

WYROK
z dnia 29 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się udzielenie zamówienia: **LIRECO TECH Sp. z o.o.** z siedzibą w Gdyni przy ul. Grochowej 10 (81-017 Gdynia) oraz **K. K.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą LIRECO K. K. z siedzibą w Gdyni przy ul. Grochowej 10 (81-017 Gdynia) w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Bydgoszcz** z siedzibą w Bydgoszczy przy ul. Jezuickiej 1 (85-102 Bydgoszcz),

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się udzielenie zamówienia: **LIRECO TECH Sp. z o.o.** z siedzibą w Gdyni oraz **K. K.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą LIRECO K. K. z siedzibą w Gdyni i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się udzielenie zamówienia: **LIRECO TECH Sp. z o.o.** z siedzibą w Gdyni oraz **K. K.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą LIRECO K. K. z siedzibą w Gdyni na rzecz zamawiającego **Miasta Bydgoszczy** kwotę w wysokości 503 zł 15 gr (słownie: pięćset trzy złote, piętnaście groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – *Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – *Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.)

w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. *Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020) 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

Miasto Bydgoszcz zwane dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: *Utrzymanie czystości i porządku oraz właściwego stanu technicznego urządzeń obiektów rekreacyjno-sportowych dla dzieci i dorosłych oraz wybiegów dla psów zlokalizowanych na terenach gminnych* – znak sprawy: WZP.271.59.2020.B, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27 października 2020 r., pod numerem 602957-N-2020.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się udzielenie zamówienia: LIRECO TECH Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni oraz K. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą LIRECO K. K. z siedzibą w Gdyni, zwani dalej: „odwołującym” w dniu 28 grudnia 2020 r. wniesli odwołanie, w którym zarzucili zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp, poprzez nieuprawnione wykluczenie odwołującego z postępowania pomimo, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 5) Pzp poprzez nieuprawnione odrzucenie oferty odwołującego, pomimo, iż nie zachodzą przesłanki do wykluczenia odwołującego z postępowania;
- 3) art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z wyborem jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- anulowania czynności wykluczenia odwołującego;
- anulowania czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego jako spełniającej warunki udziału w postępowaniu i niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wyjaśnił, że jego interes w uzyskaniu zamówienia został bezwzględnie naruszony przez zamawiającego, ponieważ jego oferta, jak wynika z informacji z otwarcia ofert, była ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu, a kwota za realizację zamówienia zaproponowana w ofercie, mieściła się w budżecie jaki zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W konsekwencji, istnieje możliwość poniesienia szkody przez odwołującego, a co za tym ma on interes we wniesieniu odwołania.

Jeśli chodzi o uzasadnienie dla zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp odwołujący wyjaśnił, że w uzasadnieniu wykluczenia, z dnia 23 grudnia 2020 r., zamawiający wskazał, iż *Wykonawca nie wykazał na podstawie złożonych dokumentów, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu*. Warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie

zdolności technicznej lub zawodowej było należyte wykonanie co najmniej 1 usługi utrzymania czystości i porządku oraz właściwego stanu technicznego urządzeń rekreacyjno- sportowych typu boiska, place zabaw oraz wybiegi dla psów w ciągu następujących po sobie (kolejnych) 12miesięcy, o wartości nie mniejszej niż 200 000,00 zł brutto dla pakietu I i wartości nie mniejszej niż 100 000,00 zł brutto dla pakietu II.

Odwolujący wyjaśnił, że na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 2 Pzp złożył wykaz usług wraz z referencjami potwierdzającymi ich należyte wykonanie. Przedmiotem usługi było sprzątnięcie, obsługa oraz utrzymanie placów zabaw zlokalizowanych na terenie Lokatorsko- Własnościowej Spółdzielni Mieszkaniowej „Wrzeszcz” w Gdańsku. Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień czy przedmiot usługi opisanej w Wykazie usług obejmował utrzymanie właściwego stanu technicznego obiektów rekreacyjno-sportowych. Jednocześnie zamawiający w tym samym piśmie wezwał odwołującego do uzupełnienia wykazu usług. Odwołujący w odpowiedzi przesłał oświadczenie potwierdzające wykonane świadczenia oraz korzystając z uprawnienia złożył dodatkowy wykaz usług, w którym wymienił m. in. usługę związaną z kompleksowym utrzymaniem czystości i porządku oraz utrzymaniem w sprawności technicznej urządzeń rekreacyjnych znajdujących się w obiekcie Krytej Pływalni w Gryficach. Zamawiający zakwestionował powyższą usługę uznając, że w treści referencji zapisano iż wykonawca: ... *świadczy usługi w zakresie zapewnienia prawidłowego funkcjonowania technologii uzdatniania wody i stacji uzdatniania wody oraz wykonywaniu czynności porządkowych w obiekcie krytej pływalni w Gryficach*. Dalej czytamy iż, w opinii zamawiającego niemożliwe jest utożsamianie zapewnienia prawidłowego funkcjonowania technologii basenowej z utrzymaniem w sprawności technicznej urządzeń rekreacyjnych w obiekcie pływalni. W dalszej części zamawiający stwierdził, że pływalnia nie jest typem obiektu, o który zamawiającemu chodziło czyli nie jest obiektem typu: boiska, place zabaw wybiegi dla psów. W ocenie odwołującego, a potwierdza to bogata literatura tematu, referencje nie są wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania, ale mają charakter ogólny. Ich treść powinna potwierdzać odpowiednie wykonanie umowy i nie musi zawierać wyczerpującego opisu zakresu usług, dostaw czy robót. W referencjach, co do zasady nie opisuje się prac w sposób szczegółowy. Należy wskazać jedynie na ich ogólny zarys. Zamawiający nie może wymagać i egzekwować od wykonawcy, aby z ich treści wynikało spełnienie konkretnego unikatowego warunku udziału w postępowaniu stawianego przez zamawiających.

Dokumenty świadczące o należyтым wykonaniu zamówień wystawiają ich odbiorcy. Mają one, co do zasady, weryfikować i dokumentować należyte wykonanie zamówienia zrealizowanego dla innego podmiotu. Nie muszą w pełni opisywać zakresu robót, dostaw, czy usług, tak jak wykaz. Nie muszą także zawierać tych samych informacji co w wykazie. Muszą jednak być z pracami wskazanymi w wykazie identyfikowalne.

W ocenie odwołującego to nie referencje, których rolą jest poświadczenie należytego wykonania zamówienia, ale wykaz dostaw, usług lub robót budowlanych stanowi potwierdzenie wykonanych zadań, a więc i posiadanego przez wykonawcę doświadczenia.

Ponadto odwołujący wskazał, że zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”) nie sprecyzował co należy rozumieć pod pojęciem obiekty rekreacyjne. Wymienił tylko ogólnikowo kilka typów obiektów takich jak boiska, place zabaw, wybiegi dla psów nie precyzując szczegółowych danych dzięki którym można by je było zaklasyfikować do określonej grup ze względu na ich położenie, przeznaczenie, rodzaj materiałów z jakich zostały wykonane lub innych. W ocenie odwołującego pływalnia wraz z wyposażeniem (fontanny, zjeżdżalnie, wanny SPA itp.) jest obiektem rekreacyjno-sportowym, można powiedzieć wodnym placem zabaw, który spełnia kryteria postawione przez zamawiającego. Zakres prac jaki był realizowany zgodnie ze złożonym wykazem usług obejmował całokształt prac związanych zarówno z utrzymaniem czystości w obiekcie jak i z obsługą techniczną urządzeń znajdujących się w nim.

Jeśli chodzi o zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp odwołujący wyjaśnił, że bezspornie wykazał, iż spełnił warunki udziału w postępowaniu. Wobec braku przesłanek do wykluczenia, nie zachodzą również okoliczności uprawniające zamawiającego do odrzucenia jego oferty.

Co do ostatniego zarzutu podniesionego w odwołaniu, odwołujący wskazał, że zamawiający przeprowadzając przedmiotowe postępowanie w sposób rażąco naruszył podstawową zasadę udzielania zamówień publicznych wynikającą z przepisu art. 7 Pzp tj. zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Brak sprecyzowania w warunkach udziału w postępowaniu konkretnych, nie budzących wątpliwości wymagań nie upoważnia zamawiającego do ich jednostronnej interpretacji na etapie badania dokumentów a po prostu, niezgodne z przepisami wykluczanie odwołującego z postępowania, wskazują, iż zamawiający w sposób bezpośredni naruszył zasadę uczciwej konkurencji. Odwołujący, pomimo wieloletniego doświadczenia w zakresie będącym przedmiotem niniejszego zamówienia, nie mógł w sposób uczciwy ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Zamawiający w dniu 25 stycznia 2021 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz przedstawił uzasadnienie dla tego wniosku.

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

Stosownie do art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r., oraz do właściwości sądów w sprawach skarg wniesionych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe*. Zgodnie z ww. przepisem, do niniejszego postępowania odwoławczego zastosowanie miały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.). Postępowanie odwoławcze zostało bowiem wszczęte przez wniesienie odwołania w dniu 28 grudnia 2020 r., a więc przed 1 stycznia 2021 r.

Izba uznała, że odwołujący spełnił określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dopuściła w przedmiotowej sprawie dowody z:

1) dokumentacji przekazanej w postaci papierowej, przesłanej do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 11 stycznia

2021 r., w tym w szczególności z treści:

- SIWZ wraz z załącznikami;
 - oferty odwołującego;
 - wykazu usług wraz z referencjami, złożonych przez odwołującego w odpowiedzi na wezwanie skierowane na podstawie art. 26 ust. 2 Pzp;
 - wezwania z dnia 27 listopada 2020 r. do wyjaśnień lub uzupełnień skierowanego do odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp;
 - uzupełnionego wykazu usług wraz z referencjami, złożonych w odpowiedzi na powyższe wezwanie;
 - informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 23 grudnia 2020 r., które zawierało jednocześnie informację o wykluczeniu odwołującego z postępowania;
- 2) złożonego na rozprawie przez odwołującego wykazu wykonywanych czynności sprzątających oraz utrzymania właściwego stanu technicznego urządzeń na terenie obiektu pływalni w Gryficach.

Izba ustaliła co następuje

Zamawiający w pkt. V.2 ppkt. 1 lit. a SIWZ określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w brzmieniu: *Zamawiający uznaje, że Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaze, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje należycie co najmniej 1 usługę w zakresie utrzymania czystości i porządku oraz właściwego stanu technicznego urządzeń obiektów rekreacyjno-sportowych typu boiska, place zabaw oraz wybiegi dla psów w ciągu następujących po sobie (kolejnych) dwunastu miesięcy, o wartości nie mniejszej niż 200 000, 00 zł brutto (dla pakietu I).*

Odwołujący na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 2 Pzp przedstawił wykaz usług zrealizowanych na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej „Wrzeszcz” w przedmiocie którego wyszczególnił: *Sprzątanie, obsługa oraz utrzymanie placów zabaw oraz obiektów rekreacyjnych zlokalizowanych na terenie należącym do LWSM Wrzeszcz* Do wykazu odwołujący załączył referencję z dnia 20 listopada 2020 r. mającą stanowić potwierdzenie zrealizowanych prac. W treści pkt 3 przedmiotowych referencji wynikało, że zakres prac objętych umową dotyczył sprzątania, obsługi i utrzymania w należytym stanie boiska sportowego, placów zabaw, piaskownic wraz z wymianą piasku (20 szt.).

Pismem z dnia 27 listopada 2020 r. zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do wyjaśnienia, czy przedmiot usługi opisanej w „Wykazie usług” jako *Sprzątanie, obsługa oraz utrzymanie placów zabaw oraz obiektów rekreacyjnych zlokalizowanych na terenie należącym do LWSM Wrzeszcz* obejmował także utrzymanie właściwego stanu technicznego urządzeń obiektów rekreacyjno-sportowych? Ponadto zamawiający w przypadku braku możliwości potwierdzenia powyższego, wezwał odwołującego do uzupełnienia wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, 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 wraz z dowodami określającymi czy usługi wymienione w wykazie zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Zamawiający określił przy tym, że dokumenty powinny potwierdzić należyte wykonanie/wykonywanie co najmniej 1 usługi w zakresie utrzymania czystości i porządku oraz właściwego stanu technicznego urządzeń obiektów rekreacyjno-sportowych typu boiska, place zabaw oraz wybiegi dla psów w ciągu następujących po sobie (kolejnych) dwunastu miesięcy, o wartości nie mniejszej niż 200 000,00 zł brutto. Zamawiający wyznaczył odwołującemu termin na złożenie wyjaśnień lub uzupełnień do dnia 2 grudnia 2020 r.

Odwołujący odpowiedział na powyższe wezwanie pismem opatrzonym datą 18 listopada 2020 r. (zgodnie z prezentatą widoczną na piśmie wpłynęło ono do zamawiającego w dniu 2 grudnia 2020 r.). W treści pisma odwołujący wyjaśnił, że *W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących Wykazu usług złożonego na wezwanie Zamawiającego dotyczącego powyższego postępowania potwierdzam, że w ramach kompleksowej umowy realizowanej na rzecz LWSM „Wrzeszcz” w Gdańsku obsługujemy w zakresie sprzątania, pielęgnacji zieleni, utrzymania, kontroli placów zabaw oraz obiektów rekreacyjnych oraz realizujemy dodatkowe zlecenia związane z obsługą tych obiektów. Ponadto na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu odwołujący załączył do pisma nowy wykaz usług wraz z referencjami potwierdzającymi należyte wykonanie, w którym wyszczególnił:*

- w pozycji 1 usługę pn.: *Sprzątanie, obsługa oraz utrzymanie placów zabaw oraz obiektów rekreacyjnych zlokalizowanych na terenie należącym do LWSM „Wrzeszcz”, tj. tożsamą usługę z wskazaną w pierwszym wykazie;*
- w pozycji 2 usługę pn.: *Kompleksowe utrzymanie czystości i porządku oraz utrzymanie w sprawności technicznej urządzeń rekreacyjnych znajdujących się w obiekcie Krytej Pływalni w Gryficach;*
- w pozycji 3 usługę pn.: *Kompleksowa obsługa serwisowa, prace związane z czyszczeniem instalacji oraz utrzymaniem sprawności technicznej urządzeń sportowych, rehabilitacyjnych, placu zabaw, sali gimnastycznej.*

W ramach usługi wskazanej w poz. 2 uzupełnionego wykazu odwołujący złożył referencję z dnia 20 stycznia 2020 r. W referencjach tych wskazano, że wykonawca usługi *jako podmiot gospodarczy świadczy usługi w zakresie zapewnienia prawidłowego funkcjonowania technologii uzdatniania wody i stacji uzdatniania wody oraz wykonywaniu czynności sprzątających w obiekcie Krytej Pływalni w Gryficach przy ulicy Sienkiewicza 14.*

W ramach usługi wskazanej w poz. 3 uzupełnionego wykazu odwołujący złożył referencję z dnia 5 lutego 2019 r. W referencjach tych wskazano, że wykonawca usługi w okresie od 1 lipca 2017 r. do 31 sierpnia 2018 r. wykonywał usługę, której przedmiotem była *Kompleksowa obsługa serwisowa polegająca na przeglądach, konserwacji i naprawach instalacji urządzeń technicznych oraz infrastruktury budowlanej w obiektach Parku Aktywnej Rehabilitacji i Sportu (PARIS) w Bydgoszczy* Następnie w treści referencji wskazano, że *Usługa polegała w szczególności na utrzymaniu w sprawności:*

1. *Instalacji technologii basenowej wraz z dostawą chemii basenowej oraz kondensacją niecki basenowej ze stali kwasoodpornej,*
2. *Instalacji niskoprądowych: DSQ SAP, CATV, SSWiN, KD, GEMOS,*
3. *Instalacji elektrycznej,*
4. *Instalacji sanitarnej i kanalizacyjnej,*
5. *Węzła ciepłego,*
6. *Instalacji c.o. i c.t.,*
7. *Instalacji wentylacji i klimatyzacji wraz z BMS,*
8. *Systemów instalacji multimedialnych.*

Zamawiający w dniu 23 grudnia 2020 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu w ramach pakietu nr I.

Za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy – Spółdzielnia Socjalna Bydgoszczanka. W treści pisma zawierającego informację o wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający wskazał, że odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz podał uzasadnienie dotyczące tej czynności.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia;*
- art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert;*
- art. 7 ust. 1 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Punktem wyjścia do rozpoznania przedmiotowego odwołania była treść warunku udziału w postępowaniu, który wskazywał, że jego spełnienie nastąpi m. in. przez doświadczenie w realizowaniu jednej usługi w zakresie utrzymania czystości i porządku oraz właściwego stanu technicznego urządzeń obiektów rekreacyjno-sportowych typu boiska, place zabaw oraz wybiegi dla psów.

Pierwotnie tj. w odpowiedzi na wezwanie skierowane w trybie art. 26 ust. 2 Pzp na potwierdzenie przedmiotowego warunku odwołujący wskazał usługę pn.: *Sprzątanie, obsługa oraz utrzymanie placów zabaw oraz obiektów rekreacyjnych zlokalizowanych na terenie należącym do LWSM "Wrzeszcz"*. Zamawiający miał wątpliwości wobec potwierdzenia spełnienia postawionego warunku w związku z powyższą usługą i zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie lub w przypadku braku możliwości potwierdzenia warunku, wezwał odwołującego do uzupełnienia wykazu usług wykonanych. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie złożył bardzo ogólne i niekonkretne wyjaśnienia, które sprowadzały się do gołosłownego potwierdzenia, że w ramach kompleksowej umowy realizowanej na rzecz LWSM „Wrzeszcz” w Gdańsku wykonywane są czynności w zakresie sprzątania, pielęgnacji zieleni, utrzymania, kontroli placów zabaw oraz obiektów rekreacyjnych oraz realizowane są dodatkowe zlecenia związane z obsługą tych obiektów. Pierwsza część tych zdawkowych wyjaśnień stanowiła *de facto* powtórzenie opisu przedmiotu usługi zawartego w wykazie usług, a druga część stanowiła informację, że odwołujący realizuje w ramach tej usługi dodatkowe zlecenia związane z obsługą tych obiektów. W ocenie Izby treść tych wyjaśnień nie potwierdzała spełnienia warunku, który oprócz utrzymania czystości i porządku wskazywał na utrzymanie właściwego stanu technicznego urządzeń obiektów rekreacyjno-sportowych typu boiska, place zabaw oraz wybiegi dla psów. Odwołujący w żaden sposób nie wyjaśnił co składało się na realizację dodatkowych zleceń związanych z obsługą obiektów.

Skład orzekający stwierdził, że argumentacja odwołującego dotycząca referencji w związku ze spełnieniem warunku udziału w postępowaniu była w pewnym zakresie słuszna tj. referencję nie muszą jednoznacznie wykazywać treści spełnienia wszystkich wymogów składających się na treść warunku, ponieważ referencję są dokumentem wystawianym przez podmiot trzeci, w związku z realizacją innego zamówienia, przez co wykonawcy nie mają wpływu lub mają bardzo ograniczony wpływ na ich treść. W związku z tym decydujące znaczenie ma treść samego wykazu. Jednakże wykaz jednoznacznie nie potwierdzał spełnienia warunku co do wymogów wskazanych przez zamawiającego, stąd wątpliwości zamawiającego co do wykazania spełnienia warunku były uzasadnione. Efektem tych wątpliwości było wezwanie do wyjaśnień lub uzupełnień ze wszystkimi jego konsekwencjami. Konsekwencje te dotyczyły tego, że zamawiający nie mógł zlekceważyć okoliczności wezwania i nie mógł zaakceptować jakichkolwiek wyjaśnień. Natomiast jak wskazano powyżej, wyjaśnienia odwołującego nie mogły być wzięte pod uwagę. Skład orzekający doszedł przy tym do przekonania, że odwołujący miał tego świadomość, ponieważ złożył nowy wykaz, który oprócz wcześniej wskazywanej usługi zawierał dwie dodatkowe. Ponadto należy wskazać, że odwołujący w trakcie postępowania odwoławczego skupił się przede wszystkim na wykazaniu, że to usługa z poz. 2 uzupełnionego wykazu spełniała postawiony warunek, a na rozprawie stwierdził, iż nie jest w stanie udowodnić za pomocą środków dowodowych innych niż referencje, okoliczności potwierdzenia przez usługi wskazane w poz. 1 i 3 wykazu postawionego warunku.

W związku z powyższym Izba uznała, że usługa z poz. 1 wykazu, nie potwierdziła spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Przedmiot usługi opisany w poz. 2 wykazu usług obejmował krytą pływalnię, a z treści referencji wynikało, iż odwołujący świadczy usługi w zakresie zapewnienia prawidłowego funkcjonowania technologii uzdatniania wody i stacji uzdatniania wody oraz wykonywania czynności sprzątających w obiekcie. Jak wskazano powyżej punktem wyjścia dla oceny czy dana usługa spełniała postawiony warunek była treść warunku. Warunek jednoznacznie odwoływał się do utrzymania właściwego stanu technicznego urządzeń obiektów rekreacyjno-sportowych typu boiska, place zabaw oraz wybiegi dla psów. Powyższe oznacza, że dla spełnienia warunku istotne było doświadczenie dotyczące określonych jednoznacznie typów obiektów rekreacyjno-sportowych, a nie jakichkolwiek obiektów rekreacyjno-sportowych. Nie podlega wątpliwości, że kryta pływalnia jest obiektem rekreacyjno-sportowym, ale nie wpisuje się w określone przez zamawiającego typy obiektów. W ocenie Izby wymienionych w treści warunku typów nie można traktować jako przykładowych lub jako otwartą listę pozwalającą zakwalifikować inne typy obiektów jako spełniające postawiony warunek. Treść warunku była jasna, wyraźnie wskazywała określone typy obiektów nim objętych. Ponadto spójnik oraz użyty w treści warunku w części dotyczącej wskazania typów obiektów oznaczał, iż w celu jego potwierdzenia, należało tak opisać spełnienie tego warunku w wykazie usług, aby wyraźnie potwierdzał doświadczenie w świadczeniu usług co do wszystkich wymienionych typów obiektów. Dodatkowo warunek w tym zakresie nie zawierał zwrotów pozwalających uznać, że określa otwartą listę obiektów w zakresie typów obiektów, ponieważ w treści warunku w tym zakresie nie zastosowano zwrotów takich jak: *w szczególności, np., itp.* Reasumując, skoro wykaz usług nie zawierał dokładnych informacji w tym zakresie, potwierdzenia spełnienia warunku można było poszukiwać w referencjach. Treść referencji jednak tym bardziej nie potwierdzała tej okoliczności, gdyż nie stanowiła uzasadnienia w rozumieniu warunku „stacja uzdatniania wody” w pływalni, ani też tym bardziej „technologia uzdatniania wody”.

Spełnienia przedmiotowego warunku nie potwierdził także dowód złożony na rozprawie przez odwołującego w postaci wykazu wykonywanych czynności sprzątających oraz utrzymania właściwego stanu technicznego urządzeń na terenie obiektu pływalni w Gryficach. Jak wynika z powyższego dokumentu czynności sprzątające na terenie tego obiektu

dotyczyły: hali basenowej, natrysków, toalet, przebieralni, wejścia głównego, recepcji, ciągów komunikacyjnych, pomieszczeń technicznych oraz pomieszczeń socjalno-administracyjnych. Ponadto utrzymanie właściwego stanu technicznego urządzeń sprowadzało się do stacji uzdatniania wody pływalni. W związku z tym dowód ten nie potwierdzał okoliczności spełnienia warunku w odniesieniu do wymienionych typów obiektów rekreacyjno-sportowych.

Ponadto Izba nie wzięła pod uwagę argumentacji odwołującego wskazującej, że pływalnia to obiekt rekreacyjno-sportowy, który można określić jako wodny plac zabaw, który spełnia kryteria postawione przez zamawiającego. Stwierdzenie odwołującego w tym zakresie skład orzekający potraktował jako niedopuszczalną interpretację treści warunku dokonaną na potrzeby postępowania odwoławczego przed Izbą.

Analogiczna argumentacja znajdzie zastosowanie wobec usługi wskazanej w poz. 3 wykazu usług. Warunek jednoznacznie odwoływał się do utrzymania właściwego stanu technicznego urządzeń obiektów rekreacyjno-sportowych typu boiska, place zabaw oraz wybiegi dla psów. Powyższe oznacza, że dla spełnienia warunku istotne było doświadczenie dotyczące określonych jednoznacznie typów obiektów rekreacyjno-sportowych, a nie jakichkolwiek obiektów rekreacyjno-sportowych. W ocenie Izby, wymienionych w treści warunku typów nie można traktować jako przykładowych lub jako otwartą listę pozwalającą zakwalifikować inne typy obiektów jako spełniające postawiony warunek. Treść warunku była jasna, wyraźnie wskazywała określone typy obiektów nim objętych. Ponadto spójnik oraz użyty w treści warunku w części dotyczącej wskazania typów obiektów oznaczał, iż w celu jego potwierdzenia, należało tak opisać spełnienie tego warunku w wykazie usług, aby wyraźnie potwierdzał doświadczenie w świadczeniu usług co do wszystkich wymienionych typów obiektów. Dodatkowo warunek w tym zakresie nie zawierał zwrotów pozwalających uznać, że określa otwartą listę obiektów w zakresie typów obiektów, ponieważ w treści warunku w tym zakresie nie zastosowano zwrotów takich jak: *w szczególności*, *np.*, *itp.* Reasumując, skoro wykaz usług nie zawierał dokładnych informacji w tym zakresie, potwierdzenia spełnienia warunku można było poszukiwać w referencjach. Treść referencji jednak tym bardziej nie potwierdzała tej okoliczności, gdyż w jej treści wymienione zostały usługi dotyczące utrzymania w sprawności: instalacji technologii basenowej wraz z dostawą chemii basenowej oraz kondensacją niecki basenowej ze stali kwasoodpornej, instalacji niskoprądowych: DSQ SAP, CATV, SSWiN, KDGE MOS, instalacji elektrycznej, instalacji sanitarnej i kanalizacyjnej, węzła cieplnego, instalacji c.o. i c.t., instalacji wentylacji i klimatyzacji wraz z BMS, systemów instalacji multimedialnych. Żadna z wymienionych powyżej czynności nie odnosiła się do treści warunku w tym przede wszystkim do typów obiektów.

Tym samym w ocenie Izby także usługi wskazane przez odwołującego w poz. 2 i 3 wykazu nie potwierdziły spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie z dyspozycją art. 190 ust. 1 Pzp obowiązkiem stron jest wskazanie dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą korzystne dla siebie skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 Pzp spoczywa na podmiocie, który z danego faktu wywodzi skutki prawne. Przy czym ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Izby) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (*vide* wyrok Sądu Najwyższego, sygn. akt II CSK 293/07). W rozpoznawanej sprawie takim obowiązkiem dowodowym obciążony był odwołujący, ponieważ to on kwestionował czynność zamawiającego dotyczącą wykluczenia go z postępowania. W ocenie Izby odwołujący nie udźwignął ciężaru dowodu w związku z podniesioną argumentacją. Odwołujący przyznał na rozprawie, że nie jest w stanie udowodnić za pomocą środków dowodowych innych niż referencje, okoliczności potwierdzenia przez usługi wskazane w poz. 1 i 3 wykazu postawionego warunku. Jedyne dowody złożone przez odwołującego na poparcie swojej argumentacji dotyczyły usługi z poz. 2. Ze względów wskazanych powyżej dokument ten nie potwierdzał spełnienia warunku.

W związku z powyższym Izba nie dopatrzyła się naruszeń w skarżonych czynnościach zamawiającego i w związku z tym oddaliła zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, a w konsekwencji zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę, na podstawie złożonego na rozprawie pismem wniosku.

Przewodniczący:.....