

WYROK
z dnia 15 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **2 stycznia 2018 r.** przez wykonawcę **AWIMA Sp. j. B. W.** z siedzibą w Józefowie przy ul. 3 Maja 2B/22, (05-410 Józefów) w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Sportu Wilanów m. st. Warszawy** z siedzibą przy ul. Wiertniczej 26A (02-952 Warszawa)

przy udziale wykonawcy **M. K.** prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo-Handlowa „EKO-LUX” M. K., z siedzibą w Lesznie przy ul. Jaśminowej 10 (05-084 Leszno), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **AWIMA Sp. j. B. W.** z siedzibą w Józefowie:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **AWIMA Sp. j. B. W.** z siedzibą w Józefowie, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **AWIMA Sp. j. B. W.** z siedzibą w Józefowie na rzecz zamawiającego **Centrum Sportu Wilanów m. st. Warszawy** kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 poz. 1579 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 Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Centrum Sportu Wilanów m. st. Warszawy z siedzibą przy ul. Wiertniczej 26A (02-952 Warszawa) zwane dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Kompleksowe utrzymanie czystości w obiektach sportowych Centrum Sportu Wilanów przy ul. Gubinowskiej 28/30 i ul. Uprawnej 9/17 w Warszawie”, nr sprawy DTE.260.2.2017.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28 listopada 2017 r. pod numerem 623383-N-2017.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 poz. 1579 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”.

W dniu 2 stycznia 2018 r. wykonawca AWIMA Sp. j. B. W.i z siedzibą w Józefowie przy ul. 3 Maja 2B/22, (05-410 Józefów) zwany dalej „odwołującym” wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy M. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo-Handlowa „EKO-LUX” M. K., z siedzibą w Lesznie przy ul. Jaśminowej 10 (05-084 Leszno) zwanej dalej „EKO-LUX” lub „przystępującym” oraz zaniechaniu wykluczenia przystępującego, pomimo niewykazania przez niego spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1. art. 24 ust 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia EKO-LUX, pomimo tego że wykonawca ten nie spełnia postawionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, ponieważ nie wykazał wykonania w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej dwóch zadań polegających na kompleksowym sprzątnięciu pływalni krytej, o wartości zadania minimum 200.000 zł brutto, wykonywanych w okresie co najmniej kolejnych 10 miesięcy;
2. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyrażające się m.in. w uznaniu, że powołane w złożonych przez EKO-LUX na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykazach usługi odpowiadają wymaganiom, które zostało określone przez zamawiającego w treści warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł o:

- a) uwzględnienie odwołania;
- b) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty EKO-LUX;
- c) nakazanie zamawiającemu wykluczenia EKO-LUX;
- d) nakazanie zamawiającemu ponownego badania i oceny ofert;
- e) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący przytoczył w odwołaniu stan faktyczny dotyczący wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu i podaje, że EKO-LUX wraz z ofertą na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, złożył wykaz usług wraz z referencjami, które ich dotyczą. W treści wykazu zostały powołane następujące usługi:

- usługa wykonywana na rzecz Centrum Sportu Wilanów m. st. Warszawy w obiektach przy ul. Gubinowskiej 28/30 i ul. Uprawnej 9/17, realizowana od dnia 1 stycznia 2016 r. (nadal wykonywana) o wartości 303.000 zł brutto;
- usługa wykonywana na rzecz „UMIĘC” G. U. w obiektach przy ul. Ceramicznej 10, Bodyckiej 112 i ul. Pejzażowej 2, realizowana od dnia 1 czerwca 2013 r. (nadal wykonywana) o wartości 380.000 zł brutto.

W dniu 15 grudnia 2017 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty EKO-LUX, przyznając jej 60 pkt. w kryterium ceny oraz 30 pkt. w kryterium „Program Zapewnienia Jakości”. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu.

W dniu 20 grudnia 2017 r. odwołujący poinformował zamawiającego o istnieniu podstaw do wykluczenia EKO-LUX z postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Wskazuje następnie, że wskutek wniesionych przez niego zastrzeżeń zamawiający pismem z dnia 21 grudnia 2017 r. poinformował o uznaniu zasadności zarzutów odwołującego, unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz o przystąpieniu do czynności badania i oceny ofert zmierzających do wyboru oferty najkorzystniejszej. Czynność ta nie była w żaden sposób kwestionowana przez EKO-LUX.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego EKO-LUX pismem z dnia 22 grudnia 2017 r. złożył nowy wykaz wraz z referencjami, w którym przedstawił następujące usługi:

- usługa wykonywana na rzecz Ośrodka Sportu i Rekreacji m. st. Warszawy w Dzielnicy Targówek w obiekcie przy ul. Łabiszyńskiej 20 w Warszawie, realizowana od dnia 1 stycznia 2017 r. (nadal wykonywana) o wartości 561.000 zł brutto;

- usługa wykonywana na rzecz Ośrodka Sportu i Rekreacji m. st. Warszawy w Dzielnicy Wawer w obiekcie przy ul. V Poprzecznej 22 w Warszawie, realizowana od dnia 1 stycznia 2017 r. (nadal wykonywana) o wartości 460.000 brutto.

W konsekwencji zamawiający w dniu 28 grudnia 2017 r. wybrał jako najkorzystniejszą ofertę EKO-LUX. W ocenie odwołującego czynność ta została dokonana z naruszeniem prawa, ponieważ zamawiający powinien był wykluczyć EKO-LUX jako wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. EKO-LUX nie wykazał bowiem, że zrealizował w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej dwa zadania polegające na kompleksowym sprzątaniu pływalni krytej, o wartości zadania minimum 200.000 zł brutto, wykonywane w okresie co najmniej kolejnych 10 miesięcy.

Wskazuje przy tym, że żadna z usług, które zostały przedstawione przez EKO-LUX w zmienionym wykazie, nie została wcześniej w jego pierwotnej treści. EKO-LUX nie zdecydował się również na przedstawienie w nowym wykazie usług, które zostały zakwestionowane przez zamawiającego. Tym samym uznaje, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów EKO-LUX zrezygnował z powoływania się na poprzednio wymienione usługi oraz zamierzał wykazać, że spełnia postawiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej poprzez wskazanie na nowe usługi.

Dalej wyjaśnia, że usługa wskazana w pozycji 2 wykazu, nie spełnia wymogów, które zostały określone przez zamawiającego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia dalej zwanej „SIWZ”. Wbrew informacjom zawartym w wykazie oraz załączonych referencjach usługa polegająca na utrzymaniu czystości w obiekcie położonym przy ul. V Poprzecznej 22 w Warszawie nie jest wykonywana przez EKO-LUX od dnia 1 stycznia 2017 r. Szczególnie istotnym jest jednak to, że na dzień upływu terminu składania ofert EKO-LUX nie świadczył tej usługi w okresie co najmniej kolejnych 10 miesięcy.

Odnosząc się do faktu podania przez EKO-LUX daty 1 stycznia 2017 r. jako momentu rozpoczęcia świadczenia usług na rzecz Ośrodka Sportu i Rekreacji m. st. Warszawy w Dzielnicy Wawer należy wskazać, że zgodnie z informacjami posiadanymi przez odwołującego EKO-LUX faktycznie realizował podobną usługę na rzecz tego zamawiającego już od tego dnia, niemniej jednak było to zadanie w całości odrębne od tego, które zostało mu później zlecone na podstawie opublikowanej w dniu 13 lutego 2017 r. informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Usługi, które były świadczone przez EKO-LUX od dnia 1 stycznia 2017 r., były realizowane na podstawie odrębnej od zawartej w wyniku przetargu umowy; nie były ze sobą w żaden sposób połączone, zwłaszcza w taki, który uprawniałby do traktowania obydwu kontraktów jako jedno zadanie.

Niezależnie od powyższego wyjaśnia, że zarówno treść wykazu, jak i złożonych

referencji, które zostały wystawione przez Ośrodek Sportu i Rekreacji m. st. Warszawy w Dzielnicy Wawer, nie wskazuje w jakim zakresie podana przez EKO-LUX wartość usługi (realizowanej z dniem tego wykonawcy od dnia 1 stycznia 2017 r.) odnosi się do kompleksowego sprzątnia pływalni krytej. Zgodnie bowiem z treścią złożonych referencji z dnia 31 października 2017 r. oraz właściwą dla tego zamówienia SIWZ obejmuje ono usługi w zakresie sprzątnia i utrzymania czystości na terenie pływalni z zespołem fitness oraz zadaszonych skateparku/lodowiska. Z uwagi na treść postawionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu powołując się na tę usługę w treści wykazu EKO-LUX miał zatem obowiązek przedstawienia informacji dotyczących wartości prac związanych z kompleksowym sprzątniem pływalni krytej. W celu stwierdzenia, czy spełniony został wymóg dotyczący wartości wykonanych prac (minimum 200.000 zł brutto) istotne znaczenie ma jedynie ten zakres zamówienia, który odnosi się do sprzątnia pływalni krytej.

Z powyższego wywodzi, że EKO-LUX nie wykazał spełnienia postawionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, pomimo że wykonawca ten został wezwany przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów (wykazu usług i referencji) na podstawie przepisu art. 26 ust 3 ustawy Pzp. Podkreśla przy tym, że zgodnie z ugruntowanym w tym względzie orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej poprawienie dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp może mieć miejsce jednokrotnie. Powoduje to w jego ocenie konieczność unieważnienia dokonanego wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie wykluczenia EKO-LUX z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Zwraca uwagę także na fakt, że postępowanie zamawiającego - uznanie, że powołane przez EKO-LUX w treści wykazu usługi spełniają wymagania określone w treści SIWZ, narusza również wynikający z art. 7 ust. 1 obowiązek prowadzenia postępowania z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Treść postawionego przez zamawiającego warunku, w szczególności zaś wymóg, by wartość zadania polegającego na sprzątniu obiektu mającego charakter pływalni krytej (a nie innego) stanowiła kwotę nie mniejszą niż 200.000 zł, oraz ten związany z obowiązkiem świadczenia usług (w ramach jednego zadania - umowy) przez okres nie krótszy niż 10 miesięcy, jest jasna i precyzyjna - nie uprawnia zamawiającego do stosowania jakiegokolwiek wykładni rozszerzającej, mogącej *de facto* skutkować zmianą treści tego warunku (i to w stosunku do jednego wykonawcy) po upływie terminu składania ofert. Zamawiający powinien zatem jednakowo i zgodnie z treścią tego warunku weryfikować jego spełnianie przez wykonawców, którzy złożyli swoje oferty w postępowaniu, nie dopuszczając w tej kwestii żadnych odstępstw.

W dniu 5 stycznia 2018 r. wykonawca M. K. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo-Handlowej „EKO-LUX” M. K. zgłosił przystąpienie do

postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu.

W dniu 11 stycznia 2018 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust 2 pkt 6 ustawy Pzp ze względu na to, iż odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust 2 ustawy Pzp, zaś w przypadku nie podzielenia zarzutu zamawiającego o braku podstaw do odrzucenia odwołania wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego oraz zasądzenie na jego rzecz kosztów zastępstwa procesowego według rachunków złożonych na rozprawie. Tego samego dnia także zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego złożył swoje pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 5 stycznia 2017 roku, w tym: Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej nadal „SIWZ”) wraz z załącznikami, oferty wykonawcy EKO-LUX, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 15 grudnia 2017 r., pisma z dnia 20 grudnia 2017 r. stanowiącego zawiadomienie zgłoszone przez odwołującego o istnieniu podstaw do wykluczenia wykonawcy EKO-LUX, informacji o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, pisma zamawiającego z dnia 21 grudnia 2017 r. z wezwaniem do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 28 grudnia 2017 r., złożonego na rozprawie przez odwołującego dowodu w postaci siedmiu faktur z 2014 i 2015 r. dotyczących sprzątania budynków na rzecz Centrum Sportu Wilanów oraz stanowisk stron i przystępującego złożonych na piśmie wraz z załącznikami i podanych do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełnia określone w art. 179 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 utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba nie uwzględniła wniosku zgłoszonego przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, a następnie podtrzymanego na posiedzeniu o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Przy rozpatrzeniu przedmiotowego wniosku Izba wzięła pod uwagę wynik kontroli instancyjnej Sądów Okręgowych właściwych dla siedzib zamawiających, które na mocy art. 198a i nast. ustawy Pzp sprawują nadzór instancyjny nad orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej. W świetle wyniku kontroli instancyjnej Izba

podziela i przyjmuje za własny pogląd wyrażany przez Sądy Okręgowe, że pojęcie wyboru oferty najkorzystniejszej musi być rozumiane jako składowa czynności i zaniechań zamawiającego zakończonych wyborem oferty najkorzystniejszej pod względem materialnym tj. złożonej przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu z postępowania i oferty niepodlegającej odrzuceniu. Ponadto zgodnie z uchwałami podjętymi przez Sąd Najwyższy w dniu 17 listopada 2017 r. po rozpoznaniu zagadnienia prawnego w sprawach o sygn. akt III CZP 56/17 oraz III CZP 58/17: „Zarzuty odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (jedn. tekst: Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) mogą obejmować także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez zamawiającego lub zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna podlegać odrzuceniu”. W ocenie Izby za uzasadnione zatem należy przyjąć stanowisko, iż na gruncie art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w ramach pojęcia wyboru najkorzystniejszej oferty, powinno się uwzględnić także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez zamawiającego.

Izba nie uwzględniła także wniosku przystępującego zgłoszonego na posiedzeniu o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z powodu braku interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Jak wskazano powyżej odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz mógłby ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Oferta odwołującego została sklasyfikowana przez zamawiającego jako druga w rankingu ofert, natomiast niezgodne z przepisami ustawy czynności zamawiającego mogłyby pozbawić go możliwości uzyskania zamówienia. Nie ma też znaczenia fakt, że cena oferty odwołującego przekracza kwotę podaną przez zamawiającego, a przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia. Wskazać należy, iż odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia w dacie wniesienia odwołania, a także mógł ponieść szkodę w związku ze wskazywanymi w odwołaniu naruszeniami przepisów ustawy Pzp, co jednoznacznie świadczy, że przesłanka materialnoprawna określona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku przedmiotowego odwołania została spełniona. Izba zwraca uwagę, że na kanwie art. 179 ust.1 ustawy Pzp. interes w uzyskaniu zamówienia bada się w dacie wniesienia odwołania, zatem dalsze hipotetyczne czynności zamawiającego, prowadzące do unieważnienia postępowania w przypadku ustalenia, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a której to kwoty zamawiający nie może zwiększyć, nie pozbawiają wykonawcy prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej. Możliwość odrzucenia odwołania na podstawie wniosku zgłoszonego przez przystępującego nie znajduje potwierdzenia w przepisach ustawy Pzp, a tym bardziej nie może stanowić bariery do merytorycznego rozstrzygnięcia przez Izbę wniesionego środka ochrony prawnej. Reasumując należy po raz kolejny podkreślić, że przesłanka dotycząca interesu w uzyskaniu

zamówienia ma charakter materialnoprawny i podlega badaniu na rozprawie. Jej spełnienie stanowi podstawę do dalszej, merytorycznej oceny zarzutów. Ewentualne zaprzeczenie naruszenia interesu wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia może prowadzić do oddalenia odwołania, a nie jego odrzucenia bez merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby odniesienie się do sformułowanych przez odwołującego zarzutów, zachowując przyjętą przez odwołującego konstrukcję odwołania, tj. odniesie się do dwóch wskazanych zarzutów w kolejności przyjętej w odwołaniu.

Izba ustaliła, że aby spełnić postawiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej opisany w poz. 5 pkt 1 SIWZ wykonawca musiał wykazać, że zrealizował w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwa zadania polegające na kompleksowym sprzątnięciu pływalni krytej o wartości zadania minimum 200.000 zł brutto, wykonywane w okresie co najmniej kolejnych 10 miesięcy.

Jak wynika z powyższego w treści warunku wskazano określenie „zadania”. Zamawiający nie uszczegółowił tego określenia w dokumentacji przetargowej, ani nie podał jego rozumienia na potrzeby przedmiotowego postępowania. Jedynym uszczegółowieniem tego warunku wynikającym z SIWZ było wskazanie, że w przypadku zadań będących w toku realizacji, zostaną one uwzględnione jeżeli rozpoczęcie wykonywania wykazywanego zadania nastąpiło co najmniej 10 miesięcy przed terminem składania ofert, a wartość zadania realizowanego do dnia złożenia oferty wynosi co najmniej 200.000 zł brutto.

Jak wskazano powyżej w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca EKO-LUX pismem z dnia 22 grudnia 2017 r. złożył nowy wykaz wraz z referencjami, w którym przedstawił następujące usługi:

- usługa wykonywana na rzecz Ośrodka Sportu i Rekreacji m. st. Warszawy w Dzielnicy Targówek w obiekcie przy ul. Łabiszyńskiej 20 w Warszawie, realizowana od dnia 1 stycznia 2017 r. (nadal wykonywana) o wartości 561.000 zł brutto;
- usługa wykonywana na rzecz Ośrodka Sportu i Rekreacji m. st. Warszawy w Dzielnicy Wawer w obiekcie przy ul. V Poprzecznej 22 w Warszawie, realizowana od dnia 1 stycznia 2017 r. (nadal wykonywana) o wartości 460.000 brutto.

Pierwsza usługa wykonywana na rzecz Ośrodka Sportu i Rekreacji m. st. Warszawy w Dzielnicy Targówek (dalej „OSiR Targówek”) nie była kwestionowana przez odwołującego.

Natomiast druga usługa w ocenie odwołującego nie spełniała ww. warunku, ponieważ nie była wykonywana przez przystępującego w wymaganym przez zamawiającego okresie.

Jak wynika z załączonych do odpowiedzi na odwołanie dokumentów oraz wyjaśnień przystępującego wykonywał on usługi na rzecz Ośrodka Sportu i Rekreacji m. st. Warszawy w Dzielnicy Wawer (dalej „OSiR Wawer”) nieprzerwanie od dnia 2 stycznia 2017 r. przy czym do dnia 12 marca 2017 r. wykonywał on usługi w wyniku udzielenia mu zamówienia publicznego z wolnej ręki (umowa nr 50/2016 z dnia 30 grudnia 2016 r. obowiązywała od 2 stycznia 2017 r. do dnia 12 marca 2017 r.), zaś od dnia 13 marca 2017 r. usługi utrzymywania czynności świadczone były w wyniku udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego (umowa nr UD-XII-SR/B/VIII/1/10/17 z dnia 21 lutego 2017 r. obowiązywała od 13 marca 2017 r. do dnia 31 grudnia 2017 r.). Zakres przedmiotowy obu umów był tożsamy i obejmował te same usługi.

Jak wskazano powyżej zamawiający w dokumentacji przetargowej nie uszczegółowił, ani nie określił wyraźnie znaczenia określenia „zdarzenie” użytego w treści warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej. W związku z tym w ocenie Izby dla ustalenia jego znaczenia należy przyjąć jego rozumienie potoczne czyli jako coś co należy lub należało wykonać.

Z dokumentacji przetargowej nie wynika założenie przyjęte przed odwołującego, że określenie „zadanie” należy utożsamiać z pojęciem „umowy”. Izba przychyliła się do stanowiska przystępującego „zgodnie z którym wykonawca może wykazywać swoje doświadczenie, powołując się łącznie na dwie lub większą liczbę umów jako jedno zamówienie”.

Ponadto Izba jako własne przyjęła stanowisko przystępującego, że w doktrynie i orzecznictwie przyjęto za dopuszczalne by wykonawca wykazywał swoje doświadczenie, powołując się łącznie na dwie lub większą liczbę umów jako jedno zamówienie, chyba że instytucja zamawiająca wykluczyła taką możliwość na podstawie wymogów związanych z przedmiotem i celami danego zamówienia publicznego oraz proporcjonalnych względem nich (zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt). Jeżeli zatem instytucja zamawiająca nie przewidziała wyraźnie w dokumentacji przetargowej możliwości powołania się przez oferenta na dwie lub większą liczbę umów jako na jedno zamówienie, ale też nie wykluczyła takiej możliwości to zgodnie z ww. wyrokiem jest to dopuszczalne.

W konkluzji Izba stwierdza, że zamawiający w treści warunku użył określenia „zadania”, którego rozumienia nie dookreślił w treści dokumentacji przetargowej, natomiast zadanie na rzecz OSiR Wawer świadczone było przez wykonawcę EKO-LUX w wyniku zawarcia dwóch umów tożsamyh co do przedmiotu świadczenia, nieprzerwanie od dnia 2

stycznia 2017 r. przez okres kolejnych 10 miesięcy przed terminem składania ofert, co jest zgodne z treścią postawionego warunku.

Odwołujący podnosi również, że zarówno treść wykazu i referencji, które zostały wystawione przez OSiR Wawer, nie wskazuje w jakim zakresie podana przez przystępującego wartość usług odnosi się do utrzymania czystości na pływalni krytej przy ul. V Poprzecznej 22 w Warszawie.

Przystępujący wyjaśnił, że podobnie jak w przypadku pozostałych lokalizacji, również i w przypadku obiektu przy ul. V Poprzecznej 22 w Warszawie usługi utrzymania czystości na pływalni krytej wraz z zespołem fitness i zadaszonym skateparkiem/lodowiskiem objęte są jedną, kompleksową umową obejmującą obiekt położony pod jedną lokalizacją.

Przystępujący w załączniku do swojego pisma z dnia 21 grudnia 2017 r. dołączył wykaz zgodnie załącznikiem nr 4 do SIWZ, którym przedstawił dwie nowe usługi z podaniem ich wartości, przedmiotu, miejsca realizacji, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane wraz z dowodami w postaci referencji potwierdzających ich należyte wykonanie.

Izba przyjęła przy tym argument podany przez przystępującego wynikający z wyroku z dnia 16 sierpnia 2017 r. sygn. akt KIO 1581/17, w którym Izba wskazała, że „zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą zamawiający nie może oczekiwać i wymagać, aby z treści referencji, pochodzącej od podmiotu trzeciego, zwykle wystawionej wcześniej i nie w związku z postępowaniem, w którym zostaje złożona, wynikało coś więcej niż potwierdzenie należytego wykonania zamówienia scharakteryzowanego pod względem elementów koniecznych dla wykazania warunku w wykazie stanowiącym oświadczenie własne wykonawcy”. W związku z tym w ocenie Izby także w tym zakresie należy uznać, że usługa świadczona przez przystępującego na rzecz OSiR Wawer spełnia warunek postawiony przez zamawiającego. Usługa świadczona na rzecz OSiR Targówek nie była kwestionowana przez odwołującego zatem przystępujący dysponował dwiema usługami na potwierdzenie warunku postawionego przez zamawiającego co oznacza, że nie podlegał wykluczeniu.

Mając powyższe na uwadze Izba nie odniosła się do usług przedstawionych przez przystępującego w pierwotnie złożonym wykazie uznając to za bezprzedmiotowe ponieważ w wyniku dokonanych ustaleń stwierdziła, że wykazał on spełnienie warunku poprzez podanie zadań świadczonych na rzecz OSiR Targówek i OSiR Wawer.

Reasumując Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 24 ust 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp należy oddalić ponieważ wykonawca EKO-LUX spełnił postawiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, gdyż wykazał wykonanie w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej dwa zadania polegające na kompleksowym sprzątnięciu pływalni

krytej, o wartości zadania minimum 200.000 zł brutto, wykonywanych w okresie co najmniej kolejnych 10 miesięcy.

W konsekwencji niepotwierdzenia się powyższego zarzutu skład orzekający Izby uznał także, że zamawiający nie naruszył przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, ponieważ zamawiający w sposób prawidłowy dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W związku z tym i ten zarzut należy oddalić.

Wobec powyższego na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: