Sygn. akt: KIO 1702/15

WYROK
z dnia 18 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 sierpnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Clean Service P. F. (lider) oraz Zakład Sprzątania Wnętrz J. J. MOP 83 Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera ul. Melanii 21b, Chyliczki, 05-500 Piaseczno** w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową nr 6021, ul.** Żwirki **i Wigury 9/13, 00-909 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Zakłady Remontowo Budowlane WAM Sp. z o.o., ul. Chałubińskiego 3a lok. 43, 02-004 Warszawa,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Clean Service P. F. (lider) oraz Zakład Sprzątania Wnętrz J. J. MOP 83 Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera ul. Melanii 21b, Chyliczki, 05-500 Piaseczno** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Clean Service P. F. (lider) oraz Zakład Sprzątania Wnętrz J. J. MOP 83 Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera ul. Melanii 21b, Chyliczki, 05-500 Piaseczno** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Clean Service P. F. (lider) oraz Zakład Sprzątania Wnętrz J. J. MOP 83 Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera ul. Melanii 21b, Chyliczki, 05-500 Piaseczno** na rzecz **Jednostki Wojskowej nr 6021, ul.** Żwirki **i Wigury 9/13, 00-909 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Warszawie.

Przewodniczący: ……....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Jednostkę Wojskową nr 6021 (dalej „zamawiający") w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonanie usługi polegającej na sprzątaniu powierzchni wewnętrznych budynków, powierzchni zewnętrznych utwardzonych oraz utrzymaniu i pielęgnacji terenów zielonych w kompleksach wojskowych administrowanych przez Jednostkę Wojskową nr 6021 w Warszawie" wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Clean Service P. F. oraz Zakład Sprzątania Wnętrz J. J. MOP 83 Sp. z o.o. (dalej „odwołujący") wniósł odwołanie wobec zaniechania wykluczenia wykonawcy Zakłady Remontowo Budowlane WAM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „WAM") ze względu na nie wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz w konsekwencji wobec zaniechania odrzucenia oferty WAM.

Odwołujący wskazał, że zaniechanie to nastąpiło pomimo tego, że zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu z dnia 29 czerwca 2015 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 4 oraz 24 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp"] w zw. z art. 186 ust. 2 tej ustawy, poprzez zaniechanie ich zastosowania, co – zdaniem odwołującego – nastąpiło poprzez:

- zaniechanie wykluczenia wykonawcy WAM pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,
- wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę WAM pomimo tego, że ofertę wykonawcy WAM należało odrzucić.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w części II zamówienia),
- wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia w części II zamówienia wykonawcy WAM na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz odrzucenie oferty wykonawcy WAM na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp,
- uznanie oferty złożonej przez odwołującego za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w części II zamówienia.

Odwołujący podał, że zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 17 czerwca 2015 r., tj. o tym, że za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona

---

przez wykonawcę WAM. Podał także, że oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu.

Wskazał, że wykonawca WAM nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w związku z czym odwołujący, pismem z dnia 29 czerwca 2015 r., wniósł odwołanie, w którym żądał unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy WAM na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i odrzucenia oferty wykonawcy WAM na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, a nadto uznania oferty złożonej przez odwołującego za najkorzystniejszą. Wskazał również, że zamawiający przed rozpoczęciem rozprawy w sprawie o sygn. KIO 1376/15 uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, co spowodowało że Krajowa Izba Odwoławcza wydała w dniu 13 lipca 2015 r. postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego, a co skutkowało na mocy art. 186 ust. 1 ustawy Pzp obowiązkiem wykonania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 16 lipca 2015 r. zamawiający wezwał wykonawcę WAM do złożenia wyjaśnień treści złożonych dokumentów, tj. wykazu głównych usług. Podał, że w odpowiedzi wykonawca WAM złożył pismo z dnia 20 lipca 2015 r.

Stanął na stanowisku, że w ten sposób zamawiający wykonał tylko jedno z żądań zawartych w odwołaniu z dnia 29 czerwca 2015 r., tj. pismem z dnia 24 lipca 2015 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, jednak następnie, pismem z dnia 31 lipca 2015 r., zamawiający zawiadomił o ponownym wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy WAM, wskazując iż wykonawca ten *„złożył ważną ofertę, podlegającą ocenie wg kryteriów opisanych w SIWZ i uzyskał największą ilość punktów"*.

Odwołujący podał, że zamawiający jako spełnienie warunku posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia uznał wykonanie przez wykonawcę w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, minimum dwie usługi, odpowiadające swoim rodzajem usługom polegających na utrzymaniu czystości w budynku(ach) wraz z terenem zewnętrznym odpowiadające wartościom brutto:

- dla części I zamówienia – 2.000.000,00 zł,
- dla części II zamówienia – 1.000.000,00 zł.

Wskazał, że jako dodatkową adnotację (w nawiasie) wskazano, że w przypadku kiedy wykonawca składa ofertę na obie części zamówienia winien zsumować wartość poszczególnych części i na łączną kwotę przedstawić wykaz usług (rozdział V pkt 1 ppkt 2 SIWZ).

Stwierdził, że z powyższego wynika, że w przypadku składania przez wykonawcę oferty na obie części zamówienia powinien on nadal wykazać się wykonaniem minimum dwóch usług, które odpowiadać będą wartości brutto stanowiącej sumę wartości poszczególnych części, tj. 3.000.000,00 zł, co oznacza, że wartość 3.000.000,00 zł brutto dotyczy każdej z minimum dwóch usług.

Wedle odwołującego na takie rozumienie warunku wskazuje również odpowiedź zamawiającego zawarta w wyjaśnieniu treści SIWZ z dnia 29 kwietnia 2015 r. (pytanie nr 2).

Podał, że w zapytaniu zaproponowano zamawiającemu dopuszczenie do udziału w postępowaniu (na obie części zamówienia) wykonawcy, który wykaże posiadanie wiedzy i doświadczenia, poprzez przedstawienie dwóch, odrębnych wykazów wykonanych bądź wykonywanych usług osobno dla części I i części II zamówienia. Dodał, że w uzasadnieniu pytania wykonawca wskazał, iż żądanie od ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonawców, by legitymowali się wykonaniem bądź wykonywaniem zamówienia o wartości 3.000.000,00 zł brutto jest nieuzasadnione.

Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi zamawiający pozostawił postawiony wymóg bez zmian, gdyż jest proporcjonalny do udzielanego zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że wykonawca WAM ubiegał się o udzielenie zamówienia na obie jego części – jako jedną z dwóch usług mających potwierdzić spełnienie przez niego wymogu wiedzy i doświadczenia (uzupełniony załącznik nr 9a do SIWZ) wskazał świadczoną na rzecz Jednostki Wojskowej nr 3711 w Nowej Dębie usługę utrzymania czystości pomieszczeń w budynkach, utrzymanie czystości terenów utwardzonych oraz terenów zielonych. Podał, że jako rozpoczęcie świadczenia tej usługi wykonawca WAM wskazał datę 01.12.2012 r. oraz, iż umowa zawarta została do 31.12.2017 r., a nadto, że jako wartość zamówienia wskazał kwotę 3.637.362,72 zł brutto.

Podał, że jako potwierdzenie wykonania ww. usługi wykonawca WAM załączył do oferty zaświadczenie Jednostki Wojskowej nr 3711 w Nowej Dębie z dnia 6 maja 2015 r. dotyczące umowy nr 456/INFRA/2014 na świadczenie usługi utrzymania czystości od dnia 1 stycznia 2015 r. do 31 grudnia 2017 r. – w zaświadczeniu stwierdzono, iż wartość brutto umowy w okresie zamówienia tj. od 1 stycznia 2015 r. do 31 grudnia 2017 r. wynosi 3.637.362,72 zł, nie stwierdzono natomiast wartości usługi, która została przez wykonawcę WAM zrealizowana na dzień wydania zaświadczenia.

Odwołujący podał dalej, że wobec powyższego zamawiający wezwał wykonawcę WAM, pismem z dnia 28 maja 2015 r., do uzupełnienia dokumentu wskazując, iż przedstawione przez Wykonawcę WAM zaświadczenie wystawione przez Jednostkę Wojskową nr 3711 w Nowej Dębie nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ponieważ zamawiający wymagał przedstawienia minimum dwóch usług

o wartości 3.000.000,00 zł każda, zaś wymagany dokument potwierdzający wykonanie tych usług musi potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert,

tj. 18 maja 2015 r.

Odwołujący podał, że w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów wykonawca WAM, pismem z dnia 2 czerwca 2015 r., uzupełnił dokumenty, poprzez przedłożenie m.in. nowego wykazu głównych usług wykonawcy (uzupełnionego załącznika nr 9a do SIWZ), w którym wskazał, iż:

- wartość świadczonej na rzecz Jednostki Wojskowej nr 3711 w Nowej Dębie usługi utrzymania czystości pomieszczeń w budynkach, utrzymanie czystości terenów utwardzonych oraz terenów zielonych wynosi 5.640.279,22 zł brutto,
- świadczenie usługi rozpoczęto 1 stycznia 2012 r. (umowa zawarta została od dnia 1 grudnia 2012 r. do 31 grudnia 2014 r. oraz od dnia 1 stycznia 2015 r. do dnia 31 grudnia 2017 r.).

Odwołujący podał także, że jako potwierdzenie wykonania ww. usługi wykonawca WAM przedstawił wcześniej wymienione zaświadczenie Jednostki Wojskowej nr 3711 w Nowej Dębie z dnia 6 maja 2015 r. dotyczące umowy nr 456/1NFRA/2014 na świadczenie usługi utrzymania czystości od dnia 1 stycznia 2015 r. do 31 grudnia 2017 r., a nadto list referencyjny z dnia 24 czerwca 2014 r., zgodnie z którym wartość brutto umowy w okresie zamówienia od 1 grudnia 2012 r. do 31 grudnia 2014 r. wynosi 2.002.916,50 zł, zaś wartość opłaconych faktur na rzecz wykonawcy WAM w okresie od 1 grudnia 2012 r. do 31 maja 2014 r. wyniosła 1.367.215,83 zł.

Odwołujący podniósł, iż nawet przy założeniu, że wykonawca WAM wykonał całość usługi utrzymania czystości na rzecz Jednostki Wojskowej nr 3711 w Nowej Dębie w okresie od 1 grudnia 2012 r. do 31 grudnia 2014 r. – czego, stwierdził odwołujący, list referencyjny z dnia 24 czerwca 2014 r. nie potwierdza, to maksymalna wartość świadczenia usługi wykonawcy WAM w tym okresie wyniosła 2.002.916,50 zł brutto.

Jako, że wymóg posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia odnosi się do usług (a nie umów) – argumentował odwołujący – to przyjąć należy (zgodnie z dokumentami przedstawionymi przez wykonawcę WAM), iż świadczenie usługi utrzymania czystości na rzecz Jednostki Wojskowej nr 3711 w Nowej Dębie przez wykonawcę WAM trwa od 1 grudnia 2012 r. nieprzerwanie do dnia składania oferty w przedmiotowym postępowaniu (i prawdopodobnie trwać będzie dalej do umówionego terminu 31 grudnia 2017 r.), wobec czego wartość usługi świadczonej przez wykonawcę WAM na rzecz Jednostki Wojskowej nr 3711 w Nowej Dębie w okresie od 1 grudnia 2012 r. do 31 grudnia 2014 r. (tj. 2.002.916,50 zł brutto) powiększyć należy o wartość tej usługi świadczonej w okresie od 1 stycznia 2015 r. do 30 kwietnia 2015 r. (tj. ostatniego pełnego miesiąca poprzedzającego

dzień, w którym upłynął termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego), co oznacza, że wartość świadczenia usługi w okresie od 1 stycznia 2015 r. do 31 grudnia 2017 r. ma wynosić 3.637.362,72 zł brutto, to proporcjonalna (4/36 z 3.637.362,72 zł) wartość świadczenia tej usługi w okresie czterech pierwszych miesięcy 2015 r. mogła wynieść 404.151,41 zł brutto.

Na tej podstawie odwołujący uznał, że całkowita wartość brutto świadczenia przez wykonawcę WAM na rzecz Jednostki Wojskowej nr 3711 w Nowej Dębie usługi utrzymania czystości na dzień upływu terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu wyniosła 2.407.067,91 zł.

Powyższe, zdaniem odwołującego, potwierdza treść udzielonych przez wykonawcę WAM wyjaśnień z dnia 20 lipca 2015 r., gdzie wprost przyznano, że wartość zrealizowanego przedmiotu umów w postaci świadczenia usługi utrzymania czystości na rzecz Jednostki Wojskowej nr 3711 w Nowej Dębie na dzień składania ofert w przedmiotowym postępowaniu wynosi 2.471.694,31 zł brutto.

Podsumował, że w konsekwencji stwierdzić należy, iż wykonawca WAM nie wykazał się wiedzą i doświadczeniem polegającym na wykonaniu co najmniej dwóch usług, z których każda odpowiadać będzie wartości brutto stanowiącej sumę wartości poszczególnych części zamówienia, tj. 3.000.000,00 zł.

W ocenie odwołującego nie można twierdzić obecnie, że zapisy SIWZ w zakresie warunku wykazania posiadania wiedzy i doświadczenia były niejednoznaczne, ponieważ ewentualne wątpliwości co do treści tych zapisów zostały ostatecznie rozstrzygnięte w drodze udzielenia wyjaśnień treści SIWZ z dnia 29 kwietnia 2014 r., gdzie – według

odwołującego – odmówiono zmiany ich treści w sposób, który dopuszczałby do udziału w postępowaniu (na obie części zamówienia) wykonawcę, który wykaże posiadanie wiedzy i doświadczenia, poprzez przedstawienie dwóch, odrębnych wykazów wykonanych bądź wykonywanych usług osobno dla części I i części II zamówienia. Ocenił, że odmowa uzasadniona była wskazaniem przez zamawiającego, iż obecna treść SIWZ ustala wymogi spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w stopniu wprost proporcjonalnym do udzielanego zamówienia. Uznał, że powyższe oznacza, iż zarówno osoba wnosząca o udzielenie wyjaśnień, jak i zamawiający (a w konsekwencji wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu) mieli pełną jasność co do tego, że w przypadku złożenia oferty na realizację obu części przedmiotowego postępowania należy wykazać się wykonaniem minimum dwóch usług, z których każda odpowiadać będzie wartości brutto stanowiącej sumę wartości poszczególnych części, tj. 3.000.000,00 zł.
Na takie też rozumienie powyższego zapisu – podkreślił odwołujący – wskazuje również skierowanie do wykonawcy WAM wezwania z dnia 28 maja 2015 r., stwierdzające, iż

przedstawione przez wykonawcę WAM zaświadczenie wystawione przez Jednostkę Wojskową nr 3711 w Nowej Dębie nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący stanął na stanowisku, że przedmiotowy wymóg jest w pełni uzasadniony tym, że jest proporcjonalny do wielkości udzielanego zamówienia – oczywistym jest, że w przypadku, gdy wielkość zamówienia (ich wartość) wzrasta, odpowiedniej zmianie ulec może (a nawet powinna) wymagana wartość zamówień zrealizowanych wcześniej przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie nowego zamówienia.

Zdaniem odwołującego nieuzasadnione jest przy twierdzenie wykonawcy WAM, że tak sformułowany wymóg wykazania wiedzy i doświadczenia stanowi nierówne traktowanie wykonawców przez to, że oferty na obie części są oceniane niezależnie nie można przenosić warunków z jednej części zamówienia na drugą.

Odwołujący uznał, że w sytuacji złożenia oferty na realizację obu części zamówienia możliwe jest udzielenie wykonania obu tych części jednemu wykonawcy – w takiej sytuacji wykazanie się wiedzą i doświadczeniem w stopniu proporcjonalnym do wartości tylko jednej z części zamówienia naraża zamawiającego na wybór wykonawcy, który nie daje należytej rękojmi realizacji całości zamówienia.

Wedle odwołującego naruszenie równego traktowania wykonawców odnotować należy w stosunku do odwołującego, ponieważ wymóg wykazania się odpowiednią wiedzą i doświadczeniem został określony w inny sposób na etapie przed składaniem ofert (dwie usługi sprzątania o wartości 3.000.000 zł każda) i po składaniu ofert w stosunku do wykonawcy WAM (dwie usługi sprzątania o wartości 3.000.000 zł łącznie). Podniósł, że postępowanie zamawiającego, polegające na zmianie warunków udziału w postępowaniu po terminie składania ofert godzi w najbardziej podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych i jako takie nie zasługuje na ochronę.

Dodał, że zamawiający wskutek tego, że w całości uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu z dnia 29 czerwca 2015 r., a następnie nie wykonał czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w tym odwołaniu, naruszył przepis art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

W ocenie odwołującego istnieją nadto dalsze konsekwencje uwzględnienia przez zamawiającego żądania odwołania z dnia 29 czerwca 2015 r. w postaci przyznania przez niego, iż dopuścił się naruszenia przepisów art. 24 ust. 1 pkt 4 oraz 24 ust. 4 ustawy Pzp – zgodnie z art. 190 ust. 5 zdanie 2 ustawy Pzp fakty przyznane w toku postępowania przez

stronę przeciwną nie wymagają dowodu, jeżeli przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy (w okolicznościach przedmiotowego, wedle odwołującego, niezawiłego stanu faktycznego o żadnych wątpliwościach nie może być

mowy). Uznał, że zbędne wydaje się przeprowadzenie postępowania dowodowego dla wykazania dopuszczenia się przez zamawiającego naruszenia przepisów art. 24 ust. 1 pkt 4 oraz 24 ust. 4 ustawy Pzp.

W ocenie odwołującego powyższy pogląd potwierdza doktryna prawnicza – podał, że zgodnie z publikacją Prawo zamówień publicznych. Komentarz., Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., LEX, 2014 *„Nie wymagają dowodu fakty przyznane przez stronę przeciwną, jeżeli skład orzekający uzna, iż nie budzą wątpliwości co do swojej zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. Przyznanie jest oświadczeniem wiedzy. Podlega zawsze weryfikacji składu orzekającego co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. Nie powoduje skutków materialnoprawnych, takich jak uznanie odwołania, lecz jedynie skutek procesowy przejawiający się w tym, że fakty te nie wymagają udowodnienia. Ustawa nie przewiduje szczególnej formy dla przyznania faktów, w związku z tym należy przyjąć, że może ono nastąpić poprzez złożenie oświadczenia w formie pisemnej, jak też w formie ustnej"/*

Odwołujący ocenił, że w orzecznictwie szeroko (KIO 2272/12, KIO 2333/12, KIO 2349/12, KIO 2350/12, KIO 459/11, KIO 79/11, KIO 89/11, KIO 90/11) zaakceptowana jest koncepcja, iż uwzględnienie części zarzutów stanowi przyznanie się i potwierdzenie przez zamawiającego niezgodnego z prawem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, czyli jest przyznaniem faktów leżących u podstaw uwzględnionych zarzutów w rozumieniu art. 190 ust. 5 zdanie 2 ustawy Pzp – w takiej sytuacji, gdy przyznanie nie budzi wątpliwości KIO upoważniona jest do odstąpienia od przeprowadzania postępowania dowodowego ze skutkiem uznania podniesionych zarzutów za potwierdzone.

Wobec powyższego – wywodził odwołujący – stosując wnioskowanie *a minore ad maius,* uznać należy, iż tym bardziej za przyznanie faktów leżących u podstaw zarzutów odwołania uznać należy uwzględnienie całości zarzutów, co nastąpiło w niniejszej sprawie.

Odwołujący stwierdził, że działanie zamawiającego, który pozornie uwzględnia zarzuty tylko po to, by następnie postąpić w sposób, który sam uznał za naruszający przepisy ustawy Pzp jest działaniem zmierzającym do multiplikowania czynności związanych z odwoływaniem się od działań zamawiającego sprzecznych z przepisami ustawy Pzp i stanowi wręcz próbę omijania przepisów ustawy Pzp.

Na podstawie wskazanej poniżej dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii

---

potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 17 sierpnia 2015 r., *Odpowiedzi na odwołanie* (pismo zamawiającego z dnia 14 sierpnia 2015 r.), a także stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego:

1. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej nadal „SIWZ").
2. Wyjaśnienie treści SIWZ z dnia 29 kwietnia 2015 r.
3. Oferta przystępującego.
4. Wezwanie zamawiającego z dnia 28 maja 2015 r. skierowane do przystępującego w sprawie uzupełnienia wykazu głównych usług.
5. Odpowiedź przystępującego z dnia 2 czerwca 2015 r. na wezwanie zamawiającego z dnia 28 maja 2015 r.
6. Pismo wykonawcy CLAR System S.A. z dnia 1 czerwca 2015 r. skierowane do zamawiającego.
7. Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w części II zamówienia z dnia 17 czerwca 2015 r.
8. Odwołanie obecnego odwołującego z dnia 29 czerwca 2015 r.
9. Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lipca 2015 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1376/15.
10. Wezwanie zamawiającego z dnia 16 lipca 2015 r. skierowane do przystępującego.
11. Pismo przystępującego z dnia 20 lipca 2015 r. skierowane do zamawiającego.

12. Pismo zamawiającego z dnia 24 lipca 2015 r. w sprawie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 17 czerwca 2015 r.
13. Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w części II zamówienia z dnia 31 lipca 2015 r.

Zarzuty:

- zaniechania wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu pomimo tego, że nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,
- wyboru oferty przystępującego pomimo tego, że jego ofertę należało odrzucić nie potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W Rozdziale V *Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków* pkt 1 ppkt 2) SIWZ w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia podano: „Zamawiający *uzna spełnienie tego warunku, jeżeli Wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał, a w przypadku* świadczeń *okresowych lub ciągłych również wykonywanych minimum 2 (dwie) usługi, odpowiadające swoim rodzajem usługom polegających na utrzymaniu czystości w budynku(ach) wraz z terenem zewnętrznym odpowiadające wartościom brutto podanym poniżej:*
część I zamówienia 2 000 000,00 zł
część II zamówienia 1 000 000,00 zł".

Dodatkowo, w nawiasie, zamawiający zawarł uwagę o treści: „W *przypadku, kiedy Wykonawca składa ofertę na obie części zamówienia winien zsumować wartość poszczególnych części i na łączną kwotę przedstawić wykaz usług".*

Zgodnie z Rozdziałem VI *Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu* pkt 1 ppkt 2) SIWZ wykonawcy w celu wykazania spełnienia warunków w szczególności w zakresie wiedzy i doświadczenia zostali zobligowani do złożenia „wykazu *wykonanych, a w przypadku* świadczeń *okresowych lub ciągłych również wykonywanych głównych usług"* zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik Nr 9a.

Zamawiający w Załączniku Nr 9a w zawarł instrukcję: „W *kolumnie 8 należy wstawić znak „x" przy usłudze na potwierdzenie warunku, o którym mowa w Rozdziale V ust. 1 pkt. 2) SIWZ oraz należy wskazać której części zamówienie dotyczy".*

Na zapytanie jednego z wykonawców o treści: „Czy *Zamawiający dopuszcza, by biorący udział w postępowaniu wykonawca, który składa ofertę na obie części zamówienia, wykazał spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia poprzez przedstawienie dwóch odrębnych wykazów wykonanych bądź wykonywanych usług osobno dla części I i części II zamówienia ? Wykonawca wnosi o zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wykreślenie sformułowania zawartego na str. 4 w rozdziale V ust. 1 pkt 2 SIWZ „W przypadku, kiedy Wykonawca składa ofertę na obie części zamówienia winien zsumować wartość poszczególnych części i na łączną kwotę przedstawić wykaz usług",* zamawiający, pismem z dnia 29 kwietnia 2015 r., udzielił odpowiedzi o treści: „Zamawiający *pozostawia postawiony wymóg bez zmian, gdyż jest on wprost proporcjonalny do udzielanego zamówienia".*

W uzasadnieniu postawionego pytania wykonawca podał: „W ocenie wnioskującego zakres niniejszego zamówienia nie stanowi obiektywnej przesłanki do żądania *od*

---

ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonawców, by legitymowali się wykonaniem bądź wykonywaniem zamówienia o wartości 3.000.000 zł brutto. Zakres wymaganych przez Zamawiającego do realizacji prac w żadnym *razie nie stanowi podstawy do uznania,* że *wykonawca, który legitymuje się wykonaniem odpowiadających przedmiotowi zamówienia*

usług o wartości 2.000.000 zł brutto nie byłby w stanie należycie wykonać przedmiotowego zamówienia. Doświadczenie nabyte w drodze realizacji usługi o wartości 2.000.000 zł brutto nie stanowi waloru mniejszego od doświadczenia, który wykonawca mógłby uzyskać przy realizacji usługi o wartości 3.000.000 zł brutto w stopniu, który zagrażałby prawidłowej realizacji zamówienia. Utrzymanie wskazanego wymogu w obecnym kształcie narusza postanowienia art. 22 ust. 4, który nakazuje Zamawiającemu opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób zgodny oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Dopuszczenie, by składający ofertę na wykonanie obydwu części zamówienia wykonawca mógł legitymować się doświadczeniem w zakresie realizacji zamówień o wartości 2.000.000 zł brutto pozwoli na znaczne poszerzenie kręgu uprawnionych do skutecznego ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawców, przyczyni się do wzrostu konkurencyjności postępowania, a tym samym umożliwi Zamawiającemu uzyskanie niższej ceny usługi".

Termin składania ofert upłynął 18 maja 2015 r.

Przystępujący złożył ofertę na obie części zamówienia.

Pismem z dnia 28 maja 2015 r. zamawiający wezwał przystępującego do uzupełnienia wykazu głównych usług, wskazując że usługa wykonana na rzecz JW Nr 3711 w okresie od 01.12.2012 r. do 31.12.2017 r. o wartości 3 637 362,72 zł nie potwierdza spełniania warunku – *„Zamawiający wymagał przedstawienia minimum 2 (dwóch) usług o wartości 3 000 000,00 zł. (każda)".* Zamawiający wskazał także, iż z załączonego dowodu, tj. zaświadczenia wystawionego przez zleceniodawcę wynika, że wartość brutto umowy (Nr 456/INFRA/2014) w okresie zamówienia, tj. 01.01.2015 r. do 31.12.2017 r. wynosi 3 637 362,72 zł.

W dalszej części wezwania zamawiający przytoczył treść pkt 1 ppkt 2) z Rozdziału V SIWZ (opis spełnienia warunku).

Zamawiający skierował także wezwanie do uzupełnienia wykazu głównych usług do innego wykonawcy. Odpowiadając na to wezwanie wykonawca ten, w piśmie z dnia 1 czerwca 2015 r., zawarł następujące stanowisko: „(…) *z postawionego przez Państwa warunku udziału w postępowaniu nie wynika, że każda z dwóch usług ma być o wartości*

---

min. 3 000 000,00 zł.(…) Wykonawca składając ofertę na obie części zamówienia ma przedstawić wykaz na łączną kwotę 3 000 000,00 zł".

Pismem z dnia 17 czerwca 2015 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze – w części II zamówienia – oferty przystępującego.

Odwołanie wobec tej czynności, a także wobec zaniechania czynności wykluczenia przystępującego złożył odwołujący. Postępowanie odwoławcze, wywołane tym odwołaniem, zostało umorzone postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lipca 2015 r. ze względu na uwzględnienie przez zamawiającego w całości zarzutów sformułowanych w treści odwołania (sygn. akt KIO 1376/15).

Pismem z dnia 16 lipca 2015 r. zamawiający skierował do przystępującego wezwanie do złożenia wyjaśnienia treści złożonych dokumentów, wskazując iż „W *zaświadczeniu potwierdzającym wykonanie przedmiotowej usługi, wystawionym w dniu 06.05.2015r. przez Jednostkę Wojskową Nr 3711 w Nowej Dębie została wskazana wartość brutto umowy w okresie zamówienia tj.: 01.01.2015 r. do dnia 31.12.2017 r. – 3 637 362,72 zł. Proszę o wskazanie wartości faktycznie zrealizowanej umowy w okresie do upływu terminu składania ofert".*

Odpowiadając na wezwania, przystępujący, pismem z dnia 20 lipca 2015 r., podał że usługa realizowana na rzecz Jednostki Wojskowej Nr 3711 jest realizowana nieprzerwanie od dnia 1 stycznia 2012 r. na podstawie dwóch umów, których łączna wartość (umów) wynosi 5 640 279,22 zł, zaś wartość zrealizowanego przedmiotu umów na dzień składania ofert wyniosła 2 471 694,31 zł.

Dodatkowo przystępujący zaprezentował stanowisko, iż *„zapis w rozdziale V pkt 2*

SIWZ w nawiasie w końcu tegoż punktu mówiący o sumowaniu doświadczenia w przypadku składania ofert na części zamówienia jest błędem i powinien być zmieniony. Prowadzi bowiem do sytuacji kiedy od wykonawcy składającego ofertę wyłącznie na część II zamówienia Zamawiający wymaga doświadczenia w robotach o wartości 1 000 000zł, a od wykonawcy składającego dwie oferty na obydwie części doświadczenia (…) o wartości 3 000 000zł. W tym postępowaniu wykonawcy składają dwie oferty i są one oceniane oddzielnie dlatego nie można przenosić warunków z jednej części zamówienia na inne".

Pismem z dnia 24 lipca 2015 r. zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej w dniu

17 czerwca 2015 r. w części II zamówienia. Zapowiedział ponowny wybór oferty najkorzystniejszej po powtórzeniu czynności badania i oceny ofert.

Pismem z dnia 31 lipca 2015 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze – w części II zamówienia – oferty przystępującego.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołujący oparł zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu z tego powodu, że nie wykazał spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia na błędnym – w ocenie składu orzekającego Izby – rozumieniu postanowienia rozdziału V pkt 1 ppkt 2) SIWZ.

Odwołujący twierdził, iż wykonawca składający ofertę na obie części zamówienia winien wykazać wykonanie (wykonywanie) co najmniej dwóch usług o wartości co najmniej 3 mln zł każdej z nich, w konsekwencji twierdząc, że posiadania takiej wiedzy i doświadczenia przystępujący nie wykazał.

Takie rozumienie niezbędnej do realizacji przedmiotowego zamówienia wiedzy i doświadczenie nie znajduje uzasadnienia w brzmieniu rozdziału V pkt 1 ppkt 2 SIWZ.

Podnieść w pierwszej kolejności należy, że sformułowany w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 SIWZ wymóg wykazania co najmniej dwóch usług dotyczył całego zamówienia, tj. obu jego części – brak bowiem jakiegokolwiek zastrzeżenia zamawiającego, które w inny sposób nakazywałoby wymóg ten interpretować. Oznacza to, że wykonawca składający ofertę na obie części zamówienia winien wykazać wykonanie (wykonywanie) co najmniej 2 usług.

W drugiej kolejności stwierdzić należy, że to co „różniło" usługę wykazywaną w odniesieniu do części I oraz w odniesieniu do części II była wartość, tj. wyższa wynosząca 2 mln zł w przypadku I części zamówienia oraz niższa wynosząca 1 mln zł w przypadku II części zamówienia.

Oczywistym w tej sytuacji jest, że wykonawca, który składał ofertę na obie części zamówienia winien wykazać się wiedzą i doświadczeniem zdobytą przy wykonaniu (wykonywaniu) co najmniej 2 usług o wartości co najmniej 3 mln zł, tj. o wartości będącej sumą wartości wskazanych przez zamawiającego w odniesieniu do obu części zamówienia.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, iż treść ujęta w nawiasie (Uwaga) nie zmieniała treści postawionego przez zamawiającego wymogu, tj. że wykonawca, który składał ofertę na obie części zamówienia winien wykazać się wiedzą i doświadczeniem zdobytą przy wykonaniu (wykonywaniu) co najmniej 2 usług o wartości 3 mln zł każdej z tychże usług (łącznie co najmniej 6 mln zł).

Wskazać należy, że przypisanie treści zawartej w nawiasie, a zatem treści odnoszącej się do jakiś aspektu informacji uprzednio już podanej takiego znaczenia, które

w istocie zmienia treść informacji, do której uwaga referuje samo w sobie (ze względu na „rolę" uwagi) jest nie do zaakceptowania.

Skład orzekający Izby wskazuje, że treść uwagi stanowiła jedynie instrukcję dla wykonawców składających ofertę na obie części zamówienia („W *przypadku, kiedy Wykonawca składa ofertę na obie części zamówienia"* co do sposobu sporządzenia wykazu usług („W *przypadku, kiedy Wykonawca składa ofertę na obie części zamówienia winien (…) na łączną kwotę przedstawić wykaz (…),* ponieważ treść uwagi sprowadza się do tego, iż

wykonawca składający ofertę na obie części zamówienia winien złożyć jeden – wspólny dla obu części wykaz o wartości usług będącej sumą wartości żądanych do wykazania w odniesieniu do poszczególnych części zamówienia czyli wykonawca winien złożyć wykaz będący sumą 2 mln zł (wymóg dla części I) oraz 1 mln zł (wymóg dla części II) – co daje łącznie 3 mln.

Wymóg sporządzenia jednego wykazu (na łączną kwotę 3 mln zł), nie zaś dwóch odrębnych wykazów (I wykaz na kwotę 2 mln zł, II wykaz na kwotę 1 mln zł) – w przypadku wykonawców składających ofertę na obie części zamówienia – stanowi wyłącznie wymóg o charakterze formalnym i w żaden sposób nie ingeruje w treść postawionego wymogu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Jest nadto spójny z opracowanym przez zamawiającego wzorem Załącznika Nr 9a – jednym i wspólnym dla obu części zamówienia, w ramach którego w ramach instrukcji sporządzenia wykazu zamawiający zażądał zaznaczenia, do której części zamówienia wskazywana usługa się odnosi.

Postawiony przez zamawiającego warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia nie mógł być także odczytany – w przypadku wykonawców, którzy składali ofertę na obie części zamówienia – inaczej niż jako wykazania co najmniej 2 usług o wartości łącznej co najmniej 3 mln zł w świetle wyjaśnienia przez zamawiającego treści SIWZ (pismo z dnia 29 kwietnia 2015 r.), ponieważ zamawiający wprost wskazał, że pozostawia postawiony wymóg bez zmian.

Dostrzeżenia wymaga, że wykonawca, który pytanie zadał, argumentując, że „Dopuszczenie, *by składający ofertę na wykonanie obydwu części zamówienia wykonawca mógł legitymować się doświadczeniem w zakresie realizacji zamówień o wartości 2.000.000 zł brutto pozwoli na znaczne poszerzenie kręgu uprawnionych do skutecznego ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawców*" domagał się w istocie zmiany łącznej wartości wykazywanych usług, tj. zmniejszenia z 3 do 2 mln zł, co jasno wynika z dalszych zdań uzasadnienia pytania: *„W ocenie wnioskującego zakres niniejszego zamówienia nie stanowi obiektywnej przesłanki do* żądania *od ubiegających się o udzielenie zamówienia*

---

wykonawców, by legitymowali się wykonaniem bądź wykonywaniem zamówienia o wartości 3.000.000 zł brutto. Zakres wymaganych przez Zamawiającego do realizacji prac w żadnym *razie nie stanowi podstawy do uznania, że wykonawca, który legitymuje się wykonaniem odpowiadających przedmiotowi zamówienia usług o wartości 2.000.000 zł brutto nie byłby w stanie należycie wykonać przedmiotowego zamówienia".*

Jak się wydaje, w świetle postawionego żądania oraz treści uzasadnienia tego żądania zadający pytanie wykonawca, domagając się wykreślenia *Uwagi,* zmierzał do zapewnienia sobie możliwości wykazania w dwóch odrębnych wykazach jednej i tej samej usługi o wartości co najmniej 2 mln zł, stojąc na stanowisku, że „Doświadczenie *nabyte w drodze realizacji usługi o wartości 2.000.000 zł brutto nie stanowi waloru mniejszego od doświadczenia, który wykonawca mógłby uzyskać przy realizacji usługi o wartości 3.000.000 zł brutto w stopniu, który zagrażałby prawidłowej realizacji zamówienia".*

Bez wątpienia rozumienie sposobu oceny spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia w przedmiotowym postępowaniu winno wynikać z treści rozdziału V pkt 1 ppkt 2) SIWZ (wyjaśnienia treści SIWZ nie wniosły nic nowego), nie zaś z późniejszych, kierowanych przez zamawiającego do wykonawców po terminie składania ofert (w toku badania i oceny ofert) pism – zmiana sposobu oceny spełniania warunku w szczególności w zakresie wiedzy i doświadczenia po terminie składania ofert jest niedopuszczalna.

Niezależnie zatem od tego, jak rozumiał ustanowiony przez siebie warunek zamawiający (użycie słowa w nawiasie „każda" w wezwaniu z dnia 28 maja 2015 r. mogło, pomimo przywołania w całości brzemienia ppkt 2) pkt 1 rozdziału V SIWZ, dezorientować wykonawcę) interpretacja postawionego warunku winna zostać dokonana wyłącznie na podstawie treści zawartej w rozdziale V pkt 1 ppkt 2) SIWZ.

Z tych samych względów bez znaczenie pozostaje także sposób rozumienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, a w ślad za tym rozumieniem jego ocena przystępującego („zapis *w rozdziale V pkt 2 SIWZ w nawiasie (…) jest błędem i powinien być*

zmieniony"), jaką zaprezentował przystępujący w piśmie z dnia 20 lipca 2015 r.

Skład orzekający Izby „odkodowując" warunek wiedzy i doświadczenia podzielił stanowisko wyrażone przez wykonawcę CLAR System S.A. w piśmie z dnia 1 czerwca 2015 r., tj. iż z postawionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu nie wynika, że każda z dwóch usług ma być o wartości minimum 3 mln złotych.

Ponieważ odwołujący kwestionował wykazanie przez przystępującego wiedzy i doświadczenia, polegającego na wykonaniu (wykonywaniu) co najmniej dwóch usług

---

o wartości co najmniej 3 mln złotych każda, a takiego wymogu w odniesieniu do wartości usług zamawiający nie postawił, skład orzekający Izby uznał, że zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu nie potwierdził się.

W konsekwencji skład orzekający Izby uznał także, że nie potwierdził się zarzut niezasadnego wyboru – jako najkorzystniejszej – oferty przystępującego. Odwołujący kwestionował bowiem wybór oferty przystępującego jedynie z tego względu, że zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy, który winien zostać wykluczony, zaś jego oferta winna zostać odrzucona.

Odnosząc się do zarzuconego zamawiającemu naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Pzp (art. 24 ust. 4 w zw. z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp) skład orzekający Izby, podzielając stanowisko Izby wyrażone w orzeczeniu wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 604/14, wskazuje: „(…) *art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, nie stanowi samodzielnej normy materialnoprawnej, której naruszenie stanowić mogłoby podstawę do uwzględnienia odwołania. Czynności wykonane przez zamawiającego w sposób inny niż* żądano *w uwzględnionym odwołaniu, stanowią po prostu czynności inne i odrębne, od tych, których uwzględnione odwołanie dotyczyło, i jako takich norma art. 186 ust. 2 ustawy Pzp nie będzie dotyczyć. Jakkolwiek adresatem przepisu jest zamawiający, to jednak dokonywana przez niego czynność uwzględnienia w całości zarzutów jest elementem postępowania odwoławczego prowadzonego przed Izbą, nie zaś elementem postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający, który postanowił uznać w całości zarzuty, powinien zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy Pzp uczynić zadość wszystkim* żądaniom *Odwołującego, a skoro tego nie uczynił, to nowe i powtórzone czynności (…) podlegają ponownej ocenie przed Izbą, w ramach uprawnień wykonawcy do złożenia nowego* środka *ochrony prawnej w postaci odwołania".*

Dostrzeżenia nadto wymaga, że odrębność postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1376/15 i KIO 1702/15 nie pozwalało, jak chciał tego odwołujący, uznać za zbędne przeprowadzenie postępowania dowodowego w sprawie o sygn. akt KIO 1702/15.

Ponieważ nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 lit. a) i § 3 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia

---

15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący ……...