

WEZWANIE DO PRZYSTĄPIENIA

Uczestnicy postępowania przetargowego nr SZ/ZP/5/2019

„Świadczenie usług w zakresie utrzymania czystości na Stadionie im. E. Pohla w Zabrzu – Arena Zabrze i w obiektach administrowanych przez Stadion w Zabrzu Sp. z o.o.

Ogłoszenie DUUE nr 2019/S 060-139236

Zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2018 poz. 1986) informujemy, że w dniu 05.04.2019r. (pismo przesłane e-malem) do Zamawiającego wpłynęło odwołanie dotyczące zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia i treści ogłoszenia w ww. postępowaniu.

Odwołanie złożone przez:

**DGP Clean Partner Sp. z o.o.
Ul. Najświętszej Marii Panny 5e
59-220 Legnica**

Kopia treści odwołania w załączeniu do niniejszego pisma.

Niniejszym Zamawiający wzywa Wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Wykonawcy mogą przystąpić do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni licząc od dnia ukazania się niniejszej informacji (tj. 08.04.2019r) wskazując stronę, do której przystępują.

Zgłoszenie przystąpienia należy we wskazanym terminie dołączyć do Prezesa KIO w formie pisemnej lub elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym, a jego kopię należy przesłać Zamawiającemu i Wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Prezes Zarządu

Tadeusz Dębicki

Warszawa, dnia 5 kwietnia 2019 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Stadion w Zabrzu Sp. z o.o.
ul. F. Roosevelta 81, 41-800Zabrze
tel.: +48 324386300
e-mail: przetargi@arena-zabrze.pl

Odwołujący:

DGP Clean Partner Sp. z o.o.
ul. Najświętszej Marii Panny 5e
59-220 Legnica
tel.: 76 856 76 00
fax: 76 856 76 09
e-mail: i.januszewska@dozorbud.pl

Dotyczy: *postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonym na: „Świadczenie usług w zakresie utrzymania czystości na Stadionie im. Ernesta Pohla w Zabrzu – Arena Zabrze i w obiektach administrowanych przez „Stadion w Zabrzu” Sp. z o.o.”, o wartości zamówienia przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, Numer referencyjny: SZ/ZP/5/2019*

Ogłoszenie o zamówieniu: opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem **2019/S 060-139236** w dniu 26 marca 2019 r.

ODWOŁANIE

Działający w imieniu DGP Clean Partner sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) jako pełnomocnik, na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn.zm.; dalej: „Pzp”), art. 180 ust. 1 Pzp, art. 182 ust. 2 pkt 1 niniejszym wnoszę odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w wyżej wymienionym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegających na: określeniu warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. od treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) w postępowaniu o udzielenie powyższego zamówienia publicznego.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego **zarzucam naruszenie:**

- 1) naruszenie art. 22 ust. 1a i ustęp 1b pkt 3 ustawy Pzp, art. 22d ust. 1 Pzp w zw. z art. 91 ust.1 Pzp i art. 2 pkt 5 Pzp oraz w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp - przez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy w sposób nieprzejrzysty, niejednoznaczny i ograniczający konkurencję, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia oraz niezapewniający realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, natomiast w sposób ograniczający konkurencję, a to przez postawienie warunku, aby wykonawca, którzy ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego wykazali: *„wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie wykonał **minimum 5 usług sprzątania i utrzymania czystości na stadionie na którym odbywały się***

imprezy masowe, nie mniejszym niż 30 000 m2 przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy.

podczas, gdy dla należytej realizacji zamówienia nie jest konieczne wykazanie się doświadczeniem w ww. zakresie;

- za wystarczające, tj. wyrażające minimalny poziom zdolności do należytego wykonania zamówienia, należy uznać wykazanie się doświadczeniem, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: *„wykaże się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie wykonał minimum 2 usługami sprzątnia i utrzymania czystości na hali widowiskowo-sportowej na której odbywały się imprezy masowe o powierzchni pow. 30 000 m2 przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy.*”

- bowiem postawienie wymogu, aby usługa polegająca na utrzymaniu czystości odnosiła się do wyłącznie do stadionów, jak i by Wykonawca musiał wykazać się aż 5 takimi usługami, podczas gdy na chwilę obecną jest w Polsce tylko 9 takich stadionów, jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz przekracza wymagane minimalne poziomy zdolności – wykonawcy, którzy wykonali/wykonują usługę na hali widowisko -sportowej i wykonał minimum dwie takie usługi, w równym stopniu dają gwarancję należytego wykonania zamówienia, co wykonawcy mogący wykazać się usługą określoną we wskazanym w SIWZ warunku udziału postępowaniu; powyższe w konsekwencji prowadzi do nieuzasadnionego dobrem postępowania ograniczenia wykonawcom dostępu do zamówienia.

Wskazując na powyższe zarzuty, **wnoszę o:**

1. uwzględnienie odwołania w całości,
 2. nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ/ogłoszenia poprzez:
 - a) wprowadzenie do punktu 11.1 SIWZ warunku udziału w postępowaniu jako wystarczającego tj. wyrażającego minimalny poziom zdolności do należytego wykonania zamówienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej o treści:

„Zamawiający uzna, iż Wykonawca spełnia ten warunek, jeżeli wykaże się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie wykonał minimum 2 usługami sprzątnia i utrzymania czystości na hali widowiskowo-sportowej na której odbywały się imprezy masowe o powierzchni pow. 30 000 m2 przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy”.
 - b) dokonanie stosownej modyfikacji postanowień SIWZ będącej konsekwencją uwzględnienia wniosku powyżej,
- ponadto wnoszę o:
- c) obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Termin:

Stosownie do przepisu art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 marca 2019 r.. Mając powyższe na uwadze termin na wniesienie odwołania upływa w dniu 5 kwietnia 2019r.. Niniejsze odwołanie jest wnoszone w dniu 5 kwietnia 2019 r., co oznacza, iż Odwołujący uczynił zadość wymaganiom określonym w art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Interes prawny:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Zgodnie z powyższym, aby wykonawca był legitymowany do wniesienia środków ochrony prawnej muszą łącznie wystąpić dwie przesłanki materialno-prawne wskazane w ww. przepisie:

- wykonawca musi posiadać interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz
- wykonawca poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ jest przedsiębiorcą w zakresie będącym przedmiotem niniejszego postępowania. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia, zaś sformułowane przez Zamawiającego niezgodnie z prawem treść ogłoszenia i specyfikacji, uniemożliwia Odwołującemu skuteczne ubieganie się o udzielenie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci nieuzyskania niniejszego zamówienia, a tym samym nieosiągnięcia spodziewanego zysku z jego realizacji. Zgodnie z przyjętym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przed otwarciem ofert, każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia, co do zasady, posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Jak wskazano m.in. w:

- wyroku KIO z dnia 22 lutego 2012 r. (sygn. akt KIO 282/12): *„Na etapie postępowania, przed otwarciem ofert, krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie lub wykonawcy mogącego wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Nie można na tym etapie oceniać interesu wykonawców bądź możliwości poniesienia szkody w kontekście zdarzenia przyszłego i niepewnego, jakim jest złożenie oferty w postępowaniu czy też wybór oferty najkorzystniejszej. Prowadziłoby to w każdym przypadku do niezasadnego ograniczenia prawa wnoszenia środków ochrony prawnej”.*
- wyroku KIO z dnia 1 kwietnia 2014 r. (sygn. akt: KIO 527/14, wraz z cytowanym tam orzecznictwem): *„Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz, przyjmując należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia jakiego typu warunki udziału w postępowaniu spełnia oraz w jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum (...)). Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może*

ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia). Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz'.

- Wyroki KIO z dnia 31 lipca 2015 r. lex 1771700 w odwołaniu od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ, które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami ustawy oferty.

Tym samym krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Wobec powyższego, w związku z naruszeniem przez Zamawiającego przywołanych przepisów Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, albowiem nieprawidłowe sformułowanie postanowień SIWZ i postanowień ogłoszenia o zamówieniu będzie utrudniało mu dostęp do zamówienia. Zamawiający zobowiązany jest dokonać wyboru oferty zgodnej z SIWZ, wobec czego winien zadbać o to, aby warunki określone w tym dokumencie odpowiadały przepisom prawa. Jednocześnie szkoda, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, może mieć charakter nie tylko bezpośredni, ale również hipotetyczny. W pierwszym przypadku wykonawca traci bezpośrednio możliwość otrzymania zamówienia, w drugim szansę na jego uzyskanie.

Uzasadnienie

Przedmiotem zamówienia jest:

1. kompleksowe, codzienne utrzymanie czystości na stadionie oraz terenach zewnętrznych w tym na trybunach, w częściach biurowo-komercyjnych, pomieszczeniach technicznych.
2. utrzymanie czystości na stadionie oraz terenach zewnętrznych, trybunach, klubie biznesowym, łóżach, sanitariatach oraz drogach komunikacji związane z organizacją imprezy masowej.
3. utrzymanie terenów zielonych (koszenie, nawadnianie w razie potrzeby).
4. usuwanie oblodzeń oraz odśnieżanie obiektu i terenów przyległych.

Zgodnie z art. 22 ust.1a ustawy Pzp 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 zdolności. Dokonując opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału Zamawiający, w granicach zakreślonych przez wyżej cytowany art. 22 ust. 1a Pzp, definiuje cechy podmiotu (właściwości wykonawcy), jakie są niezbędne do uznania, że daje gwarancję wiarygodności. Warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1a Pzp, oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają bowiem na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia.

Za taką wykładnią przemawia redakcja przepisu art. 22 ust. 1a Pzp, a także cel, dla którego został on wprowadzony. W art. 22 Pzp ustawodawca określił jakiego rodzaju warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinien spełnić wykonawca zainteresowany udziałem w postępowaniu. „*Sama idea warunków udziału związana jest ze sprawdzeniem wiarygodności wykonawcy do ewentualnego wykonania zamówienia. W świetle przepisów art. 22 Pzp wykonawca powinien wykazać się posiadaniem uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy wymagają ich posiadania; doświadczenia i wiedzy w zakresie objętym postępowaniem;*

potencjału technicznego oraz kadrowego wreszcie sytuacją ekonomiczną i finansową, pozwalającą na wykonanie zadania. Warunki zawarte w art. 22 Pzp są określane w judykaturze oraz doktrynie prawnej mianem pozytywnych, ponieważ z ich spełnieniem wiąże się możliwość udziału w postępowaniu. Jednocześnie z uwagi na ogólnikowe określenie warunków w art. 22 Pzp, Zamawiający przygotowując postępowania konkretyzuje je w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ" (por., radca prawny Paweł Banasik, <http://www.zamowienia-publiczne.lex.pl/czytaj/-/artykul/zamawiajacy-moze-okreslic-warunki-udzialu-odrebnie-dla-kazdej-z-czesci-postepowania>, wyrok KIO 1240/15).

Wymóg zachowania proporcjonalności opisu w stosunku do przedmiotu zamówienia oznacza zakaz formułowania przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu nieproporcjonalnych do oceny możliwości należytej realizacji zamówienia w okolicznościach danego postępowania. Opis warunków udziału w postępowaniu zależy od rodzaju prowadzonego postępowania, stopnia jego złożoności, zakresu wymaganych wiadomości, pożądanych umiejętności specjalnych, czy też rozmiaru udzielanego zamówienia.

Jednocześnie pamiętać należy, iż przepis art. 22 ust. 1a Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek takiego kształtowania warunków, aby nie dyskryminować podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia poprzez wprowadzanie warunków nadmiernych. Ocenę zasadności takiego warunku i jego zgodności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców należy zatem rozpatrywać w kontekście jego adekwatności do przedmiotu zamówienia, tj. warunek musi zagwarantować należyte wykonanie zamówienia, przy jednoczesnym zachowaniu niedyskryminującego charakteru. Dlatego też, Zamawiający powinien mieć na celu ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia, a ponadto nie może doprowadzić do faworyzowania jednych a tym samym dyskryminacji innych wykonawców.

Wobec powyższego, konieczne jest zapewnienia równowagi między interesem Zamawiającego polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można z góry eliminować z udziału w postępowaniu poprzez wprowadzanie nadmiernych i nieadekwatnych wymagań. W podobnym tonie wypowiada się Sąd Okręgowy w Świdnicy w wyroku z dnia 20 grudnia 2005 r., sygn. akt: Ca 584/05.

Zamawiający jako gospodarz prowadzonego przez siebie postępowania, w celu zabezpieczenia prawidłowego jego przebiegu, zobowiązany jest, aby wymagać od potencjalnych wykonawców, starających się o udzielenie zamówienia publicznego spełnienia takich warunków udziału w postępowaniu, które będą adekwatne do tego przedmiotu. Sformułowanie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu wymaga wyważenia z jednej strony uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, z jednoczesnym umożliwieniem stosunkowo szerokiej grupie wykonawców dostępu do tego zamówienia. Postawiony warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych ma być bowiem miernikiem, wskazującym, że wykonawca, który w swej przeszłości zawodowej wykonywał określone zadania, zbliżone zakresem, charakterystyką do tego, które jest przedmiotem zamówienia wykona je w sposób prawidłowy. Nie oznacza to przy tym, że te zadania mają być tożsame, identyczne z przedmiotem zamówienia. Istotne jest, aby były one reprezentatywne do potwierdzenia zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, by obejmowały one te elementy, które są istotne z perspektywy ustalenia, że wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie.

Dlatego też Wykonawca nie kwestionuje konieczności wykazania się doświadczeniem i wiedzą w świadczeniu usług utrzymania czystości, lecz dodatkowe scharakteryzowanie tej usługi jako świadczonej jedynie w odniesieniu do stadionów jak również konieczność wykazania się aż 5 takimi usługami w sytuacji gdy w Polsce funkcjonuje w chwili obecnej tylko 9 takich stadionów, stanowi naruszenie konkurencyjnych reguł postępowania.

Postawienie zbyt wygórowanych wymagań w zakresie warunków udziału w postępowaniu, a tym samym wymagań przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu sprzeciwia się narzuconemu przez przepisy Pzp obowiązkowi Zamawiającego rzetelnego badania zdolności wykonawców do realizacji danego zamówienia.

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej potwierdza powyższe konstatacje, i tak warto wskazać na wyrok z dnia 2 lutego 2015 r. o sygnaturze akt: KIO 61/15, gdzie Izba wskazała, że „*opisane przez Zamawiającego w treści SIWZ warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia służą wyłonieniu grona wykonawców, którzy poprzez wykazanie ich spełnienia mają potwierdzić, że ich kondycja, potencjał i zdolności gwarantują należyte wykonanie zamówienia. W przypadku, gdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia nie podola obowiązkowi wykazania spełnienia tych warunków, Zamawiający, zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, jest zobligowany do wykluczenia takiego wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia*”.

Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonej w wyroku z dnia 15 kwietnia 2016 r. sygn. akt KIO 476/16 *aby ustalić czy określone działania podejmowane przez zamawiającego nie naruszają zasady proporcjonalności konieczne jest określenie celu, jaki zamawiający zamierza osiągnąć podejmując określone czynności. W przypadku opisu sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu cel został określony w art. 22 ust. 5 p.z.p., w którym wskazano, iż opis sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu ma służyć zweryfikowaniu zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Oznacza to, że opis warunków udziału w postępowaniu winien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia.*

Kolejny wyrok KIO, który należy przywołać to wyrok z dnia 12 stycznia 2018 roku o sygnaturze KIO 2737/17, w którym Izba wskazała cyt: „*Przez proporcjonalność warunku w stosunku do przedmiotu zamówienia należy rozumieć zachowanie właściwej proporcji, brak nadmierności. Biorąc pod uwagę dorobek orzecznictwa TSUE można powiedzieć, że ocena, czy ustalony warunek udziału w postępowaniu nie jest nadmierny wymaga tzw. testu proporcjonalności, czyli wykazania, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu.*”

W niniejszym postępowaniu Zamawiający zamawia usługę utrzymania czystości w należących do niego obiektach. Na uwagę zasługuje fakt, iż zamawiający opisują warunek udziału w postępowaniu posłużyć się szeregiem parametrów określających, precyzujących rodzaju usługi, oraz określając wymagania w zakresie wartości usługi. Jednym słowem wiele różnych parametrów, zmiennych bardzo szczegółowo okresowych składa się na jeden warunek udziału w postępowaniu. Brak jest uzasadnienia dla uznania, że zamówienie to zostanie należyte wykonane, w przypadku oferty składanej wyłącznie przez wykonawcę, który posiada doświadczenie w sprzątnięciu stadionów o pow. odpowiednio 30 000 m².

Określenie wymaganego doświadczenia na poziomie zaproponowanego przez Wykonawcę prognozy powierzchni, należy uznać za nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, ponieważ nie ma powodu, aby Zamawiający preferował taki właśnie poziom. Celem warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej jest zweryfikowanie doświadczenia wykonawcy pod kątem, czy doświadczenie to pozwoli na należyte wykonanie zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że świadczenie usługi na terenie hali widowiskowo-sportowej jest wystarczające do uzyskania przez Zamawiającego pewności, że wykonawca z takim doświadczeniem prawidłowo wykonana zamawianą usługę. Nadto ze specyfiki przedmiotowego zamówienia nie wynika, dlaczego akurat świadczenie usługi wyłącznie w odniesieniu do stadionów ma być miernikiem doświadczenia odpowiedniego do wykonania zamówienia.

Wymóg doświadczenia w realizacji 5 usług polegających na realizacji usługi na stadionie o pow. minimum odpowiednio 30 000 m², z jednej strony nie gwarantuje Zamawiającemu wyboru wykonawcy świadczącego usługi wyższej jakości, niż wykonawca posiadający doświadczenie w realizacji usługi na analogicznej o powierzchni ale w odniesieniu do hali widowiskowo- sportowej, z drugiej zaś prowadzi do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji, gdyż bez żadnego uzasadnienia jest nazbyt wygórowany.

Co istotne, wiedza i doświadczenia jakie wykonawca nabywa w realizacji usługi polegającej na utrzymaniu czystości hali widowisko -sportowej o pow. nie mniejszej niż 30 000 m², w żaden sposób nie odbiega od wiedzy i doświadczenia nabytego przez wykonawcę posiadającego doświadczenie w utrzymaniu czystości stadionu powierzchni 30 000 m². W szczególności wskazać należy, że zakres czynności objętych zamówieniem na tego rodzaju usługi, wiedza wykonawcy w zakresie przepisów prawa i norm rządzących realizacją takiej usługi, sposób jej wykonywania, know-how co do doboru środków, zastosowania i obsługi urządzeń, wdrożenia właściwych metod kontroli i nadzoru, w każdym z tych obiektów będzie taki sam.

Uzasadniając powyższe twierdzenie należy podnieść, iż:

1. powierzchnie podlegające kompleksowemu, codziennemu utrzymaniu czystości na stadionie oraz terenach zewnętrznych w tym na trybunach, w częściach biurowo-komercyjnych, pomieszczeniach technicznych z punktu widzenia stosowanych technologii i technik wykonywanej usługi nie różni się od obsługi obiektów spełniających tę samą funkcję – obiekt sportowy i rekreacyjny przeznaczony do użytkowania podczas imprez masowych tj. stadion i hala widowiskowo-sportowa. Zakres wykonywanych prac jest praktycznie tożsamy np. usługi odśnieżania, usługi usuwania oblodzenia, usługi sprząwania.
2. Maszyny i urządzenia sprząające oraz sprzęt ręczny spełniają wymagania do stosowania w środowisku ich użytkowania, niezależnie od rodzaju obsługiwanych powierzchni i obiektów np. poniżej wymienione urządzenia przy odpowiednim doborze parametrów są stosowane spełniają wymagania występujące w obiektach sportowych, do których należą między innymi:
 - a. Do obsługi powierzchni wewnętrznych
 - Automaty szorująco-zbierające
 - Szorowarki jednotarczowe
 - Parownice
 - Myjki wysokociśnieniowe/średnociśnieniowe
 - Odkurzacze do pracy na sucho i mokro itp.
 - b. Do obsługi terenów zewnętrznych
 - Zamiatarki mechaniczne
 - Kosiarki
 - Jednostka napędowa do zamocowania szczotki do zamiatania i odrzucania śniegu
 - Samochód dostawczy do 3,5 tony do wywożenia śmieci, trawy, śniegu itp.,
 - Dmuchawa do liści
 - Odkurzacz do liści itp.
3. Preparaty chemiczne służące do utrzymania czystości na stadionie oraz terenach zewnętrznych, trybunach, klubie biznesowym, Iozach, sanitariatach oraz drogach komunikacji spełniają wymagania i są dostosowane do obiektów sportowych. Z takich też korzysta Odwołujący w innych obsługiwanych przez nas o podobnym profilu użytkowania np. hal sportowych, trybunach, łozach itp. Dotyczy to między innymi antypoślizgowości, warunków proekologicznych.

4. Techniki sprzątania są tożsame w obiektach podobnego typu (stadiony, hale widowiskowo-sportowe).
5. Organizacja pracy, sposób przygotowania się i nadzór nad wykonaniem usługi związane z organizacją imprezy masowej są jednakowe z punktu widzenia algorytmu postępowania. Tym bardziej iż Odwołujący posiada doświadczenie w prowadzeniu takich imprez masowych.
6. Nadzór nad wykonywaną usługą jest taki sam z punktu widzenia obsługiwanych powierzchni, pomieszczeń i terenu.
7. Personel – szkolenia personelu w zakresie wykonywanej usługi, bezpieczeństwa (w tym antyterrorystycznego i przeciw pożarowego), topografii terenu itp. są wymagane i realizowane w tożsamym zakresie przy wykonaniu usługi w halach widowiskowo-sportowych i stadionach.
8. Wymagania prawne nie różnicują sposobu wykonania usługi pomiędzy różnymi obiektami spełniającymi tożsame funkcje np. w obiektach sportowych. Dotyczy to preparatów chemicznych, wykorzystywanego sprzętu i wymagań co do personelu wykonującego usługę.

Podsumowując doświadczenie, technologia i techniki utrzymania czystości w założeniach nie różnią się podczas wykonywania usługi porządkowej przy obsłudze obiektu stadionowego i hali widowiskowo-sportowej ze względu na:

- spełnianą funkcję,
- wielkość obiektów,
- zastosowane technologie i sprzęt,
- wymagania prawne i organizacyjne w tym szkolenia i doświadczenie (wiedzę).

Reasumując wykonawca, który posiada doświadczeniem w realizacji usług lecz o nieco mniejszej niż wymagana przez Zamawiającego powierzchni, nie będzie miał możliwości złożenia oferty. Takie działanie stanowi ze strony zamawiającego przykład nadmiernego formalizmu, zmierzający do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji i naruszenia zasady proporcjonalności. Zwłaszcza, iż przedmiotem zamówienia są usług sprzątania, które nie należą do usług twórczych czy też innowacyjnych. Usługi utrzymania czystości zalicza się do usług typowych o ustalonym standardzie jakości, powtarzalnych.

W konsekwencji, warunek dotyczący zdolności zawodowej nie spełnia swej podstawowej funkcji, którą jest ocena rzeczywistej zdolności (potencjału) wykonawcy do realizacji zamówienia, gdyż potencjał ten posiadają również wykonawcy z opisanym wyżej, odmiennym doświadczeniem.

W tym miejscu przywołać należy stanowisko prezentowane przez Krajową Izbę Odwoławczą. Izba w wyroku z dnia 23 września 2015r., sygn. akt KIO 1988/15 wyraziła pogląd, iż: *„(...) to Zamawiający jest gospodarzem prowadzonego przez siebie postępowania, w związku z czym, dla zabezpieczenia prawidłowego jego przebiegu, zobowiązany jest do wymagania od potencjalnych wykonawców, starających się o udzielenie zamówienia publicznego spełnienia takich warunków udziału w postępowaniu, które będą adekwatne do tego przedmiotu, ale z zapewnieniem konkurencyjnych reguł postępowania. Sformułowanie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu wymaga wyważenia z jednej strony uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, z jednoczesnym umożliwieniem stosunkowo szerokiej grupie wykonawców dostępu do tego zamówienia. Postawiony warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia ma być bowiem miernikiem, wskazującym, że wykonawca, który w swej przeszłości zawodowej wykonywał określone zadania, zbliżone zakresem, charakterystyką do tego, które jest przedmiotem zamówienia wykona je w sposób prawidłowy. Nie oznacza to przy tym, że te zadania mają być tożsame, identyczne z przedmiotem zamówienia. Ważne jest raczej by były one reprezentatywne do potwierdzenia zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, by obejmowały one te elementy, które są istotne z perspektywy ustalenia, że wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie.”*

Słuszność podnoszonej argumentacji potwierdza również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2017 r. sygn. akt KIO 8/17, w którym Izba wskazała, iż „wymóg wykazania się wykonaniem usług o tożsamym charakterze byłby zresztą niezgodny z zawartą w art. 22 ust.1 ZamPubl zasadą proporcjonalności obowiązującą przy ustalaniu warunków w zakresie zdolności technicznej i zawodowej”.

W zakresie wniosku o zmianę ilości wykonanych usług z 5 na 2, poczynione powyżej uwagi w zakresie proporcjonalności warunku udziału w postępowaniu zachowują aktualności.

Ponadto podnieść należy, iż według reguł znaczeniowych języka polskiego, doświadczenie to umiejętności oraz wiadomości zdobyte na podstawie obserwacji, przeżyć, wydarzeń. Doświadczenie wynika z określonych zdarzeń, które zaistniały w przeszłości, a nie ze zdarzeń przyszłych. Dodatkowo pewnego rodzaju usługi nie mogą zostać wykonane jednorazowo, w krótkim okresie czasu. Jeżeli zatem nie można wykonać czegoś na raz, to i nie można nabyć odpowiednio dużego doświadczenia w krótkim okresie czasu. Reasumując nie można posiadać doświadczenia o ile nie wykonało się jeszcze pewnego zakresu prac wynikającego z zawartych umów.

Godne podkreślenia, w ocenie Wykonawcy, jest przy tym, że nie sposób uznać, jakoby wykonanie jednej usługi oznaczało, że wykonawca posiada należyte wiedzę i doświadczenie do realizacji tego zamówienia. Należy w tym miejscu położyć nacisk na wyraz „doświadczenie”, czyli posiadanie pewnej wiedzy, którą można uzyskać tylko przez wielokrotne wykonywanie pewnego rodzaju czynności. Nie sposób mówić o doświadczeniu przy założeniu, że wykonawca zrealizował należycie 1 usługę tego rodzaju. Istotna jest tutaj pewna powtarzalność, czyli te minimum w liczbie wykonania 2 usług, która daje rękojmię, iż wykonawca wykona zamówienie w sposób prawidłowy i rzetelny.

W ocenie Wykonawcy, na co wskazuje również przegląd orzecznictwa KIO dwukrotne należyte wykonanie usługi danego rodzaju może świadczyć o posiadaniu przez wykonawcę wiedzy i doświadczenia. Istotne jest jednak zachowanie odpowiedniej proporcji pomiędzy oczekiwaniem Zamawiającego a koniecznością zachowania równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Warunek nie może być nadmierny i nieuzasadniony. Na poparcie przywołanego stanowiska tytułem przykładu przywołać można wyrok KIO z dnia 30 maja 2017 r., sygn. akt KIO 1028/17 „Wyrażając więc opinię w sprawie Izba miała na uwadze płynące z orzecznictwa wytyczne badania zachowania proporcjonalności warunku udziału w postępowaniu w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia należy dokonywać pod kątem ustalenia, czy nie był nadmierny dla oceny zdolności wykonawcy zdobytych dotychczas przy realizacji przedmiotowo podobnych zamówień na rzecz innych podmiotów. Na wstępie warty uwagi jest stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 08.05.2014 r., sygn. XII Ga 211/14, iż „Nie będzie dozwolone takie sformułowanie warunku, które nie wykazuje związku z przedmiotem zamówienia. Warunek udziału, który abstrahuje od przedmiotu zamówienia zawsze ogranicza w sposób niedozwolony dostęp do zamówienia, gdyż nie będzie obiektywnego uzasadnienia dla jego zastosowania. Zamawiający może powiązać warunek ze sposobem spełnienia świadczenia, szczególnymi warunkami wykonania zobowiązania, terminem wykonania, świadczeniami akcesoryjnymi, jak również skalą, zakresem zamówienia, gdyż te elementy składają się na charakterystykę przedmiotu zamówienia. Powiązanie z przedmiotem zamówienia opiera się na uwzględnieniu w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunku takich elementów, które występują w przyszłej umowie (składają się na całość przyszłego zobowiązania). Stąd niezbędne jest interpretowanie określenia "proporcjonalny" przez pryzmat dorobku prawa wspólnotowego i orzeczeń TS, gdzie przymiotnik "proporcjonalny" używany jest w znaczeniu "zachowujący właściwą proporcję". Warunek proporcjonalny więc, to tyle co warunek nie nadmierny. Nakaz stworzenia i zachowania warunków w sposób powiązany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców

ubiegających się o zamówienie, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w sposób, który nie zapewni spełnienia kryterium wyboru oferty, w tym przypadku najniższej ceny”.

Zasada równego traktowania sprowadza się do konieczności identycznego traktowania takich wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna, nie oznacza to natomiast konieczności identycznego traktowania wszystkich wykonawców znajdujących się na rynku lub aspirujących do wejścia na rynek. Warunki udziału w postępowaniu nie mogą preferować jedynie niektórych podmiotów. Wszyscy wykonawcy powinni mieć zapewniony równy dostęp do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, dokonywanie oceny warunków oraz ofert powinno następować wedle wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie przedłożonych dokumentów, a nie wiedzy zamawiającego..”

Propozycja legitymowania się dwiema usługami utrzymania czystości, wynika z powyższego rozumienia proporcjonalności warunku udziału w postępowaniu. Pozwala na wybór wykonawcy, który posiada doświadczeniem w realizacji usług lecz w nieco mniejszej ilości niż wymagana przez Zamawiającego. W przypadku utrzymania wymogu na poziomie określonym przez Zamawiającego, taki wykonawca nie będzie miał możliwości złożenia oferty. Takie działanie stanowi ze strony Zamawiającego przykład nadmiernego formalizmu, zmierzający do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji i naruszenia zasady proporcjonalności. Zwłaszcza, iż przedmiotem zamówienia są usługi sprzątania, które nie należą do usług twórczych czy też innowacyjnych. Usługi utrzymania czystości zalicza się do usług typowych o ustalonym standardzie jakości, powtarzalnych.

W konsekwencji, warunek dotyczący zdolności zawodowej nie spełnia swej podstawowej funkcji, którą jest ocena rzeczywistej zdolności (potencjału) wykonawcy do realizacji zamówienia, gdyż potencjał ten posiadają również wykonawcy z opisanym wyżej, odmiennym doświadczeniem.

Reasumując, należy uznać, iż czynności dokonane przez Zamawiającego, opierające się na wskazanych powyżej błędach i zaniechaniach, są nieprawidłowe i w sposób bezsporny naruszają przepisy ustawy Pzp. W związku z powyższym, niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione i zasługuje na uwzględnienie, dlatego też wnoszę jak w petitum.

.....
r. pr. Iwona Januszevska
(nr wpisu WA-11144)
pełnomocnik Odwołującego

Załączniki:

1. informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców Odwołującego;
2. pełnomocnictwo do złożenia odwołania;
3. dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
4. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.