

Sygn. akt: KIO/UZP 1926/09

WYROK
z dnia 11 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Stręciwilk**

Członkowie: **Andrzej Niwicki**

Ryszard Tetzlaff

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Spółdzielnię Inwalidów Naprzód w Krakowie ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków, adres do korespondencji: Oddział w Łodzi, ul. Traktorowa 141/143, 91-203 Łódź** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Krakowski szpital Specjalistyczny im. Jana Pawła II w Krakowie, ul. Prądnicka 80, 31-202 Kraków** protestu z dnia 2 grudnia 2009 r.

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Spółdzielnię Inwalidów Naprzód w Krakowie ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków, adres do korespondencji: Oddział w Łodzi, ul. Traktorowa 141/143, 91-203 Łódź** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Spółdzielnię Inwalidów Naprzód w Krakowie ul. Żabiniec 46,**

31-215 Kraków, adres do korespondencji: Oddział w Łodzi, ul. Traktorowa 141/143, 91-203 Łódź;

- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Spółdzielnię Inwalidów Naprzód w Krakowie ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków, adres do korespondencji: Oddział w Łodzi, ul. Traktorowa 141/143, 91-203 Łódź.**

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

Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie (dalej: „*Odwołujący*”), złożyła odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Usługę utrzymania czystości*”, prowadzonym na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), (dalej: „*ustawa Pzp*”) przez Krakowski Szpital Specjalistycznym im. Jana Pawła II (dalej: „*Zamawiający*”). Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 20 listopada 2009 r. (nr ogłoszenia: 2009/S 224 - 321628).

Podstawą złożonego odwołania i poprzedzającego go protestu było opisanie przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący pismem z dnia 2 grudnia 2009 r. złożył w dniu 4 grudnia 2009 r. Zamawiającemu protest, w którym wskazał na naruszenie przez Zamawiającego poprzez ten opis art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie też zażądał modyfikacji treści ogłoszenia i postanowień SIWZ w części dotyczącej warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonywania oceny ich spełniania poprzez żądanie:

1. W celu potwierdzenia zdolności ekonomicznej i finansowej
 - a) wykazania przez wykonawcę osiągnięcia średniego rocznego przychodu w okresie ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, w wysokości nie niższej niż 15 000 000 PLN w każdym roku

Na potwierdzenie spełniania tego warunku wykonawcy mieliby przedłożyć sprawozdanie finansowe albo jego część, a w przypadku braku obowiązku

sporządzania takiego dokumentu – innych dokumentów określających osiągnięte przychody.

- b) wykazania przez wykonawcę posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 2 000 000 złotych

Na potwierdzenie spełniania tego warunku wykonawcy mieliby przedłożyć informację z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, w którym wykonawca posiada rachunek potwierdzający wysokość środków finansowych lub zdolność kredytowa wykonawcy.

2. W celu potwierdzenia posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia

- a) wykazania przez wykonawcę wykonania umów na usługę sprzątnia

Na potwierdzenie spełniania tego warunku wykonawcy mieliby przedłożyć wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych co najmniej trzech umów na usługi sprzątnia po minimum 5 000 000,00 PLN każda w okresie ostatnich trzech lat, a gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te usługi zostały wykonane należycie.

- b) wykazania przez wykonawcę posiadania przeciętnego zatrudnienia pracowników na umowę o pracę w okresie ostatnich trzech lat, a w przypadku gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, na poziomie minimum 1.200 osób w każdym roku.

Na potwierdzenie spełniania tego warunku wykonawcy mieliby przedłożyć wykaz przeciętnego zatrudnienia.

Odwołujący w proteście podniósł, że określone przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu warunki udziału w postępowaniu (określone w pkt III.2.2. i III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu) nie przystawało do:

- wartości szacunkowej zamówienia (pomiędzy 10 000 000,00, a 12 000 000,00 PLN);
- szczególnego charakteru jednostki, na terenie której ma być wykonywana usługa (szpital)
- wielkości powierzchni, na której ma być wykonywana usługa (ok. 46 000,00 m²).

Podkreślił, że Zamawiający powinien tak sformułować warunki udziału w postępowaniu, aby zagwarantować że wezmą w nim udział podmioty doświadczone, tj. podmioty, które dają rękojmię prawidłowego wykonania umowy.

Zamawiający rozstrzygnął złożony protest poprzez jego oddalenie w dniu 11 grudnia 2009 r.

W uzasadnieniu tego rozstrzygnięcia Zamawiający zakwestionował interes prawny Odwołującego w podnoszeniu wskazanych zarzutów, które prowadzą właściwie do wykluczenia z niniejszego postępowania konkurencyjnych firm. Wskazał na brak uzasadnienia twierdzeń zawartych w proteście, brak racjonalnej argumentacji na poparcie swoich żądań. Przykładowo wskazał, że Odwołujący żąda, aby o zamówienie mogli ubiegać się wykonawcy zatrudniający średniorocznie 1200 osób, co jest wartością zbliżoną do liczby wszystkich pracowników Szpitala.

Zamawiający wskazał, że przedmiotem niniejszego zamówienia jest świadczenie ciągłe fakturowane miesięcznie, a kwota 15 mln brutto wykazywana w warunku Odwołującego znacznie przekracza wartość niniejszego zamówienia w przeciągu trzech lat, w trakcie których wykonawca wystawi Zamawiającemu 36 faktur, za które otrzyma płatności. Wskazał też że wartość miesięcznie wykonywanego zamówienia na podstawie aktualnych płaconych bieżącemu wykonawcy usługi faktur wynosi ok. 300 tys. zł.

Zamawiający podkreślił też że usługa będąc przedmiotem niniejszego zamówienia nie ma skomplikowanego charakteru dlatego też wykonawca, który wykonał usługę sprzątnięcia o wartości 1,5 mln złotych nabył niezbędną wiedzę i doświadczenia, aby posprzątać również Szpital.

Od rozstrzygnięcia protestu Odwołujący w dniu 21 grudnia 2009 r. (data nadania przesyłki w urzędzie pocztowym operatora publicznego) złożył do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie, przekazując w tym samym dniu jego kopię Zamawiającemu. W odwołaniu podtrzymał zarzuty, żądania i argumentację, podniesione w proteście.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu i w odwołaniu, jak też złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania oraz, że wypełniono przesłankę interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Potencjalnie bowiem Odwołujący wykazuje, że poprzez określony opis warunków udziału w postępowaniu albo brak konkretnego warunku, Zamawiający narusza przepisy ustawy Pzp i prowadzi do sytuacji, w której możliwość uzyskania przez Odwołującego zamówienia staje się ograniczona z uwagi na dopuszczenie, aby o zamówienie ubiegali się wykonawcy, którzy nie są w stanie należycie świadczyć usługi stanowiącej przedmiot zamówienia.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem oraz przedłożonej do wglądu Izby w oryginale, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu z dnia 20 listopada 2009r. nr 2009/S 224-321628 oraz postanowień SIWZ, jak również stanowisk i oświadczeń stron wyrażonych na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz ustnie do protokołu.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie podlega oddaleniu.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ustalono, że Zamawiający opisał następujące warunki udziału w postępowaniu:

1. spełnienie wymagań określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp;
2. nie podleganie wykluczeniu z udziału w postępowaniu zgodnie z art. 24 ustawy Pzp;
3. posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę minimum 1 000 000,00 PLN;

4. wykonanie lub wykonywanie minimum 2 umów na usługi sprzątania o wartości minimum 1 500 000,00 brutto PLN każda w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie.

Biorąc pod uwagę zakres zarzutów podniesionych w proteście i odwołaniu oraz argumentacje na ich poparcie Izba stwierdziła, że *de facto* przedmiotem zarzutów jest zaniżenie przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu.

W tym względzie skład orzekający Izby wyraża przekonanie, że ewentualne zaniżenie warunków udziału w postępowaniu w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, czy też brak uszczegółowień warunku udziału w zakresie samego rodzaju przedmiotu zamówienia nie może stanowić o naruszeniu przepisów ustawy Pzp, a konkretnie art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym – biorąc pod uwagę datę wszczęcia mniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (20 listopada 2009 r.) przed wejściem w życie nowelizacji przepisów ustawy Pzp (ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych Dz. U. Nr 206, poz. 1591). Zgodnie z tym przepisem to Zamawiający dokonuje opisu warunków udziału w postępowaniu. Obowiązek w tym zakresie zatem spoczywa na Zamawiającym i to on, uwzględniając swoje potrzeby w tym zakresie, charakter przedmiotu zamówienia oraz możliwości rynku danych usług, określa w dowolny sposób warunek udziału w postępowaniu. Powyższe zgodnie z przywołanym art. 22 ust. 2 ustawy Pzp ograniczone jest naruszeniem uczciwej konkurencji. Opis warunków udziału w postępowaniu przez Zamawiającego, możemy więc rozważać w kontekście takiego nadania brzmienia warunkom przez zamawiającego, który mógłby prowadzić do ograniczenia uczciwej konkurencji, czyli *de facto* do wyeliminowania, czy utrudnienia dostępu do zamówienia jakiejś potencjalnej grupie wykonawców, którzy w normalnych warunkach mieliby szansę na uzyskanie zamówienia.

Argumentacja zawarta w proteście i odwołaniu i stawiane tam zarzuty oraz żądania modyfikacji SIWZ i treści ogłoszenia o zamówieniu prowadzą do wniosku, że właśnie określenie przez Zamawiającego warunków udziału w zapisach proponowanych przez Odwołującego może prowadzić do eliminacji z postępowania jakichś wykonawców. Tym samym uznać należy, że ustalenie warunków udziału na niższym poziomie aniżeli oczekuje tego Odwołujący nie stanowi o naruszeniu przepisów ustawy Pzp, w tym wskazanego przez Odwołującego art. 22. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający może również określić w postępowaniu tak co do potencjału osobowego, czy technicznego, jak i doświadczenia i zdolności finansowej i ekonomicznej takie warunki udziału, które – według jego wiedzy - będą wiarygodne i służące weryfikacji wykonawców co do ich potencjalnych i możliwości realizacji zamówienia. W tej sferze Zamawiający ma pewną swobodę – jak wskazano – ograniczoną zachowaniem uczciwej konkurencji.

Przywoływane przez Odwołującego określenia, którymi posługują się przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane w postępowaniu (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.), tj.: „*usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością*”, odnoszą się do adekwatności wymaganego doświadczenia do przedmiotu i wartości zamówienia, również powinny być rozpatrywane w kontekście przepisów ustawy Pzp, na podstawie której to ustawy przepisy wskazanego rozporządzenia zostały wydane. Tak więc żądanie przedłożenia na potwierdzenie spełnienia określonych warunków udziału w postępowaniu dokumentów związane jest z takim potwierdzeniem, które jest adekwatne tak rodzajowo, jak i wartościowo do przedmiotu zamówienia ale w kontekście ograniczenia zachowania uczciwej konkurencji. Jeśli więc Zamawiający w sposób jednakowy dla wszystkich wykonawców określi warunki udziału, które nie są dyskryminujące dla jakiegoś kręgu dostępnych na runku danych – w tym przypadku – usług dla wykonawców, nie można mu stawiać zarzutów w kontekście naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Z drugie bowiem strony to na Zamawiającym bowiem spoczywa ciężar i odpowiedzialność za dokonanie prawidłowo wyboru wykonawcy, który będzie w stanie zrealizować zamówienie. Wybrany na tej podstawie wykonawca będzie zobowiązany do prawidłowego wykonania zamówienia zgodnie z postanowieniami zawartej umowy, a w przypadku ewentualnego niewykonania, czy też nienależytego wykonywania przedmiotu umowy Zamawiający będzie mógł w tym zakresie korzystać z przysługujących mu jako wierzycielowi zobowiązania praw, w tym także z możliwości naliczenia ewentualnych kar umownych.

Uwzględniając powyższe Izba działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego - stosownie do jego wyniku - orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....