

Sygn. akt: KIO 2783/14

WYROK

z dnia 9 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 stycznia 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 grudnia 2014 r. przez wykonawcę **A. P. – B. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą F.H.U. „Tęcza – Bis” A. P. – B. z siedzibą w Katowicach, ul. M. Jargonia 14, 40-748 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową 5701 w Wędrzynie, 69-211 Wędrzyn**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **DGP Clean Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, ul. Najświętszej Marii Panny 5e, 59-220 Legnica (Ilder), Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Gdańska 54, 61-016 Poznań oraz Elposerwis Sp. z o.o. z siedzibą w Połańcu, ul. Zawada 26, 28-230 Połaniec** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2783/14 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę A. P. – B. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą F.H.U. „Tęcza – Bis” A. P. – B. z siedzibą w Katowicach, ul. M. Jargonia 14, 40-748 Katowice i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **A. P. – B. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą F.H.U. „Tęcza – Bis” A. P. – B. z siedzibą w Katowicach, ul. M. Jargonia 14, 40-748 Katowice** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Gorzowie Wielkopolskim**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Jednostka Wojskowa nr 5701 w Wędrzynie, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Świadczenie usługi utrzymania porządku powierzchni wewnętrznych i zewnętrznych w obiektach i kompleksach administrowanych przez JW 5701 obsługiwanych przez Sekcje Obsługi Infrastruktury w m. Wędrzyn, Międzyrzecz, Skwierzyna”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 października 2014 r., nr 2014/S 201-355486.

W dniu 17 grudnia 2014 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę A. P. – B. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą F.H.U. „Tęcza – Bis” A. P. – B. z siedzibą w Katowicach, zwanego dalej „odwołującym”, o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia do wykonywania zamówienia. W uzasadnieniu podniósł m.in., iż w wyznaczonym terminie wykonawca uzupełnił dokumenty, jednakże dokument potwierdzający wykonanie usługi wymienionej z pozycji nr 2 dokumentu pn. Wykaz usług opiewa na kwotę niższą niż wymagał tego zamawiający. W przypadku, gdy wykonawca składał ofertę na dwie części, zobowiązany on był do złożenia Wykazu usług, tj. co najmniej dwóch usług o wartości minimum 800.000,00 zł brutto każda oraz dowodów, czy usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

W dniu 24 grudnia 2014 r. (pismem z dnia 23 grudnia 2014 r.) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 23 grudnia 2014 r.) od czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania w części 1 i 2 a w konsekwencji w oparciu o art. 24 ust. 4 ustawy Pzp odrzuceniu jego oferty, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania pomimo tego, że wykazał on spełnienie warunków udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia do wykonywania zamówienia
2. w konsekwencji art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo braku okoliczności skutkujących odrzuceniem oferty
3. art. 7 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru ofert w zakresie 1 części zamówienia, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DGP Clean Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy (lider), Przedsiębiorstwa Usługowego GOS-ZEC Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz ELPOSERWIS Sp. z o.o. z siedzibą w Połańcu, zwanych dalej „konsorcjum DGP”, oraz w zakresie 2 części zamówienia wykonawcy „JANTAR 2” Spółka z o.o. z siedzibą w Słupsku, zwanego dalej „wykonawcą JANTAR”
3. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego, a w konsekwencji odrzucenia jego oferty w zakresie części 1 i 2
4. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego i wyboru oferty odwołującego w zakresie części 1 i 2
5. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia ww. wniosków:
6. nakazanie zamawiającemu unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż złożył ofertę na wykonanie zamówienia w części 1 i 2, a w wykazie usług wskazał:

W punkcie 1 jako przedmiot zamówienia: „Utrzymanie w czystości obiektów biurowych oraz terenów zewnętrznych”; całkowitą wartość zamówienia 1.140.000 zł netto; data wykonania od 1.12.2006 - nadal; nazwa i adres zamawiającego: Polbet S.A. w Katowicach.

W punkcie 2 jako przedmiot zamówienia: „Kompleksowe usługi porządkowe - tereny wewnętrzne oraz tereny zewnętrzne”; całkowitą wartość zamówienia 897.608,58 zł brutto; data wykonania od 7.01.2010 r. do nadal; nazwa i adres zamawiającego: Makronex Stone w Mysłowicach.

Ponadto dołączył do oferty referencje Polbet S.A. z dnia 12 listopada 2014 r., w której stwierdzono, że odwołujący okazał się solidnym i godnym zaufania partnerem, rzetelnie wykonującym swoje usługi. Wszelkie prace wykonywane są terminowo i z dużą dbałością. Pomieszczenia firmy oraz tereny zewnętrzne są czyste i zadbane. Do października 2014 r. wartość zrealizowanego kontraktu wyniosła 1.140.000,00 zł. Według listu referencyjnego Makronex Stone M. K. odwołujący rzetelnie wywiązuje się ze swoich obowiązków. Usługi świadczone są w terminie oraz na wysokim poziomie. Firma odwołującego jest solidnym i rzetelnym wykonawcą. Wartość wykonywanej usługi wynosi 897.608,58 zł.

W związku z powyższym odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu dotyczącym posiadania wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia, które zostały określone przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”. Zgodnie z treścią SIWZ w przypadku składania oferty na

więcej niż jedną część, zamawiający podał, iż uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże dowody należytego wykonania co najmniej dwóch usług, z której każda z nich będzie opiewała na minimum sumę poszczególnych części. Zamawiający dla części nr 1 wartość zadania określił na 500.000,00 zł, natomiast dla części nr 2 wartość zadania wynosiła 300.000,00 zł. Zatem wartość zadania dla dwóch pierwszych części wynosiła łącznie 800.000,00 zł. Należy podnieść, że zamawiający nie zastrzegł w treści specyfikacji, że wartość wykonanych już usług na dzień wszczęcia postępowania powinna wynosić przynajmniej 800.000,00 zł, lecz wskazał jedynie, że wartość każdej usługi powinna opiewać na minimum sumę poszczególnych części, a usługi te powinny być wykonane lub wykonywane w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania. Jak wynika z załączonego do oferty wykazu usług odwołującego całkowita wartość zamówienia wynosiła odpowiednio: przy pierwszym 1.140.000,00 zł netto, a przy drugim 897.608,58 zł brutto, tym samym każde z nich opiewało na minimum sumy poszczególnych części (800.000,00 zł brutto). Powyższą argumentację dodatkowo potwierdza okoliczność, że zamawiający nie zawarł w specyfikacji wymogu podania dat wykonania usług (§ 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 19 lutego 2013 r. - Dz. U. z 2013).

W dniu 24 grudnia 2014 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe wezwanie konsorcjum DGP otrzymało w tej samej dacie).

W dniu 27 grudnia 2014 r. (pismem z tej samej daty) konsorcjum DGP zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający w SIWZ (rozdział VI „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”) podał, iż „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, tj.: (...) 2. Posiadają wiedzę i doświadczenie; Zamawiający uzna, iż Wykonawca posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie do wykonywania zamówienia, jeżeli złoży oświadczenie, o którym mowa w art. 44 ustawy Pzp (zał. nr 3 do SIWZ) oraz dokumenty wymienione w rozdziale VII niniejszej SIWZ”.

Na potwierdzenie powyższego warunku – zgodnie z rozdziałem VII SIWZ „Informacja o oświadczeniach i dokumentach, jakie powinni złożyć Wykonawcy do oferty” – zamawiający żądał „wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, usług będących przedmiotem zamówienia, w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy (wg wzoru Załącznik nr 5 do SIWZ) - w tym okresie, co najmniej dwie usługi dotyczące utrzymania czystości, o wartości każdego zadania nie mniejszej niż:

- dla części nr 1 - 500.000,00 zł brutto
- dla części nr 2 - 300.000,00 zł brutto
- dla części nr 3 - 300.000,00 zł brutto

oraz załączenia dowodów czy usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

W przypadku składania oferty na więcej niż jedną część, Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże dowody należytego wykonania co najmniej dwóch usług, z której każda z nich będzie opiewała na minimum sumę poszczególnych części.

W przypadku składania oferty na trzy części, Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże dowody należytego wykonania co najmniej dwóch usług, z której każda z nich będzie opiewała na kwotę minimum 1.100.000,00 zł brutto.”.

Odwołujący złożył ofertę na 1 i 2 część. W „Wykazie usług” (str. 21 oferty) wykonawca wyspecyfikował dwie usługi. Pierwszą realizowaną na rzecz Polbet S.A. z siedzibą w Katowicach, dla której jako „całkowitą wartość zamówienia” podał „1 140 000 zł netto” a jako „datę wykonania od-do” wskazał „Od 1.12.2006-nadal”. W pozycji 2 wykazu wyspecyfikował usługę zrealizowaną na rzecz Makronex Stone z siedzibą w Mysłowicach, dla której jako „całkowitą wartość zamówienia” podał „897 608,58 zł netto” a jako „datę wykonania od-do” wskazał „Od 7.01.2010-nadal”.

Zamawiający, pismem z dnia 11 grudnia 2014 r., wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp m.in. do złożenia dokumentów potwierdzających wartość wykonanych usług wykazanych w pozycji nr 1 i 2 „Wykazu usług” na rzecz Polbet S.A. i Makronex Stone

w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert – ze złożonych referencji nie wynika na jakie kwoty wykonano przedmiot zamówienia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, tj. od dnia 26.11.2011 r. do dnia 26.11.2014 r. lub dokumentu pn. „Wykaz usług” – wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, usług będących przedmiotem zamówienia, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwóch usług o wartości minimum 800 000,00 zł brutto każda oraz dowodów czy usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Odwołujący, w odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 12 grudnia 2014 r. złożył m.in. pismo Polbet S.A. z siedzibą w Katowicach z dnia 11 grudnia 2014 r., w którym wskazano, iż wartość usług zrealizowanych przez odwołującego „w okresie od 26.11.2011 r. do dnia 26.11.2014 r. wyniosła ponad 810.000,- zł brutto (tj. z podatkiem VAT)”. Odwołujący złożył również pismo Makronex Stone M. K. z siedzibą w Mysłowicach z dnia 12 grudnia 2014 r., w którym wskazano, iż wartość usług zrealizowanych przez odwołującego „w okresie od 26.11.2011 r. do dnia 26.11.2014 r. wynosi 538 565,14 zł brutto.”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Niewątpliwym jest, iż zamawiający jednoznacznie wskazał w treści SIWZ, iż na potwierdzenie wymaganego doświadczenia i wiedzy wykonawcy żąda złożenia wykazu usług oraz załączenia dowodów czy usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Zamawiający również wskazał, jakie usługi, wykonane lub wykonywane w jakim okresie oraz o jakiej wartości uzna za potwierdzające posiadanie odpowiedniego doświadczenia i wiedzy. Podał także, iż „w przypadku składania oferty na więcej niż jedną część, zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże dowody należytego wykonania co najmniej dwóch usług, z której każda z nich będzie opiewała na minimum sumę poszczególnych części.”. I taka właśnie sytuacja wystąpiła w tym konkretnym stanie faktycznym. Odwołujący złożył ofertę na dwie części. Tym samym każda z usług wykonaniem lub wykonywaniem, której odwołujący się legitymował powinna stanowić – zgodnie z treścią SIWZ - sumę wartości obu części, tj. 500.000,00 zł brutto (1 część) + 300.000,00 zł brutto (2 część), co daje 800.000,00 zł brutto. Tymczasem usługa wyspecyfikowana w pozycji 2 „Wykazu usług”, co wynika z treści oświadczenia podmiotu na rzecz, którego była ona realizowana, została wykonana w terminie do dnia składania ofert (określonym jednoznacznie także w wezwaniu skierowanym do wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pz) jedynie na kwotę 538 565,14 zł brutto. Powyższe nie odpowiada więc warunkowi postawionemu przez zamawiającego w przypadku składania oferty na dwie części. Należy także podkreślić, iż wykonawca miał się legitymować usługą wykonaną lub wykonywaną „w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert”. Usługa na realizację, której wykonawca się powoływał nie

mogła więc być realizowana zarówno przed tym okresem, jak i po terminie składania ofert. SIWZ w tym zakresie była sformułowana jasno i wyczerpująco. Podobnie jak wezwanie skierowane do tego wykonawcy. Skoro więc wykonawca legitymował się usługami, które są nadal wykonywane dla potwierdzenia spełnienia warunku powinien wykazać wartość usługi zrealizowanej wyłącznie w tym okresie, a nie – jak błędnie podnosi odwołujący – wartość całej choć jeszcze niezrealizowanej umowy. Reasumując stwierdzić należy, iż wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia do wykonywania tego zamówienia (dla części 1 i 2). Zamawiający prawidłowo więc postąpił wykluczając tego wykonawcę z postępowania, a tym samym odrzucając jego ofertę.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone na rozprawie, uznając je za stanowiska je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania. Izba nie zasądziła na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa przed Izbą, gdyż – zgodnie z § 3 ust. 2 ww. rozporządzenia – koszty stron postępowania odwoławczego zasądza się w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, a pełnomocnik zamawiającego takiego rachunku nie złożył.

Przewodniczący:

