

WYROK

Warszawa, dnia 18 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Beata Konik

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2023 r. przez wykonawcę Zakłady Usługowe „Południe” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Koleje Małopolskie spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Megatherm spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu i Ann-pol Inwestycje spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu,

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 wykonawcę Zakłady Usługowe „Południe” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zakłady Usługowe „Południe” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika poniesioną przez Koleje Małopolskie spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie.

2.2. zasądza od Zakładów Usługowych „Południe” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie rzecz Kolei Małopolskich spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika poniesioną przez Koleje Małopolskie spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie.

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:

Uzasadnienie

Koleje Małopolskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn.: „Usługa utrzymania w czystości taboru kolejowego Spółki „Koleje Mazowieckie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością”, nr postępowania: DZ.26.393.2023.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 27 października

2023 r., nr 2023/S 208-650913.

W postępowaniu tym wykonawca Zakłady Usługowe „Południe” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (dalej: „Odwołujący”) 27 grudnia 2023 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamówienie zostało podzielone na pięć zadań, odwołanie dotyczy zadania nr 1 i nr 4.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b) ustawy Pzp przez jego niezastosowanie w tym nieodrzućenie oferty Konsorcjum Wykonawców MEGATHERM sp. z o.o. z siedzibą w Opolu (Lider) i ANN-POL INWESTYCJE sp. o.o. z siedzibą w Opolu (Partner) pomimo braku spełniania przez Konsorcjum warunków udziału w Postępowaniu;
- 2) wybór oferty Konsorcjum Wykonawców MEGATHERM sp. z o.o. z siedzibą w Opolu (Lider) i ANN-POL INWESTYCJE sp. z o.o. z siedzibą w Opolu (Partner) jako najkorzystniejszej w zadaniu Nr 1 i Nr 4 pomimo obowiązku jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b) ustawy Pzp.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum Wykonawców MEGATHERM sp. z o.o. z siedzibą w Opolu (Lider) i ANN-POL INWESTYCJE sp. z o.o. z siedzibą w Opolu (Partner) w zadaniu Nr 1 i Nr 4, powtórzenie czynności badania i oceny ofert; odrzucenie oferty Konsorcjum Wykonawców MEGATHERM sp. z o.o. z siedzibą w Opolu (Lider) i ANN-POL INWESTYCJE sp. z o.o. z siedzibą w Opolu (Partner) w zadaniu Nr 1 i Nr 4 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b) ustawy Pzp jako oferty złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w Postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę. Odwołujący wyjaśnił, że jego oferta w zadaniu Nr 1 i Nr 4 oceniona została jako druga najkorzystniejsza, a zatem w przypadku odrzucenia oferty Konsorcjum i powtórzenia czynności badania i oceny ofert oferta Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący wyjaśnił, że w Rozdziale VIII Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”) Zamawiający określił warunki udziału w Postępowaniu. Odwołujący wskazał, że w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający ustalił, że:

„warunek zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie należąco wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych świadczył, co najmniej 2 usługi o wartości nie mniejszej niż 100 000,00 zł brutto (słownie: sto tysięcy złotych 00/100) każda, w zakresie zgodnym z przedmiotem zamówienia polegającą na utrzymaniu w czystości pojazdów transportu przewozów osób”.

Odwołujący wskazał, że wykonawcy zobowiązani byli umieścić informacje o świadczonych usługach w wykazie usług stanowiącym Załącznik Nr 3 do oferty oraz dodatkowo Zamawiający zażądał, aby do wykazu dołączone zostały dowody określające, że te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami tymi mogły być referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot na rzecz którego usługi były wykonywane.

Z powyższego w ocenie Odwołującego wynika, że aby warunek udziału w Postępowaniu mógł zostać przez Zamawiającego uznany za spełniony wykonawca powinien wykazać, że:

- a) w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał lub świadczył dwie usługi utrzymania o wartości nie mniejszej niż sto tysięcy złotych brutto każda;
- b) usługi zostały wykonane należycie;
- c) do wykazu usług zostało dołączone poświadczenie zamawiającego, na rzecz którego usługi były realizowane, potwierdzające ich należyte wykonanie.

Odwołujący wskazał, że 18 grudnia 2023 roku Zamawiający rozstrzygnął postępowanie uznając, że w zadaniu Nr 1 i zadaniu Nr 4 oferta Konsorcjum była najkorzystniejsza i dokonał wyboru oferty tego Wykonawcy. Z tą czynnością Odwołujący się nie zgadza, ponieważ jak wskazał Odwołujący, Konsorcjum w wykazie usług stanowiącym Załącznik Nr 3 do oferty przedstawiło: usługi świadczone na rzecz POLREGIO w okresie od 29 lipca 2023 roku do 6 września 2023 roku o wartości 128.562,39 złotych brutto oraz usługi świadczone na rzecz POLREGIO w okresie od 1 września 2023 roku do 31 października 2023 roku o wartości 210.223,58 złotych brutto. Do wykazu tego Konsorcjum dołączyło referencje, z których w ocenie Odwołującego wynika, że Konsorcjum nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że do usług świadczonych na rzecz POLREGIO w okresie od 29 lipca 2023 roku do 6 września 2023 roku o wartości 128.562,39 złotych brutto przedstawiona została referencja z dnia 10 października 2023 roku, która budzi wątpliwości ponieważ odnosi się nie do pojedynczej usługi o wartości co najmniej 100.000,00 złotych brutto a do wielu „usług” o „łącznej wartości usług” która wynosi 128.562,39 złotych brutto realizowanych na podstawie kilku „umów”. Treść referencji nie potwierdza, zdaniem odwołującego, spełnienia zatem warunku postawionego przez Zamawiającego.

Ponadto, jak wskazał Odwołujący, do usług świadczonych na rzecz POLREGIO w okresie od 1 września 2023 roku do 31 października 2023 roku o wartości 210.223,58 złotych brutto dołączone zostały referencje, które zdaniem Odwołującego tych okoliczności nie tylko nie potwierdzają, a częściowo im przeczą.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający wymagał, żeby jedna usługa została potwierdzona jedną referencją. Tymczasem na łączną kwotę 210.223,58 złotych brutto składają się trzy różne usługi o wartości odpowiednio: (i) 63.292,97 złotych, (ii) 69.421,89 złotych i (iii) 77.508,72 złote, które dotyczyły trzech odrębnych umów przy czym żadna z w/w usług nie spełnia ustalonego przez Zamawiającego kryterium wartości 100.000,00 złotych (słownie: sto tysięcy z złotych) brutto każda. Zdaniem Odwołującego, z treści SWZ nie wynika także nigdzie aby usługi o wartości jednostkowej poniżej 100.000,00 złotych można było sumować co jest oczywiste z punktu widzenia postawienia takiego wymagania udziału w Postępowaniu przez Zamawiającego, które ma weryfikować określony potencjał wykonawcy.

Po drugie, Odwołujący poniósł, że Konsorcjum wskazało, że usługi na kwotę 210.223,58 złotych brutto zrealizowane zostały w okresie od 1 września 2023 roku do 31 października 2023 roku co stoi w sprzeczności z treścią referencji, z których wynika, że usługi na kwotę 63.292,97 złotych realizowane były w okresie od 7 września 2023 roku do 30 września 2023 roku natomiast usługi o wartości 69.421,89 złotych i 77.508,72 złotych są nadal realizowane.

Po trzecie, Odwołujący wskazał, że Zamawiający żądał aby przedstawić w wykazie usługi zrealizowane (użycie w SWZ czasu przeszłego „wykonał” i „świadczył” a zatem usługi będące w trakcie realizacji, zdaniem Odwołującego, nie powinny zostać co do zasady brane pod uwagę. Odwołujący zauważył, że Zamawiający uczynił wprawdzie w tym zakresie w Rozdziale VIII SWZ wyjątek dla świadczeń okresowych lub ciągłych, przy czym; *W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.*”

Z powyższego wynika zatem zdaniem Odwołującego, że Konsorcjum nie wykazało spełnienia wymogów udziału w Postępowaniu ponieważ usługi przedstawione w wykazie stanowiącym Załącznik Nr 3 do Oferty nie spełniają oczekiwań Zamawiającego co zostało udowodnione powyżej. Oferta Konsorcjum podlega zatem odrzuceniu na zasadzie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b) ustawy Pzp.

W złożonej pismem z 15 stycznia 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie

i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego skutecznie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Megatherm spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu i Ann-pol Inwestycje spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu (dalej: „Przystępujący”).

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępującego zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołanie jak i podczas rozprawy.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

W rozdziale VIII specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”), Zamawiający wskazał w pkt 1.4 warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w następującym brzmieniu:

„warunek zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie należycie wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych świadczył, co najmniej 2 usługi o wartości nie mniejszej niż 100 000,00 zł brutto (słownie: sto tysięcy złotych 00/100) każda, w zakresie zgodnym z przedmiotem zamówienia polegającą na utrzymaniu w czystości pojazdów transportu przewozów osób.”

Ponadto Zamawiający wskazał:

„Poprzez pojazdy transportu przewozów osób Zamawiający rozumie pojazdy z ilością co najmniej 30 miejsc w każdym pojeździe, w przypadku, gdy wartość wykonanych usług wyrażona była w innej walucie niż złoty (PLN) Wykonawca podaje wartość wykonanych usług w złotych ustaloną na dzień ich wykonania (z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku) po średnim kursie ogłoszonym przez Narodowy Bank Polski z dnia wykonania usługi, a jeżeli w tym dniu kursu nie ogłoszono to według tabeli kursu średniego NBP ostatnio przed tą datą ogłoszonego;

Do sposobu liczenia terminów stosuje się przepisy kodeksu cywilnego (art. 112) tj. termin oznaczony w tygodniach,

miesiącach lub latach kończący się z upływem dnia, który nazwą lub datą odpowiada początkowemu dniowi terminu, a gdyby takiego dnia w ostatnim miesiącu nie było – w ostatnim dniu tego miesiąca;

Do wykazu należy dołączyć dowody określające, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie przy czym dowodami są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot na rzecz, którego usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy.

W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

W przypadku składania ofert na więcej niż jedno zadanie, wystarczające jest wykazanie się 2 usługami o wartości nie mniejszej niż 100 000,00 zł brutto (słownie: sto tysięcy złotych 00/100) każda w zakresie zgodnym z przedmiotem zamówienia polegającą na utrzymaniu w czystości pojazdów transportu przewozów osób. Poprzez pojazdy transportu przewozów osób Zamawiający rozumie pojazdy z ilością co najmniej 30 miejsc w każdym pojeździe.”

Zamawiający określił następujący sposób wykazania spełniania ww. warunku:

„5.W celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający, przed wyborem najkorzystniejszej oferty, wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia, następujących dokumentów:

5.1.w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej - wykazu usług potwierdzającego należyte wykonanie, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych świadczenie, co najmniej dwóch (2) usług o wartości nie mniejszej niż: 100 000,00 zł brutto każda (słownie: sto tysięcy złotych 00/100), w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie). Wzór wykazu usług stanowi załącznik nr 3 do SWZ. Wykonawca zobligowany jest do przedłożenia dowodów określających, czy usługi, o których mowa w pkt 5.1. zostały wykonane należycie, przy czym tymi dowodami są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot na rzecz, którego usługi zostały wykonane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty.”

Powyższe wynika z rozdziału X SWZ.

Jak wynika z pisma „Informacja z otwarcia ofert”, otwarcie ofert miało miejsce 24 listopada 2023 r. Do tego czasu, zarówno w ramach zadania nr 1 i 4 złożone zostały 2 oferty, przez Odwołującego i Przystępującego.

Pismem z 11 grudnia 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym: „wykazu usług potwierdzającego należyte wykonanie, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych świadczenie, co najmniej dwóch (2) usług o wartości nie mniejszej niż: 100 000,00 zł brutto każda (słownie: sto tysięcy złotych 00/100), w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie). Wzór wykazu usług stanowi załącznik nr 3 do SWZ. Wykonawca zobligowany jest do przedłożenia dowodów określających, czy usługi zostały wykonane należycie, przy czym tymi dowodami są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot na rzecz, którego usługi zostały wykonane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty.”

Przystępujący w złożonym w odpowiedzi na powyższe wezwanie wykazie usług wskazał następujące usługi w następujący sposób:

- 1)Usługi utrzymania czystości pojazdów kolejowych 128562,39zł / od 29.07.2023 do 6.09.2023, wykonane dla POLREGIO S.A., przez MEGATHERM SP. Z O.O.,
- 2)Usługi utrzymania czystości pojazdów kolejowych 210223,58zł / od 1.09.2023 do 31.10.2023 wykonane dla POLREGIO S.A., przez MEGATHERM SP. Z O.O.

Przystępujący załączył dwa dokumenty referencji, tj. z 10 października 2023 r. nr PZP3.063.120.2023 odnoszące się do świadczenia usług w terminie od 29 lipca 2023 do 6 września 2023 r. na stajach Opole Główne, Nysa i Kluczbork oraz z 13 listopada 2023 r. nr PZP3.036.148.2023, odnoszące się do usług świadczonych na stacjach Opole Główne, Nysa i Kluczbork w terminach 7 września 2023 – 30 września 2023 r. na kwotę 63 292,97 zł brutto, 1 października 2023 r. – nadal na kwotę 69 421,89 zł (stan na 31 października 2023 r.) oraz od 1 września 2023 – nadal na kwotę 63 015,22 zł (stan na 31 października 2023 r.).

Pismem z 18 grudnia 2023 r., Zamawiający poinformował o wyborze w zadaniu nr 1 i jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego.

Izba zważyła co następuje.

W ocenie Izby odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, z następujących powodów.

Jak wynika z treści art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Istotne dla rozpoznania sprawy było ustalenie, czy w świetle brzmienia warunku udziału w postępowaniu w

zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, Przystępujący uprawniony był powołać się w złożonym wykazie usług na usługi świadczone w ramach jednej umowy o zamówienie w trzech różnych lokalizacjach (poz. 1 wykazu usług) oraz na usługi świadczone w trzech różnych lokalizacjach w ramach trzech różnych umów (poz. 2 wykazu usług). Jak bowiem wyjaśnił Przystępujący podczas rozprawy, a także składając pismo procesowe z 15 stycznia 2023 r. wraz z dowodami, usługi wskazane w poz. 1 wykazu usług realizowane były na podstawie umowy zawartej 29 lipca 2023 r. obejmującej swoim przedmiotem 3 zadania, tj. zadanie nr 1 punktu czyszczenia Opole, zadanie nr 2 punkt czyszczenia Kluczbork i zadanie nr 3 punkt czyszczenia Nysa. Na tę okoliczność Przystępujący przedłożył wyciąg z treści ww. umowy (animizacja dokonana z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa POLEGIO S.A.). Umowa została zawarta między MEGATHERM spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu a POLREGIO spółką akcyjną z siedzibą w Warszawie, a czas obowiązywania umowy został określony na od dnia 29 lipca 2023 r. do 31 sierpnia 2023 r. W zakresie usług wskazanych w pkt 2 wykazu usług Przystępujący wyjaśnił, że postępowanie w ramach którego świadczył te usługi zostało podzielone na wiele części, a przedstawione usługi były realizowane w ramach odrębnych umów.

Zauważyć należy, że warunek udziału w postępowaniu ogranicza się jedynie do stwierdzenia, że wykonawca ma wykazać, że: „w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie należycie wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych świadczył, co najmniej 2 usługi o wartości nie mniejszej niż 100 000,00 zł brutto (słownie: sto tysięcy złotych 00/100) każda, w zakresie zgodnym z przedmiotem zamówienia polegającą na utrzymaniu w czystości pojazdów transportu przewozów osób.”. Z powyższego wynika zatem, że Zamawiający wskazał ilość usług, ich wartość, że mają polegać na utrzymaniu w czystości pojazdów transportu przewozów osób oraz że mają być wykonane w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. W poczynionych pod treścią warunku udziału w postępowaniu zastrzeżeń, Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „usługa”, w tym nie zastrzegł w ramach ilu umów usługa ma być świadczona.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, ponieważ nie sposób uznać w okolicznościach tej sprawy mając na uwadze treść zarzutu, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) ustawy Pzp. Odnotowania w tym miejscu wymaga, że podczas rozprawy Odwołujący przyznał, że usługa wskazana w pkt 1 wykazu usług wpisuje się w spełnienie warunku udziału w tym postępowaniu.

Odnosząc się natomiast do twierdzenia Odwołującego, zgodnie z którym „z treści SWZ nie wynika także nigdzie aby usługi o wartości jednostkowej poniżej 100000,00 złotych można było sumować”, Izba wskazuje, że Zamawiający nie zawarł również żadnego zakazu w tym zakresie. Tym samym podejście zaprezentowane przez Odwołującego prowadziło by w okolicznościach tej sprawy do nieuprawnionego zawężenia warunku udziału w postępowaniu na etapie badania i oceny ofert. Nawet gdyby uznać, że wobec braku dookreślenia podniesionych przez Odwołującego kwestii warunek budzi wątpliwości, to tym bardziej zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby, należałoby takie wątpliwości interpretować na korzyść wykonawcy, w tym przypadku na korzyść Przystępującego.

W ocenie Izby zarówno usługi z pkt 1 wykazu usług, jak i usługi z pkt 2 tego wykazu mogą być w okolicznościach tej sprawy potraktowane jako pewna całość. Nie ma przy tym znaczenia, że usługi z pkt 2 wykonywane były, jak przyznał Przystępujący, w ramach trzech różnych umów, ponieważ Zamawiający nie wskazał w treści SWZ żadnych ograniczeń w tym zakresie. Izba wzięła pod uwagę podane daty świadczenia usług, wynikające z referencji z 13 listopada 2023 r. nr PZP3.036.148.2023, odnoszące się do usług świadczonych na stacjach Opole Główne, Nysa i Kluczbork w terminach 7 września 2023 – 30 września 2023 r. na kwotę 63 292,97 zł brutto, 1 października 2023 r. – nadal, na kwotę 69 421,89 zł (stan na 31 października 2023 r.) oraz od 1 września 2023 – nadal, na kwotę 63 015,22 zł (stan na 31 października 2023 r.). Izba uznała przy tym, że w okolicznościach tej sprawy aktualne jest stanowisko Izby wyrażone w wyroku Izby z dnia 21 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO 3236/22, zgodnie z którym: „Okolicznością powszechnie znaną i stosowaną jest fakt, iż zamawiający w ramach przedmiotu zamówienia, realizują jego zadania bądź jednorodnie, jako jedno zamówienie, lub w podziale na części. Jednakże podział jednego zamówienia na części nie oznacza, że wykonawca realizujący to zamówienie np. w zakresie dwóch części nie może legitymować się doświadczeniem łącznie zrealizowanych zamówień (dwie części łącznie), gdyż podział zamówienia na części stanowi de facto czynność techniczną zamawiającego, realizowaną w ramach określonych przez zamawiającego założeń.”.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała w zakresie pkt 2 wykazu usług, że okoliczność, iż przedmiotowo jedna usługa, była wykonywana na podstawie odrębnych umów (trzech), przy zachowaniu tożsamości podmiotowej zamawiającego nie ma znaczenia, w stanie faktycznym tej sprawy, w szczególności w świetle opisu warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, dla oceny spełniania tego warunku.

Dlatego też zdaniem Izby Przystępujący wykazał w zakresie pkt 2 wykazu usług, że zrealizował jedną usługę (rodzajowo tożsamą), mimo, że wykonywana była ona na podstawie trzech umów, której wartość przekraczała ustalona przez Zamawiającego kwotę nie mniejszą niż 100 000,00 zł. Nie sposób również pominąć, że złożony przez Przystępującego dowód 3, tj. referencje z 12 stycznia 2023 r., potwierdza, że Przystępujący w terminie od 1 października 2023 r. do 23 listopada 2023 r. wykonał usługę utrzymania w czystości pojazdów kolejowych na stacji Opole Główne o

wartości 124 461,04 brutto oraz że usługa ta została wykonana należycie. Przystępujący załączył również faktury. Dokumenty ten nie były oceniane przez Zamawiającego w postępowaniu, Przystępujący oświadczył, że odnoszą się do usług wskazanych w pkt 2 wykazu, co potwierdza zdaniem Izby kwota 69 421,89 zł widniejąca na fakturze nr 19/10/2023/MF, na której widnieje adnotacja „Zdanie nr 48 – punkt czyszczenia Opole Usługa zrealizowana w okresie października 2023 r., zgodnie z zawartą umową nr CRU-K/Op/37/2023”. Odnotowania wymaga, że taka sama wartość została wskazana w referencji z 13 listopada 2023 r. w poz. 2 tabeli (ustalona na 31 października 2023 r.).

W zakresie pkt 1 wykazu usług, Przystępujący za pomocą dowodu 1 do pisma wykazał, że usługa była realizowana w trzech różnych lokalizacjach na podstawie jednej umowy, a Odwołujący w czasie rozprawy przyznał, że wobec tego w jego ocenie ta usługa wpisuje się w warunek udziału w postępowaniu, co Izba traktuje jako przyznanie tej okoliczności. Niemniej jednak, niezależnie od powyższego ustalenia, również i w tym zakresie w ocenie Izby z uwagi na brzmienie SWZ nie sposób uznać, że usługa z poz. 1 wykazu usług nie wpisuje się w warunek udziału w postępowaniu. Nie ma przy tym znaczenia, że w treści wykazu została użyta liczba mnoga, tj. „usługi” a nie „usługa”. Aktualna zostaje wcześniej zaprezentowana argumentacja, zgodnie z którą Zamawiający nie zawarł żadnych ograniczeń co do sumowania usług wykonanych w sposób ciągły bądź w jednym czasie dla tego samego zamawiającego, czy ilości umów na podstawie których usługi mają być realizowane. Na żadne takie postanowienia Odwołujący się nie powołał a jego stanowisko jest jedynie odzwierciedleniem jego interpretacji własnej warunku i sposobu jego wykazania, która jednak nie ma oparcia w postanowieniach SWZ.

Izba w tym miejscu podkreśla, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp nie może orzekać co do zarzutów niezawartych w odwołaniu, zatem dokonana ocena ogranicza się tylko co do okoliczności faktycznych podniesionych w odwołaniu, tj. czy Przystępujący był uprawniony w świetle brzmienia warunku udziału w postępowaniu powołać się w złożonym wykazie usług na usługi świadczone w ramach jednej umowy o zamówienie w trzech różnych lokalizacjach (poz. 1 wykazu usług) oraz na usługi świadczone w trzech różnych lokalizacjach w ramach trzech różnych umów (poz. 2 wykazu usług), tym samym nie jest to ocena kompleksowa odnosząca również do pozostałych aspektów warunku, w tym do poczynionych przez Zamawiającego zastrzeżeń pod treścią warunku, których spełnienie w zarzucie nie było przez Odwołującego kwestionowane.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że odwołanie podlega oddaleniu również z tego powodu, że nawet gdyby uznać że Przystępujący złożonym wykazem usług nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, ponieważ jak wskazał w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie Zamawiający, co ma odzwierciedlenie również w przesłanej przez niego dokumentacji postępowania, wobec Przystępującego nie została zastosowana procedura uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, o której mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym ocena, że w odpowiedzi na wezwanie a trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, powinna w pierwszej kolejności skutkować wezwaniem w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp i dopiero gdyby w odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący również nie wykazał, że spełnia warunek – odrzucenie jego oferty w oparciu o poniesioną w odwołaniu podstawę prawną. Jednak w treści odwołania Odwołujący nie zarzucił Zamawiającemu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp (podobnie Izba wskazała w przywołanym wyżej wyroku KIO 3263/22).

Tym samym Izba podziela argumentację Zamawiającego zawartą w odpowiedzi na odwołanie oraz stanowisko Przystępującego po stronie Zamawiającego, co skutkowało oddaleniem odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 związku z § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z §5 pkt 1 i 2 lit b) 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Zgodnie z treścią §5 pkt 2 lit. b) ww. rozporządzenia, który stanowi że wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika mają nie przekraczać łącznie kwoty 3600 złotych, w zakresie kosztów poniesionych przez Zamawiającego, Izba zaliczyła te koszty, zgodnie ze złożonym spisem kosztów jednak z uwzględnieniem powyższego ograniczenia, tj. do kwoty 3600 zł, zgodnie z ww. przepisem rozporządzenia.

Przewodnicząca:.....