

WYROK

Warszawa, dnia 30 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Chudzik

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 stycznia 2024 r. przez wykonawcę PKS Bodzentyn Sp. z o.o. z siedzibą w Bogucicach Drugich,

w postępowaniu prowadzonym przez Związek Powiatowo-Gminny Grodziskie Przewozy Autobusowe z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – „Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim” Sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu w odniesieniu do części 2 zamówienia: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego;
2. Kosztami postępowania obciąża Związek Powiatowo-Gminny Grodziskie Przewozy Autobusowe z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodnicząca:

Uzasadnienie

Zamawiający – Związek Powiatowo-Gminny Grodziskie Przewozy Autobusowe z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Świadczenie usługi przewozu regularnego wykonywanej w ramach publicznego transportu zbiorowego w podziale na cztery części*. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 176-552702.

W dniu 8 stycznia 2024 r. wykonawca PKS Bodzentyn Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec odrzucenia jego oferty w zakresie części 2 zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 226 ust.1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 16 ustawy Pzp, przez uznanie, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający odrzucił jego ofertę, w uzasadnieniu podając, że wykonawca powołał się na własne doświadczenie, zamiast przyjąć literalną treść zapisów 1.3 rozdziału VIII SWZ, z których wynika, że doświadczenie to powinno wynikać z bezpośrednich umów zawartych z organizatorami publicznego transportu zbiorowego.

Odwołujący zakwestionował powyższe stanowisko Zamawiającego. Wskazał, że zgodnie z SWZ: *Wykonawca spełni te warunki, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, Wykonawca wykonał należycie lub wykonuje należycie przynajmniej 1 (jedną) usługę przewozu o charakterze użyteczności publicznej w rozumieniu ustawy o publicznym transporcie zbiorowym z dnia 16 grudnia 2010 r. świadczoną autobusami - w liczbie minimum 200.000 (dwieście tysięcy) wozokilometrów, przy czym powyższa liczba wozokilometrów musi być osiągnięta w ciągu maksymalnie 1 (jednego) roku świadczenia usługi na podstawie maksymalnie 3 (trzech) umów o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego zawartych z organizatorami publicznego transportu zbiorowego w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym, osobno dla każdej części zamówienia.*

Zdaniem Odwołującego, z powyższego warunku wynika, że wykonawca powinien legitymować się odpowiednią zdolnością techniczną w wykonywaniu usług oraz że zdolność ta powinna zostać nabyta na podstawie usługi wykonywanej w ramach umowy zawartej z organizatorem publicznego transportu zbiorowego w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16

grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym.

Odwołujący powołał się na reguły wykładni oświadczeń woli określone w art. 65 Kc, zgodnie z którym oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, zatem należy przede wszystkim ustalić jaki był cel wprowadzonego przez Zamawiającego warunku. W ocenie Odwołującego oczywiste jest, że celem tak postawionego warunku było wyeliminowanie wykonawców, którzy nie posiadają doświadczenia w wykonywaniu usług na rzecz organizatorów publicznego transportu zbiorowego, a nie wykonawców, którzy takie doświadczenie zdobyli na przykład świadcząc usługi jako podwykonawcy w ramach tak zawartej umowy. Interpretacja przyjęta przez Zamawiającego uniemożliwia posłużenie się prawidłowo zdobytym doświadczeniem w postępowaniu i jest rażącym naruszeniem normy wyrażonej w art. 16 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że świadcząc usługi w ramach umowy zawartej przez Mat Bus M. W. z organizatorami publicznego transportu zbiorowego (gmina Cisna, Pabianice i Pińczów) przyjął się siebie wszelkie obowiązki wynikające z tych umów i wszelkie kary umowne, jakimi potencjalnie byłby obłożony Mat Bus. Umowa o świadczenie usług była zawarta i wykonywana zgodnie z prawem. Nie ma zatem jakichkolwiek podstaw, aby odmówić Odwołującemu uprawnienia do posłużenia się tym doświadczeniem zdobytym w ramach umowy z organizatorami publicznego transportu zbiorowego. Ponadto Odwołujący podniósł, że żadne postanowienie SWZ nie wskazywało na obowiązek osobistej realizacji usługi przez wykonawcę, a warunek doświadczenia nie może być interpretowany w sposób zawężający.

