

WYROK

Warszawa, dnia 17 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Maria Kacprzyk
Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 maja 2024 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę Impel Facility Services sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojewódzką Samorządową Jednostkę Budżetową „Stadion Śląski” w Chorzowie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Firma Ochrony, Szkolenia, Asekuracji FOSA sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, FOSA Ochrona sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, Ł.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą W.Ł. FOSA-ART z siedzibą w Chorzowie, BOSS Technical Security M.S. sp. k. z siedzibą w Nowym Targu,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika;

2.2 zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

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.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 1440/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzka Samorządowa Jednostka Budżetowa „Stadion Śląski” w Chorzowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Świadczenie usługi sprzątnięcia i utrzymania czystości powierzchni wewnętrznych i zewnętrznych znajdujących się na Stadionie Śląskim w Chorzowie, w tym czyszczenie elewacji kiosków gastronomicznych oraz dwustronne mycie przeszkleń w związku z planowanymi imprezami”; znak sprawy: ZP/S/02/PN/2024, dalej zwane: „Postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 137762-2024 z dnia 6 marca 2024 r. Wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), dalej zwanej „Pzp”.

W dniu 7 lutego 2024 roku Odwołujący – Impel Facility Services sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący”), działając na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i 2, art. 515 ust. 1 Pzp, wniósł odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy: Konsorcjum Firma Ochrony Szkolenia Asekuracji FOSA sp. z o.o. (lider); FOSA OCHRONA sp. z o.o.; W.Ł. FOSA-ART; BOSS Technical Security M.S. sp. k. Adres Lidera - ul. Katowicka 115 (41-500 Chorzów (zwany dalej „Konsorcjum Fosa”), zaniechanie przez Zamawiającego wezwania wybranego Wykonawcy do uzupełnienia prawidłowego wykazu usług oraz wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 b) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Fosa;

2) art. 128 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Konsorcjum Fosa do uzupełnienia prawidłowego wykazu usług,

3) art. 239 ust 1 Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Podnosząc powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu uchylecia czynności wyboru oferty wybranego Wykonawcy Konsorcjum Fosa, nakazanie Zamawiającemu wezwania wybranego Wykonawcy do uzupełniania w trybie art. 128 ust. 1 Pzp wykazu usług pod rygorem odrzucenia oferty złożonej przez wybranego Wykonawcę na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 b) Pzp, nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych.

Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ w razie uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący zakwestionował wybór oferty najkorzystniejszej. Wskazał, że wskazane w pkt 1 oraz 2 wykazu usług wydarzenia nie spełniają warunków udziału w Postępowaniu: impreza masowa Audioriver 2023 oraz Sun Day 2023 nie zgromadziły 20 tys. uczestników, a jedynie około 18 tys. Na powyższe przedstawił artykuły prasowe jako dowody. Również w przypadku usługi z pkt. 2 - imprezy masowej Audioriver 2022 oraz Sun Day 2022, Konsorcjum FOSA wskazało wyższą liczbę uczestników (25 tys. uczestników), niż faktycznie miało to miejsce. Z informacji powziętych przez Odwołującego wynika, że było to 23,7 tys. uczestników - na powyższe Odwołujący także przedstawił artykuł prasowy jako dowody.

Co do usług wskazanych w pkt 3 i 4, tj. usług sprzątnięcia na obiektach sportowych, Odwołujący wskazał, że zgodnie z posiadanymi przez Odwołującego informacjami, pomiędzy Gminą Miejską Kraków (reprezentowaną przez Zarząd Infrastruktury Sportowej w Krakowie), a TS Wisła Kraków SA zawarte są dwie umowy:

- 1)umowa nr 266/ZIS/2020 na dzierżawę wybiórczych pomieszczeń Stadionu Miejskiego im. H. Reymana w Krakowie;
- 2)umowa nr 267/ZIS/2020 na dzierżawę Stadionu Miejskiego im. H. Reymana w Krakowie na wydarzenia meczowe oraz skybox'ów.

Z powyższego wynika, że TS Wisła Kraków (wystawca referencji) mogła zlecać usługi sprzątnięcia firmie BOSS Technical Security M.S. sp. k. – jednemu z Partnerów Konsorcjum FOSA (dalej BOSS) wyłącznie w zakresie przedstawionym w pkt. 1 i 2 powyżej. BOSS nie sprzątał zatem w sposób ciągły całego obiektu sportowego. Sprzątnięcie takie odbywało się wyłącznie podczas meczów, które mają charakter jednorazowych wydarzeń. Sprzątnięcia wybiórczych, wynajętych pomieszczeń na Stadionie również nie można uznać za usługę sprzątnięcia obiektu sportowego o liczbie miejsc siedzących co najmniej 30 000. W konsekwencji, Odwołujący stwierdza, że wybrany Wykonawca nie potwierdził, iż spełnił warunek udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnego doświadczenia.

W ustawowym terminie, Konsorcjum Fosa (dalej także: „Przystępujący”) zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 15 maja 2023 r., Zamawiający, w wykonaniu zarządzenia Izby, złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości oraz o zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania „według norm przepisanych”.

W uzasadnieniu wskazał, że oś sporu koncentruje się na twierdzeniu Odwołującego jakoby Przystępujący zawyżył liczebność uczestników każdej z tych imprez z osobna, czym tym samym w ocenie Odwołującego, Przystępujący nie spełnił przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu gdyż imprezy te nie przyciągnęły co najmniej 20 tysięcy uczestników. W zakresie wydarzenia Audioriver - Sun/Day w roku 2022, z treści artykułu przedłożonego przez Odwołującego jaki ukazał się w prasie internetowej PortalPłock, i zaznaczonego przez niego kluczowego fragmentu, wynika, iż frekwencja przedmiotowej imprezy w roku 2022 zarówno w pierwszym jak i drugim dniu – tj. 29 i 30 lipca 2022 r., wyniosła 23 700 osób. Powyższe Odwołujący potwierdza w treści swego odwołania. Na poparcie powyższego Odwołujący cytuje zaznaczony przez siebie fragment przedłożonego artykułu prasowego z dnia 5 października 2022 r: *„Jaka była frekwencja tegorocznego Audioriver? Po 23 700 w piątek i sobotę. Tak nam wychodzi ze sprzedanych karnetów dwudniowych, do tego dochodzą wejściówki na pojedyncze dni. W niedzielę w parku pojawiło się 7,5 tys. osób, ale wiemy również, że niektórzy zrezygnowali z powodu deszczu”.*

Ww. okoliczność zdaniem Zamawiającego bezspornie wykazuje, iż odnośnie realizacji przez Przystępującego jednej z dwóch usług sprzątnięcia i utrzymania czystości podczas imprez biletowanych, masowych o charakterze artystyczno-rozrywkowym, obejmujące udział jednorazowo nie mniej niż 20 000 (słownie: dwadzieścia tysięcy) uczestników każda, warunek ten został przez Przystępującego spełniony, gdyż liczbę graniczną stanowiła liczba 20 tysięcy uczestników, a jak sam Odwołujący przyznał, w wydarzeniu Audioriver - Sun/Day w roku 2022 wzięło udział ponad 20 tysięcy

uczestników. Odnosnie zaś wydarzenia Audioriver - Sun/Day w roku 2023, z treści artykułów przedłożonych przez Odwołującego jakie ukazały się w prasie internetowej Wyborcza.pl oraz krytykapolityczna.pl, wynikają jedynie szacunkowe dane co do frekwencji, próżno bowiem uznać, że wypowiedź o treści „*Jednym z takich wydarzeń jest Audioriver, największa rodzima impreza z muzyką taneczną. W zeszłym roku w Płocku bawilo się około 18 tys. ludzi*”, stanowi miarodajną informację co do rzeczywistej frekwencji podczas ww. wydarzenia.

Zamawiający wskazał, że dołożył należytej staranności w procesie oceny oferty Przystępującego i na tą okoliczność wystąpił do organizatora wydarzenia Audioriver - Sun/Day w latach 2022 i 2023, tj. do podmiotu Fundacja Jest Akcja! pismem z dnia 15 kwietnia 2024 r. z prośbą o wyjaśnienie w zakresie ilości uczestników tej imprezy z wyszczególnieniem frekwencji w każdym dniu imprezy w każdym roku z osobna.

Pismem z dnia 16 kwietnia 2024 r. Prezes Fundacji Ale Akcja! (dołączonym do odpowiedzi na odwołanie) wskazał, że:

1. w roku 2022 frekwencja w czasie wydarzenia Audioriver - Sun/Day wynosiła: w piątek 29 lipca 2022 r. - 24 tysiące osób, a w sobotę 30 lipca 2022 r. - 24 i pół tysiąca osób.
2. w roku 2023 frekwencja w czasie wydarzenia Audioriver - Sun/Day wynosiła: w piątek 28 lipca 2023 r. - 20 tysięcy osób, a w sobotę 29 lipca 2023 r. - 21 tysięcy osób.

Jednocześnie Zamawiający zwrócił uwagę, że Przystępujący wykazał spełnienie warunku poprzez wskazanie łącznie czterech dni imprez o charakterze masowym, zatem nawet gdyby w ocenie liczby miałyby się ostać jedynie dzień 29 i 30 lipca 2022 r. w ramach wydarzenia Audioriver - Sun/Day, to Przystępujący i tak wykazał spełnienie warunku i jest to okoliczność bezsporna, biorąc pod uwagę treść odwołania oraz artykułu prasy internetowej PortalPlock przedłożonej przez Odwołującego.

Co do drugiego aspektu odwołania, Zamawiający wskazał, że istota sporu sprowadza się do twierdzeń Odwołującego opartych na fakcie, iż jako że pomiędzy Gminą Miejską Kraków (reprezentowaną przez Zarząd Infrastruktury Sportowej w Krakowie), a TS Wisła Kraków SA zawarte są dwie umowy. Zamawiający podkreślił, że warunek miał zostać uznany za spełniony w przypadku, gdy wybrany wykonawca wylegitymuje się prawidłowo zrealizowanymi lub realizowanymi co najmniej dwoma usługami w zakresie sprzątnięcia i utrzymania czystości obiektów sportowych o liczbie miejsc siedzących co najmniej 30 000 (słownie: trzydzieści tysięcy) – Stadion Wisły Kraków spełnia ów wymóg i jest to okoliczność bezsporna. Warunek nie brzmi – że wykonawca winien wykazać, że realizował usługi sprzątnięcia na całym obiekcie co do 1 m2. Po drugie, Zamawiający wskazał, że usługi te winny być wykonywane w sposób ciągły przez okres co najmniej 12 kolejnych miesięcy każda. Oznacza to konieczność wykazania, że danego wykonawcę łączy lub łączył stosunek prawny przez okres minimum 12 miesięcy, którego przedmiotem będzie świadczenie przedmiotowych usług. Przystępujący przedłożył bowiem referencje wystawione dla niego przez TS Wisłę Kraków S.A., z których wynika wprost, iż jeden z Partnerów Konsorcjum Przystępującego świadczył usługi sprzątnięcia Stadionu Miejskiego im. Henryka Reymana w okresach: od 1 stycznia 2022 r. do 31 grudnia 2022 r. oraz od 1 stycznia 2023 r. do 31 grudnia 2023 r. – a zatem spełniony został wymóg nieprzerwanego świadczenia usług przez kolejnych 12 miesięcy. Z treści tych referencji wynika również, że usługi świadczone były na obiekcie sportowym mieszczącym 33 130,00 widzów oraz, że były świadczone w sposób prawidłowy – tu Przystępujący spełnił drugi wymóg – aby usługi świadczone były w obiekcie sportowym o liczbie miejsc siedzących co najmniej 30 tysięcy. Podkreślić należy, że Zamawiający w treści samego warunku dokładnie określił co należy rozumieć poprzez ciągłość w zakresie świadczenia usług sprzątnięcia - ciągłość ta została bowiem zdefiniowana przez Zamawiającego jako wykazanie świadczenia usług przez okres co najmniej 12 kolejnych miesięcy każda.

W dniu 15 maja 2023 r., Przystępujący złożył pismo, w treści którego wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz przedstawił własne stanowisko co do zarzutów, spójne ze stanowiskiem Zamawiającego. Przystępujący podkreślił, że wykazał wykonanie usług sprzątnięcia i utrzymania czystości podczas 4 (czterech) imprez masowych: pozycja nr 1 wykazu usług obejmuje bowiem sprzątnięcie i utrzymanie czystości podczas dwóch imprez masowych przeprowadzonych na podstawie decyzji Prezydenta Miasta Płocka nr 18/2023 z 19 lipca 2023 r., a pozycja nr 2 wykazu usług obejmuje sprzątnięcie i utrzymanie czystości podczas dwóch imprez masowych przeprowadzonych na podstawie decyzji Prezydenta Miasta Płocka nr 11/2022 z 22 lipca 2022 r. Przystępujący wykazał zatem posiadanie większego doświadczenia niż wymagał Zamawiający. Odnosnie do liczby uczestników imprez Przystępujący opierał się na referencjach wystawionych przez organizatora imprez (Fundacja Jest Akcja!), w których potwierdził on, że imprezy przyciągnęły odpowiednio w 2022 r. - 25 000 widzów, a w 2023 r. - 20 000 widzów. Informacje te zostały dodatkowo wsparte decyzjami Prezydenta Miasta Płocka.

W zakresie usług z pozycji 3 i 4 wykazu usług, Przystępujący podkreślił, że z treści SWZ wynika, że dla Zamawiającego ważne było, by usługi sprzątnięcia i utrzymania czystości dotyczyły obiektów o określonej liczbie miejsc siedzących, który to wymóg spełnia Stadion Wisły Kraków (okoliczność bezsporna). Zamawiający nie określił natomiast w treści warunku, na czym konkretnie mają polegać usługi sprzątnięcia i utrzymania czystości takiego obiektu. Ważne, by zrealizowane usługi mieściły się „w zakresie sprzątnięcia i utrzymania czystości obiektów sportowych”. Również w części dotyczącej

wymogu wykonywania usług w sposób ciągły Odwołujący dokonuje nadinterpretacji treści warunku. Zamawiający wymaga, by usługi były „wykonywane w sposób ciągły przez okres co najmniej 12 kolejnych miesięcy każda”. Zamawiający nie wymaga natomiast, by usługi sprzątnięcia i utrzymania czystości obiektów sportowych były wykonywane codziennie.

Na posiedzeniu i rozprawie Strony oraz uczestnicy podtrzymały dotychczas wyrażone stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając ogłoszenie o zamówieniu oraz dokumenty zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *Świadczenie usługi sprzątnięcia i utrzymania czystości powierzchni wewnętrznych i zewnętrznych znajdujących się na Stadionie Śląskim w Chorzowie, w tym czyszczenie elewacji kiosków gastronomicznych oraz dwustronne mycie przeszkleń w związku z planowanymi imprezami.*

Zamawiający w pkt. 7.1.4.2 SWZ postawił następujący warunek dot. zdolności technicznej lub zawodowej:

„Warunek zostanie spełniony jeśli Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, prawidłowo zrealizował lub realizuje co najmniej następujące usługi:

a) co najmniej 2 (słownie: dwie) usługi sprzątnięcia i utrzymania czystości podczas imprez biletowanych, masowych o charakterze artystyczno-rozrywkowym, obejmujące udział jednorazowo nie mniej niż 20 000 (słownie: dwadzieścia tysięcy) uczestników każda.

b) co najmniej 2 (słownie: dwie) usługi w zakresie sprzątnięcia i utrzymania czystości obiektów sportowych o liczbie miejsc siedzących co najmniej 30 000 (słownie: trzydzieści tysięcy) wykonywane w sposób ciągły przez okres co najmniej 12 kolejnych miesięcy każda.

UWAGA!

Ilość uczestników imprez masowych realizowanych dzień po dniu takich jak turnieje, mistrzostwa, festiwale, koncerty i inne wydarzenia artystyczno-rozrywkowe nie będą sumowane. Jednocześnie personel obsługujący dane wydarzenie nie wlicza się w skład uczestników imprezy.”

W dniu 15 marca 2024 r., Zamawiający wystosował wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych do Konsorcjum Fosa. W dniu 4 kwietnia 2024 r., Konsorcjum Fosa uzupełniło przedmiotowe środki dowodowe, w tym wykaz usług dotyczący następujących pozycji:

- 1.usługa sprzątnięcia i utrzymania czystości podczas imprezy biletowanej, masowej o charakterze artystyczno-rozrywkowym - Audioriver 2023 oraz Sun Day 2023; 28 – 30.07.2023 r.;
- 2.usługa sprzątnięcia i utrzymania czystości podczas imprezy biletowanej, masowej o charakterze artystyczno-rozrywkowym - Audioriver 2022 oraz Sun Day 2022; 29.07. – 05.08.2022 r.;
- 3.usługa w zakresie sprzątnięcia i utrzymania czystości obiektu sportowego – Stadion Wisły Kraków o liczbie miejsc siedzących 33.130 wykonywana w sposób ciągły w okresie 01.01.2022r – 31.12.2022r.;
- 4.usługa w zakresie sprzątnięcia i utrzymania czystości obiektu sportowego – Stadion Wisły Kraków o liczbie miejsc siedzących 33.130 wykonywana w sposób ciągły w okresie 01.01.2023r – 31.12.2023 r.

Do ww. wykazu usług dołączono referencje. W dniu 9 kwietnia 2024 r., Zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentów w zakresie informacji o imprezach masowych oraz liczby uczestników – czy została ona wskazana na jeden dzień, czy wszystkie dni wydarzenia. W odpowiedzi na wezwanie, w dniu 9 kwietnia 2024 r., Przystępujący oświadczył następująco: „(...) ilość uczestników imprez Audioriver 2022 i Sun Day 2022 wynosiła każdego dnia, w którym odbywała się impreza masowa 25.000 osób, natomiast ilość uczestników imprez Audioriver 2023 i Sun Day 2023 wynosiła każdego dnia, w którym odbywała się impreza masowa 20.000 osób.”. Przystępujący złożył poprawiony wykaz usług oraz przedłożył w tym samym dniu decyzje wyrażające zgodę na przeprowadzenie imprez, które potwierdzają ilość uczestników biorących udział w wydarzeniach Audioriver 2022 oraz Audioriver 2023.

W dniu 15 kwietnia 2024 r. Zamawiający wystosował pismo do Fundacji Jest Akcja!, tj. organizatora ww. imprez masowych z prośbą o podanie liczby uczestników na każdy dzień na wszystkich czterech wydarzeniach. W dniu 16 kwietnia 2024 r. z fundacji wpłynęła odpowiedź w formie skanu pisma, informująca, że w każdym z lat 2022 oraz 2023, liczba ta przekraczała 20 tys.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania. Izba ustaliła, że odwołanie zostało wniesione w terminie, nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony od niego wpis w wymaganej wysokości. Nie została również wypełniona żadna z pozostałych przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art.

505 ust. 1 Pzp, tj. wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Odwołanie podlegało oddaleniu w całości, zaś podniesione zarzuty nie potwierdziły się.

Zarzuty odwołania sprowadzały się do zakwestionowania sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego, co powinno w ocenie Odwołującego implikować unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wezwanie Przystępującego do poprawienia wykazu usług.

W przedmiotowej sprawie za bezsporne należało uznać, że każdy dzień imprezy masowej w ramach wydarzeń opisanych w punkcie 1 oraz 2 wykazu usług, był liczony jako odrębna impreza masowa. Wynika to z zastrzeżenia dokonanego przez Zamawiającego w pkt. 7.1.4.2 SWZ in fine i nie było przez Strony kwestionowane. W konsekwencji Izba przyznała rację Zamawiającemu i Przystępującemu, że Przystępujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu już na podstawie doświadczenia opisanego w pkt. 1 wykazu usług, tj. wydarzenia Audioriver w 2022 r. Odwołujący w treści odwołania wskazał, że poddaje pod wątpliwość dokładną liczbę uczestników imprezy, lecz zarówno w wykazu usług, jak i do niego dołączonych referencji, a ponadto – z artykułu prasowego dołączonego do odwołania pochodzącego ze strony internetowej PortalPlock wynika, że liczba uczestników przekraczała 20 tys. Co więcej, z ww. artykułu wynika, że wskazana, niższa liczba w wysokości 23,7 tys. dotyczyła wyłącznie uczestników z dwudniowym karnetem, zatem bez osób posiadających wejściówki na jeden dzień. Tym samym Izba uznała, że Przystępujący spełnia warunek udziału w Postępowaniu, który wprost referował do imprezy masowej o minimalnej liczbie uczestników 20 tys., a który był przez Strony i Przystępującego jednakowo interpretowany. Izba w tym zakresie nie podzieliła wątpliwości Odwołującego, który jednozdaniowo w odwołaniu podniósł twierdzenie o wprowadzeniu w błąd, nie konstruując wyraźnego zarzutu w tym zakresie. Istotnym jest jednakże, że w świetle zgromadzonego materiału dowodowego w postaci referencji, decyzji zezwalającej, a także dołączonego do odwołania doniesienia medialnego, liczba uczestników przekraczała referencyjną, minimalną liczbę określoną w SWZ. Dodatkowym potwierdzeniem jest oświadczenie Fundacji, udzielone w związku ze zwróceniem się bezpośrednio niego jako zamawiającego, przedstawiające konkretną liczbę uczestników w rozbiciu na dni, które Izba uznała za wiarygodne.

Z kolei w przypadku wydarzenia Audioriver 2023, artykułu z Gazety Wyborczej oraz Krytyki Politycznej, dołączone do odwołania, referują do liczby ok. 18 tys. osób, tj. mniejszej niż referencyjna wartość warunku. W jednym ze wspomnianych artykułów, przeprowadzonym w formule wywiadu z Prezesem Fundacji – organizatora imprezy, pojawia się sformułowanie o udziale 17-18 tys. osób. Artykuł ten został dołączony do odwołania, jednakże jest niedostępny pod linkiem wskazanym w odwołaniu. Izba w tym zakresie uznała, że oświadczenie z dnia 16 kwietnia 2024 r. Fundacji jest wiarygodnym dokumentem i o większej mocy dowodowej, aniżeli medialne doniesienia. W tym zakresie Izba nie podzieliła wątpliwości Odwołującego co do rzetelności dokumentu ani prawidłowości podpisu. Podnosząc tego rodzaju zarzuty, kwestionujące sposób zwrócenia się Zamawiającego do Fundacji, sposób udzielenia odpowiedzi, wiarygodność podpisu, należy mieć świadomość spoczywającego nań ciężaru dowodu. Co więcej, podnosząc tego rodzaju zarzuty – częściowo przecież sugerujące podejmowanie działań sprzecznych z przepisami, w tym karnymi - nie można opierać się wyłącznie na domysłach i poszlakach, czy też własnym przekonaniu, jak to czynił Odwołujący. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody. Zamawiający prawidłowo zwrócił się do organizatora imprezy, w trybie art. 128 ust. 5 Pzp, jako podmiotu posiadającego zarówno informacje, jak i dokumenty istotne dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu i uzyskał odpowiedź na konkretne, zadane przez siebie pytania. Izba nie widzi zatem podstaw do kwestionowania oświadczenia pochodzącego od Fundacji, przesłanego – jak twierdzi Zamawiającego – mailowo przez jego Prezesa w formie skanu. Trzeba bowiem wskazać, że po pierwsze, takie oświadczenie jest oświadczeniem wiedzy, nie woli, zaś po drugie – przepisy powszechnie obowiązujące nie przewidują konkretnej formy sposobu udzielenia odpowiedzi, która może przyjąć formę dokumentową. Ponadto, tak jak wskazał Przystępujący, dane osobowe prezesa są ujawnione wraz z jednoosobowym sposobem reprezentacji w KRS, zatem Odwołujący w tym zakresie powinien wykazać inicjatywę dowodową, polegającą chociażby na samodzielnym kontakcie z Fundacją celem potwierdzenia składanych przez nią oświadczeń, nie zaś przerzucać ten obowiązek na Izbę.

Co do drugiego aspektu zarzutu, dotyczącego pozycji nr 3 i 4 z wykazu usług, Izba wskazuje, że sposób interpretacji warunku przez Odwołującego wykracza poza literalne brzmienie. Odwołujący domaga się bowiem określonej interpretacji pojęcia „ciągły”, co nie wynika z literalnego brzmienia przepisu. Zamawiający określił, że warunek udziału zostanie spełniony, w przypadku doświadczenia w realizacji dwóch usług *w zakresie sprzątania i utrzymania czystości obiektów sportowych o liczbie miejsc siedzących co najmniej 30 000 (słownie: trzydzieści tysięcy) wykonywane w sposób ciągły przez okres co najmniej 12 kolejnych miesięcy każda*. Nie określił, w jaki sposób mają być świadczone te usługi (np. codziennie), jak również nie określił, o jakiej wartości mają być przedmiotowe usługi (co mogłoby pośrednio określać skalę zaangażowania). Nie określił także, na podstawie ilu umów (odrębnych stosunków prawnych) ta usługa miała być realizowana. Na gruncie przepisów Pzp nie powinno budzić wątpliwości, że to zamawiający odpowiada za treść

dokumentacji zamówienia i ciąży na nim obowiązek formułowania jednoznacznych i wyczerpujących postanowień, uwzględniających wszelkie okoliczności sporządzenia i wyceny oferty. Nie jest przy tym możliwe dokonywanie przez zamawiającego na etapie oceny ofert rozszerzającej interpretacji treści SWZ, wykraczającej poza literalne jej brzmienie i wywodzenie na tej podstawie o wymaganiach, które wprost w treści SWZ nie zostały wyartykułowane. Dokonywanie przez zamawiającego oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu na podstawie wymagań bądź ograniczeń, które wprost ze specyfikacji nie wynikają - jest niedopuszczalne i stanowi naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówienie publicznych - zasady przejrzystości, równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

Bezspornym jest w niniejszej sprawie, że Przystępujący realizował usługi sprzątnia w obiekcie sportowym przez okres 12 miesięcy, zaś konkretny sposób świadczenia przez niego usług wydaje się indyferentnym. Wymóg „ciągłego” świadczenia usługi w ocenie Izby dotyczy nieprzerwanej realizacji usług i tak jak wskazał Odwołujący – nie dotyczy incydentalnych zleceń, lecz – periodycznie realizowanych, w dowolnych odstępach czasowych. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby: „(...) w przypadku świadczeń ciągłych wyznacznikiem zarówno rozmiaru jak i treści świadczenia jest czas. Świadczenie ciągłe polega bowiem na określonym, stałym zachowaniu się dłużnika przez czas trwania stosunku prawnego. Z istoty rzeczy spełnienie takiego świadczenia musi więc trwać przez pewien czas. Świadczenie ciągłe ma to do siebie, że nie da się w nim wyodrębnić poszczególnych zachowań dłużnika, które mogłyby być potraktowane, jako samoistne świadczenia albo partie świadczenia.” – tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 września 2015 r., sygn. akt KIO 1933/15. Tak jak wskazał Zamawiający - ciągłość ta została bowiem zdefiniowana przez niego jako wykazanie świadczenia usług przez okres co najmniej 12 kolejnych miesięcy każda, a nie poprzez konkretną czasochłonność czy częstotliwość poszczególnych zadań w ramach usług sprzątnia. Celem warunku było wyłonienie podmiotu zdolnego do świadczenia usług w obiekcie o konkretnych gabarytach (mierzonych liczbą miejsc siedzących) i w tym aspekcie należało go interpretować. Zasady logiki i doświadczenia życiowego wskazują, że w przypadku obiektów sportowych wydarzenia sportowe odbywają się cyklicznie, zatem usługi sprzątnia im towarzyszące – także. W konsekwencji wykładnia, którą proponuje Odwołujący jest zbyt wąska, ale także – wobec braku przedstawienia konkretnych postanowień umów, do których referuje – gołosłowna i niepotwierdzona w zgromadzonym materiale dowodowym.

Konsekwencją uznania, że Przystępujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu, był także brak podstaw do uwzględnienia zarzutu odwołania oznaczonego numerem 2, a dotyczącego zaniechania wezwania w trybie art. 128 ust. 1 Pzp.

Z powyższych powodów Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

O kosztach postępowania stosownie do wyniku sprawy orzeczono na podstawie art. 575 Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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. 2020 r. poz. 2437), zgodnie z którym w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądziła koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia, od Odwołującego na rzecz Zamawiającego, na podstawie faktury złożonej do akt, dotyczącej wynagrodzenia i wydatków jednego pełnomocnika.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....