

## **WYROK**

**z dnia 21 grudnia 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **P. B.** prowadząca działalność gospodarczą pod firmą **I.PAJA II FBS, ul. Świętojańska 30; 81-372 Gdynia**, **B. S.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **B. S. II FBS, ul. Marii Curie-Skłodowskiej 8C/3; 81-231 Gdynia** działający wspólnie w ramach spółki cywilnej pod nazwą **FBS s.c., ul. Śląska 53/B505; 81-304 Gdynia**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Piotrków Trybunalski, ul. Pasaż Karola Rudowskiego 10; 97-300 Piotrków Trybunalski**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Spółeczne Przedsiębiorstwo Usługowe Spn. S., Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spn. S., ul. Dworcowa 2, 66-470 Kostrzyn nad Odrą**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. Oddała odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: P. B. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą I.PAJA II FBS, ul. Świętojańska 30; 81-372 Gdynia, B. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą B. S. II FBS, ul. Marii Curie-Skłodowskiej 8C/3; 81-231 Gdynia działający wspólnie w ramach spółki cywilnej pod nazwą FBS s.c., ul. Śląska 53/B505; 81-304 Gdynia i:**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: P. B. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą I.PAJA II FBS, ul. Świętojańska 30; 81-372 Gdynia, B. S.**

prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **B. S. II FBS, ul. Marii Curie-Skłodowskiej 8C/3; 81-231 Gdynia** działający wspólnie w ramach spółki cywilnej pod nazwą **FBS s.c., ul. Śląska 53/B505; 81-304 Gdynia**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **P. B.** prowadząca działalność gospodarczą pod firmą **I.PAJA II FBS, ul. Świętojańska 30; 81-372 Gdynia**, **B. S.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **B. S. II FBS, ul. Marii Curie-Skłodowskiej 8C/3; 81-231 Gdynia** działający wspólnie w ramach spółki cywilnej pod nazwą **FBS s.c., ul. Śląska 53/B505; 81-304 Gdynia** na rzecz zamawiającego **Miasto Piotrków Trybunalski, ul. Pasaż Karola Rudowskiego 10; 97-300 Piotrków Trybunalski**, 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. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Piotrków Trybunalski, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Obsługa szaleków miejskich w Piotrkowie Trybunalskim i utrzymanie w sprawności eksploatacyjnej toalet samoobsługowych*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z dnia 9 listopada 2022 r., pod nr 2022/BZP 00432651.

Dnia 2 grudnia 2022 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 7 grudnia 2022 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: P. B., B. S. działający wspólnie w ramach spółki cywilnej pod nazwą FBS s.c. (dalej „*Odwołujący*”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy Społeczne Przedsiębiorstwo Usługowe Spn. S., Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spn. S., ul. Dworcowa 2, 66-470 Kostrzyn nad Odrą (dalej: „konsorcjum SPU lub wykonawca”) i przez to naruszenie dyspozycji wyrażonej w zasadzie, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu mimo, iż oferta tego wykonawcy winna zostać uznana za odrzuconą, albowiem wykonawca nie wykazał, że spełnił warunek wskazany w rozdziale VIII pkt 4) SWZ,
2. nieodrzućenie oferty złożonej przez konsorcjum SPU wskutek błędnego przyjęcia, że ww. wykonawca przedkładając referencje dla podmiotu Społeczne Przedsiębiorstwo Usługowe Spółdzielnia Socjalna na dwie odrębne umowy (dwie usługi), których wartość wynosiła ponad 52.000,00 zł każda spełnił warunek wskazany w rozdziale VIII pkt 4) SWZ.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum SPU, jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty konsorcjum SPU, jako oferty złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału postępowania,
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert celem wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 4) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania,

5) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przez Krajową Izbą Odwoławczą oraz dojazdu na rozprawę wg rachunków, przedłożonych na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ posiada wiedzę, doświadczenie i zdolności techniczne pozwalające mu na realizację przedmiotowego zamówienia. Na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów PZP odwołujący poniesie zatem szkodę, wynikającą z utraty możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, a w efekcie - utraty możliwości uzyskania przychodów z udzielonego zamówienia oraz utraty możliwości uzyskania referencji.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

#### Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Odwołujący wskazał, iż zamawiający określił w rozdziale VIII pkt 4) SWZ warunek zdolności technicznej lub zawodowej, dotyczącą doświadczenia wykonawcy w postaci: *„Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności gospodarczej jest krótszy, w tym okresie, należycie wykonał, a w przypadku Świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje,*

*co najmniej jedną usługę polegającą na bieżącym utrzymaniu szaleków ogólnodostępnych*

*tj. dostępnych dla każdego, trwająca w sposób ciągły co najmniej 1 rok, której roczna wartość wynosi nie mniej niż 100.000,00 zł brutto”.*

Wykonawca składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu oświadczył, że spełnia warunki postępowania, jednocześnie oświadczając, że nie podlega wykluczeniu z postępowania. Wykonawca na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu przedłożył wykaz usług - załącznik nr 7 w którym wskazał, że wykonał na rzecz Zakładu Usług Komunalnych w Szczecinie usługę o wartości 106.740,00 zł, przedmiot zamówienia obsługa ogólnodostępnych toalet publicznych, czas realizacji 01.2021-12.2021 r. Jako potwierdzenie należytego wykonania ww. usług wykonawca przedłożył referencje z dnia 28.02.2022 r. wystawione przez Zakład Usług Komunalnych w Szczecinie, z których wynika, że wykonawca Społeczne Przedsiębiorstwo Usługowe Spółdzielnia Socjalna, ul. Dworcowa 2, 66-470 Kostrzyn nad Odrą, na podstawie:

1) Umowy nr CRU/WGOiS/61/2021 z dnia 31.12.2020 r. wykonał zadanie pn.: *„Kompleksowa obsługa szaletu publicznego przy Bramie Głównej Cmentarza Centralnego i Kaplicy Głównej Cmentarza Centralnego w Szczecinie”*. Termin realizacji umowy: od dnia 01 stycznia 2021 r. do dnia 31 grudnia 2021 r. Wartość wykonanych usług: 53 976,00 brutto,

2) Umowy nr CRU/WGOiS/62/2021 z dnia 31.12.2020 r. wykonał zadanie pn.: *„Kompleksowa obsługa szaletu publicznego przy ul. Miodowej w Szczecinie”*. Termin realizacji umowy: od dnia 01 stycznia 2021 r. do dnia 31 grudnia 2021 r. Wartość wykonanych usług: 52 764,00 brutto.

Z powyższego wynika, że wykonawca wykonał dwie usługi o wartości każdej ponad 52 000 złotych. W ocenie odwołującego wykonawca nie spełnił warunku określonego przez zamawiającego, bowiem nie wykazał, że wykonał co najmniej jedną usługę o wartości nie mniejszej niż 100.000,00 zł. Wykonanie dwóch usług na wartości ponad 52.000,00 zł, których łączna wartość wynosi ponad 100.000,00 zł w ocenie odwołującego nie jest spełnieniem określonego przez zamawiającego warunku zdolności technicznej lub zawodowej, dotyczącej doświadczenia wykonawcy.

W świetle powyższego zamawiający powinien był na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp, odrzucić ofertę wykonawcy jako ofertę złożoną przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, iż określił w SWZ, że wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaze, że w okresie ostatnich trzech 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 również wykonuje, co najmniej jedną usługę, polegającą na bieżącym utrzymaniu szaleatów ogólnodostępnych, tj. dostępnych dla każdego, trwającą w sposób ciągły co najmniej 1 rok, której roczna wartość wynosi nie mniej niż 100 000,00 zł brutto.

Przystępujący wskazał w wykazie załączonym do oferty (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do SWZ) jedną usługę określoną jako „*Obsługa ogólnodostępnych toalet publicznych*”

u jednego zamawiającego (Zakład Usług Komunalnych). Jako referencje załączył jedno pismo tego zamawiającego, który potwierdził wykonanie tej usługi w ramach dwóch równocześnie wykonywanych umów. Odwołujący kwestionuje wykazanie spełnienia przedmiotowego warunku przez przystępującego wskazując, że jeżeli mamy do czynienia z dwoma umowami, to nie można mówić o jednej usłudze. Ze stanowiskiem takim nie sposób się zgodzić. Zamawiający celowo nie użył sformułowania „*na podstawie jednej umowy*”, a „*jedna usługa*”, albowiem dla wymogu doświadczenia całkowicie indyferentne jest to, czy dane usługi były wykonywane na podstawie dwóch równoległe zawartych umów, czy też jednej;

a wprowadzenie wymogu wykonywania usługi na podstawie jednej umowy prowadziłoby do niepotrzebnego ograniczenia konkurencji. Zamawiający w niniejszym postępowaniu teoretycznie także mógłby podzielić niniejsze zamówienie na części obejmujące utrzymanie poszczególnych szaletów i wtedy także mielibyśmy do czynienia z podpisaniem nie jednej, a kilku umów. Najważniejsze jest to, że ponad wszelką wątpliwość mamy do czynienia z jedną taką samą usługą: spełniona jest zarówno tożsamość podmiotowa (te same strony), jak

i przedmiotowa usługi (te same usługi), a nawet i tożsamość czasowa (od 1 stycznia do 31 grudnia 2021 r.) oraz miejscowa (miasto Szczecin, przy czym mamy do czynienia z różnymi szaletami, tak jak i w przypadku zamówienia będącego przedmiotem odwołania, które dotyczy różnych szaletów na terenie Piotrkowa Trybunalskiego).

Przedstawiony sposób rozumowania znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, czego przykładem może być np. orzeczenie z 24 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1448/21, gdzie wyraźnie rozróżniono pomiędzy zamówieniem, a umowami przyjmując,

że zamawiający może przyjąć, że ma do czynienia z jednym zamówieniem, pomimo zawarcia odrębnych umów, cyt. „*Zamawiający wymagał wykazania się co najmniej jednym zamówieniem (...) jednak nie sprecyzował określenia „zamówienie”, nie podał sposobu jego rozumienia na potrzeby stawianego warunku udziału w postępowaniu, (...) jak również, że referencyjne zamówienie ma być wykonane w ramach jednej umowy. W związku z tym z SIWZ nie wynika zakaz powołania się na zamówienie zrealizowane na rzecz tego samego odbiorcy w tym samym czasie na podstawie dwóch umów. Zauważenia przy tym wymaga, iż w reżimie zamówień publicznych częstą praktyką jest podział zamówienia na części, w wyniku których zawierane są odrębne umowy. (...) należy przyjąć, że mimo zawarcia odrębnych umów, zważywszy na specyfikę przedmiotu zamówienia, chodziło o jedno*

*zamówienie podzielone formalnie na części. (...). Okoliczność zatem, iż formalnie zostały zawarte dwie umowy i w konsekwencji zostały sporządzone odrębne protokoły odbioru ich przedmiotu, (...) nie może, jak tego oczekuje Odwołujący, wskazywać na brak spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego w zakresie zdobytego przez tego wykonawcę doświadczenia. Cel postawienia warunku, tj. wykazanie się wykonawcy określonymi w nim umiejętnościami został osiągnięty”.*

Najistotniejsza jest więc ocena zamawiającego, czy cel postawienia warunku tj. wykazanie się wykonawcy określonymi umiejętnościami został spełniony. A w tej sprawie zamawiający na podstawie przekazanych referencji tak właśnie przyjął.

Z najdalej idącej ostrożności zamawiający wskazał, że nawet w przypadku gdyby Izba uznała konieczność powtórzenia czynności badania i oceny ofert, to nie można domagać się – tak jak czyni to odwołujący we wniosku 2 odwołania - nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty przystępującego, albowiem zamawiający musiałby przy tej powtarzanej czynności ponownie wezwać tego wykonawcę, który miałby jeszcze możliwość wykazania posiadania stosownego doświadczenia poprzez przedstawienie innej umowy wraz z referencjami.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Na wstępie Izba wskazuje, że zarzut odwołania dotyczący odrzucenia oferty wykonawcy przystępującego jest zarzutem, który niesie za sobą najdalej idące konsekwencje dla wykonawcy. Jednakże należy mieć na uwadze, czego odwołujący nie dostrzegł, iż przepisy ustawy Pzp, przed czynnością odrzucenia oferty wykonawcy, który nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu, dają możliwość konwalidacji błędów jakie mogły znaleźć się w czynnościach wykonawcy. Zgodnie bowiem z przepisem art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie (...).

Odwołujący w treści odwołania nie postawił zarzutu zaniechania wykonania czynności przez zamawiającego, dlatego też Izba, pozostając w granicach zarzutów odwołania (art. 555 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu), nawet w przypadku stwierdzenia wadliwości złożonego przez przystępującego wykazu usług, zmuszona byłaby do oddalenia odwołania, albowiem odwołujący nie postawił zarzutu zaniechania wezwania przystępującego przez zamawiającego do poprawienia lub uzupełnienia złożonego wykazu, a zarzut jaki postawił odwołujący jest zarzutem najdalej idącym, tj. takim, który winien dotyczyć czynności zamawiającego, która obejmowała również wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednakże oceniając prawidłowość czynności zamawiającego w postępowaniu, Izba wzięła pod uwagę literalną treść warunku opisanego przez zamawiającego w korelacji z faktycznym zakresem wykonanej przez przystępującego referencyjnej usługi. Zamawiający żądał od wykonawców potwierdzenia, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności gospodarczej jest krótszy, w tym okresie, należycie wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, co najmniej jedną usługę polegającą na bieżącym utrzymaniu szaleatów ogólnodostępnych tj. dostępnych dla każdego, trwająca w sposób ciągły co najmniej 1 rok, której roczna wartość wynosi nie mniej niż 100.000,00 zł brutto.

Nie ulega wątpliwości, iż referencyjna usługa była wykonywana w okresie ostatnich trzech lat i była wykonywana w sposób należyty (dowód: referencje).

W zakresie będącym przedmiotem zarzutu odwołania Izba stwierdziła, że zamawiający w treści warunku nie odwoływał się do liczby umów zawartych w ramach przedmiotu zlecenia, ale wskazał, iż ocena zdobytego doświadczenia będzie odbywała się w zakresie przedmiotu usługi (co najmniej jedna usługa polegająca na bieżącym utrzymaniu szaleatów ogólnodostępnych, tj. dostępnych dla każdego), która miała być zrealizowana w sposób ciągły przez co najmniej 1 rok (dowód: wykaz usług, referencje, usługa świadczona od 1 stycznia do 31 grudnia 2021 roku), a wartość tej usługi (nie jak twierdzi odwołujący – umowy), powinna wynosić nie mniej niż 100 000,00 zł brutto (dowód: referencje, wykaz usług).

Okoliczność, iż przedmiotowo jedna usługa, polegająca na bieżącym utrzymaniu szaleatów ogólnodostępnych, tj. dostępnych dla każdego, była wykonywana na podstawie odrębnych umów (dwóch), przy zachowaniu tożsamości podmiotowej zamawiającego i okresu świadczenia, pozostaje irrelevantne dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. 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.

Dlatego też przyjąć należało, że przystępujący zrealizował jedno zamówienie (rodzajowo tożsame), które technicznie wykonywane było na podstawie dwóch umów, którego wartość przekraczała minimum ustalone przez zamawiającego, tj. minimum 100 000,00 zł. Tak wykazane doświadczenie, realizuje postulat proporcjonalności doświadczenia wykonawcy względem przedmiotu zamówienia będącego celem prowadzonego postępowania.



Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 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. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....