

Sygn. akt: KIO 2167/11

WYROK

z dnia 20 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Wioleta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2011 r. przez wykonawcę **Spółdzielczy Bank Rozwoju, ul. Kardynała Stefana Wyszyńskiego 3, 18 - 210 Szepietowo** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego, Oddział Regionalny w Białymstoku, ul. Legionowa 18, 15-099 Białystok,**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Spółdzielczy Bank Rozwoju, ul. Kardynała Stefana Wyszyńskiego 3, 18 - 210 Szepietowo** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Spółdzielczy Bank Rozwoju, ul. Kardynała Stefana Wyszyńskiego 3, 18 - 210 Szepietowo** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający: Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego, Oddział Regionalny w Białymstoku, zamówienia publicznego na usługę dostarczania świadczeń z ubezpieczenia społecznego rolników w formie gotówki bezpośrednio do rąk świadczeniobiorców na terenie województwa podlaskiego;

Pismem z dnia 28 września 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W części I zamówienia jako najkorzystniejsza wybrana została oferta konsorcjum firm : Inpost Finanse sp. z o.o., Integer.pl S.A. Wykonawca Spółdzielczy Bank Rozwoju w Szepietowie został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.). Zamawiający uznał, iż na dzień upływu terminu składania ofert wykonawca nie spełniał warunku określonego w pkt. IV ust. 1b siwz, tj.: nie wykazał, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, należycie wykonał (wykonuje) co najmniej jedną usługę doręczania świadczeń w formie gotówki o wartości nie mniejszej niż 50% wartości usługi obejmującej część/części zamówienia, o których realizację się ubiega.

Wykonawca Spółdzielczy Bank Rozwoju wniósł odwołanie wobec czynności: wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w części 1 zamówienia i odrzuceniu jego oferty oraz wyboru najkorzystniejszej oferty - w części 1 przedmiotu zamówienia - oferty konsorcjum firm : Inpost Finanse sp. z o.o. oraz Integer.pl S.A., zarzucając naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez uznanie, że odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt. IV ust. 1b siwz. Odwołujący podniósł, iż wykazał, że na dzień upływu terminu składania ofert wykonał usługi o wartości znacznie przekraczającej kwotę 427.799,34 zł (50% kwoty 855.598,67 zł - stanowiącej wartość przedmiotu zamówienia w części I - zgodnie z SIWZ), tj.: na kwotę: 225 312 489,92 zł.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty - w części 1 zamówienia - oferty konsorcjum: Inpost Finanse sp. z o.o. oraz Integer.pl S.A., powtórzenia czynności oceny ofert w części I zamówienia z uwzględnieniem oferty odwołującego, przyznanie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania.

Kwestionując wykluczenie z postępowania - w części 1 zamówienia – odwołujący wskazał, że pod uwagę przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt IV ust. 1 b siwz, powinna być brana kwota 225 312 489,92 zł (suma wartości usług, zgodnie z tabelą z Załącznika nr 2 do siwz: 35 613 647,91 zł, 12 052 008,58 zł, 3 182 373 zł, 5 943 464,86 zł, 168

520 995,57 zł), przez co odwołujący nie podlegałby wykluczeniu z postępowania, gdyż spełniałby w/w warunek udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w żadnym z zapisów siwz nie wyjaśnił, co rozumie pod pojęciem „wartość usługi”. Zamawiający posługiwał się w siwz różnymi pojęciami, nie wyjaśniając ich. W tabeli wykazu użył pojęć: „Wartość doręczonych świadczeń” oraz „Cena usługi”, w Załączniku nr 2 do siwz pojawiły się kolejne pojęcia: „Przedmiot usługi” oraz „Wartość usługi”. Rozumienie pojęcia „Wartość usługi” zostało wyjaśnione dopiero w wezwaniu z dnia 12 września 2011 r., z którym to wyjaśnieniem nie zgadzał się odwołujący, dlatego też w uzupełnionym Załączniku nr 2 do siwz, odwołujący wskazał jako „wartość usługi” - kwoty kolejno: 35 613 647,91 zł, 12 052 008,58 zł, 3 182 373 zł, 5 943 464,86 zł, 168 520 995,57 zł, podając obok w/w wartości - ceny usług. Wyjaśnił, iż uzupełnił dokument konsekwentnie stosując rozumienie pojęć, na jakie wskazywał również formularz ofertowym, w którym zamawiający posługiwał się pojęciami: „Wartość doręczonych świadczeń” oraz „Cena usługi”. Podkreślił, że zwyczajowo przyjmuje się w obrocie bankowym, że wartością świadczonych usług są kwoty będące przedmiotem tych usług bankowych. Potwierdzają to także listy referencyjne wystawione przez usługobiorców na rzecz wykonawcy, między innymi - Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego Oddział Regionalny w Białymstoku (pismo z dnia 12 sierpnia 2011 r.), gdzie wyraźnie, jako wartość usługi, wskazuje się wartość przekazywanych świadczeń. Jako „cenę usługi” rozumie się natomiast kwoty ewentualnych opłat i prowizji i te ujęte zostały w tabeli z Załącznika nr 2, jednakże, w ocenie odwołującego, nie stanowią one wartości usługi. Cena przybiera tu różne formy oprocentowania wkładów i rachunków lub prowizji od przeprowadzonych transakcji i przelewów.

Odwołujący wskazał, że oferta wraz z dokumentami podlega interpretacji wedle reguł określonych w art. 65 § 1 k.c., a nie Prawa zamówień publicznych, a zatem reguły określone w tej ustawie co do ustalania wartości zamówienia nie mogą mieć zastosowania przy dokonywaniu interpretacji treści załączników do oferty, chyba że zamawiający powołał się na odpowiedni przepis. Zgodnie zaś ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa wszelkie rozbieżności i nieprawidłowości w zakresie postanowień siwz, w tym w szczególności dotyczące warunków udziału w postępowaniu nie mogą być interpretowane przez zamawiającego na niekorzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, że przy świadczeniu usługi taniej od innych podmiotów na rynku, należałoby wykazać zdecydowanie większe doświadczenie niż w przypadku świadczących usługi za wyższe ceny. Takie rozumienie warunku wskazanego w pkt IV ust. 1 b siwz jest niezgodne z zasadą uczciwej konkurencji. Wprowadzenie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału nieadekwatnego do wielkości przedmiotu zamówienia może doprowadzić do wyeliminowania wykonawców, którzy de facto byliby w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie. Ponadto odwołujący wskazał, że w jego ocenie wykładnia gramatyczna warunku wskazuje na to, że wykonawca powinien wykazać, że w okresie trzech lat przed upływem terminu

składania ofert świadczył usługi doręczania świadczeń w formie gotówki, której wartość nie jest mniejsza niż 50% wartości usługi gdyż w zdaniu tym mamy do czynienia z przydawką w formie wyrażenia przyimkowego: „o wartości”, zgodnie zaś z regułami budowy zdania, przydawka mająca postać wyrażenia przyimkowego znajduje się po wyrazie określającym i tworzy z nim związek przynależności, np. żabki do firanek, klucz do furki, sweter w paski, nóż do chleba, meble za trzy tysiące. Tak więc określenie „o wartości...” odnosi się do ostatniego przed tą przydawką rzeczownika w zdaniu, którym jest „gotówka”. A zatem, również z literalnego brzmienia warunku wynika, że chodziło o wykazanie usług, których przedmiotem była określona wartość gotówki, wyższa niż wartość przedmiotu zamówienia w części 1.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego odrzucenie, ewentualnie oddalenie. Wskazał, że z opisu sposobu oceny spełniania warunku doświadczenia, zawartego w siwz wynika jednoznacznie, że zamawiający wymagał wykazania przez wykonawców realizacji usługi polegającej na doręczaniu świadczeń gotówkowych, której wartość jest nie mniejsza niż 50% wartości usługi obejmującej daną część przedmiotu zamówienia, o którą wykonawca się ubiega. Odwołujący nie wykazał, że spełnia ten warunek. Podkreślił, że odwołujący nie miał wątpliwości w jaki sposób obliczyć i jaką wartość usługi przyjąć dla porównania z wartością usług wykonanych. Prawidłowo ją obliczył, a wobec tego nielogiczna jest argumentacja odwołującego, iż z wartością usługi w części 1 zamówienia należy porównać wartość doręczonych świadczeń. Są to kategorie nieporównywalne. W części XI siwz zamawiający podał sposób obliczenia ceny oferty, z którego wynika, że wartością usługi jest wartość uzyskanych prowizji, obliczona jako iloczyn prowizji w % oraz wartości świadczeń podlegających doręczeniu. Zamawiający wskazał na identyczny sposób rozumienia pojęcia wartości usługi w siwz – zarówno w formie opisowej jak i tabelarycznej. Zdaniem zamawiającego, pojęcia „wartość usługi” nie można utożsamiać z pojęciem „wartość świadczeń”, a to pojęcie nie zostało użyte w tabeli – załącznik nr 2 do siwz. Zamawiający wskazał, że tylko w przypadku usługi wypłacania świadczeń – do wartości usługi wlicza się wartość świadczeń wypłaconych. W tym postępowaniu przedmiotem zamówienia jest „doręczenie” świadczeń do świadczeniobiorców, co nie jest usługą bankową. Wartością usługi jest tu wynagrodzenie doręczyciela. Zamawiający podkreślił ponadto, że w opisie dokumentu wymaganego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu zastosował ściśle przepis § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 września 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane. Odwołujący przedstawił w złożonym w ofercie wykazie usług, w kolumnie „wartość usługi”, kwoty obejmujące wartość świadczeń doręczonych, co nie potwierdza spełniania warunku. Pismem z dnia 12 września 2011 r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia wykazu w zakresie ww. wymaganej informacji. Wraz z pismem z dnia 16 września 2011 r. odwołujący przesłał uzupełniony wykaz, w którym podał wartość wykonanych usług, wskazując

w każdej pozycji wykazu „cenę usługi”. Wartości te są jednak mniejsze niż 50% wartości usług objętych częścią 1 przedmiotu zamówienia, a wobec tego nie potwierdzają, że odwołujący spełnia ww. warunek. Zamawiający wyjaśnił, że we wszystkich częściach przedmiotowego zamówienia warunek doświadczenia został opisany tak samo. Podkreślił, że w 7 częściach zamówienia oferta odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza i w tym zakresie odwołujący nie kwestionował treści warunku.

Konsorcjum firm : Inpost Finanse sp. z o.o. oraz Integer.pl S.A. w dniu 19 października 2011 r. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego konsorcjum, przesyłając pismo faksem oraz e-mail'em.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w tym dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także wyjaśnienia stron postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania. W szczególności podniesiony przez zamawiającego brak formalny odwołania, polegający na braku podania numeru ogłoszenia o zamówieniu, nie stanowi przesłanki do odrzucenia odwołania. Izba stwierdziła również, że odwołanie zostało wniesione w ustawowym terminie (nie jest spóźnione) wobec czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołanie nie zostało wniesione wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Argumentacja odnosząca się do treści warunku udziału w postępowaniu zawarta w odwołaniu została przytoczona na poparcie zarzutów dotyczących wykluczenia i nie stanowi odrębnych zarzutów wobec postanowień specyfikacji.

Izba ustaliła, że odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu zostały podniesione zarzuty dotyczące wykluczenia odwołującego z postępowania. W stanie faktycznym tej sprawy w przypadku potwierdzenia się, że odwołujący spełniał warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, oferta odwołującego w części 1 podlegałaby ocenie, w wyniku czego mogłaby być wybrana jako najkorzystniejsza.

Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp.

Izba uznała za nieskuteczne przystąpienie Konsorcjum firm : Inpost Finanse sp. z o.o. oraz Integer.pl S.A. do postępowania odwoławczego. Przystąpienie zgłoszono w dniu 19 października 2011 r. w formie faksu oraz e-mail'em, podczas gdy zamawiający wezwał wykonawców do

zgłoszenia przystąpienia w dniu 7 października 2011 r. Izba stwierdziła zatem, że przystąpienie nastąpiło z przekroczeniem ustawowego 3-dniowego terminu, określonego w art. 185 ust. 2 Pzp, który upłynął w dniu 10 października 2011 r. oraz zostało zgłoszone bez zachowania wymaganej w ww. przepisie formy pisemnej.

Odnosząc się do zarzutu zawartego w odwołaniu, Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez uznanie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt. IV ust. 1 lit. b specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba ustaliła, że zamawiający prowadzi przedmiotowe postępowanie z podziałem na 66 części, w których ustalone zostały identyczne warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia wykonawców. Odwołujący złożył oferty na 8 części - jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w 7 częściach, w części 1 odwołujący został wykluczony.

Z opisu sposobu oceny spełnienia warunku doświadczenia, zawartego w pkt. IV ust. 1 lit. b siwz, wynika, że zamawiający wymagał wykazania przez wykonawców realizacji usługi polegającej na doręczaniu świadczeń gotówkowych o wartości nie mniejszej niż 50% wartości usługi obejmującej daną część zamówienia, o którą wykonawca się ubiega. W części XI siwz zamawiający podał sposób obliczenia ceny oferty, z którego wynika, że jest to wartość uzyskanych prowizji, obliczona jako iloczyn prowizji w % oraz wartości świadczeń podlegających doręczeniu. Dla każdej części zamówienia zamawiający określił w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz wartość świadczeń podlegających doręczeniu, którą należało pomnożyć przez oferowaną wysokość prowizji, aby obliczyć cenę oferty w danej części zamówienia.

Izba stwierdziła, że wskazany powyżej warunek doświadczenia został sformułowany przez zamawiającego w sposób jednoznaczny i zgodny z wymogami przepisu § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 września 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, których może żądać zamawiający od wykonawców oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane. W świetle ww. przepisu literalne brzmienie warunku wskazuje, że określenie „wartość” odnosi się do pojęcia „usługa”, natomiast pojęcie „gotówka” stanowi jedynie określenie formy świadczenia.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie zawiera rozbieżności dotyczących opisu warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający zastosował ten sam sposób rozumienia pojęcia wartości usługi w siwz – zarówno w postanowieniach opisowych, jak i w tabeli. Pojęcie „wartość usługi” nie zostało w siwz zdefiniowane, jednak, w ocenie Izby, nie stanowiło to przeszkody w złożeniu prawidłowych dokumentów w celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku. Wykonawcy złożyli wymagane wykazy usług z podaniem wartości usług (w tym również odwołujący), które pozwoliły zamawiającemu na dokonanie prawidłowej oceny spełnienia warunku doświadczenia.

Fakt, iż w formularzu ofertowym użyte zostały przez zamawiającego pojęcia: „Wartość doręczonych świadczeń” oraz „Cena usługi”, natomiast w Załączniku nr 2 do siwz - pojęcia: „Przedmiot usługi” oraz „Wartość usługi” nie stanowi o sprzeczności postanowień siwz. Są to różne pojęcia, które zostały zastosowane przez zamawiającego zgodnie z wymogami przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisów wykonawczych do ww. ustawy. Podkreślić należy, że wykonawcom przysługuje prawo zaskarżenia treści siwz w postępowaniu odwoławczym przed KIO, jak również prawo do wyjaśnień treści siwz, jednak w tym postępowaniu żaden z wykonawców (w tym odwołujący) z tego prawa nie skorzystał.

W przypadku usługi doręczania świadczeń w formie gotówki wartością usługi jest wynagrodzenie wykonawcy za wykonaną usługę. Jak słusznie zauważył zamawiający nie jest to usługa bankowa, tak jak w przypadku wypłacania świadczeń bezgotówkowo przez wykonawcę na konta świadczeniobiorców. Wynagrodzeniem doręczyciela gotówki jest kwota wynikająca z iloczynu prowizji oraz wartości świadczeń doręczonych i ta wartość podlegała ocenie w ramach warunku doświadczenia. Pojęcie wartości usługi wykonanej zostało odniesione w treści warunku do wartości usługi, która ma być zrealizowana. Taki warunek jest uzasadniony i logiczny, ponieważ porównaniu podlegają te same kategorie. Zauważyć przy tym należy, że wysokość oferowanej prowizji w równym stopniu wpływa na wysokość wartości oferowanej usługi, jak i na wysokość wartości usług wykonanych. Im niższa prowizja, tym niższe są obie wartości, a zatem nie sposób zgodzić się z odwołującym, że wykonawcy, który stosuje niskie prowizje, jest trudniej wykazać wymagane wartości, a tym samym spełnianie warunku.

W piśmie z dnia 16 września 2011r. uzupełniając wykaz usług na wezwanie zamawiającego, odwołujący zawarł treść, która wskazuje na prawidłowe rozumienie treści warunku. Odwołujący wyjaśnił „podaję wartość ceny usług jako wartość ewentualnych opłat i prowizji”. W dokumencie odwołujący podał w rubryce „wartość usługi” zarówno kwotę wysokości doręczanych świadczeń, jak i cenę (wartość) usług. Zgodnie z podanymi ww. informacjami odwołujący nie wykazał jednak, że na dzień upływu terminu składania ofert wykonał usługę o wartości przekraczającej kwotę 427.799,34 zł, stanowiącą 50% kwoty 855.598,67 zł - stanowiącej wartość przedmiotu zamówienia w części 1 - zgodnie z wymaganiem siwz. Stosownie do treści warunku, określonego w pkt IV ust. 1 lit. b zamawiający nie mógł natomiast brać pod uwagę podanej przez odwołującego kwoty: 225 312 489,92 zł, która stanowiła wartość świadczeń doręczonych w ramach wykonanej usługi, gdyż nie była to kategoria podlegająca ocenie w świetle warunku udziału w postępowaniu.

W oparciu o stan rzeczy ustalony w toku postępowania Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 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).

Przewodniczący: