

Sygn. akt: KIO 1666/17

**POSTANOWIENIE
z dnia 17 sierpnia 2017 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu **17 sierpnia 2017 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **8 sierpnia 2017 r.** przez wykonawcę **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Regionalne Centrum Gospodarki Wodno - Ściekowej S.A., Al. Marszałka Piłsudskiego 12, 43-100 Tychy**

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Impel Cleaning sp. z o.o. ul, Ślężna 118; 53-111 Wrocław** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Świadczenie kompleksowych usług utrzymania porządku czystości i higieny w Wodnym Parku Tychy przy ul. Sikorskiego 20.”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 523941-N- 2017, data zamieszczenia 06.06.2017 r., przez Regionalne Centrum Gospodarki Wodno - Ściekowej S.A., Al. Marszałka Piłsudskiego 12, 43-100 Tychy zwane dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 03.08.2017 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wykluczeniu Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław zwany dalej: „Impel Cleaning Sp. z o.o.” albo „Odwołującym” na podstawie art. 24 ust.1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” i odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp. Nadto, poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

W dniu 08.08.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Impel Cleaning Sp. z o.o. wniosła odwołanie na w/w czynności. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 07.08.2017 r. (e-mailem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców;
- 2) art. 24 ust. 1 ppkt 12 Pzp poprzez wykluczenie z postępowania o zamówienia publiczne Odwołującego, mimo że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania, mimo że Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania a jego jest prawidłowa;
- 4) art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez unieważnienie postępowania, mimo że w postępowaniu została złożona prawidłowa oferta niepodlegająca odrzuceniu tj. oferta Odwołującego.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) uchylenia unieważnienia postępowania;
- 2) uchylenie wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty;
- 3) nakazanie Zamawiającemu uznania, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu

- 4) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 5) dokonanie czynności wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W ocenie Odwołującego, czynności dokonane przez Zamawiającego są wadliwe i Zamawiający jako okoliczność uzasadniająca wykluczenie z postępowania wskazał, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt VC ppkt 1 tiret pierwszy siwz. Zgodnie z pkt VC ppkt 1 siwz „Zamawiający uzna, że Wykonawca ubiegający się o zamówienie spełni warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej jeżeli wykaże, że w ciągu ostatnich 3 lat kalendarzowych (poprzedzających dzień złożenia oferty), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonał co najmniej jedną (1) usługę odpowiadającą swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia tj. jedną usługę sprzątnia, trwającą co najmniej 12 m-cy, w ramach jednego kontraktu, w obiektach krytej pływalni. Wartość wykonanej usługi musi być nie mniejsza niż 400.000,00 PLN brutto.” Zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów (pismo z dnia 27.07.2017 r.) wskazał, że Odwołujący w wykazie usług w kolumnie „Data rozpoczęcia - Data zakończenia” wpisał: 23.11.2012 - 21.11.2014 oraz załączył na potwierdzenie wykonania list referencyjny. Z obydwu dokumentów wynika, że usługa była świadczona dla Chrobry Głogów S.A. przez Odwołującego we wskazanym powyżej okresie. W ocenie Zamawiającego oznacza to, że okres wykonywania w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert obejmuje: od 29 czerwca 2014 r. do 21.11.2014 r. tj. niespełna 5 miesięcy, co nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż wymagane było 12 miesięcy. Powyższe okoliczności stanowią podstawę wykluczenia Odwołującego z postępowania. Odwołujący podnosił, że ww. stanowisko jest błędne a jego wykluczenie bezpodstawne, gdyż z określonego w postępowaniu warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej jednoznacznie wynika, że termin zrealizowania, a więc zakończenia wykonywania wymaganych usług powinien obejmować 3-letni okres, liczony wstecz od dnia 29.06.2014, a więc okres od dnia 29.06.2014 do dnia 29.06.2017 r. włącznie. W tym przypadku zatem - dla usługi już zakończonej absolutnie nie bierze się pod uwagę terminu usługi z 3-letniego okresu przed terminem składania ofert, lecz datę jej zakończenia - która mieści w okresie ostatnich 3 — ch lat przed terminem składania ofert. Odwołujący podkreśla ponadto, że swiz postępowania nie zawiera innych niż wskazano powyżej wymogów co do terminu lub okresu, w którym powinna być zrealizowana wymagana usługa w tym również nie zawiera zastrzeżenia, że ww. okres realizacji powinien rozpocząć się najpóźniej w dniu odpowiadającemu dniowi zakończenia 3-ch lat kalendarzowych poprzedzających dzień złożenia oferty.

Oceniając zatem usługi już wykonane (zakończone), Zamawiający powinien mieć wyłącznie na uwadze czy termin ich zakończenia nastąpił we właściwym czasie (czyli w 3-letnim okresie poprzedzającym składanie ofert), a jeżeli tak - to w następnej kolejności

zbadać, czy minimalny okres trwania usługi spełnia wymagania określone w SIWZ. Zatem jeśli usługa była realizowana w terminie od 23.11.2012 do 21.11.2014 tzn., że jej termin zakończenia mieści się w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert przy jednoczesnym spełnieniu warunku, iż usługa trwała dłużej niż 12 m-cy. Dla skutecznego potwierdzenia spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia usługami już wykonanymi, rozpoczęcie realizacji zakończonego już zadania nie ma znaczenia i może wykraczać poza okres 3 lat, ważne jedynie, aby termin zakończenia przypadał w określonym przepisami prawa okresie (wyrok KIO z 4.11.2010r., sygn. akt 2280/10 oraz wyrok KIO z 26.1.2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1777/09). W wyroku KIO z dnia 04.11.2010 r., sygn. KIO 2280/10 użycie czasu przeszłego - dokonanego w słowie „wykonane” jednoznacznie wskazuje, że w terminie trzech lat przed upływem składania ofert wykonanie usługi powinno zostać zakończone. Nie sposób uznać, aby intencją Ministra Rozwoju (a zapisy SIWZ są w tym zakresie zgodne z brzmieniem powołanego rozporządzenia) było postawienie wymogu, aby w okresie trzech lat mieścił się cały okres od rozpoczęcia do zakończenia wykonywania usługi. Taka interpretacja spowodowałaby wykluczenie z postępowań wykonawców, wykonujących usługi długoterminowe, o okresach wykonywania dłuższych niż 3 lata, co w sposób oczywisty byłoby sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców. Zauważył, że przepis prawa nie wskazuje terminu rozpoczęcia usług, których wykonanie może być zaliczone do doświadczenia wykonawcy. Powyższe oznacza, że Wykonawca ma prawo wykazać wykonane/zakończone zadanie, którego realizacja rozpoczęła się przed upływem 3 lat od terminu składania ofert — byleby termin zakończenia tego zadania mieścił się w powołanym, 3- letnim okresie. KIO w wyroku z 26.01.2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1777/09 również nie znalazło podstaw do wyodrębniania z całości wykonanego zadania prac, które były wykonywane w okresie określonym w Rozporządzeniu i uwzględniania przy ocenie ofert doświadczenia wykonawcy, tylko w zakresie tej wydzielonej części prac. Niezależnie od powyższego, z daleko idącej ostrożności Odwołujący wskazuje, że przedstawił referencje potwierdzające należyte wykonanie usługi. Dokument ten bezspornie potwierdza, że usługa została wykonana prawidłowo. Referencja ta nie jest obciążona żadnymi wadami formalnymi. Tym samym Odwołujący przedstawił wszystkie wymagane dokumenty niezbędne do wykazania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu. Treść przywołanych dokumentów potwierdza, że Odwołujący legitymuje wymagany w siwz doświadczeniem i wiedzą a jego wykluczenie jest bezpodstawne i błędne.

Zamawiający w dniu 09.08.2017 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenia przystąpień nie miały miejsca do 14.08.2017 r. (włącznie).

W dniu 11.08.2017 r. (faxem i e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie w całości. Niniejsza odpowiedz została podpisana przez P.Z. mgr inż. Z. Gieleciak. Stwierdził, co następuje. Treść uzasadnienia odwołania, w ocenie Zamawiającego, wskazuje na spełnienie przez ofertę Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w szczególności w zakresie wymagań dotyczących zdolności technicznej i zawodowej - pkt 111-1.3 slwz). W szczególności Zamawiający uznaje za uzasadnioną argumentację podniesioną przez Odwołującego w treści odwołania, zgodnie z którą: z określonego w postępowaniu warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (pkt VC ppkt 1 tiret 1) jednoznacznie wynika, że termin zrealizowania, a więc zakończenia wykonywania wymaganych usług powinien obejmować 3-letni okres, liczony wstecz od dnia 29.06.2014r., a więc okres od dnia 29.06.2014r. do dnia 29.06.2017r. łącznie. Dla usługi już zakończonej - w ocenie Odwołującego - nie bierze się pod uwagę usługi z 3- letniego okresu przed terminem składania ofert, lecz datę jej zakończenia - która mieści się w okresie ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert. Zdaniem Odwołującego siwz nie zawiera wymogów co do terminu lub okresu w którym powinna być zrealizowana wymagana usługa, w tym również nie zawiera zastrzeżenia, że w.w. okres realizacji powinien rozpocząć się najpóźniej w dniu odpowiadającym dniowi zakończenia trzech lat kalendarzowych poprzedzających dzień złożenia oferty. Biorąc pod uwagę wskazaną interpretację postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przedstawioną w odwołaniu przez Odwołującego, Zamawiający postanowił przychylić się do argumentacji i wniosków odwołania. Podstawowym argumentem przemawiającym za uwzględnieniem odwołania jest w ocenie Zamawiającego zasada Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którą wszelkie niejasności, dwuznaczności i niezgodności SIWZ należy rozpatrywać na korzyść Wykonawców. Jakiegokolwiek wątpliwości w interpretacji warunków i wymagań Zamawiającego postawionych w tym zakresie w SIWZ nie mogą być odczytywane na niekorzyść Wykonawcy, nie mogą przesądzać o wykluczeniu Wykonawcy z postępowania w przedmiocie udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe potwierdzają w szczególności wyroki KIO, z dnia: 19.07.2016r. (sygn. akt: KIO 1201/16); 16.03.2015r. (sygn. akt: KIO 430/15); czy też 26.01.2010r. (sygn. akt: KIO/UZP 1777/09). Odwołujący w odwołaniu przedstawił interpretacją postanowień treści SIWZ, w zakresie wymagań dotyczących zdolności technicznej i zawodowej, zgodnie z którą przedstawiony przez Odwołującego załącznik nr 8 do oferty - Wykaz usług - potwierdza spełniania przez niego na dzień upływu terminu składania ofert warunku udziału w postępowania, w zakresie wymaganej zdolności technicznej i zawodowej. Dokonując uzasadnionej wykładni postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Odwołujący miał w ocenie Zamawiającego, uzasadnione

przesłanki do dokonania interpretacji postanowień w zakresie warunków zamówienia (w szczególności w zakresie wymagań dotyczących zdolności technicznej i zawodowej - pkt III.1.3 slwz), zgodnych z przedstawioną w odwołaniu. W tej sytuacji uznał, iż oferta Odwołującego, jako spełniająca wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia, winna zostać dopuszczona do udziału w postępowaniu. Brak jest zatem podstaw do jej odrzucenia, z powołaniem się na przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Izba, biorąc pod uwagę uwzględnienie w całości odwołania, oraz brak zgłoszonych przystąpień po stronie Zamawiającego, uznała, że istniała podstawa do przyjęcia, iż postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 2 Pzp - należało umorzyć.

Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, zgodnie z żądaniem Odwołującego, a po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 1666/17 na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47). Zgodnie z § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (t.j.: Dz. U. z 2014, poz. 964 oraz Dz. U. z 2017 r., poz.14) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....