

**WYROK**

Warszawa, dnia 18 marca 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Aleksandra Patyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2024 r. przez wykonawcę Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez 22. Bazę Lotnictwa Taktycznego w Malborku

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Dussmann Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą 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 Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania, kwotę 996 zł 00 gr (słownie: dziewięćset dziewięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: .....

## **U z a s a d n i e**

Zamawiający – 22. Baza Lotnictwa Taktycznego w Malborku [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *usługę kompleksowego utrzymania czystości pomieszczeń w obiektach administrowanych przez 22. Bazę Lotnictwa Taktycznego w Malborku* (znak postępowania: 22.BLT.SZP.2612.126.2023).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 grudnia 2023 r. pod numerem 00769702-2023.

W dniu 4 marca 2024 r. wykonawca Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie w zakresie części 1 zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 b) i pkt 2 c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy: DUSSMANN POLSKA Sp. z o.o. ul. Twarda 18 00- 105 Warszawa;
2. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności wyboru oferty wybranego Wykonawcy: DUSSMANN POLSKA Sp. z o.o.;
2. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez wybranego Wykonawcę na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 b) i pkt 2 c) ustawy Prawo zamówień publicznych;
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że w dniu 21 lutego 2024 r. na podstawie przekazanego przez Zamawiającego zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej (por. pismo nr 22.BLT.SZP.2612.126.2023 z dnia 21 lutego 2024r.) powziął informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w Części nr 1. Odwołujący nie może zgodzić się z zasadnością takich czynności. Odwołujący stwierdził, iż oferta wybranego Wykonawcy: DUSSMANN POLSKA Sp. z o.o. winna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 b) i pkt 2 c) ustawy prawo zamówień publicznych z uwagi, że Wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu oraz z uwagi, że oferta została złożona przez Wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka

dowodowego. Wybrany Wykonawca na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu złożył wykaz wykonanych usług, w którym wskazał w poz. nr 2, że wykonywał usługę na rzecz Zamawiającego: Jones Lang LaSalle Sp. z o.o. Plac Europejski 100-844 Warszawa /budynek Europlex ul. Puławska 17, 02-515 Warszawa. Przedstawione przez Wykonawcę oświadczenie własne, zamiast potwierdzenia należytego wykonania usługi (referencji) dla tej usługi, wzbudziły wątpliwości Zamawiającego, który w dniu 6 lutego 2024 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia prawidłowych dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu wezwania Zamawiający wskazał, że w trakcie badania złożonych dokumentów stwierdził, że Wykonawca, najprawdopodobniej z przyczyn niezależnych od siebie, nie był w stanie przedłożyć Zamawiającemu dowodów potwierdzających należyte wykonanie umowy, tj. referencje, poświadczenia, protokoły. W to miejsce złożył oświadczenie własne. Zamawiający oceniając te oświadczenie stwierdził, że jest ono niewystarczające do pozytywnej oceny postawionego warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca nie wykazał, że powód nieprzedłożenia dowodów, nie wynika z przyczyn leżących po jego stronie oraz że przyczyn tych nie mógł on przewidzieć, przy czym nieprzewidywalność określonych zdarzeń przez Wykonawcę powinna być postrzegana w kategoriach obiektywnych. Wykonawca powinien dolożyć należytej staranności w celu uzyskania dowodów, gdyż w świetle przepisów dopiero gdy nie jest możliwe pozyskanie stosownego dokumentu, Wykonawca może złożyć oświadczenie własne o należyтым wykonaniu zadania, jednocześnie wskazując okoliczności, jakie uniemożliwiły mu pozyskanie dowodów od podmiotu trzeciego. Przede wszystkim należy Zamawiającemu wyjaśnić okoliczności, jak i wskazać powody wskazujące na niemożność przedstawienia wymaganych dowodów. Wobec powyższego Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyczerpującej odpowiedzi popartej dowodami: - za pomocą jakich środków przekazu, - w jakiej formie, - w jakim czasie, - do jakiej komórki/wydziału, Wykonawca składał pisma w sprawie wydania referencji/poświadczeń lub innych dowodów potwierdzających należyte wykonanie zadania.

W odpowiedzi wybrany Wykonawca w dniu 08 lutego 2024r. wyjaśnił, że nie może uzyskać od Zamawiającego: Jones Lang LaSalle Sp. z o.o. właściwej referencji i w rezultacie Wykonawca złożył oświadczenie własne jako potwierdzenie należytego wykonania usługi. Odwołujący stwierdził, że takie oświadczenie jest niewystarczające dla potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Złożone oświadczenie o braku możliwości uzyskania od Zamawiającego właściwej referencji jest całkowicie gołosłowne i nie poparte żadnymi dowodami, w szczególności brak jest jakiegokolwiek formalnego stanowiska Zamawiającego: Jones Lang LaSalle Sp. z o.o. na dzień 29.01.2024r., że nie wystawia on listów referencyjnych. Z treści pisma Wykonawcy z dnia 08 lutego 2024r. wynika, że Wykonawca podjął starania o uzyskanie referencji dopiero w

ostatniej możliwej chwili tj. w dniu 07 i 08 lutego – por. *„w dniu wczorajszym i dzisiejszym nasz przedstawiciel Pan M. W. wielokrotnie w celu pozyskania referencji rozmawiał telefonicznie z opiekunem klienta Panem R. J., który jest na bieżąco w kontakcie z firmą Jones Lang LaSalle Sp. z o.o. dla której świadczymy przedmiotowe usługi. Wynik przeprowadzonych rozmów zawiera oświadczenie Pana M. W. załączone do pisma”*. Z takiego sposobu działania Wykonawcy wynika raczej, że wybrany Wykonawca nie dołożył należytej staranności w celu uzyskania właściwego listy referencyjnego. Wykonawca – jako podmiot profesjonalnie działający na rynku zamówień publicznych - winien wystąpić do Zamawiającego o wystawienie takiego dokumentu odpowiednio wcześniej już na etapie przygotowania oferty. W złożonych wyjaśnieniach brak jakichkolwiek informacji i dowodów, aby Wykonawca podjął takie starania w tym właśnie momencie. Z tego wynika, że Wykonawca nie kontaktował się z Zamawiającym w tej sprawie przed złożeniem oferty.

Z opisanego stanu faktycznego przez wybranego Wykonawcę wynika natomiast, że dopiero po otrzymaniu wezwania Zamawiającego: 22 BLT Malbork do uzupełnienia dokumentów Wykonawca pierwszy raz skontaktował się Zamawiającym: Jones Lang LaSalle Sp. z o.o. w sprawie wystawienia referencji.

Z treści oświadczenia pana Wieczorka wynika jednoznacznie, że dopiero w dniu 09 lutego 2024r. o godz. 12.54 otrzymał informację od przedstawiciela Zamawiającego p. I. K., że nie wystawi referencji. To oznacza, że wcześniej w tej kwestii nikt ze strony Zamawiającego nie oświadczył, że nie wystawi dokumentu. Jeżeli taka deklaracja Zamawiającego byłaby znana wybranemu Wykonawcy wcześniej, to najzwyczajniej wskazałby inną datę takiego oświadczenia Zamawiającego. Tymczasem na etapie składania oferty Wykonawca nie miał od Zamawiającego żadnej informacji, że Zamawiający nie wystawi referencji.

Z treści oświadczenia pana Wieczorka wynika zatem, że Wykonawcy nie kontaktował się w tej sprawie z Zamawiającym wcześniej i nie informował o celu uzyskania referencji. O tym, że nie było kontaktu w tej sprawie przed dniem 09 lutego świadczy pogrubiona treść: *„Rozmówca poinformował mnie, że nie napisze takiego oświadczenia, a ponadto po usłyszeniu ode mnie, iż oświadczenie potrzebujemy celem złożenia informacji w toczącym się postępowaniu przetargowym mającym na celu udokumentowanie wszelkich naszych starań aby uzyskać referencje oznajmił, iż jest to niezgodne z polityką firmy i zasadą konkurencyjności.”* Z oświadczenia pana W. nie wynika, co było przedmiotem rozmów w dniach 07 i 08 lutego. Z oświadczenia wynika jednak bezspornie, że przedstawiciel Jones Lang LaSalle Sp. z o.o. dopiero w dniu 09 lutego 2024r. dowiedział się o tym, że Wykonawca chce złożyć taką referencję w postępowaniu przetargowym dla Zamawiającego 22 BLT Malbork. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący zarzuca, że oświadczenie własne Wykonawcy z dnia 29.01.2024r., które zostało złożone w postępowaniu, jest wadliwe w

świetle oświadczenia pana W. Por.: „Oświadczamy, iż forma papierowa uzyskiwania referencji z klientem Jones Lang LaSalle Sp. z o.o. Plac Europejski 1, 00-844 Warszawa nie jest praktykowana. Zaświadczamy, iż usługi nasze klient ocenia bardzo wysoko. Ceni nas za profesjonalizm, innowacyjność w podejściu do utrzymania czystości oraz zaangażowanie. Według podmiotu na rzecz którego świadczymy usługi utrzymania czystości powierzchni wewnętrznych – usługi są należycie i sumiennie wykonywane. Potwierdzenie należytego wykonywania umowy i powyższych informacji można uzyskać bezpośrednio od podmiotu na rzecz którego świadczymy usługi. O należyтым wykonywaniu przedmiotu umowy świadczy także nieprzerwana ciągłość świadczenia usługi od 1.10.2019r.” Wykonawca nie potwierdził bowiem w żaden sposób faktu, aby na dzień złożenia oświadczenia własnego tj. na dzień 29.01.2024r., Zamawiający: Jones Lang LaSalle Sp. z o.o. odmówił wystawienia referencji w formie papierowej z uwagi, że „nie jest praktykowana” taka forma. A ta data jest kluczowa z perspektywy Zamawiającego dla prawidłowej oceny oferty Wykonawcy. Zatem w świetle dokumentów postępowania na dzień 29.01.2024r. Zamawiający nie miał żadnego formalnego potwierdzenia, że Wykonawca nie może uzyskać od Zamawiającego: Jones Lang LaSalle Sp. z o.o. listu referencyjnego, tj. np. notatki pana W. z datą 29.01. lub wcześniejszą, albo emaila od przedstawiciela Zamawiającego p. I. K. przed dniem 29.01. Skoro wybrany Wykonawca mógł przygotować na dzień 09 lutego 2024r. tego typu oświadczenia oraz listę połączeń telefonicznych, to fakt, że na dzień 29.01.2024 r. nie ma takich oświadczeń w dokumentacji postępowania stanowi potwierdzenie, że Wykonawca nie dołożył należytej staranności w przygotowaniu oferty. Bezsporną okolicznością w tym kontekście jest fakt, iż o tym, że Zamawiający Jones Lang LaSalle Sp. z o.o. nie wystawi referencji dla Wykonawcy – Wykonawca dowiedział się dopiero w dniu 09 lutego 2024r. o godz. 12.54. Wówczas także Wykonawca dowiedział się od przedstawiciela Zamawiającego - p. I. K., że Zamawiający nie wystawi referencji, ponieważ „jest to niezgodne z polityką firmy i zasadą konkurencyjności”.

Reasumując, Odwołujący stwierdził, że wybrany Wykonawca nie potwierdził, iż spełnił warunek udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnego doświadczenia. Odwołujący wniósł jak na wstępie, o odrzucenie oferty wybranego Wykonawcy na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 b) i pkt 2 c) ustawy Pzp z uwagi, że Wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu oraz z uwagi na fakt, że oferta została złożona przez Wykonawcę, który w przewidzianym terminie nie złożył wymaganego przedmiotowego środka dowodowego.

Zamawiający w dniu 15 marca 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Dusmann Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „Przystępujący”] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami, ofertę Przystępującego wraz z wyjaśnieniami i uzupełnieniami, wezwania kierowane do Przystępującego oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 21 lutego 2024 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 15 marca 2024 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy złożony przez Przystępującego wydruk korespondencji elektronicznej z dnia 8 lutego 2024 r.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 19 stycznia 2024 r. Zamawiający na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych w zakresie części 1 zamówienia, w tym wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn

niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Przystępujący złożył m.in. wykaz wykonanych usług, w którym wskazał w poz. nr 2, że wykonywał usługę na rzecz Zamawiającego: Jones Lang LaSalle Sp. z o.o. Plac Europejski 100-844 Warszawa /budynek Europlex ul. Puławska 17, 02-515 Warszawa.

Jednocześnie Przystępujący w miejsce referencji w zakresie usługi podanej w poz. 2 wykazu przedstawił oświadczenie z dnia 29 stycznia 2024 r. o treści: *„Oświadczamy, iż forma papierowa uzyskiwania referencji z klientem Jones Lang LaSalle Sp. z o.o. Plac Europejski 1, 00-844 Warszawa nie jest praktykowana. Zaświadczamy, iż usługi nasze klient ocenia bardzo wysoko. Ceni nas za profesjonalizm, innowacyjność w podejściu do utrzymania czystości oraz zaangażowanie. Według podmiotu na rzecz którego świadczymy usługi utrzymania czystości powierzchni wewnętrznych – usługi są należycie i sumiennie wykonywane. Potwierdzenie należytego wykonywania umowy i powyższych informacji można uzyskać bezpośrednio od podmiotu na rzecz którego świadczymy usługi. O należyтым wykonywaniu przedmiotu umowy świadczy także nieprzerwana ciągłość świadczenia usługi od 1.10.2019 r. Kontakt do opiekuna klienta: I. A. K.”*

W dniu 6 lutego 2024 r. Zamawiający na podstawie art.128 ust. 4 ustawy Pzp wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych podmiotowych środków dowodowych tj. wykazu wykonanych usług w poz. nr 2. W ww. piśmie Zamawiający wskazał *„(...) w trakcie badania złożonych dokumentów stwierdził, że Wykonawca najprawdopodobniej z przyczyn niezależnych od siebie nie był w stanie przedłożyć Zamawiającemu dowodów potwierdzających należyte wykonanie umowy tj. referencje, poświadczenia, protokoły. W to miejsce złożył oświadczenie własne. Zamawiający oceniając te oświadczenie stwierdził, że jest ono niewystarczające do pozytywnej oceny postawionego warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca nie wykazał, że zaistniała przyczyna, nieprzedłożenia dowodów, nie wynika z przyczyn leżących po jego stronie oraz że przyczyny tej nie mógł on przewidzieć, przy czym nieprzewidywalność określonych zdarzeń przez Wykonawcę powinna być postrzegana w kategoriach obiektywnych. Wykonawca powinien dołożyć należytej staranności w celu uzyskania dowodów, gdyż w świetle przepisów dopiero gdy nie jest możliwe pozyskanie stosownego dokumentu, Wykonawca może złożyć oświadczenie własne o należyтым wykonaniu zadania, jednocześnie wskazując okoliczności, jakie uniemożliwiły mu pozyskanie dowodów od podmiotu trzeciego. Przed wszystkim należy Zamawiającemu wyjaśnić okoliczności, jak i wskazać powody wskazujące na niemożność przedstawienia wymaganych dowodów. Wobec powyższego prosimy o*

*udzielenie wyczerpującej odpowiedzi popartej dowodami: - za pomocą jakich środków przekazu, - w jakiej formie, - w jakim czasie, - do jakiej komórki/wydziału, Wykonawca składał pisma w sprawie wydania referencji/poświadczeń lub innych dowodów potwierdzających należyte wykonanie zadania.”*

*Przystępujący w odpowiedzi na ww. wezwanie złożył Zamawiającemu wyjaśnienia oraz oświadczenie p. M. W. z dnia 9 lutego 2024 r. o treści: „Ja niżej podpisany M. W. oświadczam, że w dniu dzisiejszym o godz. 12.54 otrzymałem telefon od opiekuna klienta firmy Jones Lang LaSalle Sp. z o. o. mieszczącej się w Warszawie Plac Europejski 1 p. I. A. K. , z informacją, iż był u niego Kierownik Obiektu z Dussmann Sp. z.o.o. p. R. J. z prośbą o napisanie oświadczenia na okoliczność nie wystawiania na piśmie referencji dotyczących firm z którymi współpracują. Pan I. przyznał, iż wspomniany kierownik w ostatnim czasie wielokrotnie prosił go o wystawienie referencji. Rozmówca poinformował mnie, że nie napisze takiego oświadczenia, a ponadto po usłyszeniu ode mnie, iż oświadczenie potrzebujemy celem złożenia informacji w toczącym się postępowaniu przetargowym mającym na celu udokumentowanie wszelkich naszych starań aby uzyskać referencje oznajmił, iż jest to niezgodne z polityką firmy i zasadą konkurencyjności. Nawiązał także, że ujawnienie na piśmie informacji o szczegółach współpracy łączących nas z naszymi partnerami może stanowić przyczynę naruszenia zasady poufności, która jest częścią strategii budującej naszą pozycję na rynku świadczonych usług. Kończąc rozmowę dodał, iż także nie będzie udzielał referencji telefonicznych dla konkurencyjnych firm spoza grupy którą reprezentuje.”*

W dniu 12 lutego 2024 r. Zamawiający wystąpił do Jones Lang LaSalle Sp. z o.o. z prośbą m.in. o potwierdzenie należytego wykonania umowy przez Przystępującego.

Pismem z dnia 21 lutego 2024 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze jako najkorzystniejszej w części 1 zamówienia oferty wykonawcy Dussmann Polska Sp. z o.o. Oferta Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert.

Pismem z dnia 23 lutego 2024 r. Jones Lang LaSalle Sp. z o.o. udzielił odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 12 lutego 2024 r. wskazując, iż:

1. Czy prawdą jest to, że w ramach Państwa polityki firmowej nie wydaje się pisemnych referencji dla solidnych kontrahentów?

*Odpowiedź: Tak. Nie wydajemy pisemnych referencji kontrahentom.*

2. Jeżeli tak, to proszę o udzielenie odpowiedzi na nw. pytania mając na uwadze zasady prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych i wydatkowanie środków publicznych:

*Odpowiedź: nie dotyczy*



3. Czy potwierdzają Państwo realizację umowy nr 1 z sierpnia 2022 r. na sprzątnięcie budynku Europlex przy ul. Puławskiej 17 w Warszawie, która obowiązywała min. w okresie od dnia 01 stycznia 2023 roku do dnia 31 grudnia 2023 roku?

*Odpowiedź: Tak, potwierdzamy.*

4. Proszę o podanie osobnej wypracowanej wartości brutto umowy w okresie 01 stycznia 2023 roku do dnia 31 grudnia 2023 roku, jedynie w zakresie utrzymywania czystości wewnątrz budynku, z wyłączeniem kosztów gospodarki odpadami i utrzymywania czystości na zewnątrz budynku.

*Odpowiedź: Informacja, o która Państwo proszą jest chroniona klauzulą o obowiązku zachowania poufności informacji zawartą w umowie pomiędzy Jones Lang LaSalle sp. z o.o. a Dusmann Polska sp. z o.o. W związku z powyższym nie możemy udzielić odpowiedzi na powyższe pytanie bez uzyskania uprzedniej zgody Dusmann Polska sp. z o.o.*

5. Czy usługa była świadczona nieprzerwalnie w okresie od 01 stycznia 2023 roku do dnia 31 grudnia 2023 roku?

*Odpowiedź: Tak, zgodnie z umową.*

6. Czy usługa została wykonana należycie?

*Odpowiedź: Informacja, o która Państwo proszą, jest chroniona klauzulą o obowiązku zachowania poufności informacji zawartą w umowie pomiędzy Jones Lang LaSalle sp. z o.o. a Dusmann Polska sp. z o.o. W związku z powyższym nie możemy udzielić odpowiedzi na powyższe pytanie bez uzyskania uprzedniej zgody Dusmann Polska sp. z o.o.*

7. Czy firma Dusmann Polska Sp. z o.o. zwróciła się do Państwa o wydanie referencji za powyższy okres? Jeżeli tak, to kiedy i czy otrzymała takie referencje bądź inny dowód w jakiegokolwiek formie (np. elektronicznej), potwierdzający należyte wykonanie usługi?

*Odpowiedź: Nie. Firma Dusmann Polska Sp. z o.o. nie zwróciła się do nas z prośbą o referencje.*

8. Czy, jeżeli nie wystawiono referencji, to możecie Państwo zaświadczyć, że usługa w tym okresie została wykonana należycie?

*Odpowiedź: Informacja, o która Państwo proszą, jest chroniona klauzulą o obowiązku zachowania poufności informacji zawartą w umowie pomiędzy Jones Lang LaSalle sp. z o.o. a Dusmann Polska sp. z o.o. W związku z powyższym nie możemy udzielić odpowiedzi na powyższe pytanie bez uzyskania uprzedniej zgody Dusmann Polska sp. z o.o.*

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia w części 1 zamówienia oferty wykonawcy Dussmann Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, a w konsekwencji zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez wadliwy wybór oferty ww. Wykonawcy.

Przywołując podstawy prawne rozstrzygnięcia Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Stosownie do § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

Z analizy powyższego przepisu wynika, że wykonawca celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej winien w pierwszej kolejności złożyć wraz z wykazem dowody określające, czy usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi wykonano, a w przypadku

świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane. W sytuacji jednak, gdy z przyczyn niezależnych od wykonawcy nie jest on w stanie uzyskać ww. dokumentów, tj. referencji bądź innych dokumentów, wykonawca uprawniony jest złożyć oświadczenie własne. Innymi słowy, złożenie oświadczenia własnego w miejsce referencji jest wyjątkiem od zasady legitymowania się przez wykonawcę referencjami bądź innymi dokumentami sporządzonymi przez podmiot, na rzecz którego usługi wykonano. Warunkiem złożenia oświadczenia własnego jest istnienie niezależnego od wykonawcy powodu, uniemożliwiającego przedstawienie referencji lub innych dokumentów. Wyjaśnienie tego powodu obciąża wykonawcę, który powinien należycie uzasadnić brak możliwości pozyskania referencji, w tym podać przyczynę ich nieuzyskania, przy czym winna to być przyczyna od niego niezależna. Z kolei ocena oświadczenia wykonawcy będzie należała do zamawiającego, którego zadaniem będzie rozważenie, czy wystąpiły okoliczności uprawniające do odstąpienia od wymogu złożenia referencji.

Osią sporu między stronami postępowania odwoławczego było zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy Pzp, który w ocenie Odwołującego nie spełnił warunków udziału w postępowaniu oraz nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego. Zdaniem Odwołującego Przystępujący nie dołożył należytej staranności w uzyskaniu właściwego dokumentu referencyjnego od odbiorcy usługi.

W ocenie Izby w okolicznościach niniejszej sprawy w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na konstrukcję zarzutów odwołania determinującą zakres rozstrzygnięcia Izby. Odwołujący we wniesionym odwołaniu podniósł daleko idący zarzut polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy Pzp oraz skorelowane z nim żądanie odrzucenia oferty Przystępującego na ww. podstawach prawnych. Oczywiście jest i nie wymaga szerszego komentarza, iż obowiązek odrzucenia oferty danego wykonawcy powstaje w sytuacji, gdy uprzednio wyczerpana zostanie procedura określona ustawą Pzp, o której mowa m.in. w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym w przypadku, gdy złożone przez wykonawcę podmiotowe środki dowodowe nie dają się ocenić pozytywnie, po stronie zamawiającego co do zasady powstaje obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący w okolicznościach rozpoznawanej sprawy pominął, że Zamawiający dotychczas nie wezwał Przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych niezbędnych do wykazania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej w zakresie pozycji 2. wykazu i nie postawił zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższa okoliczność została podniesiona przez Przystępującego w toku rozprawy i nie została zakwestionowana ani skomentowana przez Odwołującego.

W wyniku powyższego wniesione odwołanie podlegało oddaleniu już tylko z tej przyczyny, iż Odwołujący błędnie sformułował zarzuty odwołania stawiając zarzut dalej idący (zaniechania odrzucenia oferty), podczas gdy w rozpoznawanym przypadku nie została wyczerpana określona ustawą Pzp procedura, o której mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, a brak było zarzutu w tym zakresie. Przypomnieć należy, iż zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Tym samym ewentualne uznanie za zasadną argumentacji Odwołującego dotyczącej niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej, wobec błędnej konstrukcji zarzutów odwołania, nie dawało Izbie podstaw do jego uwzględnienia i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty w części 1 zamówienia, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wezwania Przystępującego do uzupełnienia wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

Odnosząc się w drugiej kolejności do argumentacji zawartej w odwołaniu skład orzekający wskazuje, iż rację miał Odwołujący, że Przystępujący nie dołożył należytej staranności i nie wykazał, że niezłożenie przez niego referencji lub innych dokumentów w zakresie pozycji 2. wykazu nastąpiło z przyczyn niezależnych od wykonawcy. Wskazać należy, iż w oświadczeniu z dnia 29 stycznia 2024 r. nie podano żadnych przyczyn niezależnych od Wykonawcy, które uzasadniały brak możliwości złożenia Zamawiającemu referencji przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane. Złożone przez Przystępującego oświadczenie ma charakter ogólny, szczątkowy i nie zawiera żadnych konkretnych informacji potwierdzających, że Wykonawca dołożył należytej staranności i podjął niezbędne działania celem uzyskania dokumentu referencyjnego, ale z przyczyn od niego niezależnych nie przyniosły one oczekiwanego rezultatu. W szczególności z omawianego oświadczenia nie wynika, czy i kiedy Przystępujący wystąpił do odbiorcy usługi o przedstawienie referencji, nie wyjaśniono szerzej dlaczego „*forma papierowa uzyskiwania referencji z klientem Jones Lang LaSalle Sp. z o.o. Plac Europejski 1, 00-844 Warszawa nie jest praktykowana*”, jak również nie przedstawiono żadnych dowodów potwierdzających, że ww. podmiot nie wystawia listów referencyjnych. Niewątpliwie Przystępujący składając Zamawiającemu oświadczenie własne w miejsce referencji powinien szczegółowo wyjaśnić i udokumentować, dlaczego nie mógł przedstawić referencji. W okolicznościach niniejszej sprawy Przystępujący nie sprostął tym obowiązkom. Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 listopada 2021 r. sygn. akt: KIO XXIII Zs 118/21, jakkolwiek wydanym na gruncie nieobowiązującego rozporządzenia w sprawie dokumentów z dnia 26 lipca 2016 r., to jednak zawierającym aktualne wytyczne co do możliwości posłużenia się przez wykonawcę oświadczeniem własnym w miejsce referencji wskazać należy, iż „*Okoliczność, że powody, dla których wykonawca nie jest w stanie przedstawić referencji winny być wyjaśnione wynika także z tej przyczyny, że zamawiający winien mieć*

*możliwość zweryfikowania czy te konkretne okoliczności zasły i czy usprawiedliwiają one odstępianie od przedstawienia referencji. Jest to konieczne dla zachowania równości oferentów a zatem zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności i przejrzystości. Co najmniej winno być wykazane, że wykonawca dążył do uzyskania referencji ale z przyczyn od niego niezależnych nie osiągnął w tym zakresie sukcesu a zatem podjął on starania ale nie przynosiły one oczekiwanego rezultatu.”* Zwrócić zresztą należy uwagę, iż sam Zamawiający w piśmie z dnia 6 lutego 2024 r. wskazał, że złożone przez Przystępującego oświadczenie z dnia 29 stycznia 2024 r. jest niewystarczające do pozytywnej oceny postawionego warunku udziału w postępowaniu, co z kolei uzasadniało wezwanie Wykonawcy na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień.

Następnie wskazać należy, iż także złożone przez Przystępującego wyjaśnienia oraz oświadczenie p. M. W. z dnia 9 lutego 2024 r. nie potwierdzają, że Przystępujący dołożył należytej staranności w uzyskaniu właściwego listu referencyjnego lub innych dokumentów. Z przedmiotowych wyjaśnień wynika, iż Wykonawca podjął niezbędne działania celem uzyskania dokumentu potwierdzającego prawidłowe wykonanie zamówienia wystawionego przez odbiorcę usługi dopiero w dniu 7 i 8 lutego 2024 r., a zatem dopiero po wezwaniu Zamawiającego z dnia 6 lutego 2024 r. W wyjaśnieniach Przystępującego czytamy, że: *„W dniu wczorajszym i dzisiejszym nasz przedstawiciel Pan M. W. wielokrotnie w celu pozyskania referencji rozmawiał telefonicznie z opiekunem klienta Panem R. J., który jest na bieżąco w kontakcie z firmą Jones Lang LaSalle Sp. z o.o. dla której świadczymy przedmiotowe usługi. Wynik przeprowadzonych rozmów zawiera oświadczenie Pana M. W. załączone do pisma”*. Z kolei z treści oświadczenia p. Wieczorka (specjalisty ds. zamówień publicznych Dusmann Polska Sp. z o.o.) wynika, iż dopiero w dniu 9 lutego 2024 r. o godz. 12.54 w wyniku rozmowy telefonicznej z p. I. K. (opiekunem klienta firmy Jones Lang LaSalle Sp. z o.o.) otrzymał informację, że p. K. nie napisze oświadczenia na okoliczność niewystawiania na piśmie referencji dotyczących firm, z którymi spółka współpracuje. Ponadto po wyjaśnieniu przez p. W. rozmówcy, iż oświadczenie jest niezbędne Przystępującemu celem złożenia informacji w toczącym się postępowaniu przetargowym mającym na celu, udokumentowanie wszelki starań Spółki, aby uzyskać referencje - p. K. oznajmił, że jest to niezgodne z polityką firmy i zasadą konkurencyjności.

W tym miejscu wskazać należy, iż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte w dniu 19 grudnia 2023 r. Tym samym od tego dnia każdy zainteresowany wykonawca wiedział albo mógł się dowiedzieć, że celem wykazania warunku udziału w postępowaniu będzie musiał złożyć zamawiającemu odpowiednie referencje. Ze złożonych przez Przystępującego wyjaśnień oraz dokumentów nie wynika, aby na dzień złożenia oświadczenia własnego (29 stycznia 2024 r.) Wykonawca podjął jakiegokolwiek starania celem uzyskania referencji. Wskazać należy, iż Dusmann

Polska Sp. z o.o. przystępując do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, zapoznał się z dokumentami zamówienia i miał świadomość wymogu Zamawiającego dotyczącego złożenia referencji bądź innych dokumentów celem potwierdzenia należytej realizacji usługi. Wykonawca, który zamierza uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia zapoznaje się z warunkami zamówienia i powinien dokładać należytej staranności na wszystkich jego etapach oraz adekwatnie reagować na okoliczności, które mogą stanąć na przeszkodzie w uzyskaniu zamówienia.

Dowodu na okoliczność, iż po stronie Przystępującego zaistniały przyczyny niezależne od wykonawcy uniemożliwiające złożenie referencji nie stanowi zdaniem Izby pismo Jones Lang LaSalle Sp. z o.o. z dnia 23 lutego 2024 r., złożony przez Przystępującego wydruk korespondencji elektronicznej z dnia 8 lutego 2024 r. oraz fragment protokołu posiedzenia komisji przetargowej, na który powoływał się Zamawiający w toku rozprawy dotyczący weryfikacji przez Zamawiającego oświadczenia p. W. w ramach rozmowy telefonicznej z p. I. K.

Odnosząc się do prezentowanych przez Strony i Uczestnika argumentów w powyższym zakresie wskazać należy, iż pismo Jones Lang LaSalle Sp. z o.o. wpłynęło do Zamawiającego w dniu 23 lutego 2024 r., a zatem dwa dni po wyborze oferty najkorzystniejszej w części 1 zamówienia. Nie stanowiło ono zatem podstawy rozstrzygnięcia Zamawiającego na dzień 21 lutego br. Dalej podnieść trzeba, że jakkolwiek z ww. pisma wynika, iż Jones Lang LaSalle Sp. z o.o. nie wydaje pisemnych referencji swoim kontrahentom, to jednak zostało pominięte przez Zamawiającego, że potwierdzenie należytego wykonania referencyjnej usługi było możliwe po uzyskaniu uprzedniej zgody Dussmann Polska Sp. z o.o. Niewątpliwie zatem udzielenie takiej zgody przez Przystępującego stanowiło okoliczność zależną od Wykonawcy, na którą miał wpływ. Przystępujący, mimo iż w toku rozprawy twierdził, że zgoda w powyższym zakresie została udzielona Jones Lang LaSalle Sp. z o.o., to jednak wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp okoliczności tej nie wykazał. Tym samym złożony przez Przystępującego wydruk korespondencji elektronicznej z dnia 8 lutego 2024 r. oraz akcentowany przez Zamawiającego fragment protokołu posiedzenia komisji przetargowej pozostają irrelewantne w kontekście wykazanej przez samego Zamawiającego możliwości potwierdzenia należytego wykonania referencyjnej usługi przez Jones Lang LaSalle Sp. z o.o. po uprzednim uzyskaniu zgody Przystępującego.

Podsumowując powyższe Izba stwierdziła, że w okolicznościach niniejszej sprawy Przystępujący nie tylko nie wykazał, że niezłożenie referencji w zakresie pozycji 2. Wykazu nastąpiło z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, ale także te niezależne przyczyny w przypadku Przystępującego nie wystąpiły. Z uwagi jednak na omówioną powyżej błędną

konstrukcję zarzutów odwołania, wniesione odwołanie podlegało oddaleniu, czemu Izba dała wyraz w punkcie 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: .....