

**WYROK**

**z dnia 24 sierpnia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Norbert Sierakowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 sierpnia 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę **EPA GREEN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu**, w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – 2 Wojskowy Oddział Gospodarczy we Wrocławiu**

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **EPA GREEN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **EPA GREEN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania.,
  - 2.2. zasądza od **EPA GREEN Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** na rzecz **Skarbu Państwa – 2 Wojskowego Oddziału Gospodarczego we Wrocławiu** 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 (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Skarb Państwa – 2 Wojskowy Oddział Gospodarczy we Wrocławiu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę sprzątania zewnętrznych powierzchni utwardzonych oraz utrzymania terenów zielonych.

Postępowanie jest prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 6 sierpnia 2018 roku wykonawca Epa Green Sp. z o.o. we Wrocławiu (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na określeniu w wyżej wymienionym postępowaniu w sposób niezgodny z przepisami ustawy P.z.p. warunków udziału w postępowaniu oraz na dokonaniu nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, tj. od postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.), w tym wzoru umowy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

(1) art. 22 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wprowadzenie (pkt V ppkt 1.2 lit. a s.i.w.z.) nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia określenia warunku udziału w postępowaniu w postaci obowiązku posiadania wpisu w rejestrze działalności regulowanej w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości;

(2) art. 22 ust. 1 a i 1 b pkt w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wprowadzenie (pkt V ppkt 1.2 lit. c i s.i.w.z.) nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia warunku w postaci obowiązku posiadania zdolności technicznej - sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia oraz określenie środków dowodowych w tym zakresie w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i wykraczający poza zakres konieczny do oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, co z kolei prowadzi do naruszenia zasady równego i uczciwego traktowania wykonawców w niniejszym postępowaniu;

(3) art. 22 ust. 1a i 1b pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wprowadzenie (pkt V ppkt 1.2 lit. c i s.i.w.z.) nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia warunku w postaci obowiązku posiadania wiedzy i doświadczenia oraz określenie środków dowodowych w tym zakresie w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i wykraczający poza zakres konieczny do oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, co

z kolei prowadzi do naruszenia zasady równego i uczciwego traktowania wykonawców w niniejszym postępowaniu;

(4) art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., poprzez nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie, w jakim zamawiający wprowadził obowiązek podania w ofercie wykazu instalacji do recyklingu, odzysku i unieszkodliwiania odpadów, zaniechał podania w s.i.w.z. minimalnego, gwarantowanego zakresu zleczanych usług oraz nałożył na wykonawców obowiązek przedstawienia wykazu pojazdów przewidzianych do realizacji zamówienia, zawierającego kompletne dane o pojazdach, w tym ich numer rejestracyjny, niezwłocznie po podpisaniu umowy; Taki opis przedmiotu zamówienia utrudnia nadto uczciwą konkurencję, powodując nieporównywalność złożonych ofert. Nadto taki opis przedmiotu zamówienia przeczy równości stron stosunku zobowiązaniowego, przerzucając na wykonawców ryzyka związane z wykonaniem zamówienia, które można by uniknąć przy współpracy zamawiającego.

Wskazując na powyższe odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania stosownej modyfikacji s.i.w.z. oraz odpowiednio ogłoszenia o zamówieniu poprzez:

(1) usunięcie warunku udziału w postępowaniu w postaci obowiązku posiadania wpisu w rejestrze działalności regulowanej w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z pkt V ppkt 1.2 lit. a) s.i.w.z.; ewentualnie: wprowadzenie wymogu posiadania przez wykonawców wpisu do rejestru transportujących wskazane przez zamawiającego w dotychczasowych zapisach s.i.w.z. odpady i zezwolenia na ich zbieranie;

(2) modyfikację warunku udziału w postępowaniu w postaci obowiązku posiadania zdolności technicznej (pojazdów) z w pkt V ppkt 1.2 lit. c) i) s.i.w.z. zgodnie z treścią uzasadnienia odwołania, tj. przede wszystkim dopuszczenie możliwości dysponowania sprzętem niezbędnym do realizacji usługi utrzymania terenów utwardzonych i terenów zielonych o następujących parametrach: zmiatarką chodnikową ze zraszaczem i bezpyłowym zbiornikiem na odpady do 2 m<sup>3</sup> ładowności, zmiatarką uliczną ze zraszaczem i bezpyłowym zbiornikiem na odpady od 3 do 7 m<sup>3</sup> ładowności, ciągnikiem z pługiem i posypywarką o szerokości roboczej pługa minimum 1 m - min. 1 szt. kosiarką (...), przy równoczesnym dopuszczeniu możliwości spełnienia wyżej wskazanych warunków udziału w postępowaniu poprzez dysponowanie sprzętami ciągnionymi lub pojazdem uniwersalnym, łączącym w sobie możliwość spełnienia kilku z wyżej wymienionych warunków łącznie. Żądanie dotyczy wszystkich zadań, a co za tym idzie przy ustaleniu jego zakresu należy uwzględnić różnice co do ilości sprzętu danego rodzaju wymaganego dla danego zadania.

(3) modyfikację warunku udziału w postępowaniu w postaci obowiązku posiadania doświadczenia - pkt V ppkt 1.2 lit. c) i) s.i.w.z. - poprzez dopuszczenie możliwości wykazania się doświadczeniem uzyskanym w związku z realizacją kilku usług (zamówień), w tym także obejmujących osobno utrzymanie powierzchni utwardzonych i osobno powierzchni zielonych, o łącznej wartości wymaganej przez zamawiającego, przy jednoczesnej możliwości zsumowania ich wartości z trzech ostatnich lat przed datą składania ofert i rezygnacji z wymogu, by w ramach realizowanych usług (zamówień) utrzymywane były tereny o określonej powierzchni. Dodatkowo odwołujący wniósł o modyfikację wymogu z pkt VI ppkt 7 lit. m s.i.w.z., poprzez wskazanie, że w przypadku składania oferty na dwa lub więcej zadań (części), wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował albo realizuje jedno lub więcej zamówień, adekwatnie do ilości oraz wielkości zadań (części), na które składa ofertę.

(4) usunięcie obowiązku przedłożenia w ofercie wykazu instalacji do recyklingu, odzysku i unieszkodliwiania odpadów (pkt XI ppkt 1 lit. b s.i.w.z.);

(5) wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia gwarantowanej, minimalnej ilości prac (usług) danego rodzaju przewidzianych do zlecenia w ciągu roku;

(6) dopuszczenie możliwości przedstawienia zamawiającemu wykazu pojazdów przewidzianych do realizacji zamówienia (załącznik nr 3 do wzoru umowy) zawierającego wszystkie wymagane przez zamawiającego informacje, w tym numery rejestracyjne pojazdów, na 7 dni przed przystąpieniem do realizacji zamówienia. Opisane powyżej żądania co do zakresu zmian s.i.w.z. obejmują także zmiany dokumentacji przetargowej wprost w żądaniu nie wskazane, ale konieczne do wprowadzenia z uwagi na zakres żądania wykonawcy - będące konsekwencją żądanych zmian.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 17 sierpnia 2018 roku zamawiający wniósł o:

1. Oddalenie odwołania w zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez zamawiającego,
2. Uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutu zawartego w pkt 1 i 2,
3. oddalenie wniesionego odwołania w części dotyczącej zarzutu nr 3 jako odwołania niezasadnego,
4. uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutu zawartego w pkt 4, za wyjątkiem zaniechania podania w ofercie minimalnego, gwarantowanego zakresu zleczanych usług — w tym przypadku zamawiający wnosi o oddalenie odwołania jako odwołania niezasadnego.

5. zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego według rachunku, który zostanie przedstawiony na rozprawie.

6. uwzględnienie i dopuszczenie dowodów zawartych w treści odpowiedzi na odwołanie.

Zamawiający oświadczył, że, uznając za zasadne zarzuty odwołującego określone w pkt 1 odwołania, dokona stosownej modyfikacji treści s.i.w.z. i ogłoszenia o zamówieniu w tym zakresie, poprzez wykreślenie zaskarżonego warunku udziału w postępowaniu dysponowania aktualnym wpisem do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych o kodach: 20 03 01, 20 02 01 , 20 03 03, 20 02 02 prowadzonym przez wójta lub prezydenta miasta właściwego ze względu na miejsce odbierania odpadów komunalnych zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13.09.1996r. o utrzymaniu czystości i porządku gminach (tj. Dz. U, 2017 r. poz. 1289 z późn. zm.) art. 9.

W zakresie zarzutu nr 2 zamawiający dokona modyfikacji treści s.i.w.z. i ogłoszenia o zamówieniu zgodnie z wolą odwołującego.

W zakresie zarzutu nr 4 zamawiający dokona modyfikacji treści s.i.w.z. i ogłoszenia o zamówieniu poprzez wykreślenie obowiązku podania w ofercie wykazu instalacji do recyklingu, odzysku i unieszkodliwiania odpadów. Ponadto zamawiający dokona modyfikacji postanowień umowy w zakresie przedstawienia wykazu pojazdów przewidzianych do realizacji zamówienia i dopuści możliwość złożenia takiego wykazu na 7 dni przed przystąpieniem do realizacji zamówienia.

Zamawiający oświadczył, iż po zapoznaniu się z odwołaniem z dnia 06.08.2018 roku wniesionym w niniejszym postępowaniu, stoi na stanowisku, iż w zakresie pozostałych zarzutów tj. w szczególności zarzutu nr 3, a także zarzutu nr 4 w zakresie obowiązku wprowadzenia do opisu przedmiotu zamówienia gwarantowanej minimalnej ilości prac (usług) danego rodzaju przewidzianych do zlecenia w ciągu roku - jest ono niezasadne.

Wobec powyższego, Izba rozpoznała zarzuty odwołania jedynie w zakresie nieuwzględnionym przez zamawiającego.

Stanowisko odwołującego:

Odwołujący podniósł, że:

Warunek w postaci obowiązku posiadania wiedzy i doświadczenia

W pkt V ppkt 1.2 lit. c ii s.i.w.z. (sekcja III pkt 1.3 ppkt 2 Ogłoszenia o zamówieniu) zamawiający wprowadza warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności zawodowej:

wykazanie się wykonaniem lub wykonywaniem usługi sprzątania powierzchni utwardzonych i usługi utrzymania terenów zielonych w ramach jednej umowy, trwającej nie dłużej niż 2 lata w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, lub jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - na kwotę minimum oraz wielkości sprzątanej powierzchni:

zadanie nr 1: na kwotę min. 1 000 000,00 zł brutto, miesięcznej wielkości utrzymywanych powierzchni utwardzonych min. 40 000 m<sup>2</sup>, rocznej wielkości utrzymywanych terenów zielonych min. 40 000 m<sup>2</sup>,

zadanie nr 2: na kwotę min. 2 500 000,00 zł brutto, miesięcznej wielkości utrzymywanych powierzchni utwardzonych min. 50 000 m<sup>2</sup>, rocznej wielkości utrzymywanych terenów zielonych min. 400 000 m<sup>2</sup>,

zadanie nr 3: na kwotę min. 3 000 000,00 zł brutto, miesięcznej wielkości utrzymywanych powierzchni utwardzonych min. 40 000 m<sup>2</sup>, rocznej wielkości utrzymywanych terenów zielonych min. 40 000 m<sup>2</sup>,

zadanie nr 4: na kwotę min. 2 000 000,00 zł brutto, miesięcznej wielkości utrzymywanych powierzchni utwardzonych min. 90 000 m<sup>2</sup>, rocznej wielkości utrzymywanych terenów zielonych min. 400 000 m<sup>2</sup>,

zadanie nr 5: na kwotę min. 1 000 000,00 zł brutto, miesięcznej wielkości utrzymywanych powierzchni utwardzonych min. 60 000 m<sup>2</sup>, rocznej wielkości utrzymywanych terenów zielonych min. 150 000 m<sup>2</sup>,

zadanie nr 6: na kwotę min. 1 800 000,00 zł brutto, miesięcznej wielkości utrzymywanych powierzchni utwardzonych min. 50 000 m<sup>2</sup>, rocznej wielkości utrzymywanych terenów zielonych min. 150 000 m<sup>2</sup>,

zadanie nr 7: na kwotę min. 1 000 000,00 zł brutto, miesięcznej wielkości utrzymywanych powierzchni utwardzonych min. 35 000 m<sup>2</sup>, rocznej wielkości utrzymywanych terenów zielonych min. 150 000 m<sup>2</sup>.

Powyższy wymóg należy interpretować łącznie z pkt VI ppkt 7 lit. m s.i.w.z., gdzie wskazane są dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia i gdzie podano: UWAGA! W przypadku składania oferty na dwa lub więcej zadań (części), Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował albo realizuje co najmniej dwa lub więcej zamówień, adekwatnie do ilości oraz wielkości zadań (części), na które składa ofertę. Opisując powyższy warunek

zamawiający zmultiplikował wymagane elementy doświadczenia wykonawcy (łącznie wymóg dotyczący wartości zamówienia z wymogiem minimalnej powierzchni pozostającej w utrzymaniu) i jednocześnie zaznaczył, że wymóg ten ma być spełniony tylko jedną usługą, która określoną wartość ma osiągnąć w okresie nie dłuższym niż dwa lata. Jednocześnie w pkt III ppkt 7 s.i.w.z zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia. Pod pojęciem „kluczowe części zamówienia” rozumie się utrzymanie terenów utwardzonych w dni robocze, dwa razy w tygodniu (w przypadku zadania nr 1, dodatkowo, jako kluczową część zamówienia, włączono codzienne utrzymanie terenu utwardzonego Kościoła Garnizonowego), których zakres i wymagania dotyczące ich realizacji zostały określone w (...), co w praktyce wyklucza możliwość spełnienia ww. warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 22a ustawy P.z.p. (udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci). Zamawiający wprowadzając takie wymogi w sposób istotny ogranicza konkurencję w postępowaniu premiuując wykonawców, którzy w poprzednich latach świadczyli dla niego tę samą usługę, oraz duże, ogólnokrajowe podmioty świadczące usługi dla największych zamawiających w kraju, ze szkodą dla lokalnych wykonawców, którzy wykonują niejednokrotnie większą ilość umów, ale utrzymują teren o mniejszej wielkości (nawet przy osiągnięciu wymaganej wartości umowy). Przy takim zapisie, niemożliwe jest także utworzenie tzw. konsorcjum pomiędzy dwoma mniejszymi wykonawcami - jednym wyspecjalizowanym w utrzymaniu powierzchni utwardzonych i drugim specjalizującym się w utrzymaniu powierzchni zielonych.

W ocenie odwołującego, taki opis wymogów stanowi wprost naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Odwołujący zaznaczył, że warunki udziału w postępowaniu mają dotyczyć tylko zdolności niezbędnych do należytego wykonania zamówienia, a zdolności takie będzie posiadał także taki wykonawca, czy wykonawcy, którzy wymaganą przez zamawiającego wartość realizowanych usług osiągają np. poprzez zsumowanie wartości dwóch umów, czy odpowiednio poprzez zsumowanie w celu uzyskania wymaganej wielkości powierzchni kilku świadczonych przez siebie usług. Fakt realizacji jednej umowy o większej wartości nie przesądza bowiem o tym, że doświadczenie wykonawcy jest „lepsze”. Przy tego typu usługach nie ma bowiem istotnej różnicy pomiędzy wykonaniem usług o mniejszym i większym zakresie/wartości. Od strony technicznej usługi te są wykonywane tak samo i także zarządzanie takimi umowami niczym się nie różni. W tym postępowaniu zamawiający dodatkowo odmiennie traktuje usługi związane z utrzymaniem powierzchni utwardzonych i powierzchni terenów zielonych, dla jednych określając powierzchnię w ujęciu miesięcznym,



dla drugich rocznym, co dodatkowo utrudnia znalezienie usługi referencyjnej, która spełniłaby oczekiwania zamawiającego. Jednocześnie taki sposób określenia warunku podważa sens samego warunku, skoro przy usługach o charakterze kompleksowym - odnoszących się do utrzymania obu rodzajów powierzchni - zazwyczaj określany jest łączny teren utrzymywanych powierzchni, a częstotliwość utrzymania - wykonywania określonych czynności względem tych powierzchni nie musi być stała w każdym miesiącu. W tej sytuacji niezwykle trudno jest ustalić rzeczywistą miesięczną powierzchnię utrzymywanych terenów, jeśli zaś zamawiającego interesuje nie faktyczny zakres prac, a nominalnie wskazana np. w umowie, powierzchnia do utrzymania w ujęciu miesięcznym, usługi przedstawiane przez wykonawców na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu - zdobyte przy ich wykonywaniu doświadczenie - będą całkowicie nieporównywalne.

Odwołujący wskazał, że połączenie w jednym warunku wartości usługi i powierzchni utrzymywanego terenu jest niezasadnym ograniczeniem. Wartość umowy (usługi) i wielkość utrzymywanego terenu nie zawsze pozostaje w prostej relacji „im większy teren tym większa wartość usługi”. Wartość usług zależeć będzie m. in. od częstotliwości czynności zleczanych, od wymaganego przez zamawiającego standardu usług (w tym oczekiwań co do sprzętu, czasu reakcji, terminów realizacji usług itp.), czy wreszcie specyfiki samego terenu (łatwości dostępu do terenu). W ślad za tym wykonawca, który utrzymuje teren o dużej powierzchni, ale przy minimalnych wymogach zamawiającego, może nie osiągnąć wymaganej wartości usługi.

Odwołujący zażądał, by zamawiający zrezygnował z jednego z tych wymogów, tj. by zrezygnował z wymogu wykonania usługi względem określonej powierzchni terenu i poprzestał na ustaleniu wymogu odnoszącego się do wartości usługi. W ocenie odwołującego, wartość usługi wykonywanej na rzecz zamawiającego - przy założeniu, że usługi będą obejmowały i utrzymanie terenów utwardzonych i terenów zielonych - jest lepszym wskaźnikiem doświadczenia posiadanego przez wykonawcę i pozwala uniknąć rozstrzygnięcia wątpliwości, które zostały opisane powyżej.

Dodatkowo, odwołujący wniósł także o dopuszczenie możliwości sumowania doświadczenia w realizacji usług w celu wykazania ich określonej wartości, przy czym rozwiązanie to powinno umożliwić wykonawcom także połączenie potencjałów między wykonawcami zajmującymi się utrzymaniem zieleni i utrzymaniem powierzchni utwardzonych.

Odwołujący zarzucił, że niezrozumiałe jest ograniczenie polegające na tym, że wykonawca, który ma złożyć ofertę na większą ilość zadań, musi wykazać się doświadczeniem w realizacji co najmniej dwóch lub więcej zamówień, adekwatnie do ilości

oraz wielkości zadań (części), na które składa ofertę, natomiast nie może - przy zachowaniu wymogu „adekwatności” - wykazać się jednym zamówieniem. Odwołujący wskazał, że wykazanie się doświadczeniem w realizacji usługi o określonej wartości pozwala na przyjęcie, że wykonawca jest zdolny do realizacji niniejszego zamówienia, a co za tym idzie bez znaczenia powinno być to, czy doświadczenie spełniające ten wymóg uzyskał w ramach jednej, czy dwóch umów (usług). W ślad za tym, jeśli wykonawca chce ubiegać się o dwa zadania, dla których warunków udziału polega na posiadaniu doświadczenia w realizacji usługi o wartości 1 mln zł dla każdego zadania, bez znaczenia dla zamawiającego powinno być to, czy wykonawca ma doświadczenie w realizacji dwóch zamówień - każde o wartości co najmniej 1 mln zł, czy w realizacji jednego zamówienia o wartości 2 mln zł. Przy istniejącym zapisie s.i.w.z., w podanej przykładowo sytuacji, wykonawca, mimo iż ma doświadczenie w realizacji umowy o wartości 2 mln zł, musiałby wykazać się dodatkowym doświadczeniem - dodatkową umową, by móc ubiegać się o zamówienie na kolejne zadanie. Tymczasem, nie sposób przyjąć, by wykonawca, który zrealizował w podanym przykładzie zamówienie o wartości 2 mln zł, nie był przygotowany do tego by zrealizować dwa zadania, dla których musiałby wykazać się doświadczeniem w realizacji usług o wartości 1 mln zł. Kwestionowany zapis, w ocenie odwołującego, nie ma żadnego logicznego uzasadnienia i jako taki służy wyłącznie ograniczeniu konkurencji w postępowaniu. Podobnie, w ocenie odwołującego, niezasadny jest wymóg, by wartość referencyjnej usługi wskazana przez zamawiającego w opisie warunku musiała być osiągnięta maksymalnie w ciągu 2 lat. Odwołujący zaznaczył, że podana przez zamawiającego wartość usługi „referencyjnej” jest relatywnie duża w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia (liczonej dla danego zadania). Z drugiej strony, wartość ta ma być wyznacznikiem zakresu posiadanego przez wykonawcę doświadczenia, a skoro tak, to bez znaczenia dla zamawiającego winno być to, czy wartość ta została osiągnięta przez usługę w ciągu roku, dwóch, czy też lat. Po osiągnięciu wymaganej wartości, każdy z wykonawców dysponuje porównywalnym doświadczeniem zawodowym, a więc przy przyjętym opisie wymagań zamawiającego jest podmiotem zdolnym do realizacji zamówienia.

W zakresie zarzutu braku wskazania minimalnego, gwarantowanego zakresu zlecanej usługi, odwołujący podniósł, że zamawiający, dla potrzeb sporządzenia oferty, wskazuje w Formularzu oferty zakres zleczanych prac - odpowiednio powierzchnię lub metry bieżące utrzymywanych elementów. Wartości podane w Formularzu cenowym są jednak, co zostało wprost wskazane we wzorze Formularza oferty, wartościami szacunkowymi. Zestawiając powyższe zapisy s.i.w.z. z zapisami opisu przedmiotu zamówienia, wskazać należy, że zamawiający tylko w odniesieniu do niektórych pozycji rozliczeniowych wprowadził stałą częstotliwość wykonywania usługi, pozwalającą na ustalenie, względem

jakiej powierzchni usługa będzie ostatecznie wykonywana. W pozostałym zakresie, a więc przykładowo przy usłudze usuwania chwastów, traw i chów porastających drogi, place, chodniki, usłudze koszenia traw, usuwania chwastów z klombów, rabat kwiatowych i skalniaków, usłudze grabienia w okresie jesiennym liści, usłudze pielęgnacji żywopłotów, zamawiający posługuje się sformułowaniem „do ... razy w roku”. Odwołujący zaznaczył, że w niektórych przypadkach krotność zleczanych prac wnosi aż do 7 lub 12 razy w roku (koszenie), co przy powierzchniach podlegających utrzymaniu daje bardzo dużą rozbieżność co do możliwego zakresu zamawianej usługi. Tak określony zakres przedmiotu zamówienia jest nieprawidłowy - uniemożliwia wykonawcy usługi ustalenie zakresu usługi objętej zamówieniem i w ślad za tym prawidłowe skalkulowanie ceny ofertowej (ustalenie kosztów wykonania zamówienia). Odwołujący zaznaczył, że z punktu widzenia wykonawców składających ofertę w postępowaniu istotny jest nie tylko maksymalny zakres zleczanych usług, ale i zakres minimalny, bowiem część kosztów realizacji zamówienia wykonawca będzie ponosił niezależnie od tego, czy zamawiający zdecyduje się zlecić mu utrzymanie danego elementu w danym okresie rozliczeniowym, czy szerzej w danym roku świadczenia usługi. Koszty te zazwyczaj rozdzielane są na wszystkie pozycje rozliczeniowe, przy czym w sytuacji, gdy część usług w danym okresie nie będzie wykonywana, wykonawca może nie być w stanie pokryć wszystkich ponoszonych przez siebie w sposób stały kosztów. Problemem jest tu także organizacja pracy na kontrakcie i koszty z tym związane - różne czynności mogą wykonywać te same osoby (np. przy odpowiednim ułożeniu harmonogramów ten sam pracownik może kosić trawę, usuwać chwasty z dróg i usuwać chwasty z klombów). W sytuacji, gdy wykonawca nie ma gwarancji, że część z tych prac będzie wykonywana w każdym sezonie, trudno mu podjąć ryzyko zatrudnienia danej osoby na podstawie umowy o pracę dla potrzeb zawieranej umowy. Decydując się na zawarcie takiej umowy, wykonawca będzie ponosił w sposób stały koszty z tym związane, gdy tymczasem w sytuacji gdy w danym okresie zamawiający nie będzie zlecał danego zakresu prac, wykonawca nie uzyska wynagrodzenia od zamawiającego na pokrycie kosztów zatrudnienia pracowników. Biorąc z kolei pod uwagę obecną sytuację na rynku, nie sposób także założyć, że większość prac objętych przedmiotem zamówienia będzie realizowana przez pracowników zatrudnianych dorywczo, według potrzeb zgłoszonych przez zamawiającego na realizację danego zakresu i to w sytuacji, gdy po otrzymaniu pisemnego zlecenia wykonania danego zakresu prac, wykonawca będzie miał relatywnie krótki czas na podjęcie prac. Taki sposób realizacji zamówienia nie byłby także możliwy z uwagi na obostrzenia związane ze wstępem pracowników wykonawcy na teren zamawiającego (*vide*: postanowienia wzoru umowy i załącznika nr 3 do niego dotyczące wskazywania osób przewidzianych do realizacji umowy). Z uwagi na specyfikę zleczanych prac, w tym ich powiązanie z warunkami pogodowymi, oczywistym pozostaje, że nie w każdym roku

świadczenia usługi zamawiający będzie w takim samym zakresie potrzebował usług wykonawcy. Nie zwalnia to jednak zamawiającego z obowiązku precyzyjnego określenia zakresu zamawianej usługi, co w realiach niniejszej sprawy oznacza konieczność wskazania także minimalnego, gwarantowanego zakresu zamawianej usługi. W opisie przedmiotu zamówienia wskazano także czynności, np. usuwanie śniegu z dachów, czy sopli lodowych z dachów, gdzie częstotliwość ich wykonywania podana jest wyłącznie jako wartość szacunkowa. Prace te są rozliczane na zasadzie wynagrodzenia kosztorysowego, ale także w tym przypadku wykonawca nie wiedząc, czy dane prace będą wykonywane w danym sezonie nie może należycie zorganizować logistyki prac na kontrakcie - zatrudnić odpowiedniej liczby osób. Odwołujący dodał, że uwzględniając czas reakcji na wezwanie do wykonania tego rodzaju prac, wykonawca, który uprzednio nie zatrudni do współpracy odpowiednich osób (osób z odpowiednimi uprawnieniami) może nie być w stanie wykonać tej usługi prawidłowo (z uwagi na okoliczność, że w tym samym czasie dużo podmiotów będzie potrzebowało tej samej usługi). Ryzyko wystąpienia tych prac i kosztów z tym związanych, przy obecnych zapisach s.i.w.z., w pełni ponosi wykonawca, nie mogąc jednocześnie w pełni ryzyka tego w kalkulować w cenę oferty. Wskazany sposób ukształtowania zapisów s.i.w.z. może więc prowadzić do nieporównywalności złożonych ofert - różnej wyceny przez wykonawców ryzyka wystąpienia w danym roku obowiązków wykonania danego zakresu prac, co w świetle art. 7 ustawy P.z.p. nie powinno mieć miejsca.

#### Stanowisko zamawiającego:

Zamawiający stwierdził, że wniosek odwołującego w zakresie dopuszczenia możliwości sumowania potencjałów nie znajduje swojego uzasadnienia w aktualnym stanie prawnym, zgodnie z którym w postępowaniach o udzielenie zamówienia nie jest dopuszczalne automatyczne łączenie potencjałów poszczególnych członków konsorcjum, w zakresie doświadczenia. Jeśli zamawiający w jego ramach wymaga doświadczenia wykonania określonej usługi, a wymóg ten jest związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny (art. 23 ust. 5 ustawy P.z.p.), nie sposób przyjąć, że można je „sumować” w analogiczny sposób jak np. posiadane zasoby finansowe, sprzęt i urządzenia, czy też potencjał kadrowy. Wspomniany powyżej przepis art, 23 ust. 5 ustawy P.z.p. stanowi, iż zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców, o których mowa w ust, 1, warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1b ustawy P.z.p., jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne. Oznacza to, że w przypadkach, gdy przedmiot zamówienia uzasadnia konieczność wykazania się przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, określonym doświadczeniem (np. powtarzalnością należytej realizacji umowy), możliwe będzie sformułowanie warunku, narzucającego wykonawcom występującym wspólnie, taki

sposób jego wykazania, że jeden z grupy wykonawców będzie musiał wykazać się całością, niepodlegającego sumowaniu, doświadczenia.

Zamawiający stwierdził, że biorąc pod uwagę, że przedmiotem zamówienia jest usługa realizowana w różnych lokalizacjach tj. na terenie kompleksów wojskowych we Wrocławiu (zadania nr 1-3), Brzegu (zadanie nr 4), Jastrzębiu (zadanie nr 5), Kłodzku (zadanie nr 6) i Oleśnicy (zadanie nr 7), zamawiający nie może sobie pozwolić na sytuację, w której wykonawca posiadający potwierdzenie należytego wykonania jednej usługi będzie odpowiedzialny za cały przedmiot zamówienia o znacznie większej skali nieproporcjonalnie do posiadanego doświadczenia.

Zamawiający wskazał, że chce sprawdzić doświadczenie wykonawcy na różnych płaszczyznach, stąd wymaganie, aby wykazano się, nie tylko usługą o określonej wartości, ale aby ta wartość została osiągnięta w ramach jednej konkretnej umowy, której okres obowiązywania nie jest nieograniczony, a także, aby usługa obejmowała minimalną wielkość powierzchni utrzymania terenów utwardzonych i zielonych. Zamawiający zdaje sobie sprawę, że sama wartość wykonanych zamówień może nieść informacje na temat zdolności i doświadczenia wykonawców, jednocześnie praktyka pokazuje, że ta sama wartość wykonanych zamówień nie zawsze w pełni oddaje możliwość wykonania przedmiotu zamówienia.

Zamawiający stwierdził, że wykonawcy w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego mogą wykazywać się nie tylko poświadczeniami należytego wykonania usługi od podmiotów publicznych, ale także tymi, nabytymi w wyniku świadczenia usług na rzecz innych podmiotów gospodarczych (tj. w relacjach B2B). Częstość takich przypadków kontrakty pomiędzy wykonawcami utrzymywane są przez wiele lat. Stąd, wydaje się być całkowicie oczywistym i zrozumiałym, dlaczego zdaniem zamawiającego niezbędnym jest tak skonstruować warunek udziału w postępowaniu, dotyczący wiedzy i doświadczenia, aby owo doświadczenie zostało nabyte w miarodajnym okresie czasu, umożliwiającym faktyczne potwierdzenie potencjału wykonawcy.

Za zupełnie nieuzasadniony zamawiający uznał zarzut odwołującego, jakoby nakazując sumować doświadczenie w przypadku złożenia ofert na więcej niż jedną część, zamawiający preferował tylko bardzo duże podmioty, działające na rynku tj. podmioty które zrealizowały wiele usług i na każdą z części (zadań) mogą wykazać się oddzielną zrealizowaną lub realizowaną usługą bądź jedną dużą usługą. Zamawiający nie zaprzecza, że wartość i parametry, którymi musi się wykazać wykonawca, który chce wziąć udział w postępowaniu, są duże, jednakże dokładna analiza przedmiotu zamówienia pozwala zauważyć, że przyszły wykonawca przedmiotu umowy będzie realizował usługi o dużo

większym zakresie powierzchniowym (a co się z tym wiąże również wartościowym) aniżeli określono w warunkach udziału w postępowaniu.

Jednocześnie, w ocenie zamawiającego, chybione jest twierdzenie odwołującego, że zaproponowane przez zamawiającego rozwiązanie preferuje tylko tych wykonawców, którzy składają ofertę tylko na jedno zadanie (część), oraz że znajdują się oni w lepszej sytuacji niż wykonawcy którzy składają ofertę na dwie lub więcej części. Bezsprzecznym jest fakt, że wykonawca, który będzie ubiegał się o udzielenie zamówienia w zakresie większym niż jedna część, musi wykazać się również większym potencjałem niż ten, który składa ofertę tylko na jedną część, z uwagi na fakt, iż następnie może realizować zamówienie dla więcej niż jednej części.

Zamawiający wskazał, że przedmiotowe postępowanie jest częścią dużego zamówienia, w skład którego wchodzi jeszcze postępowanie przetargowe na usługę sprzątnięcia powierzchni budynków, które zamawiający prowadzi równoległe do niniejszego. Zamawiający zdecydował się przeprowadzić dwa odrębne postępowania oraz dodatkowo podzielił przedmiotowe zamówienia na części (siedem zadań) bez ograniczenia ilości części (zadań), na które wykonawcy mogą składać oferty. Działanie takie miało na celu zwiększenie konkurencyjności poprzez dopuszczenie do udziału w postępowaniu jak największego grona wykonawców, zwłaszcza z sektora małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP). Zamawiający nie postawił żadnych ograniczeń w zakresie możliwości ubiegania się o zamówienia w zakresie ograniczonej liczby części z uwagi na fakt, iż mógłby takim działaniem wyrządzić szkodę zarówno wykonawcom, którzy byliby w stanie spełnić określone warunki dla wszystkich części, a wtedy nie mogliby złożyć oferty na wszystkie zadania, jak i sobie, eliminując wykonawców mogących w należyty sposób wykonać przyszłe zamówienie i być może zaoferować bardziej konkurencyjne ceny w stosunku do konkurencji.

Zamawiający oświadczył, że nie wyraża zgody na zmianę zapisu określonego w rodz. VI ust. 7 lit. m s.i.w.z. dotyczącego okoliczności, iż w przypadku realizacji usługi przez wykonawcę, który realizował zamówienie w ramach konsorcjum, jego członek może następnie udostępnić swoje zdolności techniczne i zawodowe wyłącznie w takim zakresie, w jakim sam je nabył. Tym samym niemożliwe jest udostępnienie swoich zasobów w postaci zdolności technicznej i zawodowej, w zakresie wykraczającym poza faktycznie wykonane prace. Udostępnione może zostać wyłącznie doświadczenie nabyte w związku z konkretną i faktyczną realizacją czynności w ramach konsorcjum. Powyższe obostrzenie jest w pełni zgodne z obecną praktyką badania zdolności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum) w ww. zakresie, a także ma swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie KIO, w szczególności zaś jest zgodne z wyrokiem z dnia 4 maja 2017 r,

Trybunału Sprawiedliwości UE wydanym w sprawie C-387/14. Artykuł 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 21it. a tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca polegał na zdolnościach innego podmiotu w rozumieniu art, 48 ust. 3 omawianej dyrektywy poprzez sumowanie wiedzy i doświadczenia dwóch podmiotów, które samodzielnie nie mają wymaganej zdolności do realizacji określonego zamówienia. Dyrektywa nie dopuszcza, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie nie uczestniczył w jego realizacji.

W zakresie zarzutu zaniechania podania w s.i.w.z. minimalnego, gwarantowanego zakresu zleczanych usług, zamawiający wskazał, że z zarzutem odwołującego nie sposób się zgodzić i w ocenie zamawiającego winien on podlegać oddaleniu. Jak to słusznie zauważył odwołujący, zamawiający w niniejszym postępowaniu określił w odniesieniu do niektórych pozycji opisu przedmiotu zamówienia stałą częstotliwość wykonania usługi, która pozwala na ustalenie, względem których powierzchni usługa będzie na pewno realizowana.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia stanowiącym zał. nr 4.1-4.7 do s.i.w.z., do usług stałych w przypadku poszczególnych części będą należeć:

w zadaniu nr 1:

I „Utrzymanie terenów utwardzonych”

- pkt 1 ppkt 1 częstotliwość wykonywania prac - 2 razy w tygodniu, tj. gwarantowana liczba - 104 dni w roku,

- pkt 1 ppkt 2 — częstotliwość wykonywania prac - 7 razy w tygodniu, tj. gwarantowana liczba - 365 dni w roku,

w zadaniu nr 2:

1 „Utrzymanie terenów utwardzonych”

- pkt 1 - częstotliwość wykonywania prac - 2 razy w tygodniu, tj. gwarantowana liczba 104 dni w roku,

w zadaniu nr 3:

1 „Utrzymanie terenów utwardzonych”

- pkt 1 częstotliwość wykonywania prac - 2 razy w tygodniu, tj. gwarantowana liczba 104 dni w roku,

w zadaniu nr 4:

1 „Utrzymanie terenów utwardzonych” pkt I - częstotliwość wykonywania prac - 2 razy w tygodniu, tj. gwarantowana liczba 104 dni w roku,

VII. Utrzymanie terenów utwardzonych w obiektach szkoleniowych, pkt VII pkt 1 ppkt

a) - częstotliwość wykonywania prac - 3 razy w tygodniu, tj. gwarantowana liczba

- 156 dni w roku

w zadaniu nr 5:

1 „Utrzymanie terenów utwardzonych” pkt I - częstotliwość wykonywania prac - 2 razy w tygodniu, tj. gwarantowana liczba 104 dni w roku,

w zadaniu nr 6:

1 „Utrzymanie terenów utwardzonych” pkt I częstotliwość wykonywania prac - 2 razy w tygodniu, tj. gwarantowana liczba 104 dni w roku,

w zadaniu nr 7:

1 „Utrzymanie terenów utwardzonych” pkt I - częstotliwość wykonywania prac - 2 razy w tygodniu, tj. gwarantowana liczba 104 dni w roku.

Za zupełnie nieuzasadniony zamawiający uznał zarzut, dotyczący uniemożliwienia wykonawcy przyszłej umowy ustalenie zakresu usługi objętej zamówieniem i w ślad za tym prawidłowe skalkulowanie ceny ofert. Jak wskazano powyżej, w stosunku do kluczowych punktów przedmiotu zamówienia, stanowiących lwią część zamówienia pod względem potencjalnej wartości, zamawiający w sposób jednoznaczny, precyzyjny i dokładny określił częstotliwość wykonywania poszczególnych czynności. Wymienione powyżej czynności zgodnie z postanowieniami art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy P.z.p. zostały także zastrzeżone przez zamawiającego jako kluczowe części zamówienia, co do których zachodzi obowiązek ich wykonania bezpośrednio przez wykonawcę (*vide*: rozdz. III pkt 7 s.i.w.z.). W stosunku do pozostałych pozycji opisu przedmiotu zamówienia, takich jak: utrzymanie terenów zielonych, klombów i rabat kwiatowych, trawników w okresie jesiennym, pielęgnacji żywopłotów, usuwania śniegu z dachów, usuwania sopli lodowych z rynien czy czyszczenia rynien Zamawiający użył określenia „do razy w roku”. Powyższe podyktowane jest faktem, iż określenie konkretnej liczby wykonywania przedmiotowych czynności, czy nawet podanie minimalnego zakresu tych usług jest niemożliwe. Konieczność wykonania ww. prac jest uzależniona od wielu zmiennych, w szczególności od warunków pogodowych, które będą miały decydujący wpływ na fakt, czy taka konieczność w ogóle wystąpi. Jeżeli np. nie będzie



opadów śniegu, to analogicznie, nie będzie konieczności zlecenia usługi jego usuwania. Tym bardziej niegospodarnym ze strony zamawiającego byłoby zobowiązanie się do zapłaty za świadczenie, którego nie było konieczności wykonania. Poza tym odwołujący jako profesjonalny podmiot, działający na lokalnym rynku, powinien być w stanie oszacować przybliżoną minimalną krotność wykonywania usług takich jak np. koszenie trawników czy odśnieżanie.

Zamawiający stwierdził, że mając na uwadze okoliczności wynikające z obecnie realizowanych umów w zakresie utrzymania terenów utwardzonych i zielonych, zamawiający dokonał ich szczegółowej analizy i określił szacunkowe ilości wykonania danych czynności, co do których zajdzie konieczność ich realizacji w ramach przyszłej umowy. Zarzut odwołującego, że taki sposób ukształtowania zapisów s.i.w.z. może prowadzić do nieporównywalności złożonych ofert należy uznać za całkowicie niezasadny i pozbawiony jakiegokolwiek uzasadnienia. Przecież właśnie po to zamawiający określił szacunkowe ilości prac do wykonania i nakazał ich wycenę w formularzu ofertowym, aby każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia mógł złożyć swoją ofertę na takich samych warunkach i wycenił taką samą ilość usług.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zgodnie z pkt V ppkt 1.2 lit. c ii s.i.w.z. (sekcja III pkt 1.3 ppkt 2 Ogłoszenia o zamówieniu) zamawiający wprowadza warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności zawodowej: wykazanie się wykonaniem lub wykonywaniem usługi sprzątnięcia powierzchni utwardzonych i usługi utrzymania terenów zielonych w ramach jednej umowy, trwającej nie dłużej niż 2 lata w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, lub jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - na kwotę minimum oraz wielkości sprzątniętej powierzchni:

zadanie nr 1: na kwotę min. 1 000 000,00 zł brutto, miesięcznej wielkości utrzymywanych powierzchni utwardzonych min. 40 000 m<sup>2</sup>, rocznej wielkości utrzymywanych terenów zielonych min. 40 000 m<sup>2</sup>,

zadanie nr 2: na kwotę min. 2 500 000,00 zł brutto, miesięcznej wielkości utrzymywanych powierzchni utwardzonych min. 50 000 m<sup>2</sup>, rocznej wielkości utrzymywanych terenów zielonych min. 400 000 m<sup>2</sup>,

zadanie nr 3: na kwotę min. 3 000 000,00 zł brutto, miesięcznej wielkości utrzymywanych powierzchni utwardzonych min. 40 000 m<sup>2</sup>, rocznej wielkości utrzymywanych terenów zielonych min. 40 000 m<sup>2</sup>,

zadanie nr 4: na kwotę min. 2 000 000,00 zł brutto, miesięcznej wielkości utrzymywanych powierzchni utwardzonych min. 90 000 m<sup>2</sup>, rocznej wielkości utrzymywanych terenów zielonych min. 400 000 m<sup>2</sup>,

zadanie nr 5: na kwotę min. 1 000 000,00 zł brutto, miesięcznej wielkości utrzymywanych powierzchni utwardzonych min. 60 000 m<sup>2</sup>, rocznej wielkości utrzymywanych terenów zielonych min. 150 000 m<sup>2</sup>,

zadanie nr 6: na kwotę min. 1 800 000,00 zł brutto, miesięcznej wielkości utrzymywanych powierzchni utwardzonych min. 50 000 m<sup>2</sup>, rocznej wielkości utrzymywanych terenów zielonych min. 150 000 m<sup>2</sup>,

zadanie nr 7: na kwotę min. 1 000 000,00 zł brutto, miesięcznej wielkości utrzymywanych powierzchni utwardzonych min. 35 000 m<sup>2</sup>, rocznej wielkości utrzymywanych terenów zielonych min. 150 000 m<sup>2</sup>.

Zgodnie z pkt VI ppkt 7 lit. m s.i.w.z., w przypadku składania oferty na dwa lub więcej zadań (części), wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował albo realizuje co najmniej dwa lub więcej zamówień, adekwatnie do ilości oraz wielkości zadań (części), na które składa ofertę.

Jednocześnie w pkt III ppkt 7 s.i.w.z zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia. Pod pojęciem „kluczowe części zamówienia” rozumie się utrzymanie terenów utwardzonych w dni robocze, dwa razy w tygodniu (w przypadku zadania nr 1, dodatkowo, jako kluczową część zamówienia, włączono codzienne utrzymanie terenu utwardzonego Kościoła Garnizonowego).

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia stanowiącym zał. nr 4.1-4.7 do s.i.w.z., do usług stałych w przypadku poszczególnych części będą należeć:

w zadaniu nr 1:

I „Utrzymanie terenów utwardzonych”

- pkt 1 ppkt 1 częstotliwość wykonywania prac - 2 razy w tygodniu, tj. gwarantowana liczba - 104 dni w roku,

- pkt 1 ppkt 2 — częstotliwość wykonywania prac - 7 razy w tygodniu, tj. gwarantowana liczba - 365 dni w roku,

w zadaniu nr 2:

1 „Utrzymanie terenów utwardzonych”

- pkt 1 - częstotliwość wykonywania prac - 2 razy w tygodniu, tj. gwarantowana liczba 104 dni w roku,

w zadaniu nr 3:

1 „Utrzymanie terenów utwardzonych”

- pkt 1 częstotliwość wykonywania prac - 2 razy w tygodniu, tj. gwarantowana liczba 104 dni w roku,

w zadaniu nr 4:

1 „Utrzymanie terenów utwardzonych” pkt I - częstotliwość wykonywania prac - 2 razy w tygodniu, tj. gwarantowana liczba 104 dni w roku,

VII. Utrzymanie terenów utwardzonych w obiektach szkoleniowych, pkt VII pkt 1 ppkt

a) - częstotliwość wykonywania prac - 3 razy w tygodniu, tj. gwarantowana liczba

- 156 dni w roku

w zadaniu nr 5:

1 „Utrzymanie terenów utwardzonych” pkt I - częstotliwość wykonywania prac - 2 razy w tygodniu, tj. gwarantowana liczba 104 dni w roku,

w zadaniu nr 6:

1 „Utrzymanie terenów utwardzonych” pkt I częstotliwość wykonywania prac - 2 razy w tygodniu, tj. gwarantowana liczba 104 dni w roku,

w zadaniu nr 7:

1 „Utrzymanie terenów utwardzonych” pkt I - częstotliwość wykonywania prac - 2 razy w tygodniu, tj. gwarantowana liczba 104 dni w roku.

Wymienione powyżej czynności, zgodnie z postanowieniami art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy P.z.p., zostały także zastrzeżone przez zamawiającego jako kluczowe części zamówienia, co do których zachodzi obowiązek ich wykonania bezpośrednio przez wykonawcę (*vide*: rozdz. III pkt 7 s.i.w.z.). W stosunku do pozostałych pozycji opisu przedmiotu zamówienia, takich jak: utrzymanie terenów zielonych, klombów i rabat kwiatowych, trawników w okresie jesiennym, pielęgnacji żywopłotów, usuwania śniegu z dachów, usuwania sopli lodowych z rynien czy czyszczenia rynien, zamawiający użył określenia „do razy w roku”.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba uznała za niezasadną argumentację odwołującego, który żąda modyfikacji warunku udziału w postępowaniu w postaci obowiązku posiadania doświadczenia - pkt V ppkt 1.2 lit. c) i) s.i.w.z. - poprzez dopuszczenie możliwości wykazania się doświadczeniem uzyskanym w związku z realizacją kilku usług (zamówień), w tym także obejmujących osobno utrzymanie powierzchni utwardzonych i osobno powierzchni zielonych, o łącznej wartości wymaganej przez zamawiającego, przy jednoczesnej możliwości zsumowania ich wartości z trzech ostatnich lat przed datą składania ofert i rezygnacji z wymogu, by w ramach realizowanych usług (zamówień) utrzymywane były tereny o określonej powierzchni.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy P.z.p., o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

- 1) nie podlegają wykluczeniu;
- 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania.

W myśl ust. 1a, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Przepisy ustawy P.z.p. nie definiują pojęcia „warunki udziału w postępowaniu”. W następstwie zastosowania wykładni językowej należy stwierdzić, iż pod tym pojęciem należy rozumieć wszelkie okoliczności faktyczne lub prawne, od istnienia albo nieistnienia których uzależniona jest możliwość uczestniczenia wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Warunek posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenie należy do tzw. „warunków pozytywnych” rozumianych jako kwalifikacja podmiotowa wykonawcy dająca gwarancję należytego wykonania zamówienia publicznego.

Rolę i znaczenie warunków udziału w postępowaniu potwierdza w swoim orzecznictwie wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza. W uzasadnieniu do wyroku z dnia 19 maja 2011r. (sygn. akt KIO 978/11) Izba wskazała, że „(...) ustalenie warunków udziału w postępowaniu, w tym opisu oceny sposobu spełniania tych warunków jest jedną z

najważniejszych czynności zamawiających, którzy zobowiązani są do określenia tych warunków w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, by zarówno wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu jak i sami zamawiający dokonując oceny spełniania tych warunków mogli ją przeprowadzić na zasadzie zerojedynkowej (inaczej określanej jako zasada „spełnia – nie spełnia”). W oczywisty sposób warunki udziału w postępowaniu ustalone przez zamawiających i wymagane przez nich dokumenty, wpływają na krąg wykonawców, który może się ubiegać o zamówienie – zawężając go w mniejszym lub większym stopniu, co jest dopuszczalne w granicach wyznaczonych wymaganiami przepisu art. 22 ust. 4 (*aktualnie ust. 1a*) wskazującego na konieczność powiązania i proporcjonalności opisu sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków z przedmiotem zamówienia. Na zamawiających ciąży przy tym obowiązek zapewnienia by te warunki podmiotowe pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, nie naruszając przy tym zasady równego traktowania wykonawców czy zasady uczciwej konkurencji.”

Istotą przedmiotowego sporu jest istniejąca pomiędzy stronami rozbieżność, w jakim stopniu zakres wykazywanych przez wykonawcę usług ma pokrywać się z przedmiotem zamówienia, aby móc stwierdzić, że dany wykonawca posiada wiedzę i doświadczenie umożliwiające mu wykonanie zamawianej usługi. Ustawodawca określił, iż zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolnością zatem – w celu rozstrzygnięcia sporu – należy dokonać wykładni wskazanych określeń.

Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania.

Proporcjonalność warunków do przedmiotu zamówienia oznacza zatem, że mają one być adekwatne do osiągnięcia celu a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowego postępowania za niezasadne należy uznać zatem żądanie odwołującego, by zamawiający zrezygnował z wymogu wykazania realizacją usług na terenach o określonej powierzchni, ograniczając warunek wyłącznie do wartości zamówienia. Jak już wyżej wskazano, proporcjonalność warunku do przedmiotu zamówienia oznacza odniesienie warunku nie tylko do wartości zamówienia, ale i jego

charakterystyki i zakresu. Zamawiający – realizując obowiązek dokonania opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy P.z.p. – obowiązany był określić i wskazać powierzchnię terenu, na którym realizowane jest zamówienia. Zważywszy na rodzaj zamówienia, stwierdzić należy, iż powierzchnia terenu, na której realizowane będzie zamówienie, jest jednym z ważniejszych parametrów, jakie zamawiający obowiązany był uwzględnić w opisie przedmiotu zamówienia. Oczywistym jest zatem, że warunek udziału w postępowaniu odnosił się również do doświadczenia wykonawcy w wykonywaniu analogicznych usług na terenie o określonej powierzchni.

Podkreślenia przy tym wymaga, że zamawiający – konstruując sporny warunek udziału w postępowaniu – nie naruszył wskazanego w art. 22 ust. 1a *in finite* ustawy P.z.p. obowiązku określenia warunku jako minimalny poziom zdolności. Wymóg dotyczący wykazania się doświadczeniem w wykonywaniu usług o określonej powierzchni wskazuje, że określona w warunku powierzchnia stanowi jedynie kilkanaście procent powierzchni, na której wykonywany będzie przedmiot zamówienia.

Odnosząc się do żądania odwołującego, by zamawiający dopuścił możliwość wykazania się doświadczeniem uzyskanym w związku z realizacją kilku usług (zamówień), w tym także obejmujących osobno utrzymanie powierzchni utwardzonych i osobno powierzchni zielonych, o łącznej wartości wymaganej przez zamawiającego, przy jednoczesnej możliwości zsumowania ich wartości z trzech ostatnich lat przed datą składania ofert, Izba wskazuje, że żądanie to jest bezpodstawne.

Izba przyznała słuszność zamawiającemu, iż w rozpoznawanym przypadku nie ma możliwości uznania za doświadczonego wykonawcy, który realizował kilka (lub więcej) umów, których łączna wartość wynosi tyle, ile postawiony w postępowaniu warunek. Możliwość łączenia doświadczeń z kilku umów wynika u odwołującego z przekonania, iż połączone doświadczenia spełnią postawiony warunek. W rozpoznawanej sytuacji taka możliwość nie występuje. Zsumowanie doświadczeń nabytych z wykonania usług o niewielkiej wartości nie powoduje, że wykonawca nabył doświadczenie analogiczne do doświadczenia nabytego w związku z wykonywaniem usług o dużej wartości w ramach jednej umowy. Przeczy temu charakter przedmiotowych usług, które na jednym dużym obiekcie cechują się znacznie szerszym zakresem i stopniem skomplikowania. Podkreślić należy, że wykonywanie usług w ramach jednej umowy o większym zakresie i wartości to nie tylko zaangażowanie większego potencjału osobowego i technicznego, ale również konieczność zarządzania realizacją tego typu umowy, a zatem podejmowania wszelkiego rodzaju czynności związanych z planowaniem, logistyką, zarządzaniem kosztami itp., które

inaczej kształtują się w warunkach wykonywania jednej dużej umowy, a inaczej w warunkach umowy niewielkiej i nieskomplikowanej.

Stanowisko Izby potwierdza wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4 maja 2017 roku wydany w sprawie Esaprojekt, który w pkt. 87 stanowi, iż jeżeli możliwości powołania się na doświadczenie zdobyte przy większej liczbie zamówień nie wykluczono ani w ogłoszeniu o zamówieniu, ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, instytucja zamawiająca pod kontrolą właściwych sądów krajowych powinna sprawdzić, czy połączone doświadczenie z dwóch umów lub z większej ich liczby, zważywszy na charakter danych prac oraz na przedmiot i cele danego zamówienia, pozwala zapewnić jego prawidłowe wykonanie. Możliwość łączenia doświadczeń nie ma zatem charakteru kategoriowego, lecz zależy od charakteru wykonywanych prac, przedmiotu i celu zamówienia.

Powyższa argumentacja znajduje zastosowanie również w odniesieniu do żądania odwołującego w kwestii modyfikacji wymogu z pkt VI ppkt 7 lit. m s.i.w.z., poprzez wskazanie, że w przypadku składania oferty na dwa lub więcej zadań (części), wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował albo realizuje jedno lub więcej zamówień, adekwatnie do ilości oraz wielkości zadań (części), na które składa ofertę. Izba podziela stanowisko zamawiającego, wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którym wykonawca, który będzie się ubiegał o udzielenie zamówienia w zakresie większym niż jedna część, musi wykazać się również większym potencjałem niż ten, który składa ofertę tylko na jedną część, z uwagi na fakt, iż następnie może realizować zamówienie dla więcej niż jednej części.

Izba uznała za bezzasadny zarzut zaniechania podania w s.i.w.z. minimalnego, gwarantowanego zakresu zleczanych usług.

Izba co do zasady podziela stanowisko odwołującego, iż przedmiot zamówienia zamawiający obowiązany jest opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mające mieć wpływ na sporządzenie oferty. W ocenie Izby zamawiający nie naruszył wskazanej zasady.

W szczególności wskazać należy, iż żaden z przepisów ustawy P.z.p. nie zakazuje zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie maksymalnej ilości wykonania danego rodzaju usługi. Podstawą dokonania kalkulacji oferty powinna być wówczas wiedza i doświadczenie wykonawców składających oferty w postępowaniu. Ryzyko braku możliwości wskazania dokładnej ilości wykonania usługi obciąża wykonawcę przyjmującego zamówienie i jest to sytuacja dopuszczalna zarówno na gruncie przepisów

ustawy P.z.p., jak i Kodeksu cywilnego mającego zastosowanie do umów zawartych na podstawie przepisów ustawy P.z.p.

Zgodnie z art 353<sup>1</sup> K.c., strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. W przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający w sposób dyskrejonalny kształtuje większość *essentialiae* i *incidentalae negotii* przygotowując własną s.i.w.z. Z kolei wykonawca, przez złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z umowy w sprawie zamówienia.

Izba podziela stanowisko zamawiającego, iż w przedmiotowej sprawie precyzyjne wskazanie ilości wykonania danego rodzaju usługi nie jest możliwe, ponieważ jest to uzależnione przede wszystkim od warunków pogodowych. Zamawiający wskazał jednakże maksymalne ilości wykonania usług, bazując na własnym doświadczeniu. Na tej podstawie wykonawcy obowiązani są skalkulować ofertę, na podstawie wskazanych szacunków i również swojego doświadczenia. Jednocześnie Izba podkreśla, że podstawy kalkulacji oferty w ramach opisu przedmiotu zamówienia wskazane jako maksymalne krotności dotyczą wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, w związku z czym zarzut dotyczący ewentualnej nieporównywalności ofert należy uznać za nieuzasadniony.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....