Odwołujący zaznaczył, że jego oferta była dwukrotnie wybierana jako najkorzystniejsza i w żadnym przypadku nie wskazywano na możliwość spełnienia warunku doświadczenia tylko przez zawarcie umowy bezpośredniej z Zamawiającym. Doświadczenie nabyte w wykonaniu usługi zleconej bezpośrednio przez zamawiającego lub przez generalnego wykonawcę jest doświadczeniem tożsamym co do efektu finalnego, jeżeli zostało nabyte w sposób zgodny z zakresem rzeczowym i było kontrolowane przez zamawiającego (organizatora).

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił

wykonawca „Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim” Sp. o.o. Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na Zamawiającego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z rodz. VIb SWZ przedmiot zamówienia w części nr 2 obejmuje:

1. świadczenie usług przewozowych w zakresie publicznego transportu zbiorowego w powiatowo-gminnych przewozach pasażerskich. Łączna praca eksploatacyjna wynosi 1 422 111,3 wzkm w ramach zamówienia podstawowego (gwarantowanego) z prawem opcji szczegółowo opisanym w p. 2.4.2 projektu umowy stanowiącym załącznik nr 1b do SWZ.
2. usługi świadczone będą na trasach określonych w p 2.1 umowy stanowiącego załącznik 1b do SWZ.

Stosownie do rozdz. VIII pkt 1.3 SWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej: *Wykonawca spełni te warunki, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, Wykonawca wykonał należycie lub wykonuje należycie przynajmniej 1 (jedną) usługę przewozu o charakterze użyteczności publicznej w rozumieniu ustawy o publicznym transporcie zbiorowym z dnia 16 grudnia 2010 r. świadczoną autobusami – w liczbie minimum 200.000 (dwieście tysięcy) wozokilometrów, przy czym powyższa liczba wozokilometrów musi być osiągnięta w ciągu maksymalnie 1 (jednego) roku świadczenia usługi na podstawie maksymalnie 3 (trzech) umów o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego zawartych z organizatorami publicznego transportu zbiorowego w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym, osobno dla każdej części zamówienia.*

Pismem z 1 grudnia 2023 r. Zamawiający, w wykonaniu wyroku Izby w sprawie o sygn. akt KIO 3327/23, wezwał Odwołującego, na podstawie art. 122 ustawy Pzp, do *wykazania samodzielnego spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego o którym mowa w punkcie 1.3 rozdziału VIII specyfikacji warunków zamówienia.*

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący przedstawił dokument JEDZ oraz wykaz usług, w którym powołał się na doświadczenie własne w wykonaniu następujących usług:

- usługi w zakresie publicznego transportu zbiorowego na terenie Gminy Ciasna dla trasy

TC1: Wędzina- Glinica przez: Sieraków, Przywary, Jeżów, Dzielna, Ciasna – Organizator Gmina Ciasna,

- usługi w zakresie publicznego transportu zbiorowego na terenie Gminy Pabianice dla trasy nr 2 Pabianice Rydzyny – Organizator Gminy Pabianice
- usługi w zakresie publicznego transportu zbiorowego na terenie Gminy Pińczów – Organizator Gmin Pińczów,

Odwołujący wskazał, że zleceniodawcą ww. usług jest M. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą M. W. "MAT-BUS".

Odwołujący przedstawił umowy zawarte przez ww. firmę „MAT-BUS” z organizatorami publicznego transportu zbiorowego oraz załączył następujące umowy podwykonawcze zawarte przez niego z „MAT-BUS”:

- umowa z 31 lipca 2022 r. na świadczenie usług związanych z wykonaniem przez „MAT-BUS” umów na usługi w zakresie publicznego transportu zbiorowego na terenie Gminy Ciasna dla trasy TC1 oraz na terenie Gminy Pabianice dla trasy nr 2 Pabianice Rydzyny,
- umowa z 31 grudnia 2022 r. na świadczenie usług związanych z wykonaniem przez „MAT-BUS” umów na usługi w zakresie publicznego transportu zbiorowego na terenie Gminy Pińczów.

Zakres podwykonawstwa w obu ww. umowach obejmował wykonywanie usług objętych umowami z organizatorami publicznego transportu zbiorowego, w zakresie określonym liczbą wozokilometrów. Ponadto, zgodnie z tymi umowami podwykonawca przejął wszelką odpowiedzialność za szkody związane z realizacją usług oraz zwolnił wykonawcę „MAT-BUS” z jakiegokolwiek odpowiedzialności wobec zamawiającego związaną z wykonywaniem przez niego umowy. Zgodnie z ww. umowami podwykonawczymi podwykonawca zobowiązał się również zapłacić na rzecz „MAT-BUS” wszystkie kary umowne, jakie zostaną nałożone przez zamawiającego w związku z realizacją umowy.

Pismem z 27 grudnia 2023 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 2 lit b ustawy Pzp, podając następujące uzasadnienie faktyczne tej czynności:

W złożonym wraz z ofertą Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia, mającym na celu potwierdzenie, m.in. spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, wskazali Państwo, że w celu spełnienia warunku udziału polegać będziecie na zasobach podmiotu trzeciego – Mat Bus M. W. . Na tej podstawie Zamawiający stwierdził, że spełnacie warunki udziału i Wasza oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Z decyzją tą

nie zgodził się wykonawca – Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Maz. Sp. z o.o. i w dniu 06 listopada 2023 r. wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty. W rozstrzygnięciu odwołania, KIO nakazała unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i wezwanie PKS Bodzentyn do wykazania samodzielnego spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W dniu 01 grudnia 2023 r. Zamawiający wykonał wyrok, czym wypełnił również dyspozycję art 128 ust. 1. ustawy. W odpowiedzi na wezwanie, przestaliście Państwo informacje, że wykonywaliście usługi publicznego transportu drogowego na rzecz gmin Cisna i Pabianice, jako podwykonawca wykonawcy Mat Bus M. W.. Zamawiający wymagał, zgodnie z treścią p. 1.3 rozdziału VIII SWZ, wykazania się doświadczeniem w zakresie usługi „(...) w liczbie minimum 200.000 (dwieście tysięcy) wozokilometrów, przy czym powyższa liczba wozokilometrów musi być osiągnięta w ciągu maksymalnie 1 (jednego) roku świadczenia usługi na podstawie maksymalnie 3 (trzech) umów o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego zawartych z organizatorami publicznego transportu zbiorowego w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym, osobno dla każdej części zamówienia (...)”. W związku z tym, że umowa ta nie była zawarta z organizatorem publicznego transportu zbiorowego, Zamawiający stwierdził że nie wykazali się Państwo potwierdzeniem spełnienia warunku udziału w postępowaniu i w związku z tym Waszą ofertę należy odrzucić jako ofertę wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 226 ust.1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby odrzucenie oferty Odwołującego na ww. podstawie prawnej było niezasadne.

Na wstępie wskazać należy, że nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Przystępującego, jakoby zarzut podniesiony w odwołaniu był spóźniony, ponieważ mógł on być postawiony na etapie przed składaniem ofert, a nie na etapie ich oceny. Zauważenia wymaga, że istotą zarzutu odwołania nie jest kwestionowanie postanowienia rozdz. VIII pkt 1.3 SWZ, ale sposób zastosowania tego postanowienia do oceny spełniania przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu.

Okolicznością bezsporną jest to, że Odwołujący nie był stroną umowy zawartej z organizatorem publicznego transportu zbiorowego, ale był podwykonawcą strony takiej umowy. W związku z tym rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało odpowiedzi na pytanie, czy doświadczenie uzyskane w ramach umowy podwykonawczej może być uznane za

spełniające warunek udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby nie jest tak, że z literalnego brzmienia warunku udziału w postępowaniu wynika, że wykonawca musi wykazać się doświadczeniem zdobytym bezpośrednio jako strona umowy z organizatorem publicznego transportu zbiorowego. W postanowieniu rozdz. VIII pkt 1.3 SWZ Zamawiający wymaga doświadczenia w realizacji usługi o określonej wielkości wyrażonej liczbą wozokilometrów, przy czym liczba tych wozokilometrów musi być osiągnięta we wskazanym przez Zamawiającego okresie *na podstawie maksymalnie 3 (trzech) umów o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego zawartych z organizatorami publicznego transportu zbiorowego*. Wynika z tego zatem, że doświadczenie w realizacji usług o określonej wielkości ma być zdobyte na podstawie umów z organizatorem publicznego transportu zbiorowego, niekoniecznie jako strona takiej umowy.

W ocenie Izby, jeżeli intencją Zamawiającego było ograniczenie doświadczenia do pochodzącego bezpośrednio od strony umowy zawartej z organizatorem publicznego transportu zbiorowego, powinien wskazać w treści warunku w sposób niebudzący wątpliwości, że umowa, na którą powołuje się wykonawca, musi być zawarta przez niego z organizatorem publicznego transportu zbiorowego, a nie – jak to ma miejsce w rozpoznawanej sprawie – że liczba wozokilometrów ma być osiągnięta na podstawie określonej liczby umów z takim organizatorem.

Zauważenia wymaga, że doświadczenie, na które powołał się Odwołujący, jest doświadczeniem w realizacji usług na podstawie umów z organizatorem publicznego transportu zbiorowego. Usługi, które świadczył Odwołujący, były bowiem usługami służącymi realizacji takiej właśnie umowy i były realizowane w reżimie przewidzianym dla takich umów. Odwołujący nie świadczył usług przewozowych w oderwaniu od umów głównych – do zawarcia umowy podwykonawczej doszło w związku z zawarciem umów głównych i w celu ich realizacji. Podkreślić przy tym należy, że umowy podwykonawcze nie wyłączały żadnego z elementów usług przewozu – Odwołującemu zlecono do realizacji pewien wycinek ilościowy usług, ale bez ograniczenia zakresu rzeczowego. Jak bowiem wynika z przedstawionych umów podwykonawczych, zakres podwykonawstwa obejmował wykonywanie usług objętych umowami z organizatorami publicznego transportu zbiorowego, w zakresie określonym liczbą wozokilometrów. Ponadto Odwołujący przejął pełną odpowiedzialność za szkody związane z realizacją usług, w tym obowiązek zapłaty kar umownych oraz zwolnił wykonawcę „MAT-BUS” z odpowiedzialności wobec zamawiającego związaną z wykonywaniem przez niego umowy.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że doświadczenie Odwołującego zdobyte w ramach realizacji umów podwykonawczych nie różni się pod względem jakościowym od doświadczenia zdobytego przez podmiot, który był stroną umowy zawartej bezpośrednio

z organizatorem publicznego transportu zbiorowego. Biorąc pod uwagę, że celem warunków udziału w postępowaniu jest zapewnienie, że wykonawca, który będzie realizował zamówienie, posiada niezbędny do tego potencjał, również wykładnia celowościowa postanowienia rozdz. VIII pkt 1.3 SWZ przemawia za stwierdzeniem, że Odwołujący wykazał się doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego.

Jednocześnie, zdaniem Izby, twierdzenia Zamawiającego, jakoby doświadczenie zdobyte w toku realizacji umów podwykonawczych nie było wystarczające z uwagi na to, że nie obejmowało pełnego zakresu obowiązków i odpowiedzialności, pozostały gołostowne. Jeżeli Zamawiający stoi na stanowisku, że doświadczenie takie jest niepełne, powinien to uzasadnić już w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Tymczasem Zamawiający w ogóle nie poruszył tej kwestii w uzasadnieniu odrzucenia oferty, a w postępowaniu odwoławczym poprzestał na ogólnikowych twierdzeniach w tym zakresie, powołując się na regulacje zawarte w ustawie o publicznym transporcie zbiorowym, dotyczące realizacji umów o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego zawartych między organizatorem publicznego transportu zbiorowego a operatorem publicznego transportu zbiorowego (dotyczące min. sposobu finansowania publicznego transportu zbiorowego i prowadzenia rozliczeń). Tezy Zamawiającego nie zostały wykazane i pozostają w sprzeczności z treścią umów podwykonawczych, którymi zlecono wykonanie określonego zakresu ilościowego usług, bez wyłączeń odnoszących się do zakresu rzeczowego.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepis art. 226 ust.1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp przez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego. Ponieważ naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, odwołanie – stosowne do art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 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), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Zamawiającego.

Przewodnicząca: