Sygn. akt:KIO 4170/24

WYROK

Warszawa, dnia 2 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Krzysztof Sroczyński
Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 listopada 2024 r. przez Odwołującego wykonawcę CTL Północ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Zarząd Morskiego Portu Gdynia spółka akcyjna z siedzibą w Gdyni

przy udziale uczestnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia P.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą LOG P.M. w Golubiu-Dobrzyniuoraz P.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą LOG P.M. w Golubiu-Dobrzyniu oraz K.S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą K.S. w Golubiu-Dobrzyniu, działających wspólnie w ramach spółki cywilnej pod nazwą TAR spółka cywilna P.M. K.S. zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 128 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych poprzez dokonane z naruszeniem ww. przepisu wezwanie Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych wskazanych w Rozdziale X ust. 12 pkt 2 SWZ, potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale IX ust. 2 pkt 4 lit a) SWZi nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienie czynności wezwania Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych z dnia 31 października 2024 r. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego w części 1/2 oraz Zamawiającego w części 1/2 i:
   3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
   3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w wysokości 7 500 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) proporcjonalnie do liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła;
   3.3 w pozostałym zakresie znosi wzajemnie koszty pomiędzy stronami.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodniczący:…….....

Sygn. akt: KIO 4170/24

U z a s a d n i e n i e

Zarząd Morskiego Portu Gdynia spółka akcyjna z siedzibą w Gdyni (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320) (dalej „Pzp" lub „ustawa Pzp"), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Świadczenie usług zimowego i letniego utrzymania infrastruktury i terenów zielonych na obszarze Zarządu Morskiego Portu Gdynia S.A." (znak sprawy: ZU/227/SWZ-14/MG/MF/2024)* (dalej „postępowanie").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiejw dniu 22 lipca 2024 r. pod nr S 141/2024 436860-2024.

W dniu 8 listopada 2023 r. wykonawca CTL Północ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

1.czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu Odwołującego w dniu 31 października 2024 r., w oparciu o art. 128 ust. 1 pzp, do złożenia podmiotowych środków dowodowych wskazanych w Rozdziale X ust. 12 pkt 2 SWZ, potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale IX ust. 2 pkt 4 lit a) SWZ, tj. wykazu usług wraz z dowodami określającymi, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie (dalej jako „Wezwanie");
2.zaniechaniu Zamawiającego polegającemu na braku uznania za prawidłowe wykazu usług przedłożonego przez CTL Północ w dniu 13 września 2024 r. wraz z referencjami wystawionymi przez Zamawiającego w dniu 8 sierpnia 2024 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 128 ust. 1 pzp poprzez nieuprawnione wezwanie CTL Północ do uzupełnienia wykazu usług oraz dowodów potwierdzających należyte wykonanie usług, w sytuacji, gdy uprzednio złożone przez Odwołującego oświadczenia i dokumenty w postaci wykazu usług z dnia 13 września 2024 r. (dalej jako „Wykaz Usług") oraz referencji ZMPG z dnia 8 sierpnia 2024 r. (dalej jako „Referencje") były prawidłowe i potwierdzały spełnianie przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.1.9 ogłoszenia o zamówieniu oraz Rozdziale IX ust. 2 pkt 4 lit a) SWZ (dalej jako „Warunek Doświadczenia"),

2. art. 65 § 1 kodeksu cywilnego (dalej jako „k.c.") oraz art 701 § 4 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 pzp oraz art. 112, art. 116, art. 16 pkt 1 - 3 pzp poprzez uznanie, że „*usługa*" oznacza jedną umowę, a zatem dokonanie interpretacji Warunku Doświadczenia niezgodnie z: zasadami wykładni oświadczeń woli, obowiązkiem postępowania zgodnie z warunkami przetargu, celem formułowania warunków udziału w Postępowaniu, zasadami przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia,
a w konsekwencji nieprawidłowe przyjęcie, że Wykaz Usług oraz Referencje przedłożone przez Odwołującego nie spełniają Warunku Doświadczenia.

W oparciu o powyższe zarzuty i powołując się na przedstawiony interes, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

1.nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych z dnia 31 października 2024 r.;
2.nakazanie Zamawiającemu uznania podmiotowych środków dowodowych Odwołującego w postaci wykazu usług z dnia 12 września 2024 r. oraz referencji z dnia 8 sierpnia 2024 r. jako potwierdzających spełnianie warunku określonego w pkt 5.1.9 ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale IX ust. 2 pkt 4 lit a) SWZ.

Odwołujący wyjaśnił, że złożył ofertę w Postępowaniu i oferta ta została najwyżej oceniona. Wskutek nieprawidłowej i niezgodnej z pzp oceny przez Zamawiającego podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Odwołującego, tj. Wykazu Usług i Referencji, oferta CTL Północ może nie zostać uznana za najkorzystniejszą, a CTL Północ może ponieść szkodę polegającą na utracie możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i korzyści wynikających z wykonania takiego zamówienia.

Jednocześnie brak podjęcia przez Zamawiającego czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego nie powoduje, że niniejsze odwołanie jest przedwczesne. Zamawiający bowiem jednoznacznie ocenił, że przedłożone przez Odwołującego podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają spełniania warunku udziału w Postępowaniu. Zatem brak zakwestionowania Wezwania spowoduje, że Wykaz oraz Referencje nie będą mogły stanowić podstawy do potwierdzenia spełniania Warunku Doświadczenia przez Odwołującego, co może w efekcie doprowadzić do odrzucenia jego oferty.

Dopuszczalność zaskarżenia wezwania kierowanego do wykonawcy w oparciu o art. 128 pzp została potwierdzona w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: *„Bez wątpienia wezwanie wykonawcy przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp stanowi czynność zaskarżalną odwołaniem. Według Izby - jeżeli Odwołujący z prawa do wniesienia środka ochrony prawnej nie skorzystał na odpowiednim etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to był on związany treścią wezwania i był zobowiązany do udowodnienia Zamawiającemu, że spełnia sporny warunek udziału w przedmiotowym postępowaniu przetargowym."1*

Gdyby Zamawiający przeprowadził Postępowanie i dokonał oceny podmiotowych środków dowodowych zgodnie z

przepisami pzp, to oferta CTL Północ byłaby ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu.

Rozstrzygnięcie odwołania poprzez jego uwzględnienie, spowoduje, iż możliwe będzie zapewnienie prawidłowego przebiegu Postępowania, a Odwołującemu korzyści wynikających z zawarcia i wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W pierwszej kolejności Odwołujący nakreślił stan faktyczny sprawy zgodnie z którym Zamawiający w pkt 5.1.9 ogłoszenia o zamówieniu oraz Rozdziale IX pkt 2 ppkt 4 lit. a) SWZ określił następujący warunek udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawców:

„2. O udzielenie Zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który spełnia warunki udziału w Postępowaniu: (…)

4) dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj.

a) wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał lub wykonuje należycie co najmniej jedną usługę okresową lub ciągłą polegającą na zimowym utrzymaniu infrastruktury i letnim utrzymaniu infrastruktury oraz utrzymaniu terenów zielonych (w tym utrzymaniu ulic lub dróg lub placów manewrowych – w zakresie zimowego i letniego utrzymania infrastruktury), o wartości brutto usługi co najmniej 5 000 000 zł, przy czym wartość usługi zimowego utrzymania infrastruktury musi wynosić co najmniej 3 000 000 zł brutto, której czas realizacji w odniesieniu do usługi wyniósł lub wynosi do dnia złożenia oferty nie mniej niż 12 miesięcy. Wykonawca może wykazać wykonanie usługi zimowego utrzymania infrastruktury, letniego utrzymaniu infrastruktury oraz utrzymania terenów zielonych w odrębnych usługach okresowych lub ciągłych, jednakże winien wykazać zawsze wykonanie co najmniej po jednej usłudze obejmującej: zimowe utrzymanie infrastruktury, letnie utrzymanie infrastruktury oraz utrzymanie terenów zielonych (w tym zakres zimowego i letniego utrzymania infrastruktury powinien obejmować utrzymanie ulic lub dróg lub placów manewrowych), których czas realizacji dla każdej z tych usług wyniósł lub wynosi do dnia złożenia oferty nie mniej niż 12 miesięcy, a suma wartości dla trzech różnych rodzajów usług (zimowego utrzymania infrastruktury, letniego utrzymania infrastruktury, utrzymania terenów zielonych) powinna wynosić co najmniej 5 000 000 zł brutto, przy czym wartość usługi zimowego utrzymania infrastruktury musi wynosić co najmniej 3 000 000 zł brutto;"

W stosunku do Warunku Doświadczenia, Zamawiający udzieliłw dniu 27 sierpnia 2024 r. następujących wyjaśnień:

Pytanie nr 1

Zamawiający w rozdziale IX ust. 2 pkt 4) lit. a) SWZ – warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej posługuje się pojęciem „usługa zimowego utrzymania infrastruktury, której wartość wynosi co najmniej 3.000.000,00 zł brutto", czy Zamawiający utożsamia to pojęcie z jedną umową na wykonanie usługi?

Odpowiedź na pytanie nr 1:

Treść warunku udziału w postępowaniu została określona w Rozdziale IX ust. 2 pkt. 4) lit. a) SWZ. Zamawiający informuje, że uzna warunek za spełniony przez Wykonawcę, jeżeli ten wykaże się wykonywaniem/wykonaniem należycie, w okresie i zakresie (zimowego utrzymania infrastruktury, letniego utrzymania infrastruktury, utrzymania terenów zielonych) wskazanym w warunku, co najmniej jednej usługi o wartości co najmniej 5 000 000 zł brutto, przy czym wartość usługi zimowego utrzymania infrastruktury musi wynosić co najmniej 3 000 000 zł brutto, w ramach jednego zamówienia, której czas realizacji w odniesieniu do usługi wyniósł lub wynosi do dnia złożenia oferty nie mniej niż 12 miesięcy.

Jednocześnie Zamawiający dopuścił możliwość spełnienia przez Wykonawcę powyższego warunku jeżeli Wykonawca wykaże się wykonywaniem/wykonaniem należycie, w okresie wskazanym w warunku usługi zimowego utrzymania infrastruktury, letniego utrzymania infrastruktury oraz utrzymania terenów zielonych w odrębnych usługach okresowych lub ciągłych, jednakże winien wykazać zawsze wykonanie co najmniej po jednej usłudze obejmującej: zimowe utrzymanie infrastruktury, letnie utrzymanie infrastruktury oraz utrzymanie terenów zielonych (w tym zakres zimowego i letniego utrzymania infrastruktury powinien obejmować utrzymanie ulic lub dróg lub placów manewrowych), których czas realizacji dla każdej z tych usług wyniósł lub wynosi do dnia złożenia oferty nie mniej niż 12 miesięcy, a suma wartości dla trzech różnych rodzajów usług (zimowego utrzymania infrastruktury, letniego utrzymania infrastruktury, utrzymania terenów zielonych) powinna wynosić co najmniej 5 000 000 zł brutto, przy czym wartość usługi zimowego utrzymania infrastruktury musi wynosić co najmniej 3 000 000 zł brutto.

Zamawiający nie dokonał zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ w zakresie Warunku Doświadczenia.

Oferty w Postępowaniu złożyło dwóch Wykonawców:

1. Odwołujący oraz
2. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1/ P.M. prowadzący działalność pod firmą LOG P.M., ul. Modrzewiowa 26, 87 - 400 Golub-Dobrzyń oraz 2/ P.M. i K.S. prowadzący wspólnie działalność gospodarczą pod firmą TAR spółka cywilna P.M. i K.S., Białkowo 30, Golub-Dobrzyń oraz

W dniu 4 września 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, w oparciu o art. 126 ust. 1 oraz 139 ust. 2 pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych wskazanych w Rozdziale X ust. 12 SWZ.

W dniu 13 września 2024 r. CTL Północ złożyła wymagane przez Zamawiającego dokumenty za pośrednictwem platformy zakupowej. W Wykazie Usług wskazano usługę wykonywaną na rzecz Zamawiającego:

Do Wykazu Usług zostały załączone Referencje. W ich treści Zamawiający potwierdził następująco:

Na marginesie Odwołujący wyjaśnia, że data wykonywania usługi została poprawnie wskazana w wykazie, lecz nie miało to wpływu na przekroczenie wymaganej przez Zamawiającego wartości usługi.

W dniu 14 października 2024 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z wezwaniem do wyjaśnień, wzywając do wskazania zamówienia (numeru umowy), które swoim zakresem obejmowało usługę zimowego utrzymania infrastruktury o wartości co najmniej 3 000 000 zł brutto.

W dniu 16 października 2024 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia za pośrednictwem platformy zakupowej, wskazując że usługa zimowego utrzymania infrastruktury wykonywana była na rzecz Zamawiającego na podstawie umowy nr 23/S z dnia 28 października 2019 r. w okresie od 1 listopada 2019 r. do 31 października 2021 r., a następnie kontynuowana przez kolejny miesiąc, tj. do dnia 30 listopada 2021 r. na podstawie umowy nr 96/MG/E/2021 z dnia 29 października 2021 r. Ponadto, w dniu 17 października 2024 r. (a zatem jeszcze w terminie na udzielenie wyjaśnień wyznaczonym przez Zamawiającego), Spółka złożyła korektę dokładnej wartości usługi zimowego utrzymania, jednak bez wpływu na ustaloną w Warunku Doświadczenia wartość co najmniej 3 000 000,00 zł brutto.

W dniu 31 października 2024 r. Odwołujący otrzymał Wezwanie. Zamawiający powołując się na art. 128 ust. 1 pzp stwierdził, że:

Odwołujący, nie zgadzając się z oceną Zamawiającego wniósł niniejsze odwołanie.

W ocenie Odwołującego zastosowanie art. 128 pzp możliwe jest w sytuacji, w której wykonawca nie złożył wymaganych oświadczeń lub dokumentów, bądź złożone oświadczenia lub dokumenty były niekompletne lub zawierające błędy. *A contrario* nie zachodzi podstawa do zastosowania art. 128 ust. 1 pzp w sytuacji, w której złożone przez wykonawcę oświadczenia lub dokumenty są kompletne i poprawne. Wobec powyższego, aby stwierdzić naruszenie przez Zamawiającego art. 128 ust. 1 pzp konieczne jest dokonanie oceny pierwotnego Wykazu oraz Referencji złożonych przez Odwołującego w Postępowaniu.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 pzp: *„Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2024 r. poz. 1061), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej."* Zatem zastosowanie w postępowaniach prowadzonych na podstawie pzp znajduje zasada, że zamawiający od chwili udostępnienia warunków, a wykonawca od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków przetargu (art. 70^1 § 4 k.c.). Odwołujący przywołał poglądy doktryny zgodnie z którymi *„Należy w tym miejscu zwrócić uwagę na fakt, iż udostępnienie siwz jest czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania również po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i innych elementów wymienionych w SIWZ (por. wyrok KIO z 28 maja 2010 r., sygn. KIO/UZP 868/10). Znajduje tu bowiem zastosowanie art. 701 § 4 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu."* („Kontrola udzielania zamówień publicznych prowadzona przez Prezesa UZP", Warszawa 2012, s. 21).

Ponadto zdaniem Odwołującego, zastosowanie znajdują reguły określone w k.c. dotyczące wykładni oświadczeń woli, a w szczególności art. 65 § 1 k.c., zgodnie z którym oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Przenosząc powyższe zasady na postępowania prowadzone na podstawie przepisów pzp, zgodnie z powszechnie przyjętym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz doktrynie stanowiskiem, Odwołujący wskazał odwołując się do doktryny i orzecznictwa, że:

„Obowiązkiem zamawiającego jest jak najbardziej jasne i dokładne sformułowanie treści siwz. Jak bowiem podkreśla się w orzecznictwie, do interpretacji postanowień siwz stosuje się art. 65 § 1 kodeksu cywilnego, a zatem interpretacji należy dokonywać, kierując się przede wszystkim jej bezpośrednim brzmieniem i najbardziej prawdopodobnym rozumieniem przez ogół odbiorców." („Kontrola udzielania zamówień publicznych prowadzona przez Prezesa UZP", Warszawa 2012, s. 21).

*„Ocena spełniania warunku winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań, co zapobiega jakiejkolwiek uznaniowości Zamawiającego na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu." (*Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lutego 2024 r., KIO 438/24).

*„Dla oparcia i wyprowadzania konsekwencji prawnych z postanowień SWZ, winny być one jasne i precyzyjne i nie powinny nasuwać wątpliwości interpretacyjnych. Jeżeli zaś takowe się pojawiają winny być rozstrzygane na korzyść wykonawców. Jeżeli możliwa jest co najmniej dwutorowa interpretacja warunku udziału w postępowaniu, to wszelkie niejasności w tym zakresie należy odczytywać na korzyść wykonawców." (*Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 grudnia 2023 r., KIO 3617/23).

„Wątpliwości interpretacyjne, które nie dają się usunąć w drodze ogólnych dyrektyw wykładni oświadczeń woli, powinny być rozstrzygnięte na niekorzyść strony, która zredagowała tekst je wywołujący (in dubio contra proferentem)." (Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 13 kwietnia 2023 r., II CSKP 953/22).

*„Skoro treść warunku jest niejednoznaczna, to brak jest podstawy faktycznej i prawnej do zastosowania regulacji z art. 128 ust. 1 p.z.p." (*Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 grudnia 2023 r., KIO 3617/23).

Zamawiający powinien również przeprowadzić Postępowanie z poszanowaniem zasad określonych w art. 16 pkt 1 – 3 pzp:

Mając na względzie powyższe, użycie przez Zamawiającego pojęcia „*usługa*" powinno być zdaniem Odwołującego interpretowane jako: wykonanie na rzecz tego samego zamawiającego w sposób ciągły i nieprzerwany, przez wymagany przez Zamawiającego okres (nie mniej niż 12 miesięcy), zakresu czynności polegających na zimowym utrzymaniu infrastruktury i letnim utrzymaniu infrastruktury oraz utrzymaniu terenów zielonych, a których łączna wartość powinna wynosić 5 000 000 zł brutto, przy czym zimowego utrzymania 3 000 000 zł brutto. Tak rozumianą usługę wykonał na rzecz Zamawiającego Odwołujący w okresie 1 listopada 2019 r. do 30 listopada 2021 r.

Podobne rozumienie tego pojęcia można odnaleźć w orzecznictwie:

*„Pojęcie usługi wyrażone w p.z.p. nie odnosi się do jednej umowy, lecz art. 2 pkt 10 ustawy wskazuje raczej na aspekt przedmiotowy. (…) 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." (*Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2013 r., KIO 2325/13).

*„Skoro nie istnieje odgórna dyrektywa nakazująca uznawanie usługi za jedną umowę, zasadne jest przyjęcie, że usługą może być całość działań dotyczących pewnego obszaru i w ramach tak rozumianego pojęcia można było ją wykonać na podstawie kilku umów." (*Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 grudnia 2019 r. KIO 2352/19,.Podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 sierpnia 2018 r., KIO 1413/18.

Natomiast z „*usługami*" w liczbie mnogiej Zamawiający miałby do czynienia, gdyby były wykonywane na rzecz różnych Zamawiających bądź na rzecz tego samego różnych okresach czasu, bez zachowania zasady ciągłości lub w

różnym zakresie przedmiotowym.

Mając na względzie cel sformułowania Warunku Doświadczenia, jakim jest ocena zdolności Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia (art. 112 ust. 1 pzp) na odpowiednim poziomie jakości (art. 116 ust. 1 pzp) ww. interpretacja pozwala na osiągnięcie takiego celu oraz jest spójna z literalną wykładnią Warunku Doświadczenia. Należy bowiem wskazać, że doświadczenie wykonawcy realizującego w sposób ciągły i nieprzerwany usługę na rzecz danego zamawiającego na podstawie jednej umowy jest dokładnie takie same jak wykonawcy realizującego w taki sam sposób usługę na podstawie umowy, a następnie aneksu przedłużającego okres jej trwania i dokładnie takie same jak wykonawcy realizującego daną usługę, a następnie kontynuującego jej wykonanie, bez żadnej przerwy, na podstawie kolejnej umowy.

Co więcej, tak rozumianą interpretację przyjął Zamawiający wystawiając Odwołującemu dokument Referencji. Jak zacytowano wyżej w pkt 6 uzasadnienia, w treści Referencji Zamawiający wskazał, że Odwołujący „realizowała usługę" w „ramach zawartych umów".

Przyjęcie, że usługa realizowana przez Odwołującego na podstawie dwóch umów nie spełniałaby Warunku Doświadczenia naruszałoby także zasady określone w art. 16 pzp, które znajdują zastosowanie nie tylko na etapie przygotowania postępowania, ale także jego prowadzenia. Niezgodne z zasadą proporcjonalności jest podejmowanie decyzji nieuzasadnionych względami interesu publicznego, wykraczających poza wymogi określone w Warunku Doświadczenia sformułowanym w pkt 5.1.9 ogłoszenia o zamówieniu. Niezgodne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest przyjęcie interpretacji Warunku Doświadczenia dającej prymat okolicznościom, które są następstwem przypadku i prowadzącej do zakwestionowania prawidłowych oświadczeń i dokumentów Odwołującego. Niezgodne z zasadą przejrzystości jest wyciągnięcie wniosków niekorzystnych dla Odwołującego z niejednoznacznych postanowień Warunku Doświadczenia.

Stanowisko Odwołującego jest zasadne, pomimo dokonania przez Zamawiającego wyjaśnień SWZ w dniu 27 sierpnia 2024 r., z dwóch względów.

Po pierwsze, na pytanie wykonawcy, czy Zamawiający utożsamia pojęcie usługi zimowego utrzymania infrastruktury „*z jedną umową na wykonanie usługi*", Zamawiający nie udzielił jednoznacznej odpowiedzi twierdzącej. Wpisał jedynie w treści wyjaśnień, że usługa miała nastąpić „w ramach jednego zamówienia", jednak nie precyzując dalej tego pojęcia. Zatem odnoszenie się w Wezwaniu do „jednej umowy" nie jest zgodne z literalną wykładnią Warunku Doświadczenia, ponieważ nie wynika jednoznacznie z jego treści.

Po drugie, Zamawiający nie dokonał nie tylko formalnej zmiany w Rozdziale IX pkt 2 ppkt 4 lit. a) SWZ, lecz przede wszystkim nie dokonał zmiany treści Warunku Doświadczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, pozostawiając tym samym pierwotną treść bez zmian. Idąc dalej trzeba wobec tego przyjąć, że dokonane wyjaśnienie nie sprawiło, że interpretacja pojęcia „*usługa*" dokonana wyżej przez Odwołującego stała się nieprawidłowa czy błędna. *„Jak podkreśla się w doktrynie i orzecznictwie, wyjaśnienia treści siwz są nowymi konstrukcjami znaczenia wyjaśnianego pojęcia, precyzyjniej określającymi już istniejące znaczenie danego określenia, przy czym jego zakres nie zmienia się, a wyjaśnienie jedynie doprecyzowuje znaczenie pojęcia (por. wyrok KIO z 1 kwietnia 2011 r., sygn. KIO/UZP 580/11).* („Kontrola udzielania zamówień publicznych prowadzona przez Prezesa UZP", Warszawa 2012, s. 23)

Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 18 grudnia 2002 r. Sygn. V Ca 1311/02, LEX nr 126360 : *„Wyjaśnienia udzielane wszystkim oferentom w trybie odpowiedzi na pytania każdego z nich w zakresie odnoszącym się do SIWZ stanowią rodzaj wykładni autentycznej wiążącej zamawiającego i uczestników przetargu; stanowią też rodzaj zmiany, jeżeli nie ma konieczności odmiennego lub uzupełniającego zmodyfikowania SIWZ".*

W przypadku, gdyby wyjaśnienie Zamawiającego mogło pozbawić wykonawców jednej z możliwych interpretacji Warunku Doświadczenia, powodując tym samym jego ograniczające konkurencję zaostrzenie, Zamawiający dokonałby zmiany treści SWZ, a przede wszystkim ogłoszenia o zamówieniu. Skoro Zamawiający tego nie uczynił, to należy przyjąć, że sposób interpretacji przyjęty przez Odwołującego w dalszym ciągu pozostawał prawidłowy na gruncie ww. dokumentów.

W sprawie trzeba również zwrócić uwagę na kontekst, związany z udzieleniem przez Zamawiającego poprzedniego zamówienia na *„Świadczenie usług zimowego i letniego utrzymania infrastruktury i terenów zielonych na obszarze Zarządu Morskiego Portu Gdynia S.A."* (nr ogłoszenia o zamówieniu: 2021/S 113-298115) i który miał wpływ na przyjęcie przez Wykonawcę interpretacji pojęcia „*usługa*" jak przedstawiono we wcześniejszym fragmencie uzasadnienia odwołania.

We wcześniejszym, tożsamym postępowaniu Zamawiający sformułował brzmienie warunku doświadczenia w analogiczny sposób jak obecnie:

„O udzielenie Zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który spełnia warunki udziału w Postępowaniu: (…) 4) dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj. wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał lub wykonuje należycie co najmniej jedną usługę okresową lub ciągłą polegającą na zimowym utrzymaniu infrastruktury i letnim utrzymaniu infrastruktury oraz utrzymaniu terenów zielonych o charakterze porównywalnym z przedmiotem Zamówienia, o wartości brutto usługi co najmniej 2 000 0000 zł, przy czym wartość usługi zimowego utrzymania infrastruktury musi wynosić co najmniej 1 000 000 zł brutto, której czas realizacji w odniesieniu do usługi wyniósł lub wynosi do dnia złożenia oferty nie mniej niż 12 miesięcy. Wykonawca może wykazać wykonanie usługi zimowego utrzymania infrastruktury, letniego utrzymaniu infrastruktury oraz utrzymania terenów zielonych w odrębnych usługach okresowych lub ciągłych, jednakże winien wykazać zawsze wykonanie co najmniej po jednej usłudze obejmującej: zimowe utrzymanie infrastruktury, letnie utrzymanie infrastruktury oraz utrzymanie terenów zielonych, których czas realizacji dla każdej z tych usług wyniósł lub wynosi nie mniej niż 12 miesięcy, a suma wartości dla trzech różnych rodzajów usług (zimowego utrzymania infrastruktury, letniego utrzymania infrastruktury, utrzymania terenów zielonych) powinna wynosić co najmniej 2 000 000 zł brutto, przy czym wartość usługi zimowego utrzymania infrastruktury musi wynosić co najmniej 1 000 000 zł brutto."

W udzielonych wyjaśnieniach, podobnie jak aktualnie, Zamawiający wyjaśnił, że usługi miały być świadczone „*w ramach jednego zamówienia*". Na podstawie tak sformułowanego warunku i wyjaśnień, Odwołujący – jako wykonawca w tamtym postępowaniu – próbował argumentować, że „*usługa*" oznacza jedną umowę, a zatem wykonawca, który wykonywał dwie umowy podwykonawstwa na rzecz jednego podmiotu nie spełniał warunku udziału w postępowaniu, bo łączenie usług wykonywanych w ramach różnych umów było nieuprawnione. Z argumentacją Odwołującego nie zgodził się wówczas Zamawiający, uznając dokumenty podmiotu konkurencyjnego za prawidłowe. Odwołanie wniesione wówczas przez Odwołującego zostało przez Izbę oddalone. Skoro zatem w poprzednim postępowaniu możliwe było połączenie umów realizowanych na rzecz tego samego podmiotu, to również w aktualnym postępowaniu powinno być to dopuszczalne.

Należy dodać, że pomimo poprzedniego sporu Zamawiający nie sprecyzował ani nie uszczegółowił Warunku Doświadczenia, pozostawiając go w takim samym brzmieniu jak w poprzednim postępowaniu, a zatem pozostawił możliwość zinterpretowania pojęcia „usługi" w taki sposób, w jaki dokonał tego Odwołujący. Według art. 65 § 1 KC, oprócz kontekstu językowego, przy interpretacji oświadczenia woli powinno się brać pod uwagę także okoliczności złożenia oświadczenia woli, czyli tzw. kontekst sytuacyjny, na który składają się w szczególności dotychczasowe doświadczenia stron (tak Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 13 kwietnia 2023 r., II CSKP 953/22).

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia P.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą LOG P.M. w Golubiu-Dobrzyniu oraz P.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą LOG P.M. w Golubiu-Dobrzyniu oraz K.S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą K.S. w Golubiu-Dobrzyniu, działających wspólnie w ramach spółki cywilnej pod nazwą TAR spółka cywilna P.M. K.S., który ponadto w piśmie z dnia 27 listopada 2024 r. przedstawił argumentację i dowody na poparcie wniosku o oddalenie odwołania w całości

W piśmie z dnia 26 listopada 2024 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron i uczestników postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba uznała, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp..

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia P.M. prowadzącego działalność

gospodarczą pod firmą LOG P.M. w Golubiu-Dobrzyniu oraz P.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą LOG P.M. w Golubiu-Dobrzyniu oraz K.S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą K.S. w Golubiu-Dobrzyniu działających wspólnie w ramach spółki cywilnej pod nazwą TAR spółka cywilna P.M. K.S. (dalej „Przystępujący") do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie częściowo zasługiwało na uwzględnienie.

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 1 pzp poprzez nieuprawnione wezwanie Odwołującego do uzupełnienia wykazu usług oraz dowodów potwierdzających należyte wykonanie usług.

Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba na wstępie pragnie podkreślić, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie specyfikacji, co ma na celu wykluczenie uznaniowości na etapie weryfikacji zdolności podmiotowej wykonawców. Nie jest dopuszczalna jakakolwiek modyfikacja warunku udziału w postępowaniu po upływie terminu składania czy też jego interpretacja oparta na niewyartykułowanych w dokumentach zamówienia intencjach zamawiającego. Obowiązkiem zamawiającego jest ocena spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu ściśle według tego, jaki warunek został ustanowiony. Tak zamawiający, jak i wykonawcy są związani ustanowionymi przez zamawiającego postanowieniami SWZ warunkami i wymogami. Dla oparcia i wyprowadzania konsekwencji prawnych z postanowień SWZ, winny być one jasne i precyzyjne i nie powinny nasuwać wątpliwości interpretacyjnych. Jeżeli zaś takowe się pojawiają winny być rozstrzygane na korzyść wykonawców. Jeżeli możliwa jest co najmniej dwutorowa interpretacja warunku udziału w postępowaniu, to wszelkie niejasności w tym zakresie należy odczytywać na korzyść wykonawców.

W świetle powyższego należy w pierwszej kolejności wskazać, iż w Rozdziale IX pkt 2 ppkt 4 lit. a) SWZZamawiający ustanowił następujący warunek udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawców:

„2. O udzielenie Zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który spełnia warunki udziału w Postępowaniu: (…)

4) dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj.

a) wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał lub wykonuje należycie co najmniej jedną usługę okresową lub ciągłą polegającą na zimowym utrzymaniu infrastruktury i letnim utrzymaniu infrastruktury oraz utrzymaniu terenów zielonych (w tym utrzymaniu ulic lub dróg lub placów manewrowych – w zakresie zimowego i letniego utrzymania infrastruktury), o wartości brutto usługi co najmniej 5 000 000 zł, przy czym wartość usługi zimowego utrzymania infrastruktury musi wynosić co najmniej 3 000 000 zł brutto, której czas realizacji w odniesieniu do usługi wyniósł lub wynosi do dnia złożenia oferty nie mniej niż 12 miesięcy. Wykonawca może wykazać wykonanie usługi zimowego utrzymania infrastruktury, letniego utrzymaniu infrastruktury oraz utrzymania terenów zielonych w odrębnych usługach okresowych lub ciągłych, jednakże winien wykazać zawsze wykonanie co najmniej po jednej usłudze obejmującej: zimowe utrzymanie infrastruktury, letnie utrzymanie infrastruktury oraz utrzymanie terenów zielonych (w tym zakres zimowego i letniego utrzymania infrastruktury powinien obejmować utrzymanie ulic lub dróg lub placów manewrowych), których czas realizacji dla każdej z tych usług wyniósł lub wynosi do dnia złożenia oferty nie mniej niż 12 miesięcy, a suma wartości dla trzech różnych rodzajów usług (zimowego utrzymania infrastruktury, letniego utrzymania infrastruktury, utrzymania terenów zielonych) powinna wynosić co najmniej 5 000 000 zł brutto, przy czym wartość usługi zimowego utrzymania infrastruktury musi wynosić co najmniej 3 000 000 zł brutto;"

W odniesieniu do przedmiotowego warunku w dniu 27 sierpnia 2024 r. następujących wyjaśnień:

Pytanie nr 1

Zamawiający w rozdziale IX ust. 2 pkt 4) lit. a) SWZ – warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej posługuje się pojęciem „usługa zimowego utrzymania infrastruktury, której wartość wynosi co najmniej 3.000.000,00 zł brutto", czy Zamawiający utożsamia to pojęcie z jedną umową na wykonanie usługi?

Odpowiedź na pytanie nr 1:

Treść warunku udziału w postępowaniu została określona w Rozdziale IX ust. 2 pkt. 4) lit. a) SWZ. Zamawiający informuje, że uzna warunek za spełniony przez Wykonawcę, jeżeli ten wykaże się wykonywaniem/wykonaniem należycie,

w okresie i zakresie (zimowego utrzymania infrastruktury, letniego utrzymania infrastruktury, utrzymania terenów zielonych) wskazanym w warunku, co najmniej jednej usługi o wartości co najmniej 5 000 000 zł brutto, przy czym wartość usługi zimowego utrzymania infrastruktury musi wynosić co najmniej 3 000 000 zł brutto, w ramach jednego zamówienia, której czas realizacji w odniesieniu do usługi wyniósł lub wynosi do dnia złożenia oferty nie mniej niż 12 miesięcy.

Jednocześnie Zamawiający dopuścił możliwość spełnienia przez Wykonawcę powyższego warunku jeżeli Wykonawca wykaże się wykonywaniem/wykonaniem należycie, w okresie wskazanym w warunku usługi zimowego utrzymania infrastruktury, letniego utrzymania infrastruktury oraz utrzymania terenów zielonych w odrębnych usługach okresowych lub ciągłych, jednakże winien wykazać zawsze wykonanie co najmniej po jednej usłudze obejmującej: zimowe utrzymanie infrastruktury, letnie utrzymanie infrastruktury oraz utrzymanie terenów zielonych (w tym zakres zimowego i letniego utrzymania infrastruktury powinien obejmować utrzymanie ulic lub dróg lub placów manewrowych), których czas realizacji dla każdej z tych usług wyniósł lub wynosi do dnia złożenia oferty nie mniej niż 12 miesięcy, a suma wartości dla trzech różnych rodzajów usług (zimowego utrzymania infrastruktury, letniego utrzymania infrastruktury, utrzymania terenów zielonych) powinna wynosić co najmniej 5 000 000 zł brutto, przy czym wartość usługi zimowego utrzymania infrastruktury musi wynosić co najmniej 3 000 000 zł brutto.

W związku z powyższym, w przypadku wykazania spełniania powyższego warunku w odrębnych usługach okresowych lub ciągłych, co najmniej jedna z łączonych usług powinna obejmować zimowe utrzymanie infrastruktury (w tym zakres powinien obejmować utrzymanie ulic lub dróg lub placów manewrowych) o wartości co najmniej 3 000 000 zł brutto. Niedopuszczalne jest wykazanie kilku usług zimowego utrzymania infrastruktury, których wartość dopiero po zsumowaniu wynosi co najmniej 3 000 000 zł brutto.

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania niniejszego warunku w dniu 13 września 2024 r. przedstawił wykaz usług, w którym ujęta została:

Usługa letniego i zimowego utrzymania infrastruktury i terenów zielonych na obszarze Zarządu Morskiego Portu Gdynia S.A, wykonywaną na rzecz Zamawiającego w okresie 1 listopada 2019 r. – 30 listopada 2021 r. o wartości 5 177 731,52 zł brutto przy czym zaznaczono że wartość usług zimowego utrzymania infrastruktury zawarta w kwocie 5 177 731,52 zł przekroczyła kwotę 3 000 000 zł brutto

Do wykazu w zakresie ww. usługi Odwołujący przedłożył referencje wydane przez Zamawiającego w dniu 8 sierpnia 2024 r. w których treści wskazano, iż Odwołujący w okresie
od 1 października 2019 r. – 30 listopada 2021 r. realizował usługę zimowego i letniego utrzymania infrastruktury i terenów zielonych w ramach zawartych umów na rzecz Zamawiającego. Ponadto wskazano, że wartość zrealizowanych usług wynosiła ponad 5 000 000 zł brutto, przy czym wartość zimowego utrzymania infrastruktury wynosiła ponad 3 000 000 zł brutto oraz potwierdzono, że wszystkie prace wykonano należycie.

W dniu 14 października 2024 r. Zamawiający w trybie art. 223. Ust. 1 Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonego wykazu usług, poprzez wskazanie zamówienia (numeru umowy), które swoim zakresem obejmowało usługę zimowego utrzymania infrastruktury o wartości co najmniej 3 000 000,00 zł brutto. W odpowiedzi z dnia 16 października 2024 r. Odwołujący wskazał, że usługa zimowego utrzymania infrastruktury wykonywana była na rzecz Zamawiającego na podstawie umowy nr 23/S z dnia 28 października 2019 r. w okresie od 1 listopada 2019 r. do 31 października 2021 r., a następnie kontynuowana przez kolejny miesiąc tj. do dnia
30 listopada 2021 r. na podstawie umowy nr 96/MG/E/2021 z dnia 29 października 2021 r. Wartość usługi zimowego utrzymania infrastruktury w ww. zakresie wyniosła 3 134 286,14 zł brutto. Wartość tę Odwołujący skorygował w dniu 17 października wskazując, iż prawidłowa wartość wynosiła 3 108 711,71 zł brutto.

W dniu 31 października 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 128
ust. 1 do złożenia podmiotowego środka dowodowego na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu. W treści wezwania wskazano, że wykaz usług oraz wyjaśnienia złożone przez Odwołującego nie potwierdzają spełniania warunku określonego w Rozdziale IX pkt 2 ppkt 4 lit. a) SWZ tj. że w ramach jednego zamówienia (jednej umowy) wartość usługi zimowego utrzymania infrastruktury wynosiła co najmniej 3 000 000,00 zł brutto.

W świetle tak ustalonych okoliczności faktycznych stwierdzić należy, iż na uwzględnienie zasługiwał zarzut w zakresie czynności Zamawiającego polegającą na wezwaniu Odwołującego w dniu 31 października 2024 r., w oparciu o art. 128 ust. 1 pzp, do złożenia podmiotowych środków dowodowych wskazanych w Rozdziale X ust. 12 pkt 2 SWZ, potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale IX ust. 2 pkt 4 lit a) SWZ, tj. wykazu usług wraz z dowodami określającymi, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Należy

bowiem jednoznacznie stwierdzić, że podstawą dla dokonania ww. czynności przez Zamawiającego była dokonana przez niego ocena złożonych przez Odwołującego podmiotowych środków dowodowych przez pryzmat treści warunku, która nie znajduje się w przywołanym fragmencie SWZ. Zarówno bowiem w Rozdziale IX ust. 2 pkt 4 lit a) SWZ, jak również w udzielonych odnośnie tego fragmentu SWZ wyjaśnieniach Zamawiający nie posługuje się pojęciem *„jednej umowy*" na którą powołuje się Zamawiający w treści kwestionowanego wezwania. Tym samym podstawą dla dokonanej czynności nie jest zawarta w SWZ treść warunku, leczinterpretacja oparta na niewyartykułowanych w dokumentach zamówienia intencjach Zamawiającego. Takie zaś działanie, zgodnie z przywołanym wcześniej orzecznictwem nie jest akceptowalne i stanowi niedopuszczalną modyfikację warunku udziału w postępowaniu po upływie terminu składania ofert.

Izba pragnie w tym kontekście wskazać, że zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 (Esaprojekt), (...) *art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że dopuszcza on, 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.* Wykluczenia takiej możliwości próżno doszukiwać się w treści dokumentacji postępowania.

Ponadto jak wskazano w wyroku z dnia 24 lipca 2009 r. (sygn. KIO 887/09)*Najczęściej spotykaną i nie budzącą 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. (…) 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.* Rozważania te podtrzymał Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 2 października 2009 r. (sygn. XII Ga 311/09) który wskazał, że z ustawy Pzp nie wynika, iż "*jedna usługa równa się jednej umowie*". W świetle powyższego, w szczególności w sytuacji w której Zamawiający nie wykluczył możliwości powołania się łącznie na dwie lub większą liczbę umów jako jedno zamówienie, w szczególności nie udzielił w tym zakresie jednoznacznej odpowiedzi na etapie wyjaśnień treści SWZ niedopuszczalne jest na obecnym etapie postępowania wprowadzanie do warunku treści, które nie zostały zawarte w dokumentacji sporządzonej przez Zamawiającego i udostępnionej wykonawcom i której brzmienie jest wiążące dla Zamawiającego przy dokonywaniu czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

Tym samym czynność dokonana w oparciu o takie działanie należy uznać za wadliwą, a tym samym skierowane do Odwołującego wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 Pzp należy uznać za dokonane z naruszeniem przepisów ustawy Pzp i zarzut w tym zakresie zasługiwał na uwzględnienie.

Jednocześnie w ocenie Izby na uwzględnienie nie zasługiwał postawiony zarzut zaniechania Zamawiającego polegającego na braku uznania za prawidłowe wykazu usług przedłożonego przez Odwołującego. Jak już wskazano uprzednio, dokonana w tym zakresie przez Zamawiającego ocena złożonych podmiotowych środków dowodowych została dokonana w oparciu o treść warunku udziału w postępowaniu, która nie została zawarta w treści SWZ. Tym samym zarzut należy uznać za przedwczesny, zaś okoliczności stanowiące podstawę do uznania dokonania oceny podmiotowych środków dowodowych Odwołującego w postaci wykazu usług z dnia 12 września 2024 r. oraz referencji z dnia 8 sierpnia 2024 r. jako potwierdzających spełnianie warunku określonego w pkt 5.1.9 ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale IX ust. 2 pkt 4 lit a) SWZ mogą dopiero wystąpić po ponownym badaniu i ocenie ofert dokonanym przez Zamawiającego, w szczególności w kontekście częściowego uwzględnienia odwołania w oparciu o ustalone w treści SWZ brzmienie warunku.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie").

Jak stanowi § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający. W takiej sytuacji Izba rozdziela wpis stosunkowo, zasądzając na rzecz

odwołującego od zamawiającego kwotę, której wysokość ustali przez obliczenie proporcji liczby zarzutów uwzględnionych przez Izbę do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła, zaś koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i zamawiającym (§ 7 ust. 4 rozporządzenia).

W świetle powyższych regulacji, Izba rozdzieliła koszty postępowania stosunkowo, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła (1/2), do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła (1/2).

Przewodniczący:……..