

Sygn. akt: KIO 2046/20

WYROK
z dnia 16 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę Centrum Motoryzacyjne Saska Sp. z o.o., ul. Saska 4, 30-720 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Dróg Miasta Krakowa, ul. Centralna 53, 31-586 Kraków

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Sp. z o.o., ul. Miechowity 6A, 31-475 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z 12.08.2020 r. wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje Zamawiającemu unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych z uwagi na potwierdzenie się zarzutu zaniechania unieważnienia postępowania z tego tytułu, jak i zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Zarząd Dróg Miasta Krakowa, ul. Centralna 53, 31-586 Kraków:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Centrum Motoryzacyjne Saska Sp. z o.o., ul. Saska 4, 30-720 Kraków tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Zarządu Dróg Miasta Krakowa, ul. Centralna 53, 31-586 Kraków** rzecz **Centrum Motoryzacyjne Saska Sp. z o.o., ul. Saska 4, 30-720 Kraków** kwotę **19 069 zł 72 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy sześćdziesiąt dziewięć złotych siedemdziesiąt dwa grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) na niniejszy wyrok -

w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 2046/20

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn: „Świadczenie usług parkowania pojazdów usuniętych zgodnie z art. 130a i 50a ustawy Prawo o ruchu drogowym” (oznaczenie sprawy: 5/V/2020)”, zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26.05.2020 r. pod nr 2020/S 101-244425 przez: Zarząd Dróg Miasta Krakowa ul. Centralna 53, 31-586 Kraków zwaną dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 12.08.2020 r. (drogą elektroniczną) Zamawiający poinformował o wykluczeniu - na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843) zwanej dalej: „Pzp” - Centrum Motoryzacyjne Saska Sp. z o.o., ul. Saska 4, 30-720 Kraków zwane dalej: „Centrum Motoryzacyjne Saska Sp. z o.o.” albo „Centrum Motoryzacyjne Saska sp. z o.o.” albo „Spółki” albo „Odwołującym”. Stwierdził, że wyklucza Wykonawcę, ponieważ nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w części III pkt. 1 lit. a) SIWZ. Zamawiający, na potwierdzenie spełnienia wymogu w zakresie wiedzy i doświadczenia, żądał od Wykonawców wykonania: „co najmniej jednej usługi o podobnym charakterze do przedmiotu zamówienia, polegającej na świadczeniu usług parkowania pojazdów na kwotę co najmniej 1.000.000.00 zł brutto”. Z przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów wynika, iż Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, żadna z wykazanych przez Wykonawcę usług parkowania nie opiewa na kwotę co najmniej 1.000.000.00 zł. W związku z powyższym, Zamawiający uznał, że Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w części III pkt. 1 lit. a) SIWZ i wyklucza Wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia. Jednocześnie poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty - Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Sp. z o.o., ul. Miechowity 6A, 31-475 Kraków zwanych dalej: „Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Sp. z o.o.” albo „PUT” albo „Przystępującym”.

W dniu 21.08.2020 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Centrum Motoryzacyjne Saska Sp. z o.o. wniosło odwołanie na czynność z 12.08.2020 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał 20.08.2020 r. (e-mailem). Zarzucał Zamawiającemu naruszenie: 1. art. 24 ust. 1 pkt 12) z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843) zwanej dalej: „Pzp” albo „P.z.p.” poprzez:

a) bezpodstawne wykluczenie Spółki z postępowania przetargowego, w sytuacji gdy Spółka wykazała spełnienie wszystkich warunków udziału w tym postępowaniu, a w szczególności zapisu części III ust. 1 lit a) SIWZ, w tym udowodniła w toku postępowania posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia, tzn.: w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wykonała usługę polegającą na przechowywaniu pojazdów o wartości co najmniej 1.000.000,00 zł brutto oraz, że usługa ta została wykonana należyście;

b) bezpodstawne zaniechanie wykluczenia z postępowania PUT - w sytuacji, w której spółka ta nie wykazała spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w części III SIWZ ust. 1 lit b) gdyż nie wykazała posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną 500 000 zł

2. art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5) Pzp poprzez:

a) odrzucenie oferty Spółki, w sytuacji gdy nie zachodziły podstawy do odrzucenia tejże oferty, albowiem Spółka nie powinna zostać wykluczona z udziału w postępowaniu, gdyż spełnia wszelkie warunki udziału w postępowaniu określone w SIWZ,

b) zaniechanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Usług Technicznych sp. z o.o. w sytuacji w której ów Wykonawca powinien zostać z postępowania wykluczony

3. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu Pzp i zaniechanie dokonania wyboru jako oferty najkorzystniejszej - oferty Spółki, mimo że ta jest najkorzystniejsza wobec przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu

W konsekwencji powyższych działań i zaniechań Zamawiającego zarzucam także naruszenie przepisu z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości w szczególności poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, a to wobec wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę, który nie spełniał warunków udziału w postępowaniu, zatem powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta winna zostać odrzucona.

Ewentualnie na wypadek nieuwzględnienia zarzutów zawartych w ust. 1 lit. a) i ust. 2 lit. a) zarzucam naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1) i 7) Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania. Wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty postępowania Przedsiębiorstwa Usług Technicznych sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,

2. unieważnienia wykluczenia Spółki z postępowania oraz odrzucenia oferty Spółki

3. ponownego badania i oceny ofert z udziałem oferty Centrum Motoryzacyjne Saska sp. z o.o.

4. wykluczenia z postępowania Przedsiębiorstwa Usług Technicznych sp. z o.o. i odrzucenia oferty tegoż Wykonawcy ewentualnie wezwania PUT do złożenia dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie wymagany w SIWZ, a na wypadek bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu wykluczenie PUT z postępowania.

5. ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej i wyboru oferty Odwołującego na - podstawie przyjętych kryteriów oceny ofert

Ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą ww. wniosków wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

6. unieważnienia czynności wyboru oferty Przedsiębiorstwa Usług Technicznych sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w postępowaniu

7. unieważnienia postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1) lub 7) P.z.p. Ponadto wnosił o:

8. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wymienionych w treści niniejszego odwołania na okoliczności w nim wskazane, w tym dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego, w szczególności korespondencji Spółki i Zamawiającego,

9. nakazanie zapłaty przez Zamawiającego na rzecz Centrum Motoryzacyjnego Saska sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie kosztów postępowania odwoławczego według norm prawem przepisanych w tym wpisu, kosztów reprezentacji przez pełnomocnika w wysokości 3600 zł oraz wykazanych kosztów stawieństwa na rozprawie.

W dniu 26.05.2020 r. Zamawiający zamieścił w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej TED ogłoszenie o zamówieniu (nr 2020/S 101-244425). Przedmiotem niniejszego zamówienia była usługa polegająca na świadczeniu przechowywaniu pojazdów usuniętych zgodnie z art. 130a i 50a ustawy Prawo o ruchu drogowym - numer referencyjny: 5/V/2020. Zgodnie z treścią Sekcji III (Informację charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym) - III.1. 3 - Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe Zamawiający wymagał aby Wykonawca posiadał wiedzę i doświadczenie, tj. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie wykonał co najmniej jedną usługę o podobnym charakterze do przedmiotu zamówienia tj. polegającą na świadczeniu usług parkowania pojazdów na kwotę co najmniej 1 000 000,00 PLN brutto. Warunek ten został oczywiście powtórzony w rozdziale III ust. 1 lit a) SIWZ - Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Zamawiający ustalił, że w przetargu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy na dzień składania ofert nie podlegają wykluczeniu z postępowania oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu na podstawie art. 22 ust.1, 1a i 1b ustawy P.z.p. a w szczególności wykażą m. in., „*że posiadają wiedzę i doświadczenie, tj. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie wykonali: co najmniej jedną usługę o podobnym charakterze do przedmiotu zamówienia tj. polegającą na świadczeniu usług parkowania pojazdów na kwotę co najmniej 1.000.000,00 zł brutto*”.

W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone dwie oferty:

1. Przedsiębiorstwa Usług Technicznych sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie,

2. Centrum Motoryzacyjnego Saska sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie

Pismem z 06.07.2020 r. Zamawiający wezwał Spółkę do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy PZP w tym wykazu 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 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 - wg załącznika nr 7 do SIWZ (wzór). W odpowiedzi na ww. wezwanie Spółka złożyła wymagane dokumenty w tym żądany wykaz. Zawarto w nim 15 pozycji. W kolumnie 2 „rodzaj zamówienia” wpisano „usługa parkowania pojazdów”.

Pismem z 31.07.2020 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia dokumentacji i złożenia:

a) zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne

Zamawiający wskazał przy tym, że złożony na pierwsze wezwanie dokument nie został podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym b) wykazu wykonanych usług

Zamawiający wskazał przy tym, że złożone dotychczas dokumenty nie spełniają wymagań Zamawiającego tj. nie wynika z nich że „w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wykonał co najmniej jedną usługę o podobnym charakterze do przedmiotu zamówienia tj. polegającą na świadczeniu usług parkowania pojazdów na kwotę co najmniej 1 000 000 zł brutto”. W odpowiedzi na wezwanie Spółka przedłożyła ponownie zaświadczenie z ZUS zarówno w formacie xml, jak i .pdf oraz udzieliła szczegółowych wyjaśnień w zakresie posiadanego doświadczenia. 12.08.2020 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej informację o wyborze najkorzystniejszej oferty (bez uzasadnienia). W tym samym dniu informację tą przesłał Wykonawcy pocztą elektroniczną. Z treści uzasadnienia wynika, że w ocenie Zamawiającego Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu gdyż „żadna z wykazanych przez Wykonawcę usług parkowania nie opiewa na kwotę co najmniej 1.000.000 zł”. Jako uzasadnienie prawne wskazano art. 24 ust. 1 pkt 12) P.z.p.

Odnosnie zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12) i art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5) P.z.p.

W ocenie Wykonawcy - warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w części III ust. 1 lit a) SIWZ o treści „posiadają wiedzę i doświadczenie, tj. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie wykonali: co najmniej jedną usługę o podobnym charakterze do przedmiotu zamówienia tj. polegającą na świadczeniu usług parkowania pojazdów na kwotę co najmniej 1.000.000,00 zł brutto” nie wskazują jednoznacznie, że wykonawca był zobowiązany wykazać, że świadczył usługę o żądanej wartości na podstawie jednej umowy i dla jednego zamawiającego. Sformułowanie „co najmniej jedna usługa” wskazuje, że Wykonawca może przedstawić więcej niż jedną usługę świadczoną na podstawie jednej lub więcej umów z jednym lub więcej niż jednym zamawiającym, a ich łączna wartość musi wynosić co najmniej 1.000.000 zł.

W przeciwnym wypadku Zamawiający powinien zapis SIWZ uzupełnić w taki sposób, aby wprost z niego wynikało, że przez usługę w rozumieniu SIWZ należy rozumieć usługę lub usługi przechowywania pojazdów świadczoną lub świadczone dla jednego zamawiającego na podstawie jednej umowy - np. „posiadają wiedzę i doświadczenie, tj. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie wykonali: co najmniej jedno zamówienie polegające na przechowywaniu pojazdów - wykonywane dla jednego zamawiającego, na podstawie jednej umowy - na kwotę co najmniej 1.000.000,00 zł brutto każde”.

Należy bowiem zwrócić uwagę, że pojęcie „usługi” wyrażone w P.z.p., do którego w takim wypadku trzeba sięgać (art. 2 pkt 10), nie odnosi się do jednej umowy, lecz wskazuje raczej na aspekt przedmiotowy: w świetle tego przepisu, przez usługi należy rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy, a są usługami określonymi w przepisach wydanych na podstawie art. 2a lub art. 2b (wyrok KIO z 10.10.2013 r., sygn. akt: KIO 2325/13). We wskazanym powyżej wyroku KIO trafnie wskazała, że „zasadą jest, że warunek udziału w postępowaniu winien abstrahować od okoliczności, które są następstwem przypadku, a powinien odnosić się do obiektywnych walorów wykonawcy, potwierdzających jego zdolność do realizacji zamówienia. W razie przyjęcia niedopuszczalności uznania za jedną usługę świadczenia kontroli biletów na rzecz tego samego podmiotu, na podstawie kolejno po sobie następujących umów, pozostających w bezpośrednim związku, uznanie lub nie warunku udziału w postępowaniu za spełniony byłoby następstwem przypadku. Warunek uznany byłby bowiem za spełniony, gdyby świadczenie usługi na podstawie jednej umowy rozłożyło się w czasie w ten sposób, że taka sama umowa o wymaganej wartości która „wpasowała” się w trzyletni okres byłaby wystarczająca dla potwierdzenia spełnienia warunku, podczas gdy identyczne doświadczenie, jeśli chodzi o przedmiot i zakres, a wynikające z dwóch umów, które przypadły w tym samym okresie i poza niego wykroczyły, już nie spełniałoby warunku, tylko dlatego, że odmiennie rozłożyłoby się w czasie. W takim wypadku, wykonawca, który wykonał takie same czynności na podstawie więcej niż jednej umowy dla jednego odbiorcy [a zatem także w sytuacji, gdy jego doświadczenie jest w rzeczywistości większe] byłby w gorszej sytuacji od tego podmiotu, któremu zdarzyło się wykonać jedną umowę, ale wkomponowaną dokładne w trzyletni okres. Przyjęcie takiej interpretacji warunku udziału w postępowaniu stałoby w konflikcie z wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.”

Orzecznictwo wypracowane na gruncie używanych dla opisu warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia pojęć, nawiązujących do jednej usługi, jednego zamówienia czy jednej umowy, wskazuje wielokrotnie, że - po pierwsze, należy w tym wypadku poszukiwać czytelnych postanowień SIWZ, które zdefiniują pojęcie jednego zadania [usługi, zamówienia, umowy] w ramach postawionego warunku, zaś w razie braku takich postanowień trzeba odczytywać znaczenie warunku z uwzględnieniem specyfiki danego zadania, które jest wyrażone w warunku. Poniżej przedstawione wytyczne orzecznictwa wskazują na taki kierunek rozumowania:

1. Sąd Okręgowy w Krakowie, w uzasadnieniu wyroku z 02.10.2009 r. w spr. XII Ga 311/09, podał: „[...] trafne jest stanowisko KIO, że spełnione są wymagania SIWZ [a zatem wymagania stawiane przez zamawiającego] jeżeli przystępujący do procedury zamówienia publicznego wykaże, że świadczył usługę w sposób ciągły, stanowiącą funkcjonalną całość, nawet jeżeli formalnie była podzielona na kilka umów [aneksów], a których wartość przekracza kwotę 6.000.000 zł. Skarżący zdaje się zapominać, że warunek określony w rozdziale VII pkt 1.1.b SIWZ zawiera zarówno kryterium wartości [6.000.000 zł] jak i czasu [co najmniej dwa lata] i rozmiarów usługi [placówka licząca co najmniej 200 łóżek]. Sam fakt swoistego rozłożenia umowy o świadczenie usług, które odpowiadają stawianym wyżej kryteriom SIWZ, na kilka odrębnych umów, których jednostkowa wartość jest mniejsza niż 6.000.000 zł nie oznacza, że w istocie nie wykonano usługi, która w całości spełnia stawiane wymogi. W tym kontekście Sąd Okręgowy w pełni podziela stanowisko KIO, iż decydujące znaczenie ma specyfika konkretnej sytuacji, postrzeganie świadczonej usługi jako funkcjonalnej całości.”

2. Jak wskazano w wyroku KIO z 05.02.2013 r., sygn. akt: KIO 138/13, wydane na gruncie stanu faktycznego, gdzie Zamawiający wyraźnie w SIWZ przy usłudze prawniczej wskazał, że wykazywane usługi będą traktowane jako odrębne, jeśli będą świadczone na podstawie odrębnych umów: „Wskazać należy również, że Zamawiający rozpatrując zarzut dot. wykluczenia Odwołującego z postępowania [wskazując, iż czyni to z ostrożności procesowej] zarzucił również Odwołującemu podanie nieprawdziwych informacji co do faktu nie spełnienia wymogu SIWZ w zakresie wartości każdej wykazanej usługi na kwotę min. 250 tys. zł. Zamawiający wykluczył możliwość sumowania tych umów nawet w sytuacji, kiedy dotyczyły one tego samego przedmiotu zamówienia, a ponadto nie było przerw, pomiędzy kolejnymi następującymi po sobie umowami. Izba odnosząc się w tym zakresie do stanowiska Zamawiającego stwierdza, że brak jest podstaw do nieuwzględnienia powtarzających się świadczeń na rzecz tego samego podmiotu, dotyczącego tego samego przedmiotu zamówienia, na podstawie następujących po sobie kolejnych umów, jako ciągłości jednego świadczenia”.

3. Podobnie uznano w uzasadnieniu wyroku KIO z 26.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1468/11i 1473/11, na gruncie wymagania odnoszącego się do jednego zamówienia [a zatem wymagania bardziej nawiązującego do jednej umowy, aniżeli użyte w SIWZ opracowanej na użytek analizowanego postępowania pojęcie jednej usługi]: „[...] wykazanie się wykonaniem jednego zamówienia o wartości 1 mln zł netto, a którego przedmiotem było wdrożenie systemu teleinformatycznego. W tym zakresie uznano, że pod pewnymi warunkami dopuszczalne, w świetle przedmiotowego wymagania jest wykazanie się realizacją takiego przedsięwzięcia, które było wykonane w ramach więcej niż jednej umowy. Pojęcie „jedno zamówienie” nie jest tożsame z pojęciem „jedna umowa”. W treści warunku nie mówi się o zamówieniu publicznym w rozumieniu art. 2 pkt

12 ustawy Prawo zamówień publicznych [co by nakazywało traktować je jako umowę], lecz ogólnie o „zamówieniu”. Nie sposób także przyjąć, że chodzi tu o jedno postępowanie w ramach którego dochodzi do zawarcia umowy o zamówienie publiczne - wszak i w jednym postępowaniu dopuszczalne jest zawarcie więcej niż jednej umowy. Kluczowym zatem dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy był kontekst, w jakim w analizowanym warunku posłużono się pojęciem „zamówienie”.

4. W uzasadnieniu wyroku KIO z 24.07.2009 r. w sprawie KIO/UZP 887/09: „Najczęściej spotykaną i niebudzącą wątpliwości sytuacją jest, gdy jedno zlecenie zostało zawarte w jednej umowie. Jednak w praktyce występują różne okoliczności i bardziej skomplikowane umowy [lub kilka umów]. Dlatego każdy przypadek należy rozpatrywać i klasyfikować jako jedno lub wiele zamówień [usług] indywidualnie, z uwzględnieniem ich charakteru i przebiegu realizacji. W niniejszej sytuacji, zdaniem Izby, możliwe jest zakwalifikowanie następujących po sobie umów i aneksów jako jednej usługi, gdyż stanowią jedną funkcjonalną całość i były wykonywane bez przerwy, bezpośrednio jedna po drugiej, a samo ich wykonanie w rzeczywistości niczym się nie różniło od wykonania usługi zleconej na podstawie jednej umowy. Zatem, skoro celem żądania wykazania się doświadczeniem jest chęć sprawdzenia, co wykonawca wykonywał i w jaki sposób sobie z powierzonymi pracami poradził, ograniczenie jednej usługi do jednej umowy nie wydaje się właściwe. Przy tym charakter tej usługi nie pozwala odnieść oceny doświadczenia wykonawcy do tego, czy potrafi on udźwignąć ciężar jednorazowego wykonania zamówienia, co mogłoby dyskwalifikować tak zdobyte doświadczenie, gdyż istotą tej usługi jest rozłożenie jej świadczenia w czasie”.

Wykonawca przy tym podkreśla, że Zamawiający nie wskazał, że oczekiwana przez niego wartość odnosząca się do doświadczenia ma dotyczyć usług realizowanych na podstawie jednej umowy zawartej z jednym zamawiającym.

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 (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. Argumenty te podnosił Wykonawca już na wcześniejszym etapie, jednak Zamawiający w ogóle nie odniósł się do nich. Niezależnie od powyższego Wykonawca wskazuje, że gdyby Zamawiający faktycznie oczekiwał w niniejszym postępowaniu wykazania doświadczenia polegającego na wykonaniu tylko jednej usługi przechowywania pojazdów o wartości 1 000 000 zł (abstrahując już od braku zdefiniowania samego pojęcia „usługi”), to żądanie takie naruszałoby postanowienia art 7 ust. 1 Pzp. Z przepisu tego wynika, że 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. Zwrócić przy tym należy uwagę, że we wcześniejszych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego dot. Przechowywania pojazdów warunkiem udziału były zgola inne. I tak:

1) w 2013 r. w postępowaniu na świadczenie usług parkowania pojazdów - nr sprawy 3/IV/2013, Zamawiający wymagał aby wykonawcy posiadali niezbędną wiedzę i doświadczenie tj. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert o udzielenie zamówienia zrealizowali zamówienia podobne. Za podobne zamówienie przyjmuje się zamówienie o podobnej do przedmiotu zamówienia skali przedsięwzięcia, wartości, charakterze i stopniu złożoności, tj.: Wykonawca powinien posiadać doświadczenie obejmujące okres realizacji zamówienia co najmniej 6 miesięcy w następującym zakresie: przechowywanie pojazdów na parkingu strzeżonym. Wartość zamówienia nie mniej niż 150 000 PLN

2) w 2014 r. w postępowaniu na świadczenie usług parkowania pojazdów - nr sprawy 4/I/2014, Zamawiający wymagał aby wykonawcy posiadali niezbędną wiedzę i doświadczenie tj. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert o udzielenie zamówienia zrealizowali zamówienia podobne. Za podobne zamówienie przyjmuje się zamówienie o podobnej do przedmiotu zamówienia skali przedsięwzięcia, wartości, charakterze i stopniu złożoności, tj.: Wykonawca powinien posiadać doświadczenie obejmujące okres realizacji zamówienia co najmniej 6 miesięcy w następującym zakresie: przechowywanie pojazdów na parkingu strzeżonym, którego wartość wynosi nie mniej niż 100 000 PLN.

3) w 2015 r. w postępowaniu na świadczenie usług parkowania pojazdów - nr sprawy 6/IX/2015, Zamawiający w ogóle zrezygnował z progu kwotowego i wymagał aby wykonawcy

a) posiadali uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania.

b) dysponowali odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia tj: Wykonawca, który weźmie udział w postępowaniu przetargowym winien mieć w dyspozycji:

- teren parkowania o łącznej ilości miejsc do parkowania minimum 100 - oświetlony, utwardzony i ogrodzony na wysokość minimum 2 m.(stanowi własność lub jest dzierżawiony na okres min. 2 lat)

- teren objęty monitoringiem całodobowym

- minimum jedno stanowisko dla fizycznego zabezpieczenia pojazdów powyżej 16 ton,

- posiadanie ogólnodostępnej toalety,

- brama wjazdowa ma być zamykana i oznaczona tablicą „ parking strzeżony”

- całodobowe stanowisko dyspozytorskie, które będzie przyjmowało zlecenia umożliwiające przyjęcie i wydanie pojazdu 7 dni w tygodniu

c) spełniali warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej tj.:

- posiadali ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności. W postępowaniu tym ofertę złożył PUT sp. z o. o. która nie miała dotychczas żadnego doświadczenia w zakresie przechowywania pojazdów. Zamawiający jednak tak dostosował warunki udziału w postępowaniu aby złożenie oferty było możliwe.

4) w 2017 r. w postępowaniu na świadczenie usług parkowania pojazdów - nr sprawy 4/VIII/2017, Zamawiający również zrezygnował z progu kwotowego i wymagał aby wykonawcy wykazali, że posiadają wiedzę i doświadczenie tj. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali co najmniej 1 usługę parkingową podobnego rodzaju polegającą na prowadzeniu usług związanych z przechowywaniem i dozorem pojazdów.

Niezrozumiałe jest zatem, obecne stanowisko Zamawiającego, wyrażone w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, który chcąc dokonać wyboru Wykonawcy świadczącego nieskomplikowane usługi jakimi są usługi przechowywania pojazdów, na okres niecałych dwóch lat wymaga wykazania doświadczenia zupełnie nieadekwatnego do rodzaju i wartości zamówienia publicznego.

W ocenie Wykonawcy niedopuszczalne jest takie rozumienie zapisów SIWZ, a które zostało przyjęte przez Zamawiającego, a na podstawie którego z zapisów SIWZ rzekomo wynika, że Wykonawca musi się wykazać wykonaniem

jednego zamówienia o wartości 1000 000 zł. Należy przy tym wskazać, że Zamawiający wbrew zapisom ustawy de facto nie przedstawił uzasadnienia faktycznego ani prawnego swojej decyzji, wobec czego utrudnione jest odniesienie się do jego argumentów.

W zawiadomieniu o wyborze oferty Zamawiający wskazał jedynie, że wyklucza Wykonawcę z postępowania ze względu na brak spełnienia warunku udziału w tymże. Zamawiający wskazał przy tym jednostkę redakcyjną przepisu na którym rzekomo się oparł jednak bez zacytowania przepisu, ani szczegółowego opisu stanu faktycznego, który powinien być podstawą jego zastosowania. Zamawiający nie odniósł się też w żaden sposób do argumentów zawartych w piśmie Wykonawcy złożonym w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia złożonych dokumentów. Uniemożliwia to ocenę spójności wyводу Zamawiającego jak i podejmowanych przez niego czynności zmierzających do przyporządkowania określonej normy prawnej do ustalonego stanu faktycznego czyli subsumpcji. Nie sposób ustalić jakimi regułami i jakiej wykładni Zamawiający się posłużył.

Zwrócił uwagę, że wykładania to świadomy proces ustalania znaczenia tekstu prawnego i może zostać wykorzystany tylko wówczas gdy dany tekst prawny budzi wątpliwości (zgodnie z regułą *clara non sunt interpretanda*). W przedmiotowej sprawie znaczenie tekstu jest dla Wykonawcy jednoznaczne i nie pozostawia pola na podejmowanie nadzwyczajnych środków mających na celu wyinterpretowanie innego znaczenia normy prawnej niż ta zawarta w zapisach SIWZ. Zamawiający wskazał wprost, że oczekuje doświadczenia w zakresie przechowywania pojazdów. Wymagał wykazania co najmniej jednej usługi. Tymczasem Wykonawca taką usługę wykonuje od 1997 r. bez przerwy i posiada w tym zakresie największe doświadczenie spośród podmiotów występujących na rynku małopolskim. W tym miejscu należy podnieść, iż: „Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez zamawiającego wymagań, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewartykułowana interpretacja warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jak również nie jest dopuszczalna wykładnia uznaniowa. Należy odrzucić interpretacje oparte na intencjach, dorożumianym znaczeniu w obliczu danej sprawy o udzielenie zamówienia publicznego czy założeniach czynionych na potrzeby oceny” (wyrok KIO o sygn. akt: KIO 377/20 z 10.03.2020 r.).

Jak wcześniej wspomniano wykładni tekstu prawnego można dokonywać jedynie wówczas, gdy tekst ten jest niejasny. Ponadto kolejne rodzaje wykładni (językowa, systemowa, funkcjonalna) można stosować jedynie wtedy, gdy pomimo zastosowania reguł danej wykładni tekst prawny nadal nie jest jasny. Znaczenie wyrażen użytych przez Zamawiającego tymczasem nie powinno budzić wątpliwości. Zapis SIWZ tak jak i każdy tekst prawny stanowi pewną całość i niedopuszczalne jest takie jego rozumienie, aby pewne fragmenty stały się zbędne, jak i dodawanie wyrażen/znaczeń, które nie zostały użyte. Gdyby zatem Zamawiający chciał dopuścić jedynie tych Wykonawców, którzy byli stroną umowy której przedmiot stanowiło przechowywanie pojazdów, a której wartość wynosiła co najmniej 1 milion zł. to oznaczałoby to, że Zamawiający ograniczył w sposób niedopuszczalny możliwość udziału w niniejszym postępowaniu do de facto jednego podmiotu, a to PUT gdyż nigdy wcześniej na terenie działania Zamawiającego żaden podmiot nie zrealizował jednego zamówienia (rozumianego jako jedna umowa) o takiej wartości. Zaznaczyć przy tym należy, że wynagrodzenie, które dotychczas przyznał Zamawiający dla Odwołującego się z tytułu przechowywania pojazdów (naależności uzyskane na podstawie przepisów ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji) znacznie przekraczają 1 000 000 złotych. Dotyczy to jednak usług świadczonych do 2017 r. Obecnie toczą się kolejne postępowania administracyjne o przyznanie kosztów pojazdów zatrzymanych w trybie art. 50a i 130a ustawy Prawo o ruchu drogowym.

Przyjęcie wniosków które proponuje Zamawiający uznając, że chodzi mu o jedną umowę to zachowanie sprzeczne z dyrektywą argumentum ad absurdum. Wykładnia prawa nie może bowiem prowadzić do absurdalnych wniosków. A tak by się stało gdyby przyjąć sposób rozumienia Zamawiającego. Jak wcześniej już wskazano w rozumieniu P.z.p. usługa to świadczenie. Świadczenie z kolei to zgodnie ze słownikiem języka polskiego:

1. «obowiązek wykonania lub przekazania czegoś na czyjąś rzecz; też: to, co jest z tytułu takich zobowiązań wykonywane lub przekazywane»
2. «w prawie cywilnym: zachowanie się dłużnika przewidziane treścią zobowiązania»

Usługa zatem to określone zachowanie dłużnika wynikające z treści zobowiązania, ale nie będące dostawą ani robotą budowlaną. Usługą będzie zatem świadczenie polegające na przechowywaniu oznaczonego co do tożsamości pojazdu. Przedmiotem zamówienia jest jednak przechowywanie różnych, obecnie nieskonkretyzowanych pojazdów, w nieznanym jeszcze okresie. Nie będzie to zatem jedna usługa, ale wiele pojedynczych usług. Dopiero łączna wartość wszystkich usług świadczonych na podstawie konkretnego zamówienia publicznego stanowi jego wartość. Zamówienie publiczne jest bowiem odpłatną umową zawieraną pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, a nie usługa, dostawa lub robota budowlana. Ustawodawca posługuje się określeniem „te usługi - zatem liczbą mnogą. Gdyby zamiarem Zamawiającego było ustalenie warunku udziału w postępowaniu w ten sposób, że należy faktycznie wykazać się wykonaniem pojedynczej usługi o wartości co najmniej 1 000 000 zł, byłby to warunek niemożliwy do spełnienia i uniemożliwiający złożenie oferty przez jakiegokolwiek podmiot, bowiem praktycznie niemożliwe jest aby pojedyncza usługa przechowywania pojazdu osiągnęła taką wartość. W takim przypadku postępowanie powinno zostać unieważnione gdyż, nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Niezależnie od tego w ocenie Spółki przyjęcie takiego wymogu i wybór oferty wykonawcy niespełniającego tego wymogu prowadzi do przyjęcia, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odnosnie zarzutów dotyczących Przystępującego W części III SIWZ lit. b) (Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków) Zamawiający wskazał, że w przetargu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy na dzień składania ofert nie podlegają wykluczeniu z postępowania oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu na podstawie art. 22 ust.1, 1a i 1b P.z.p. w tym spełniają warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. posiadają ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną co najmniej 500.000,00 zł. Tymczasem z polisy przedstawionej przez PUT sp. z o. o. wynika, że owszem obejmuje ona okres wymagany przez Zamawiającego i dotyczy m. in. przedmiotu zamówienia, jednak suma ubezpieczenia w niej zawarta - 4500 000 zł dotyczy 8 różnych przedmiotów działalności (wg PKD) oraz dodatkowo 3 rodzajów działalności nieprzyporządkowanych do kodów PKD. W ocenie Spółki powyższy dokument nie stanowi dowodu na to, że PUT wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Polisa bowiem nie spełnia wymagań Zamawiającego, gdyż nie wynika z niego, że suma ubezpieczenia w zakresie usług będących przedmiotem zamówienia wynosi co najmniej 500 000 zł. Wskazana w polisie suma ubezpieczenia dotyczy bowiem wszystkich rodzajów działalności nią objętych, a każda wypłata z ubezpieczenia pomniejsza sumę ubezpieczenia. Głównym przedmiotem działalności PUT jest wykonywanie instalacji kanalizacyjnych, wodociągowych, ciepłych, klimatyzacyjnych i prawdopodobnym jest, że przy wykonywaniu tej właśnie działalności potencjalne roszczenia będą

najwyższe. Może się zatem zdarzyć, że wypłata z polisy OC Wykonawcy uniemożliwi Zamawiającemu skuteczne żądanie wypłaty z tej polisy na wypadek zaistnienia zdarzenia objętego ubezpieczeniem. Z tego powodu nie sposób uznać, że ów Wykonawca spełnia warunki w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej. W takim przypadku, Zamawiający co najmniej winien wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentacji i wykazania, że w dacie składania oferty był objęty wymaganym ubezpieczeniem na kwotę wskazaną przez Zamawiającego. Tak się jednak nie stało, czym Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 P.z.p. Gdyby PUT nie złożył na wezwanie wymaganych dokumentów powinien zostać wykluczony z postępowania.

Zamawiający w dniu 21.08.2020 r. (drogą elektroniczną) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 24.08.2020 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 14.09.2020 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Sp. z o.o. złożyło pismo procesowe wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Co do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez – zdaniem Odwołującego – bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania, w sytuacji, gdy wykazał on spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w tym w szczególności z części III ust. 1 lit. a SIWZ: Wskazał, że zgodnie z częścią III ust. 1 lit. a SIWZ (pogrubienia dodane przez Przystępującego):

„W przetargu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy na dzień składania ofert nie podlegają wykluczeniu z postępowania oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu na podstawie art. 22 ust. 1, 1a i 1b ustawy Pzp, a w szczególności wykażą, że:

a) posiadają wiedzę i doświadczenie, tj. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie wykonali: co najmniej jedną usługę o podobnym charakterze do przedmiotu zamówienia tj. polegającą na świadczeniu usług parkowania pojazdów na kwotę co najmniej 1.000.000,00 zł brutto.”

Wobec powyższego stwierdził, że literalne brzmienie warunku udziału w postępowaniu z części III ust. 1 lit. a SIWZ wyraźnie wskazuje, że Zamawiający wymagał od wykonawców wykazania się doświadczeniem w wykonaniu co najmniej jednej usługi polegającej na świadczeniu usług parkowania pojazdów na kwotę co najmniej 1 000 000 zł brutto. Poprzez tak opisany warunek Zamawiający wymagał, aby wykonawca startujący w niniejszym postępowaniu posiadał doświadczenie adekwatne do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z treścią opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) wykonawca ma w ramach umowy zawartej z Zamawiającym świadczyć m.in. następujące usługi:

- ☐ umieszczania usuniętego pojazdu na parkingu Wykonawcy znajdującym się na obrębie granic administracyjnych Gminy Miejskiej Kraków,
- ☐ całodobowego przyjmowania na parkingu strzeżonym pojazdów holowanych w trybie art. 50a oraz 130a ustawy Prawo o ruchu drogowym,
- ☐ prowadzenia ewidencji pojazdów przyjętych na parkingi,
- ☐ całodobowego wydawania pojazdów osobom uprawnionym,
- ☐ dysponowania łączną ilością miejsc do parkowania w liczbie minimum 300 miejsc.

Wyżej wymienione usługi wskazują, że celem Zamawiającego jest i było wykazanie się przez wykonawcę w zakresie zdolności technicznej i zawodowej doświadczeniem obejmującym co najmniej jedną usługę polegającą na świadczeniu usług parkowania, tzn. usług (świadczeń) wchodzących w skład tej usługi parkowania (m.in. przyjmowania pojazdów na parking, prowadzenia ewidencji, wydawania pojazdów itp.) na kwotę co najmniej jednego miliona złotych brutto. Gdyby Zamawiający dopuszczał możliwość wykazania się doświadczeniem zdobytym u wielu różnych Zamawiających oraz pozwalającym na ich sumowanie, jak tego chciałby Odwołujący, warunek udziału w niniejszym postępowaniu brzmiałby zupełnie inaczej. Przykładowo jego brzmienie mogłoby być następujące: wykonawcy na potwierdzenie wiedzy i doświadczenia w niniejszym postępowaniu przetargowym winni wykazać się wykonaniem usług parkowania pojazdów na łączną kwotę co najmniej 1 000 000 zł brutto.

W ocenie Przystępującego warunek postawiony przez Zamawiającego należy czytać w sposób literalny, nie stosując interpretacji rozszerzającej o słowa, których w nim brak, była by to bowiem nadinterpretacja SIWZ. Warunek udziału w przedmiotowym postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia ma być przecież miernikiem wskazującym, że wykonawca, który w swej przeszłości zawodowej wykonywał określone zadania, zbliżone zakresem do tego, które jest przedmiotem zamówienia, wykona je w sposób prawidłowy. Nie oznacza to, że te zadania mają być identyczne z przedmiotem zamówienia. Ważne jest, aby były one reprezentatywne do potwierdzenia zdolności wykonawcy do realizacji tego zamówienia, tj. aby obejmowały one elementy, które są istotne z perspektywy ustalenia, że wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie. W niniejszym przypadku właśnie tak jest. Przystępujący daje rękojmię należytego wykonania przedmiotowego zamówienia i tak też został oceniony przez Zamawiającego. Ponadto, jeżeli warunki udziału w danym postępowaniu sformułowano w sposób jednoznaczny, to nie są możliwe różne sposoby ich odczytania. Zgodnie z wyrokiem KIO z 10.03.2020 r., KIO 377/20: „Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez zamawiającego wymagań, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jak również nie jest dopuszczalna wykładania uznaniowa. Należy odrzucić interpretacje oparte na intencjach, dorozumianym znaczeniu w obliczu danej sprawy o udzielenie zamówienia publicznego czy założeniach czynionych na potrzeby oceny”. Zgodnie z wyrokiem KIO z 17.12.2019 r., KIO 2433/19: „Oceny warunku udziału w postępowaniu należy dokonać przez pryzmat przedmiotu zamówienia, a nie indywidualnych możliwości konkretnego wykonawcy zainteresowanego realizacją usługi. To nie interes wykonawcy powinien w tym zakresie determinować ocenę warunku, ale cel któremu służyć ma postawiony warunek udziału w postępowaniu”. To na Zamawiającym jako gospodarzu postępowania spoczywa obowiązek niebudzący wątpliwości i precyzyjnego sformułowania warunków udziału w postępowaniu tak, aby możliwa była ich ocena na zasadzie „spełnia / nie spełnia”. Postanowienia SIWZ muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia SIWZ ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu. W ocenie Przystępującego warunek z części III ust. 1 lit. a SIWZ był sformułowany jednoznacznie, wskazywał minimalną kwotę usługi, która miała być świadczona, aby doświadczenie wykonawcy wybranego do realizacji zamówienia mogło zostać uznane za spełniające wymagania Zamawiającego. W tym

miejscu Przystępujący zwraca uwagę na fakt, że do dnia składania ofert brak było jakichkolwiek pytań skierowanych do Zamawiającego w zakresie rozumienia warunku udziału w postępowaniu, co potwierdza, że jego brzmienie było jasne i zrozumiałe. Przystępujący zwraca uwagę, na to, że z treści oferty Odwołującego się jednoznacznie wynika, że nie spełnia on warunku wiedzy i doświadczenia wymaganego w niniejszym postępowaniu, bowiem żadna ze wskazanych przez niego usług w załączniku nr 7 do SIWZ pt.: „doświadczenie zawodowe” nie opiewa na kwotę co najmniej 1 miliona złotych brutto. Ponadto, usługi wymienione w ww. zał. nr 7 do SIWZ były realizowane dla wielu różnych podmiotów. Powyższe dyskwalifikuje więc Odwołującego się z udziału w niniejszym postępowaniu. Przystępujący wskazuje też, że treści SIWZ z roku 2013, 2014, 2015 i 2017, na które powołuje się Odwołujący, nie mają dla niniejszego postępowania żadnego znaczenia. Odwołujący przecież nie odwołuje się od rozstrzygnięć zapadłych w tych postępowaniach przetargowych, jak również nie wnosi odwołań na treść ukształtowanych w nich (w tych SIWZ) warunków udziału w postępowaniu. Porównywanie więc warunków udziału w zakończonych postępowaniach przetargowych z niniejszym postępowaniem nie ma uzasadnienia. W ocenie Przystępującego działania Zamawiającego były prawidłowe oraz zgodne z Pzp. Wobec tego zarzut Odwołującego jest chybiony.

Co do zarzutu zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania, w sytuacji, gdy – według Odwołującego – nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym w szczególności z części III ust. 1 lit. b SIWZ, tj. nie wykazał posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną 500 000 złotych: Wskazał, że zgodnie z częścią III ust. 1 lit. b SIWZ (pogrubienia dodane przez Przystępującego): „W przetargu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy na dzień składania ofert nie podlegają wykluczeniu z postępowania oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu na podstawie art. 22 ust. 1, 1a i 1b ustawy Pzp, a w szczególności wykażą, że: (...) b) spełniają warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. posiadają ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną co najmniej 500.000,00 zł. (...) 2. Ocena spełnienia przez wykonawcę warunków o których mowa w niniejszej specyfikacji nastąpi na podstawie przedłożonych w ofercie oświadczeń, których wykaz został określony w części IV SIWZ (...). Na potwierdzenie ww. warunku, Zamawiający żądał przedłożenia: f) Dokumentu potwierdzającego, że „Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną co najmniej 500.000,00 zł.”.

Brzmienie ww. warunku udziału w postępowaniu z części III ust. 1 lit. b SIWZ wskazuje na to, że Zamawiający wymagał od wykonawców wykazania się zdolnością ekonomiczną i finansową, tj. posiadaniem ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej (OC) w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną co najmniej 500 tys. złotych, nie zaś posiadaniem ubezpieczenia OC przyszłego kontraktu. Zgodnie z wyrokiem KIO z 14.06.2018 r., KIO 1059/18: „Ratio legis w żądaniu dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku ekonomicznego polisy ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej polega na tym, że potwierdza wiarygodność ekonomiczną wykonawcy, który ubezpieczając swoją działalność, z jednej strony wykazuje się odpowiedzialnością profesjonalisty dbającego o bezpieczeństwo własne i swoich kontrahentów, a z drugiej wykazuje, iż znajduje się w sytuacji finansowej i ekonomicznej pozwalającej mu na poniesienie kosztów ubezpieczenia. Natomiast polisa OC w ramach wykazania spełniania warunku nie służy do zabezpieczenia realizacji zamówienia. Nie jest to ubezpieczenie danej inwestycji czy przedsięwzięcia gospodarczego, które jest przedmiotem zamówienia. Takie ubezpieczenie może być żądane przy zawarciu umowy, jako dodatkowy sposób zabezpieczenia realizacji zamówienia poza ustawowo przewidzianym zabezpieczeniem wykonania umowy.”. Dodatkowo zgodnie z treścią ustawy Prawo zamówień publicznych oraz jej przepisów wykonawczych Zamawiający może żądać od wykonawcy dokumentów potwierdzających, że „wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego”. Nie ulega wątpliwości, że polisa OC na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu nie musi być zgodna z przedmiotem zamówienia – identyczna z opisem poczynionym przez zamawiającego, ale powinna być jedynie związana z tym przedmiotem zamówienia. Polisa OC wymagana w niniejszym postępowaniu nie służy bowiem do potwierdzenia ubezpieczenia przedmiotu zamówienia, stąd też zarzut Odwołującego, że „polisa Przystępującego nie spełnia wymagań Zamawiającego, gdyż nie wynika z niej, że suma ubezpieczenia w zakresie usług będących przedmiotem zamówienia wynosi co najmniej 500 tys. złotych” jest niezasadny.

Odnosząc się natomiast do wartości wskazanej w treści polisy OC przedłożonej przez Przystępującego, Przystępujący wskazuje, że suma gwarancyjna wskazana w treści ubezpieczenia (polisy OC) mieści się w wymaganiach określonych przez Zamawiającego. Zamawiający nie wymagał przecież, aby suma gwarancyjna wskazana w treści polisy OC wykonawców biorących udział w niniejszym Postępowaniu dotyczyła tylko i wyłącznie jednego zdarzenia lub ryzyka. Zamawiający w warunku nie wskazał, że żąda od wykonawców wykazania się ubezpieczeniem OC przedmiotu zamówienia na sumę gwarancyjną 500 000 zł. Zamawiający jednoznacznie podał w treści SIWZ, że będzie ten warunek weryfikował w sposób „spełnia / nie spełnia”, czyli literalnie, zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych. Z powyższego wynika, że polisa OC na sumę gwarancyjną 4 500 000 zł mieści się w wymaganiu postawionym przez Zamawiającego, bowiem przekracza ona jego wartość 9 krotnie, co potwierdza, że Przystępujący dają rękojmię należytej realizacji zamówienia i jest wiarygodny finansowo. Zresztą, sam Zamawiający nie miał wątpliwości co do tego, że przedłożona przez Przystępującego polisa OC spełnia wymagania. Odwołującyw sposób nieuprawniony wywodzi, że polisa OC składana w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu winna obejmować swoim zakresem całość lub zasadniczą część przedmiotu zamówienia, jak też wymaga ubezpieczenia usług będących przedmiotem zamówienia w wysokości co najmniej 500 000 zł, w sytuacji, gdy nie doszło jeszcze do podpisania umowy z Zamawiającym. Gdyby przyjąć interpretację Odwołującego się w tym zakresie, doszłoby do sytuacji, w której wykonawcy musieliby dostosowywać ściśle posiadane asekuracje ubezpieczeniowe OC do przedmiotu zamówienia, nie mając przy tym pewności, że zamówienia te otrzymają. Powyższe stałoby w sprzeczności z Pzp. Przystępujący wskazuje, że w jego ocenie brak jest również podstaw do zastosowania procedury wezwania z art. 26 ust. 3 Pzp. Przystępujący przedłożył bowiem wszystkie wymagane dokumenty potwierdzające brak podstaw do jego wykluczenia oraz potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Co do zarzutu – zdaniem Odwołującego – bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, w sytuacji gdy nie zachodziły do tego podstawy: Przystępujący wskazał, że zgodnie z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej z 12.08.2020 r., Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania. Oferta Odwołującego nie została odrzucona ani uznana za odrzuconą, w związku z powyższym ww. zarzut Odwołującego w tym aspekcie nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia, bowiem dotyczy on czynności, które w istocie na nastąpiły.

Co do zarzutu – zdaniem Odwołującego – zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, w sytuacji, w której Przystępujący powinien zostać z postępowania wykluczony: Przystępujący wskazał, że Pzp nie przewiduje procedury odrzucenia oferty wykonawcy, w sytuacji wykluczenia wykonawcy z postępowania. Należy bowiem odróżnić odrzucenie oferty od uznania oferty za odrzuconą, jak też tryby postępowania, w których może dojść do takich sytuacji. W niniejszym

postępowaniu powyższe nie ma zastosowania, wobec tego należy uznać zarzut w tym zakresie za całkowicie chybiony.

Co do zarzutu – zdaniem Odwołującego – dokonania przez Zamawiającego wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu Pzp i zaniechania dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego się pomimo tego, że ta oferta jest najkorzystniejsza, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu: Przystępujący wskazał, że w ocenie Przystępującego Zamawiający w sposób prawidłowy prowadził przedmiotowe postępowanie. Zamawiający działając zgodnie z treścią SIWZ oraz Pzp wykluczył Odwołującego z niniejszego postępowania, w związku z powyższym jedyną ofertą, która spełnia wymagania Zamawiającego oraz jest najkorzystniejsza wobec przyjętych kryteriów oceny ofert i nie podlega odrzuceniu w tym postępowaniu jest oferta Przystępującego. Wybór dokonany przez Zamawiającego jest zatem prawidłowy i zgodny z obowiązującymi przepisami.

Co do zarzutu – w ocenie Odwołującego – naruszenia przez Zamawiającego art. 7 Pzp: Przystępujący wskazał, że Zamawiający nie naruszył przepisów art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, a więc nie dokonał naruszenia art. 7 Pzp. W myśl art. 7 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. Powyższe zasady nie zostały naruszone, gdyż wybrana została oferta wykonawcy, która jest ofertą najkorzystniejszą w myśl przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu oraz nie został wybrany wykonawca, który podlegałby wykluczeniu z niniejszego postępowania.

Co do zarzutu – według Odwołującego – naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 1 i 7 Pzp, tj. zaniechania unieważnienia postępowania przetargowego przez Zamawiającego: Przystępujący wskazał, że brak jest jakichkolwiek podstaw do dokonania unieważnienia przedmiotowego postępowania. Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, Zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3 art. 93 Pzp. Reasumując, przesłanka wymieniona w pkt 1 powyżej będzie miała zastosowanie, jeżeli po przeprowadzeniu postępowania okaże się, że w dyspozycji Zamawiającego nie ma jakiegokolwiek oferty niepodlegającej odrzuceniu. Sytuacja taka wystąpi, gdy nie złożono w postępowaniu żadnej oferty lub oferty złożono, jednak wszystkie zostały odrzucone bądź to z uwagi na wady samej oferty, bądź z uwagi na fakt, że zostały złożone przez wykonawców wykluczonych z postępowania. Powyższe w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu nie wystąpiło. Odnosząc się natomiast do przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, pod pojęciem niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy należy rozumieć takie uchybienie przepisom Pzp, którego skutków nie można usunąć przy zastosowaniu procedury wynikającej z obowiązującej ustawy. Musi to być przy tym uchybienie na tyle poważne, że umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta w następstwie procedury dotkniętej tym uchybieniem podlegałaby unieważnieniu. Powyższe w ogóle w niniejszej sytuacji nie nastąpiło. Nawet sam Odwołujący nie wskazał treści odwołania jaką to wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy dotknięte jest niniejsze postępowanie, dlatego też w ocenie Przystępującego zarzut nie znajduje żadnego uzasadnienia.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, zaś Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Wykazywał, że w wyniku dokonania zaskarżonych czynności tj. wykluczenia Odwołującego - przez Zamawiającego z naruszeniem przepisów Pzp, został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia - co prowadziło do poniesienia szkody przez Odwołującego wskutek utraty szans na zawarcie umowy z zamawiającym i uzyskania wynagrodzenia za zrealizowane zamówienie.

Jednocześnie, należy wskazać w kontekście nakazanego unieważnienia będącego wynikiem uwzględnienia zarzutu zaniechania unieważnienia postępowania - za wyrokiem KIO z 29.01.2018 r., sygn. akt: KIO 74/18, że: „W orzecznictwie dostrzegalna jest obecnie tendencja do szerszego traktowania interesu w uzyskaniu zamówienia, którą należy odnieść do pojęcia „podmiotu uprawnionego do wniesienia odwołania” w rozumieniu art. 192 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Jest to wynikiem faktu, iż w ostatnim czasie doszło do przemodelowania procedury ubiegania się o zamówienie publiczne ze względu na rezygnację z tzw. kumulatywnego obowiązku informacyjnego (vide zmiana art. 92 ust. 1 ustawy Pzp), oparcia czynności badania spełnienia warunków i braku podstaw do wykluczenia na oświadczeniach własnych wykonawców, i co najistotniejsze dla niniejszego rozstrzygnięcia, możliwości zastosowania procedury odwróconej ujętej w treści art. 244a ust. 1 ustawy Pzp. Szerokie rozumienie interesu w uzyskaniu zamówienia było już przedmiotem orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE). W motywach 27 i 28 wyroku z dnia 5 kwietnia 2016 r. w sprawie rozpoznawanej pod sygn. akt C-689/13 Puligenica Facility Esco Trybunał uznał, że wykonawcy mogą mieć interes w dążeniu do wykluczenia wszystkich wykonawców biorących udział w danym postępowaniu, aby umożliwić sobie ubieganie się o dane zamówienie w nowym postępowaniu. Pogląd ten był już wcześniej prezentowany przez Trybunał w wyroku Fastweb C-100/12 (EU:C 2013:448). TSUE stoi na stanowisku, że interes w uzyskaniu danego zamówienia należy rozumieć jako interes w zawarciu umowy na konkretny przedmiot zamówienia i nie ma znaczenia, czy wykonawca dąży do uzyskania tego zamówienia w bieżącym czy w przyszłym postępowaniu o udzielenie zamówienia, jak długo się o nie ubiega i dąży do zawarcia umowy, to ma interes i może dążyć do wyeliminowania wszystkich wykonawców i unieważnienia postępowania, tak aby móc wystartować w nowym postępowaniu. Takie podejście Trybunału ma obecnie dodatkowe uzasadnienie w rozważaniach przyjętych w dyrektywach 2014/24/UE oraz 2014/25/UE.”.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowień SIWZ oraz załączników, a zwłaszcza załącznika nr 7 do SIWZ (wzór w zakresie Doświadczenia zawodowego). Nadto, istotne dla stron postanowienia umowy. Dodatkowo dowodami są również oferty złożone w postępowaniu przez Odwołującego oraz Przystępującego, a także protokół postępowania, jak i wniosek Zamawiającego o wszczęcie postępowania. Jednocześnie dowodami są dokumenty złożone przez Odwołującego na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 Pzp, a zwłaszcza wykaz usług, czyli Doświadczenie zawodowe Odwołującego obejmujące 15 wykazanych pozycji. Izba dopuściła jako dowód dołączone do odwołania przez Odwołującego załączniki:

- 1) Kopię informacji z otwarcia ofert z 30.06.2020 r.
- 2) Kopię informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 12.08.2020 r.
- 3) Wyciąg z SIWZ z 2013 /3/IV/2013/;
- 4) Wyciąg z SIWZ z 2014 /4/IV/2014/;
- 5) Wyciąg z SIWZ z 2014 /1/XI/2014/;
- 6) Wyciąg z SIWZ z 2014 /7/XII/2014/;

- 7) Wyciąg z SIWZ z 2015 /6/IX/2015/;
- 8) Wyciąg z SIWZ 2017 /4/VIII/2017/;
- 9) Kopię pisma Zamawiającego, tj. wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 Pzp z 06.07.2020r.;
- 10) Kopię pisma Zamawiającego, tj. wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z 31.07.2020r.;
- 11) Kopię odpowiedzi Odwołującego na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z 05.08.2020 r.;
- 12) Kopię polisy OC Przystępującego z 27.03.2020 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie, pisma procesowego Przystępującego, odpowiedź na odwołanie, a nadto stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12) z Pzp poprzez:

a) bezpodstawne wykluczenie Odwołującego, w sytuacji gdy Odwołujący wykazał spełnienie wszystkich warunków udziału w tym postępowaniu, a w szczególności zapisu części III ust. 1 lit a) SIWZ, w tym udowodnił w toku postępowania posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia, tzn.: w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wykonała usługę polegającą na przechowywaniu pojazdów o wartości co najmniej 1.000.000,00 zł brutto oraz, że usługa ta została wykonana należyście;

b) bezpodstawne zaniechanie wykluczenia Przystępującego - w sytuacji, gdy Przystępujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w części III SIWZ ust. 1 lit b) gdyż nie wykazał posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną 500 000 zł

2. art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5) Pzp poprzez:

a) odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji gdy nie zachodziły podstawy do odrzucenia tejże oferty, albowiem Odwołujący nie powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, gdyż spełnia wszelkie warunki udziału w postępowaniu określone w SIWZ,

b) zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego w sytuacji, w której ów Wykonawca powinien zostać z postępowania wykluczony

3. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu Pzp i zaniechanie dokonania wyboru jako oferty najkorzystniejszej - oferty Odwołującego, mimo że ta jest najkorzystniejsza wobec przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu

W konsekwencji powyższych działań i zaniechań Zamawiającego zarzucił także naruszenie przepisu z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości w szczególności poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, a to wobec wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę, który nie spełniał warunków udziału w postępowaniu, zatem powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta winna zostać odrzucona.

Ewentualnie na wypadek nieuwzględnienia dotyczących udziału i oferty Odwołującego zarzucił naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1) i 7) Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego Przystępującego. Jednocześnie, Zamawiający w ramach odpowiedzi na odwołanie złożonej na posiedzeniu stwierdził co następuje: „W postępowaniu zostały złożone dwie oferty: jedna przez Odwołującą a druga przez PUT Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. Pismem z dnia 6 lipca 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującą do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczenia lub dokumentów potwierdzających okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, w tym w szczególności wykazu usług wykonanych w ostatnich 3 latach przed upływem terminu składania ofert wraz z podaniem ich wartości, dat. wartości o podmiotów na rzecz których były owe usługi parkowania pojazdów wykonane. Pismem z dnia 31 lipca 2020 r. Zamawiający ponownie wezwała Odwołującą do przedłożenia wykazu wykonanych usług. Odwołująca złożyła wyjaśnienia i przesłała je Zamawiającemu. Zamawiający w dniu 12 sierpnia 2020 r. zamieścił na swojej stronie internetowej informację o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz przekazał informację do wykonawców. W uzasadnieniu do wyboru oferty wpisano m.in. że Odwołująca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Z uwagi na nie wykazanie przez Odwołującą realizacji usług parkowania na kwotę co najmniej 1 000 000, 00 zł brutto. (...)

3. Zarzuty dot. warunków udziału w postępowaniu

3.1.

Jednym z warunków udziału w postępowaniu był m.in. warunek określony w części III ust. 1 lit. a SIWZ dot. posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie wykonanie: co najmniej jednej usługi o podobnym charakterze do przedmiotu zamówienia tj. polegającą na świadczeniu usług parkowania pojazdów na kwotę co najmniej 1 000 000,00 zł brutto. Odwołująca podnosi w odwołaniu, że zawarte powyżej sformułowanie „jedna usługa” oznacza w istocie wiele usług, świadczonych na rzecz wielu podmiotów, na podstawie wielu umów, których wartość po zsumowaniu ma wynosić kwotę 1 000 000,00 zł brutto. Zdaniem Zamawiającego już literalna treść rzeczzonego warunku zawartego w SIWZ nie pozwala na przyjęcie takiego oczywiście błędnego wniosku - mówiąc wprost jedna usługa nie jest tożsama z wieloma usługami. Jeśli celem Zamawiającego byłoby dopuszczenie wykazania się przez Wykonawcę doświadczeniem wynikającym z realizacji umów na rzecz kilku podmiotów to warunek wskazany w SIWZ w jasny sposób by określał, iż badane będzie łączne doświadczenie przy realizacji „usług” a nie „jednej usługi”.

Rzeczony warunek winien być czytany literalnie, co również wynika z orzecznictwa KIO m.in. wynikająca z treści wyroku KIO z dnia 10 marca 2020 r., sygn. akt KIO 377/20, w którym stwierdzono, iż „Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez zamawiającego wymagań, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jak również nie jest dopuszczalna wykładania uznaniowa. Należy odrzucić interpretacje oparte na intencjach, dorozumianym znaczeniu w obliczu danej sprawy o udzielenie zamówienia publicznego czy założeniach czynionych na potrzeby oceny.

Na marginesie zwracam uwagę, iż Odwołująca nie przedłożyła pytań do Zamawiającego do dnia złożenia oferty co

do treści SIWZ dotyczącego rozumienia warunku udziału w postępowaniu.

Z ostrożności procesowej, gdyby przyjąć, iż interpretacja przedstawiona przez Odwołującą w treści odwołania dot. przedmiotowego warunku w treści SIWZ była zdaniem Wysokiej Izby słuszna tj. wymóg realizacji jednej usługi na wskazaną kwotę w istocie obejmował realizację wielu usług, na podstawie wielu umów, zawartych z wieloma kontrahentami, to i tak Odwołująca nie spełniła rzeczzonego wymogu zawartego w treści cz. III ust. 1 lit. a SIWZ. Należy wskazać, iż Odwołująca została wezwana przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie przedłożenia dokumentów poświadczających doświadczenie zawodowe na podstawie art. 26 ust. 1 i art. 26 ust. 3 pzp.

Jak wynika z treści oferty złożonej przez Odwołującą suma poz. 1-15 w Wykazie usług (Doświadczenie zawodowe) zrealizowanych została opisana jako kwota 1.053.590,52 zł brutto. Natomiast w wyniku złożonych przez Odwołującą w toku postępowania wyjaśnień na żądanie Zamawiającego, łączna kwota realizacji usług parkowania pojazdów, która wynika z zsumowania kwot określonych w listach referencyjnych przedłożonych przez Odwołującą jest ona znacząco niższa niż wskazany wymóg 1 000 000,00 zł brutto.

Listy referencyjne Odwołująca udokumentowała jedynie dla:

- a) poz. 1 (na kwotę 140.000,00 zł),
- b) poz. 2 (na kwotę ok. 194.724,38 zł),
- c) poz. 3 (na kwotę - brak wskazania kwoty w liście referencyjnym),
- d) poz. 4 (na kwotę ok. 239.031,47 zł),
- e) poz. 5 (na kwotę 137.949,04 zł),
- f) poz. 7 (na kwotę ok. 100.961,00 zł).

Odwołująca nie przedłożyła referencji dla poz. 6 oraz 8-15 zawartych w wykazie doświadczenia zawodowego. Po zsumowaniu pozycji 1,2, 4, 5 i 7 otrzymujemy kwotę ok. 812.665,89 zł, bez pozycji 3 (brak wskazania kwoty w liście referencyjnym). Podkreślenia wymaga, że doświadczenie miało obejmować trzy ostatnie lata (termin składania i otwarcia ofert to dzień 30 czerwca 2020 r.). Przedłożone listy referencyjne odnosiły się do okresów wcześniejszych niż 30 czerwca 2017 r. wobec czego niektóre pozycje miały być liczone tylko proporcjonalnie tj. do 30 czerwca 2017, stąd wynik pozycji określony w przybliżeniu. Odwołująca podała w kilku przypadkach, iż kwota wynikająca z referencji obejmuje np. okres od stycznia 2017 r., bądź nawet okres do roku 2013. Ale nawet jeśli w takim przypadku dokonamy zsumowania poz. 1-5 oraz poz. 7 (pozycje na które Odwołująca przedstawiła referencje) zgodnie z kwotami wskazanymi w Wykazie usług (Doświadczenie zawodowe) otrzymujemy kwotę 893.966,15 zł.

Zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, (dalej zwane rozporządzeniem), zamawiający na potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu może żądać wykazu wykonanych usług. W wykazie wykonawca ma obowiązek podać wartość wykonanych usług, ich przedmiot, daty wykonania i podmioty, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączyć dowody określające czy usługi zostały wykonane należyście. Dowodami są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane. Już z treści przepisu jednoznacznie wynika, że dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi pochodzi od podmiotu trzeciego - tego na rzecz którego usługi były wykonywane, nie zaś od samego wykonawcy. Przepis w swej treści wspomina co prawda o sytuacji, w której to sam wykonawca składa zamawiającemu oświadczenie w miejsce referencji, ale czyni to wówczas, gdy "z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów". Taka okoliczność, tj. uzasadniona przyczyna o obiektywnym charakterze, w niniejszej sprawie nie występuje.

Zgodnie z orzecnictwem KIO przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp in principio nakazuje wykluczyć z postępowania wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie wystarczy zatem, by wykonawca był ogólnie znany w branży; zadaniem wykonawcy jest wykazanie spełniania przez niego wymaganych warunków udziału przez stosowne tego udokumentowanie w odpowiednim dla postępowania trybie i czasie (vide wyrok KIO z dnia 5 czerwca 2020 r. sygn. akt KIO 513/20).

Zatem należy stwierdzić, iż Odwołująca nie przedstawiła dowodów, referencji potwierdzających realizację usług parkowania pojazdów na wymagana w SIWZ kwotę 1 000 000,00 zł brutto. Przepis art. 22 ust. 1a pzp stanowi, iż zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. W przedmiotowym postępowaniu warunek posiadania rzeczzonego doświadczenia wynikał m.in. z faktu, iż kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia była kwota 2.489.640,00 zł brutto.

Warto nadmienić, iż przedstawione w odwołaniu okoliczności postępowania z lat ubiegłych nie mają jakiegokolwiek znaczenia dla oceny niniejszego postępowania.

3.2

W odniesieniu do przedstawionego w odwołaniu zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Sp. z o.o. zwanego dalej jako Przystępujący, spełnia warunki udziału w postępowaniu, w tym również określone w części III pkt. 1 lit. b) SIWZ. Zamawiający w tym zakresie, na potwierdzenie spełnienia wymogu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, żądał od Wykonawców posiadania: „ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną co najmniej 500.000,00 zł.”. Z przedłożonych przez Przystępującego dokumentów wynika, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu, w tym posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, m.in. w zakresie prowadzenia parkingu strzeżonego, na sumę gwarancyjną 4.500.000,00 zł. Zgodnie z przepisami pzp Zamawiający może żądać od wykonawcy dokumentów potwierdzających, że Przystępujący jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia - przepisy te nie wymagają aby polisa ubezpieczeniowa była identyczna z wymogami określonymi przez Zamawiającego, a jedynie powinna być związana z przedmiotem zamówienia. Odnosząc się do wartości polisy przedłożonej przez PUT Sp. z o.o. należy wskazać, iż Zamawiający nie wymagał aby suma gwarancyjna dotyczyła tylko jednego zdarzenia lub ryzyka.

4. Zarzut odrzucenia oferty Odwołującej oraz zaniechania odrzucenia oferty PUT Sp. z o.o.

Niezrozumiały jest zarzut odrzucenia oferty Odwołującej - jak wprost wynika z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 12 sierpnia 2020 r., Zamawiający wykluczył Odwołującą z postępowania. Nie doszło zatem do odrzucenia oferty Odwołującej ani do uznania jej za odrzuconą, wobec czego zarzut jest zupełnie bezpodstawny i nie znajduje oparcia w stanie faktycznym sprawy. Ponadto jeśli Odwołująca twierdzi, iż oferta Przystępującego winna zostać wykluczona to w takiej sytuacji przepisy pzp nie przewidują odrzucenia oferty tegoż Wykonawcy. Tym samym bezzasadny jest również zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego.

5. Zarzut naruszenia zasad określonych w art. 7 ust. 1 pzp

Wbrew zarzutom podniesionym w odwołaniu dotyczących rzekomego naruszenia określonej w art. 7 ust. 1 pzp

zasady konkurencji i równego dostępu do zamówienia, o łamaniu tychże zasad nie może przesądzać fakt, że na rynku istnieją podmioty, które w świetle danego opisu przedmiotu zamówienia czy przy przyjętych znaczeniach warunków udziału w postępowaniu mają mniejsze szanse na uzyskanie zamówienia (vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO/UZP 641/09 z dnia 28 maja 2009 r.). Zdaniem Zamawiającego w przeprowadzonym postępowaniu nie doszło do naruszenia zasad określonych w art. 7 ust. 1 pzp.

6. Zarzut zaniechania unieważnienia postępowania

Nie występują podstawy do unieważnienia postępowania. Aby postępowanie mogło zostać unieważnione musiałby zaistnieć przesłanki określone w art. 93 ust. 1 pkt 1 pzp tj. gdyby nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu. Mogłoby to zatem nastąpić jedynie w przypadku, gdy nie złożono w postępowaniu żadnej oferty lub oferty złożono, jednak wszystkie zostały odrzucone bądź to z uwagi na wady samej oferty, bądź z uwagi na fakt, że zostały złożone przez wykonawców wykluczonych z Postępowania. Jako, że okoliczności takie nie nastąpiły, również i ten zarzut nie ma jakichkolwiek podstaw.

Skład orzekający Izby stwierdził, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalności określonych działań ze strony Zamawiającego. Ich ocena był odmienna między stronami.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust. 1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutów 1 a oraz 2 a, Izba uznała, że z w/w zarzuty podlegają oddaleniu.

Izba przeanalizowała wymóg z cz. II pkt 1 lit. a SIWZ w zakresie wiedzy doświadczenia, uznając, że należało wykazać się wiedzą i doświadczeniem w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie wykonali: co najmniej jedną usługę o podobnym charakterze do przedmiotu zamówienia, tj. polegającą na świadczeniu usług parkowania pojazdów na kwotę co najmniej 1 mln zł brutto.

Należy uznać, że tak jak podnosił Odwołujący bazując na przytoczonym w odwołaniu orzecznictwie, ale także na rozprawie Zamawiający, iż pojęcie usługi nie należy utożsamiać z jedną umową, a dopuszczalne było w ramach potwierdzenia wartości odnoszącej się do doświadczenia wykazaniem się usługą realizowaną w ciągu ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy, w tym okresie, na rzecz jednego Zamawiającego z wielu umów. Inaczej mówiąc Izba podzieliła stanowisko, że takie sumowanie byłoby dopuszczalne gdyby usługa była realizowana w ramach następujących po sobie odrębnych umów, gdy stanowiły one funkcjonalną całość, następowały po sobie i dotyczyły, tzn. były realizowane na rzecz tego samego podmiotu. Nie różniłoby się więc to niczym z sytuacją jakby było to realizowane na podstawie jednej umowy. Jednakże, w ocenie Izby, brak jest podstaw, żeby takie sumowanie mogło mieć miejsce, tak jak uważał Odwołujący w odwołaniu oraz na rozprawie, także w sytuacji gdy realizowanych byłoby kilka umów wykonywanych na rzecz różnych Zamawiających. Wymóg bowiem w cz. III pkt 1 lit. a SIWZ w zakresie wiedzy doświadczenia nie dopuszczał takiej możliwości, gdyż nie zawierał sformułowania przed oczekiwaną wartością: „na łączną kwotę”.

Jednocześnie, Zamawiający podnosił w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie w stosunku do wykazu usług Odwołującego nowe zarzuty, przedstawiając dodatkowe okoliczności, które nie były podstawą wykluczenia i w konsekwencji nie były objęte odwołaniem. Izba wskazuje, że niejako w konsekwencji powyższego nie podlegają one rozpoznaniu, gdyż względem tych nowych okoliczności, w wypadku ponownej oceny i ich wyartykułowaniu przysługiwałyby Odwołującemu oddzielny środek ochrony prawnej.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutów 1 b oraz 2 b, Izba uznała, że z w/w zarzuty podlegają oddaleniu.

Należy uznać, że stanowisko Odwołującego względem polisy OC Przystępującego stanowi nadinterpretację wymogu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej z cz. III pkt. 1 lit. b SIWZ. Niewątpliwie bowiem chodziło o wykazanie się posiadaniem ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną co najmniej 500 tys. zł. W ocenie Izby, chodziło po pierwsze o ubezpieczenie w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, nie zaś posiadaniem ubezpieczenia OC przyszłego kontraktu. Nadto, ściśle powiązanie wartości polisy z przedmiotem zamówienia nie ma takiego aspektu, jak uważał Odwołujący na rozprawie. Przede wszystkim dlatego, gdyż polisa OC powinna być jedynie związana z przedmiotem zamówienia, a odnosić się sensu stricto do całej prowadzonej działalności gospodarczej. Suma gwarancyjna 9 – krotnie przekracza wskazaną w wymogu kwotę, tj. sumę gwarancyjną. Ubezpieczenie, zaś dotyczy całej działalności gospodarczej, czyli każdego i wszystkich razem przypadków. Każde zdarzenie jest ubezpieczone do wartości 4, 5 mln zł., także prowadzenie strzeżonego parkingu. Zamawiający także nie oczekiwał od Wykonawców wykazaniem się ubezpieczeniem OC tylko przedmiotu zamówienia na sumę gwarancyjną wskazaną w wymogu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W konsekwencji oddalenia wskazanych powyżej zarzutów, oddaleniu podlega także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutów naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 i 7 Pzp, Izba uznała że pierwszy z nich podlega oddaleniu, z kolei drugi, jest zasadny. Dodatkowo w tym kontekście potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp.

Izba podkreśla, że zarzuty naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 i 7 Pzp zostały sformułowane przez Odwołującego w wypadku nieuwzględnienia zarzutów dotyczących wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty, co miało miejsce. Z tych względów, Izba była zobowiązana do ich rozpoznania.

W zakresie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, Zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3 art. 93 Pzp. Niniejsza przesłanka ma więc zastosowanie, jeżeli po przeprowadzeniu postępowania okaże się, że w dyspozycji Zamawiającego nie ma jakiegokolwiek oferty niepodlegającej odrzuceniu. Powyższe w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu nie miało miejsca, tym bardziej, że Izba nie uznała zarzutów w stosunku do oferty Przystępującego, jednocześnie uznając wykluczenie Odwołującego za zasadne z uwagi na okoliczności przywołane w uzasadnieniu.

W zakresie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, należy podkreślić, iż nie chodziło tutaj Odwołującemu o kwestionowanie postanowień SIWZ sensu stricto, co byłoby działaniem spóźnionym, ale ustalenie czy w kontekście takich, a nie innych postanowień SIWZ z cz. III pkt. 1 lit. a SIWZ zaistniały okoliczności dające podstawę do uznania, że postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W tym zakresie Izba podkreśla, że miało miejsce naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż wymóg SIWZ wskazany powyżej jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Wymaga podkreślenia, że mimo, iż wymóg ostatecznie pozwala na sumowanie usług w ramach kilku umów na rzecz jednego Zamawiającego, to niewątpliwie nie pozwala na takie sumowanie w ramach umów od różnych Zamawiających. Biorąc pod uwagę wartość co najmniej 1 mln zł brutto, Zamawiający winien wykazać adekwatność i proporcjonalność względem przedmiotu zamówienia. W odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie powołał się na kwotę jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, która jak wynika z dokumentacji postępowania jest oparta o plan finansowy. Przedstawiono tam również całkowitą wartość szacunkową netto i brutto w rozbiciu na wartość szacunkowa zamówienia podstawowego i zamówienia z art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp. Powyższe zostało także powtórzone w protokole postępowania. Izba wskazuje, że podstawą rozliczenia jest cena jednostkowa wskazana w ofercie i przepisana do umowy. Brak jest metodologii na jakiej oparł Zamawiający wyliczenie wartości szacunkowej w protokole. Jednocześnie z oświadczeń złożonych na rozprawie wynika, rynek lokalny jest niewielki i odnosi się do Odwołującego oraz Przystępującego, tudzież jeszcze innego podmiotu. W ocenie Izby, Zamawiający nie wykazał w żadnym razie adekwatności wartości oczekiwanego doświadczenia względem przedmiotu zamówienia. Nie przedstawiono również żadnego rozeznania rynku, w kontekście tego ilu Wykonawców jest w stanie spełnić wartość oczekiwanego doświadczenia. Co więcej, jak wynika z wykazu usług przedstawionego przez Odwołującego, mimo jego niewątpliwie bogatego portfolio dotyczącego realizacji na rzecz wiarygodnych i cenionych Zamawiających, nie był Odwołujący w stanie osiągnąć pułap co najmniej 1 mln zł brutto, nawet łącząc usługę realizowaną na podstawie kilku umów od jednego Zamawiającego, gdyż dysponował jedynie realizacjami na rzecz różnych Zamawiających.

W ocenie Izby biorąc pod uwagę specyfikę zamówienia, rozliczenie jednostkowe, Zamawiający winien w innych sposób sformułować oczekiwane doświadczenie w ramach wymogu, tak aby było proporcjonalne i adekwatne do przedmiotu zamówienia, uwzględniające istniejącą sytuację na rynku, chociażby poprzez dopuszczenie zliczania różnych umów o podobnym charakterze od różnych Zamawiających w celu osiągnięcia określonego pułapu kwotowego oczekiwanego doświadczenia. Zamawiający nie wykazał w sposób wymierny, że miało miejsce określenie tego pułapu w sposób proporcjonalny i adekwatny do przedmiotu zamówienia. Stwierdzone naruszenie przepisów Pzp w odniesieniu do sformułowanego wymogu - przekładało się na wadliwość postępowania przetargowego, nie pozwalając wykonawcom na skuteczny udział w postępowaniu, zatem miało istotny wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 Pzp.

W konsekwencji uznając konieczność uznania zarzutu i nakazania unieważnienia postępowania wobec braku możliwości usunięcia zaistniałej wady na obecnym etapie postępowania, jak i wobec uznania, że jest to wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, konieczne stało się uwzględnienie zarzutu Odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. a i b oraz § 5 ust. 4 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). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia) oraz dojazdu własnym samochodem w kwocie 469 zł 72 gr., tj. zgodnie z przedłożonym wyliczeniem (§ 3 pkt 2 lit. a w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....