

WYROK

z dnia 19 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lipca 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 czerwca 2021 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „NAFTEX” sp. j. J.A. J.A., Witowo 43; 88-231 Bytoń** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Wielgie, ul. Starowiejska 8; 87-603 Wielgie**, przy udziale wykonawcy **Kujawsko-Pomorski Transport Samochodowy S.A., ul. Wieniecka 39; 87-800 Włocławek** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „NAFTEX” sp. j. J.A. J.A., Witowo 43; 88-231 Bytoń** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „NAFTEX” sp. j. J.A. J.A., Witowo 43; 88-231 Bytoń**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „NAFTEX” sp. j. J.A. J.A., Witowo 43; 88-231 Bytoń** na rzecz zamawiającego **Gmina Wielgie, ul. Starowiejska 8; 87-603 Wielgie** kwotę **4 082 zł 90 gr** (słownie: cztery tysiące osiemdziesiąt dwa złote, dziewięćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz związane z dojazdem na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Wielgie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie podstawowym (art. 275 pkt 1 ustawy Pzp), którego przedmiotem jest *„Przywóz i odwóz uczniów szkół podstawowych i przedszkola z terenu Gminy Wielgie w roku szkolnym 2021/2022 na podstawie biletów miesięcznych wystawionych przez Wykonawcę autobusami Wykonawcy”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z dnia 7 maja 2021 r., pod nr 2021/BZP 00048955.

Dnia 11 czerwca 2021 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 15 czerwca 2021 roku wykonawca Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „NAFTEX” sp. j. J.A. J.A. (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności zamawiającego związanych z badaniem i oceną ofert, skutkiem których było błędne stwierdzenie, że odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu i odrzucenie oferty odwołującego, oraz błędny wybór oferty firmy Kujawsko-Pomorski Transport Samochodowy S.A., ul. Wieniecka 39, 87-800 Włocławek, jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne przyjęcie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VI pkt 1.2. lit a SWZ i odrzucenie na tej podstawie oferty odwołującego, podczas gdy odwołujący zarówno na dzień składania ofert w postępowaniu, jak i obecnie wykazał spełnienie wszystkich warunków udziału w postępowaniu, w tym warunku wskazanego powyżej,
2. naruszenie art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez niewłaściwe jego zastosowanie; konsekwencją wadliwego zastosowania przedmiotowego przepisu było błędne uzasadnienie prawne i faktyczne informacji o odrzuceniu oferty,
3. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2b w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne zastosowanie i przyjęcie, że oferta odwołującego nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,
4. naruszenie art. 239 ust. 1 w zw. z art. 253 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne zastosowanie i przyjęcie, że oferta firmy Kujawsko-Pomorski Transport Samochodowy S.A. jest najkorzystniejsza w niniejszym postępowaniu.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia złożonej oferty przez odwołującego,
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

- 3) dokonanie powtórnej oceny oferty odwołującego,
- 4) poddanie oferty odwołującego procedurze wyboru, jako oferty najkorzystniejszej.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że działania i zaniechania zamawiającego wymienione w odwołaniu naruszają interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Poprzez bezpodstawne stwierdzenie, że odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu i 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 SWZ. Wskutek błędnych decyzji zamawiającego, odwołujący poniósł szkodę niezyskania zamówienia do realizacji.

Odwołujący podniósł, iż z pisma dotyczącego informacji o wykonawcach odrzuconych wynika, że oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust 1 pkt 2b ustawy Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia oferty zamawiający wskazał, że w prowadzonym postępowaniu zamawiający określił spełnienie warunku udziału w postępowaniu w ramach zdolności technicznej lub zawodowej poprzez wykonanie *„minimum dwóch usług polegających na przewozie dzieci do szkół i/lub przedszkoli w ramach przewozów regularnych, o średniorocznej wartości finansowanej ze środków zamawiającego w wysokości 240 tys. zł brutto każda z usług”*. W dniu 27 maja 2021 r. zamawiający, działając na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, wystosował wezwanie do odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych. W odpowiedzi w dniu 1 czerwca 2021 r. odwołujący przedłożył między innymi wykaz usług, dodając do niego kolumnę pod nazwą *„Średnioroczna wartość usług w ramach przewozów regularnych zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu”*. Zamawiający uznał przedłożone środki dowodowe za niewystarczające i w dniu 2 czerwca 2021 r., na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwał odwołującego do ponownego przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

W dniu 7 czerwca 2021 r. odwołujący przesłał odpowiedź na wezwanie zamawiającego podtrzymując spełnienie warunku udziału w postępowaniu na podstawie uprzednio złożonych podmiotowych środków dowodowych.

Odwołujący wskazał, że zamawiający nie wyjaśnił w SWZ co rozumie pod pojęciem średniorocznej wartości. Zgodnie z definicją słownika języka polskiego PWN średnioroczny oznacza obliczony w skali roku.

Odwołujący podniósł, że specyfika realizacji umowy dowozu dzieci do szkół i/lub przedszkoli opiera się na założeniu, że jest to usługa realizowana w okresie 10 miesięcy. Tym bardziej w ocenie odwołującego zasadnym było postawienie warunku odnoszącego się do średniorocznej wartości zrealizowanej usługi. Odwołujący przedmiotowy warunek rozumie

w następujący sposób. Skoro zrealizował usługę dowozu dzieci do szkół w ramach przewozów regularnych, w okresie 10 miesięcy, o wartości 201 425,57 finansowaną ze środków zamawiającego, to średnioroczna wartość takiej usługi wynosi 241 710,68 zł.

201 425,57 wartość zrealizowanego zamówienia w okresie -10 miesięcy

x-12 miesięcy

x = 241 710,68 zł

Analogicznie sytuacja wygląda w przypadku wskazanego drugiego doświadczenia.

Skoro odwołujący zrealizował wartość zamówienia w okresie - 9 miesięcy za kwotę 202 399,55 zł, to średnioroczna wartość zrealizowanego zamówienia wyniosła 269 866,07 zł.

202 399,55 zł wartość zrealizowanego zamówienia w okresie - 9 miesięcy

x-12 miesięcy

x = 269 866,07 zł

Wobec powyższego, przy tak sformułowanym warunku udziału w postępowaniu, odwołujący spełnia wymogi postawione przez Zamawiającego.

Zdaniem odwołującego, punktem wyjścia do obliczania średniorocznej wartości zamówienia były faktycznie zrealizowane usługi w okresach odpowiednio 10 i 9 miesięcy, czego zamawiający nie kwestionuje. Odwołujący, zgodnie z brzmieniem warunku udziału w postępowaniu dokonał obliczenia, uśredniając wartość zrealizowanych usług do dwunastu miesięcy (roku), zgodnie z dyspozycją jaką wydał zamawiający w SWZ.

Tym samym, postawiony przez zamawiającego warunek udziału w prowadzonym postępowaniu został spełniony przez odwołującego z uwagi na fakt, iż średnioroczna wartość wskazanych dwóch usług przekracza wartość 240.000 zł każda.

Odwołujący podniósł, iż SWZ powinna zawierać opis przedmiotu zamówienia, oraz warunku udziału w postępowaniu w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Zamawiający nie wymagał wykazania się przez wykonawcę zrealizowanymi usługami o wartości 240.000 zł, a jedynie wykazaniem się realizacją usług o średniorocznej wartości 240.000 zł. Przepisy ustawy Pzp nie przewidują jako zasady obciążenia oferenta negatywnymi konsekwencjami nieścisłości, nieprecyzyjnych sformułowań specyfikacji warunków zamówienia. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, błędy lub nieprecyzyjne zapisy w specyfikacji warunków zamówienia, popełnione przez zamawiającego, nie powinny obciążać odbiorcy świadczenia woli zawartego w tym dokumencie, czyli wykonawcy. Przy analizie warunków udziału w postępowaniu większą odpowiedzialność za skutki rozumienia niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia należy przypisać autorowi wypowiedzi zawartej w SWZ. Zamawiający dysponuje odpowiednią kadrą i czasem pozwalającym na prawidłowe opisanie warunku udziału i w tym zakresie powinien wykazać się najdalej idącym profesjonalizmem.

W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 2017 r., I CSK 443/16, stwierdzono, że wątpliwości interpretacyjne, niedające się usunąć w drodze ogólnych zasad wykładni

oświadczeń woli, powinny być interpretowane na niekorzyść autora tekstu umowy wywołującego wątpliwości. Strona, która korzysta z faktycznej swobody formułowania tekstu umowy, ponosi bowiem ryzyko jego niejasnej redakcji. Przy interpretacji umowy należy uwzględnić powszechnie przyjętą kombinowaną metodę wykładni.

Kombinowana metoda wykładni oświadczenia woli (uchwała siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego z dnia 19 czerwca 1995 r., III CZP 66/95) przyznaje pierwszeństwo kryterium subiektywnemu, nakazując tłumaczyć sens oświadczenia woli tak, jak rozumiała je osoba składająca i odbierająca oświadczenie. Dopiero w przypadku, gdy kryterium to zawodzi, ustalenie sensu oświadczenia woli następuje na podstawie przypisania normatywnego, czyli tak jak adresat sens powinien rozumieć.

W analizowanej sprawie zasadnicze znaczenie przy interpretacji warunku udziału należy nadać interpretacji SWZ, ponieważ dokument ten decyduje o zakresie oferty wykonawcy i o zobowiązaniu wykonawcy wynikającym z umowy. Odwołujący wskazał, iż zamawiający w SWZ wymagał „Wykazania wykonania minimum dwóch usług polegających na przewozie dzieci do szkół i/lub przedszkoli w ramach przewozów regularnych, o średniorocznej wartości finansowanej ze środków zamawiającego w wysokości 240 tys. zł brutto każda z usług”.

Gdyby zamawiający w SWZ wymagał *„Wykazania wykonania minimum dwóch usług polegających na przewozie dzieci do szkół i/lub przedszkoli w ramach przewozów regularnych, o wartości finansowanej ze środków zamawiającego w wysokości 240 tys. zł brutto każda z usług zrealizowanych w okresie 12 miesięcy”*, odwołujący miałby jasność, że musi wylegitymować się doświadczeniem w postaci zrealizowanych usług w okresie 12 miesięcy o wartości przekraczającej 240.000 zł. Skoro zamawiający wprost nie wyartykułował takiego warunku, nie można wymagać od odwołującego jego spełnienia.

W ocenie odwołującego, zamawiający naruszył art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez niewłaściwe jego zastosowanie; konsekwencją wadliwego zastosowania przedmiotowego przepisu było błędne odrzucenie oferty odwołującego, skutkiem czego był niewłaściwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego - skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca Kujawsko-Pomorski Transport Samochodowy S.A.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, iż w przedmiotowym postępowaniu zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej. W celu potwierdzenia spełnienia tego warunku wykonawca miał przedłożyć wykaz 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 dwóch usług polegających na przewozie dzieci do szkół lub przedszkoli w ramach przewozów regularnych o średniorocznej wartości co najmniej 240.000,00 zł finansowanej wyłącznie ze środków zamawiającego bez uwzględniania dotacji.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, podtrzymując spełnienie warunku udziału w postępowaniu na podstawie uprzednio złożonych podmiotowych środków dowodowych,

odwołujący wskazał, iż „W załączonym wykazie zostały wskazane dwie usługi o wartości brutto zrealizowanego zamówienia na kwotę 202 399,55 zł oraz 201 425,57 zł. Wykonawca na wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu dokonał przeliczenia należnego z umów wynagrodzenia z miesięcy, w których usługa nie była świadczona zawyżając w ten sposób średnioroczne wynagrodzenie należne wykonawcy zrealizowanych bądź zrealizowanych umów. Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy na podstawie § 9 ust. 1 pkt 2 Zamawiający w ramach potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu może żądać wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy. W ocenie Zamawiającego, Wykonawca może powołać się na wartość usługi wyłącznie realizowanej bądź zrealizowanej”.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Izba w całości podziela argumentację zamawiającego i przystępującego wskazując, że zasadne w przedmiotowej sprawie jest odniesienie się do definicji legalnej usługi jaką przyjął prawodawca wskazując, że w zakresie wartości usług należy przyjąć wartość usług wykonanych lub wykonywanych, a nie jak tego chce odwołujący możliwych do wykonania. Tym samym wykonawca niezasadnie wywodzi, iż może powołać się w ramach swojego doświadczenia na usługi, których *de facto* nie wykonał, a co za tym idzie niemożliwe jest doliczenie wartości usług niewykonanych do całkowitej wartości usług. Słusznie wskazywali zamawiający i przystępujący, iż przyjmując logikę odwołującego można by wykonać usługę w krótkim okresie czasu np. jednego dnia lub miesiąca a następnie dozwolone byłoby przemnożenie tej wartości przez okres, który wskazał w SWZ zamawiający.

Średnioroczną wartość finansową usługi, należy odczytywać jako średnia kwota z danego okresu wg wykonanej lub wykonywanej usługi. W ocenie Izby nie jest dopuszczalne

doliczanie wartości usługi niewykonanej, albowiem nie taki jest cel badania przez zamawiającego oraz wykazania przez wykonawcę doświadczenia.

Izba wskazuje również, iż w swojej argumentacji odwołujący powoływał się na fakt, że gdyby zamawiający w treści opisanego warunku wskazał na obowiązek wykazania się usługą o wartości finansowanej ze środków zamawiającego w wysokości 240 tys. zł brutto każda z usług zrealizowanych w okresie 12 miesięcy, to odwołujący miałby jasność, że musi wylegitymować się doświadczeniem w postaci zrealizowanych usług w okresie 12 miesięcy o wartości przekraczającej 240.000 zł.

Zdaniem Izby z treści warunku, jaki opisał w tym zakresie zamawiający, taka okoliczność wynika wprost, gdyż sformułowanie użyte przez zamawiającego, tj. „średniorocznej wartości” odnosi się po pierwsze do średniej (wartości usług), po drugie usługi zrealizowanej w ciągu roku, a zgodnie z przepisem art. 114 Kc (przez odesłanie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp), jeżeli termin jest oznaczony w miesiącach lub latach, a ciągłość terminu nie jest wymagana, miesiąc liczy się za dni trzydzieści, a rok za dni trzysta sześćdziesiąt pięć. Powyższe oznacza, że zamawiający w sposób precyzyjny określił termin (rok-365 dni), w jakim wykonawca zobowiązany był do wykazania się określoną (uśrednioną) wartością usług.

Tym samym Izba stwierdziła, że czynności zamawiającego dotyczące odrzucenia oferty odwołującego (w wyniku niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu) oraz wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez przystępującego, były prawidłowe. Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów wskazywanych przez odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: