

WYROK
z dnia 30 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Kuciak**

Protokolant: **Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 grudnia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 grudnia 2013 r. przez **Odwołującego** – Clar System S.A., ul. Janickiego 20b, 60-542 Poznań, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Poczta Polska S.A., ul. Stawki 2, 00-940 Warszawa przy udziale **Wykonawcy** - SKROMAK Sp. z o. o., ul. Bakalarska 11a, 02-212 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - Clar System S.A., ul. Janickiego 20b, 60-542 Poznań, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - Clar System S.A., ul. Janickiego 20b, 60-542 Poznań tytułem wpisu od odwołania,

 - 2.2. zasądza od **Odwołującego** - Clar System S.A., ul. Janickiego 20b, 60-542 Poznań, na rzecz **Zamawiającego** - Poczta Polska S.A., ul. Stawki 2, 00-940 Warszawa, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego „*na usługę kompleksowego sprzątnia budynków i posesji Poczty Polskiej S.A (województwa: lubelskie, mazowieckie, świętokrzyskie) - cztery części*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 października 2013 r. pod numerem 2013/S 199-344918.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania wykluczenia wykonawcy SKROMAK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”) w zakresie części trzeciej zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia z udziału w postępowaniu Przystępującego, podczas gdy nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Przystępującego, podczas gdy Wykonawca ten powinien podlegać wykluczeniu z postępowania;
- art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji wykluczenia, na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, Przystępującego z postępowania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że Przystępujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, polegającego na świadczeniu usług sprzątnia na łączną wartość 7.000.000,00 zł. Odwołujący podał, że w uzupełnionym wykazie Wykonawca wskazał, że:

- 1) na rzecz Zakładu Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Wola m. st. Warszawy świadczył usługi sprzątnia na łączną kwotę 2.355.713,28 zł, podczas gdy z referencji z dnia 16 maja 2013 r. wynika, iż z tytułu usługi sprzątnia Wykonawca otrzymał jedynie kwotę 1.745.558,60 zł, pozostała część wynagrodzenia, tj. 610.154,64 zł obejmowała usługę pielęgnacji zieleni;
- 2) na rzecz Zakładu Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Ursus m. st. Warszawy świadczył usługi sprzątnia na łączną kwotę 419.000 zł, podczas gdy z

referencji złożonych przez Wykonawcę wynika, iż wynagrodzenie to obejmowało również inne usługi aniżeli usługę sprzątnięcia, tj. pielęgnację zieleni - bez wskazania rzeczywistej kwoty wynagrodzenia za usługi sprzątnięcia;

- 3) na rzecz Zakładu Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Śródmieście m. st. Warszawy świadczył usługi sprzątnięcia na łączną kwotę 1.571.347,17 zł, podczas gdy z referencji z dnia 21 lutego 2012 r. wynika, iż wynagrodzenie to obejmuje również świadczenia z zakresu odśnieżania terenów administrowanych przez ADK, czuwanie nad sprawnym działaniem instalacji i urządzeń technicznych znajdujących się w budynkach, współdziałanie z administratorami w zakresie obsługi mieszkańców poprzez przyjmowanie wszelkiego rodzaju zgłoszeń, uwag i doręczanie wszelkiej korespondencji, sprzątnięcie trawników i kwietników oraz okopywanie krzewów i żywopłotów - bez wskazania rzeczywistej kwoty wynagrodzenia za usługi sprzątnięcia;
- 4) na rzecz Zakładu Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Wola m. st. Warszawy świadczył usługi sprzątnięcia na łączną kwotę 2.424.260,87 zł, podczas gdy z referencji z dnia 30 stycznia 2011 r. wynika, iż wynagrodzenie to obejmuje również świadczenia z zakresu pielęgnacji zieleni w wysokości 680.329,57 zł, przy czym wartość wynagrodzenia z tytułu usług sprzątnięcia to jedynie 1.743.931,30 zł;
- 5) na rzecz Zakładu Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Mokotów m. st. Warszawy świadczył usługi sprzątnięcia na łączną kwotę 781.140,48 zł, podczas gdy z referencji z dnia 12 stycznia 2013 r. wynika, iż wynagrodzenie to obejmuje również świadczenia z zakresu sprzątnięcia terenów przyległych do budynków - bez wskazania, jaka jest rzeczywista wartość wynagrodzenia za usługę sprzątnięcia;
- 6) na rzecz Zakładu Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Bielany m. st. Warszawy świadczył usługi sprzątnięcia na łączną kwotę 756.078,67 zł, podczas gdy z referencji wynika, iż wynagrodzenie to obejmuje również usługi sprzątnięcia terenów utwardzonych i zielonych - bez wskazania, jaka jest rzeczywista wartość wynagrodzenia uzyskanego z tytułu usług sprzątnięcia.

W ocenie Odwołującego, powyższe oznacza, iż kwota wynagrodzenia podana przez Wykonawcę w wykazie usług w wysokości 8.307.540,47 zł obejmuje również wynagrodzenie za inne czynności aniżeli usługi sprzątnięcia. Wykonawca wykazał tym samym, iż w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał usługi sprzątnięcia jedynie na kwotę 3.489.489,94 zł. Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż obowiązkiem Wykonawcy było wykazanie, że w podanym przez Zamawiającego okresie wykonał usługi sprzątnięcia na łączną kwotę 7.000.000,00 zł brutto. Obowiązku tego nie wykonał.

Dalej Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia

złożonego wykazu. Jednakże mimo to Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a wykaz nie może podlegać ponownemu uzupełnieniu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zgodnie z treścią pkt 4 ppkt 1 SIWZ, *„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące: (...)*

2) posiadania wiedzy i doświadczenia, na potwierdzenie czego przedstawią oświadczenie w tym zakresie z art.22 ust 1 ustawy;

- wymagane jest przedłożenie wykazu wykonanych/wykonywanych głównych usług sprzątnia, w okresie z ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których usługi zostały wykonane: wymagane jest wykonanie lub wykonywanie w ww. okresie głównych usług mających za przedmiot świadczenie usług sprzątnia, których suma wartości brutto jest nie mniejsza niż: (...) część III – 7 000 000,00 zł.”

Przystępujący złożył wraz z ofertą wykaz wykonanych usług oraz załączył referencje (str. 9-14). Przystępujący jako referencyjne usługi wskazał usługi wykonane na rzecz: Zakładu Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Wola m. st. Warszawy, Zakładu Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Ursus m. st. Warszawy, Zakładu Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Śródmieście, Zakładu Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Wola m. st. Warszawy oraz Zakładu Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Mokotów m. st. Warszawy, za kwotę 7.551.470,50 zł.

Pismem z dnia 25 listopada 2013 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, tj. wykazu wykonanych/wykonywanych usług. Nadto, Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w następującym zakresie: *„Jaka jest wartość usług wskazanych w pkt 3 wykazu wykonanych/wykonywanych usług dla Zakładu Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Śródmieście m. st. Warszawa przypada wyłącznie na usługi sprzątnia, w referencjach wskazano również czuwanie nad sprawnym działaniem instalacji i urządzeń technicznych znajdujących się w budynkach, współdziałanie z administratorami w zakresie obsługi mieszkańców poprzez przyjmowanie wszelkiego rodzaju zgłoszeń, uwag i doręczanie wszelkiej korespondencji?”*

W odpowiedzi Przystępujący wyjaśnił, że *„kwota wynikająca z przedstawionej referencji tj. 1.571.347,17 brutto wynika z faktur wystawionych za wykonane usługi*

sprzątania (...). Jednocześnie informujemy, iż zamawiający tj. ZGN w Dzielnicy Śródmieście m. st. Warszawy, w szczegółowym zakresie obowiązków określił wszystkie czynności dotyczące sprzątania – jako czynności wymierne, natomiast pozostałe czynności jak „Codzienny kontakt z administratorami nadzorującymi prace na posesjach, czuwanie na sprawnym działaniem instalacji i urządzeń technicznych znajdujących się w budynkach – czyli zgłoszenie, że zauważono np. ciekący kran w piwnicy lub potrzebna jest wymiana przepalanej żarówki oraz współdziałanie z administratorami w zakresie obsługi mieszkańców poprzez przyjmowanie wszelkiego rodzaju zgłoszeń, interwencji, uwag i doręczanie wszelkiej korespondencji, itp.” – zamawiający określił jako czynności niewymierne, które nie podlegały kosztorysowaniu.”

Przystępujący złożył również wykaz wykonanych/wykonywanych usług wskazując realizację usług na rzecz: 1) ZGN w Dzielnicy Wola m. st. Warszawy (sprzątanie nieruchomości za kwotę 2.355.713,28 zł), 2) ZGN w Dzielnicy Ursus m. st. Warszawy (sprzątanie powierzchni zewnętrznych, wewnętrznych, zieleni za kwotę 419.000,00 zł), 3) ZGN w Dzielnicy Śródmieście m. st. Warszawy (sprzątanie nieruchomości za kwotę 1.571.347,17 zł), 4) ZGN w Dzielnicy Wola m. st. Warszawy (sprzątanie powierzchni zewnętrznych, wewnętrznych, zieleni za kwotę 2.424.260,87 zł), 5) ZGN w Dzielnicy Mokotów m. st. Warszawy (sprzątanie budynków i terenu za kwotę 781.140,48 zł), 6) ZGN w Dzielnicy Bielany m. st. Warszawy (sprzątanie terenów utwardzonych zielonych i powierzchni wewnętrznych za kwotę 756.078,67 zł). Z referencji dołączonych do oferty wynika, że w przypadku pierwszej usługi referencyjnej „wartość umowy (...) wyniosła 2.355.713,28 zł, za usługę sprzątania powierzchni, w tym: - powierzchni wewnętrznej (...) – na kwotę 248.917,80 zł, - powierzchni zewnętrznej (...) – na kwotę 1.496.640,84 zł, powierzchni zieleni (...) – na kwotę 610.154,64 zł.” Treść referencji dotycząca drugiej usługi z wykazu potwierdza wykonanie prac polegających „na utrzymaniu czystości i porządku oraz pielęgnacji zieleni” za kwotę 419.000,00 zł. Kolejna referencja odnosząca się do trzeciej usługi z wykazu potwierdza wykonanie usług na kwotę 1.571.347,17 zł, przy czym wskazano, że „zakres usług obejmował: 1. sprzątanie budynków i terenów przyległych (powierzchnie utwardzone), 2. odśnieżanie terenów (...), 3. czuwanie nad sprawnym działaniem instalacji i urządzeń technicznych znajdujących się w budynkach, 4. współdziałanie z administratorami w zakresie obsługi mieszkańców poprzez przyjmowanie wszelkiego rodzaju zgłoszeń, uwag i doręczanie wszelkiej korespondencji, 5. sprzątanie trawników i kwietników oraz okopywanie krzewów i żywopłotów.” Referencja odnosząca się do kolejnej usługi z wykazu potwierdza, że „wartość umowy (...) wyniosła 2.424.260,87 zł, za usługę sprzątania: - powierzchni wewnętrznej (...) – na kwotę 281.298,66 zł, - powierzchni zewnętrznej (...) – na kwotę 1.462.632,64 zł, powierzchni zieleni (...) – na kwotę 680.329,57 zł.” W treści następnej referencji znajduje się informacja, że zakres zamówienia obejmował

utrzymanie porządku i czystości zarówno w budynkach, jak i terenach przyległych do tych budynków, a wartość zrealizowanej usługi wynosiła 781.140,48 zł. Ostatnia z referencji przedmiot zamówienia opisuje jako opróżnianie wolnostojących koszy na śmieci, świadczenie usług sprzątnięcia terenów utwardzonych, zielonych i powierzchni wewnętrznych w budynkach mieszkalnych.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy wyrazić pogląd, że prawdą jest, iż referencje co do zasady służą potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia. Jednakże nie bez znaczenia pozostaje również treść, która nie dotyczy oceny realizacji zamówienia w sytuacji, w której informacje tam zawarte pozostają w sprzeczności czy też wzbudzają wątpliwości w świetle oświadczenia złożonego w przedmiocie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Rację zatem ma Odwołujący, że w tych okolicznościach nie sposób ograniczyć się do treści, która ma istotne znaczenie z punktu widzenia oceny prawidłowości wykonania zamówienia, ale należy wziąć pod uwagę wszelkie dodatkowe informacje i usunąć wątpliwości, które pojawiają się i rzutują na weryfikację dokumentów złożonych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zdaniem Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający temu obowiązkowi sprostał. Przystępujący został bowiem wezwany, w trybie przepisu art. 26 ust. 4 i 3 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień i przedłożenia wykazu wykonanych/wykonywanych usług. Co więcej, ocenę Zamawiającego w przedmiocie uzupełnionych dokumentów i oświadczeń należy uznać za prawidłową.

Odnosząc się do zarzutów sformułowanych przez Odwołującego względem usług referencyjnych przedstawionych przez Przystępującego wskazać należy, że twierdzenia Odwołującego, iż wartość realizacji pierwszej z usług wykazu jest mniejsza od kwoty wskazanej przez Przystępującego, bowiem zawiera również wynagrodzenie za pielęgnację zieleni, są błędne. Analizując treść kwestionowanej referencji nie sposób doszukać się informacji, że przedmiotem rzeczonyj usługi była pielęgnacja zieleni. Wystawca referencji wprost wskazał, że zakresem zamówienia była objęta usługa sprzątnięcia, w tym powierzchni zieleni. Zatem, uznać należy, że posługiwanie się przez Odwołującego nieprecyzyjnymi sformułowaniami stanowi element strategii procesowej obliczonej na osiągnięcie oczekiwanego celu. Analogiczną ocenę należy wyrazić wobec zarzutów sformułowanych przez Odwołującego odnośnie usługi z poz. 4 wykazu.

Co do stanowiska Odwołującego, iż druga z usług referencyjnych polegała nie tylko na sprzątnięciu, ale również obejmowała pielęgnację zieleni, co winno skutkować pominięciem tej usługi przy dokonywaniu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wskazać

należy, że zarzut ten nie znajduje uzasadnienia. Jakkolwiek prawdą jest, że w kwocie wynagrodzenia podanego przez Przystępującego zawarta jest również wartość świadczenia przypadająca na usługę pielęgnacji zieleni to nie sposób pomijać, że w ramach referencyjnej usługi wykonywano prace polegające na utrzymaniu porządku i czystości, tym samym brak podstaw do kwestionowania całości zamówienia. Ewentualnie, Odwołujący w tych okolicznościach mógłby domagać od Zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień w tym przedmiocie, jednakże żądanie to byłoby o tyle nieuzasadnione, że pominięcie spornej usługi referencyjnej pozostawałoby bez wpływu na ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego. Gdyby bowiem odjąć od wartości wszystkich usług referencyjnych wartość kwestionowanego zamówienia Przystępujący nadal legitymowałby się realizacją zamówienia powyżej 7.000.000,00 zł.

Dalej wskazać należy, że Odwołujący kwestionując usługę referencyjną z poz. 3 wykazu zadaje się pomijać treść wyjaśnień złożonych przez Przystępującego. Jakkolwiek mogło budzić wątpliwości zawarcie w wykazie kwoty wynagrodzenia, która jak wskazywałaby treść referencji, dotyczy nie tylko usług sprzątnia, ale również dozoru instalacji i urządzeń technicznych, obsługi mieszkańców w zakresie wykraczającym poza usługę sprzątnia oraz okopywania krzewów i żywopłotów. Jednakże treść wyjaśnień złożonych przez Przystępującego jednoznacznie wskazuje, że sporne usługi, niemieszczące się w kategorii „usług sprzątnia”, zlecniodawca zaliczył do tzw. czynności niewymiernych, które nie podlegały fakturowaniu. W tych okolicznościach brak podstaw do jakiegokolwiek weryfikacji przedmiotowej usługi, tym bardziej, że Odwołujący dowodu przeciwnego w tym przedmiocie nie przeprowadził.

Odnosząc się do zarzutów sformułowanych względem usług z poz. 5 i 6 wykazu stwierdzić należy, że nieuprawnione jest stanowisko Odwołującego, który za obarczone wadą uznaje treść referencji niezawierającej wyszczególnienia wynagrodzenia za wykonanie poszczególnych usług stanowiących realizację zamówienia. Skoro przepisy prawa nie formułują w tym przedmiocie żadnych obowiązków to nie sposób domagać się realizacji tego postulatu. Nadto, za całkowicie niezrozumiałe i niemające oparcia w świetle warunków udziału w postępowaniu wyartykułowanych w SIWZ, należy uznać również i te twierdzenia Odwołującego, który stara się zakwestionować możliwość zaliczenia do zakresu usług referencyjnych usług sprzątnia terenów przyległych do budynków, terenów utwardzonych i zielonych. Analiza pkt 4 ppkt 1 SIWZ nie pozostawia wątpliwości, że Zamawiający w celu potwierdzenia posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia oczekiwał wykazania się przez wykonawców realizacją usług sprzątnia, nie czyniąc w tym względzie żadnych ograniczeń, również tych odnoszących się do powierzchni podlegających sprzątniu. Na marginesie jedynie wskazać należy, że takie ograniczenie, jak słusznie wskazywał Zamawiający, byłoby nieuprawnione zważywszy na przedmiot zamówienia.

Reasumując stwierdzić należy, że Przystępujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, zatem brak podstaw do wykluczenia tego Wykonawcy z postępowania, to z kolei stanowi o prawidłowym wyborze oferty najkorzystniejszej, dokonany przez Zamawiającego. Jednocześnie wskazać należy, że domaganie się przez Odwołującego ochrony z uwzględnieniem odrębnych konsekwencji prawnych dla Odwołującego i Przystępującego w analogicznych okolicznościach faktycznych nie znajduje również uzasadnienia w świetle przepisu art. 5 k.c. i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: