nie został wyraźnie wyartykułowany w SIWZ.

Reasumując, za uznaniem możliwości traktowania jako jednej usługi, następującego po sobie świadczenia usługi kontroli biletów na podstawie dwóch umów przemawiają następujące argumenty:

1] Zamawiający w SIWZ nie wprowadził konkretnej definicji usługi, którą należałoby się posłużyć na użytek przedmiotowego postępowania;

2] pojęcie usługi wyrażone w ustawie Prawo zamówień publicznych, do którego w takim wypadku trzeba sięgać, nie odnosi się także do jednej umowy, lecz w art. 2 pkt 10) ustawy wskazuje raczej na aspekt przedmiotowy: w świetle tego przepisu, przez usługi należy rozumieć *wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy, a są usługami określonymi w przepisach wydanych na podstawie art. 2a lub art. 2b;*

3] zasadą jest, że warunek udziału w postępowaniu winien abstrahować od okoliczności, które są następstwem przypadku, a powinien odnosić się do obiektywnych walorów wykonawcy, potwierdzających jego zdolność do realizacji zamówienia. W razie przyjęcia niedopuszczalności uznania za jedną usługę świadczenia kontroli biletów na rzecz tego samego podmiotu, na podstawie kolejno po sobie następujących umów, pozostających w bezpośrednim związku, uznanie lub nie warunku udziału w postępowaniu za spełniony byłoby następstwem przypadku. Warunek uznany byłby bowiem za spełniony, gdyby świadczenie usługi na podstawie jednej umowy rozłożyło się w czasie w ten sposób, że taka sama umowa o wymaganej wartości która „wpasowała” się w trzyletni okres byłaby wystarczająca dla potwierdzenia spełnienia warunku, podczas gdy identyczne doświadczenie, jeśli chodzi o przedmiot i zakres, a wynikające z dwóch umów, które przypadły w tym samym okresie i poza niego wykroczyły, już nie spełniałoby warunku, tylko dlatego, że odmiennie rozłożyłoby się w czasie. W takim wypadku, wykonawca, który wykonał takie same czynności na podstawie więcej niż jednej umowy dla jednego odbiorcy [a zatem także w sytuacji, gdy jego doświadczenie jest w rzeczywistości większe] byłby w gorszej sytuacji od tego podmiotu, któremu zdarzyło się wykonać jedną umowę, ale wkomponowaną dokładnie w trzyletni okres. Przyjęcie takiej interpretacji warunku udziału w postępowaniu stałoby w konflikcie z wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

4] orzecznictwo wypracowane na gruncie używanych dla opisu warunku udziału

w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia pojęć, nawiązujących do jednej usługi, jednego zamówienia czy jednej umowy, wskazuje wielokrotnie, że, po pierwsze, należy w tym wypadku poszukiwać czytelnych postanowień SIWZ, które zdefiniują pojęcie jednego zadania [usługi, zamówienia, umowy] w ramach postawionego warunku, zaś w razie braku takich postanowień trzeba odczytywać znaczenie warunku z uwzględnieniem specyfiki danego zadania, które jest wyrażone w warunku. Poniżej przedstawione wytyczne orzecznictwa wskazują na taki kierunek rozumowania:

- jak podał Sąd Okręgowy w Krakowie, w uzasadnieniu wyroku z dnia 2 października 2009 r. w spr. XII Ga 311/09, „[...] trafne jest stanowisko KIO, że spełnione są wymagania SIWZ [a zatem wymagania stawiane przez zamawiającego] jeżeli przystępujący do procedury zamówienia publicznego wykaże, że świadczył usługę w sposób ciągły, stanowiącą funkcjonalną całość, nawet jeżeli formalnie była podzielona na kilka umów [aneksów], a których wartość przekracza kwotę 6.000.000 zł. Skarżący zdaje się zapominać, że warunek określony w rozdziale VII pkt 1.1.b SIWZ zawiera zarówno kryterium wartości [6.000.000 zł] jak i czasu [co najmniej dwa lata] i rozmiarów usługi [placówka licząca co najmniej 200 łóżek]. Sam fakt swoistego rozłożenia umowy o świadczenie usług, które odpowiadają stawianym wyżej kryteriom SIWZ, na kilka odrębnych umów, których jednostkowa wartość jest mniejsza niż 6.000.000 zł nie oznacza, że w istocie nie wykonano usługi, która w całości spełnia stawiane wymogi. W tym kontekście Sąd Okręgowy w pełni podziela stanowisko KIO, iż decydujące znaczenie ma specyfika konkretnej sytuacji, postrzeganie świadczonej usługi jako funkcjonalnej całości.”;

- Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lutego 2013 r. w spr. KIO 138/13, wydanego na gruncie stanu faktycznego, gdzie Zamawiający wyraźnie w SIWZ przy usłudze prawniczej wskazał, że wykazywane usługi będą traktowane jako odrębne, jeśli będą świadczone na podstawie odrębnych umów: „Wskazać należy również, że Zamawiający rozpatrując zarzut dot. wykluczenia Odwołującego z postępowania [wskazując, iż czyni to z ostrożności procesowej] zarzucił również Odwołującemu podanie nieprawdziwych informacji co do faktu nie spełnienia wymogu SIWZ w zakresie wartości każdej wykazanej usługi na kwotę min. 250 tys. zł. Zamawiający wykluczył możliwość sumowania tych umów nawet w sytuacji, kiedy dotyczyły one tego samego przedmiotu zamówienia, a ponadto nie było przerw, pomiędzy kolejnymi następującymi po sobie umowami. Izba odnosząc się w tym zakresie do stanowiska Zamawiającego stwierdza, że brak jest podstaw do

nieuwzględnienia powtarzających się świadczeń na rzecz tego samego podmiotu, dotyczącego tego samego przedmiotu zamówienia, na podstawie następujących po sobie kolejnych umów, jako ciągłości jednego świadczenia. W tym zakresie Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku [XII Ga 311/09], rozpatrując skargę na wyrok KIO stwierdził, iż „trafne jest stanowisko KIO, że spełnione są wymagania SIWZ [a zatem wymagania stawiane przez zamawiającego] jeżeli przystępujący do procedury zamówienia publicznego wykaże, że świadczył usługę w sposób ciągły, stanowiącą funkcjonalną całość, nawet jeżeli formalnie była podzielona na kilka umów”. Ponadto sąd stwierdził iż dla oceny tej sytuacji, „decydujące znaczenie ma specyfika konkretnej sytuacji, postrzeganie świadczonej usługi jako funkcjonalnej całości”. Tym samym Izba wskazuje, że stanowisko Zamawiającego w tym zakresie nie zasługuje na akceptację. Ponadto zdaniem Izby kwestia, czy określona wartość usługi została osiągnięta przy wykonywaniu tego samego przedmiotu na podstawie jednej czy kilku bezpośrednio następujących po sobie umów nie ma jakiegokolwiek wpływu na zdolność podmiotu do wykonania przedmiotowego zamówienia.”.

- Podobnie uznano w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lipca 2011 r. w spr. KIO 1468/11 i 1473/11, na gruncie wymagania odnoszącego się do jednego zamówienia [a zatem wymagania bardziej nawiązującego do jednej umowy, aniżeli użyte w SIWZ opracowanej na użytek analizowanego postępowania pojęcie jednej usługi]: „[...] wykazanie się wykonaniem jednego zamówienia o wartości 1 mln zł netto, a którego przedmiotem było wdrożenie systemu teleinformatycznego. W tym zakresie uznano, że pod pewnymi warunkami dopuszczalne, w świetle przedmiotowego wymagania jest wykazanie się realizacją takiego przedsięwzięcia, które było wykonane w ramach więcej niż jednej umowy. Pojęcie „jedno zamówienie” nie jest tożsame z pojęciem „jedna umowa”. W treści warunku nie mówi się o zamówieniu publicznym w rozumieniu art. 2 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych [co by nakazywało traktować je jako umowę], lecz ogólnie o „zamówieniu”. Nie sposób także przyjąć, że chodzi tu o jedno postępowanie w ramach którego dochodzi do zawarcia umowy o zamówienie publiczne – wszak i w jednym postępowaniu dopuszczalne jest zawarcie więcej niż jednej umowy. Kluczowym zatem dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy był kontekst, w jakim w analizowanym warunku posłużono się pojęciem „zamówienie”.

- Analogiczny pogląd wyrażony został w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lipca 2009 r. w sprawie KIO/UZP 887/09: „Najczęściej

spotykaną i nie budzącą wątpliwości sytuacją jest, gdy jedno zlecenie zostało zawarte w jednej umowie. Jednak w praktyce występują różne okoliczności i bardziej skomplikowane umowy [lub kilka umów]. Dlatego każdy przypadek należy rozpatrywać i klasyfikować jako jedno lub wiele zamówień [usług] indywidualnie, z uwzględnieniem ich charakteru i przebiegu realizacji. W niniejszej sytuacji, zdaniem Izby, możliwe jest zakwalifikowanie następujących po sobie umów i aneksów jako jednej usługi, gdyż stanowią jedną funkcjonalną całość i były wykonywane bez przerwy, bezpośrednio jedna po drugiej, a samo ich wykonanie w rzeczywistości niczym się nie różniło od wykonania usługi zleconej na podstawie jednej umowy. Zatem, skoro celem żądania wykazania się doświadczeniem jest chęć sprawdzenia, co wykonawca wykonywał i w jaki sposób sobie z powierzonymi pracami poradził, ograniczenie jednej usługi do jednej umowy nie wydaje się właściwe. Przy tym charakter tej usługi nie pozwala odnieść oceny doświadczenia wykonawcy do tego, czy potrafi on udźwignąć ciężar jednorazowego wykonania zamówienia, co mogłoby dyskwalifikować tak zdobyte doświadczenie, gdyż istotą tej usługi jest rozłożenie jej świadczenia w czasie.”

Powyższe względy przemawiały za uznaniem, że czynność Zamawiającego, polegająca na wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, była nieuprawnioną. Tym samym, potwierdził się zarzut naruszenia tego przepisu.

III.ROZSTRZYGNĘCIE O ŻĄDANIACH ODWOŁANIA:

Opisane wyżej naruszenia przepisów ustawy mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy.

Wskazane wyżej okoliczności przemawiają za uznaniem, że negatywna ocena spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu była nieuprawnioną. Powyższe decydowało o uwzględnieniu odwołania i nakazaniu Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, w zakresie, jaki wynika z uwzględnienia zarzutów odwołania. Nakazano zatem o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz dokonaniu ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Nie nakazywano, mimo takiego wniosku w odwołaniu, wyboru najkorzystniejszej oferty. To bowiem uzależnione jest od wyniku ponownego badania i oceny oferty Odwołującego, którego wynik nie jest przesądzony, co determinowało pozostawienie tej kwestii Zamawiającemu.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *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. Nr 41 poz. 238].

Uwzględniono wysokość wpisu uiszczonego przez odwołującego w wysokości 15.000 zł a także koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r., ograniczając wysokość kosztów do kwoty 3.600,00 zł maksymalnie dopuszczalnej w myśl przywołanego przepisu.

Przewodniczący: