

Sygn. akt KIO/UZP 85/08

WYROK
z dnia 19 lutego 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz
Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Lidia Ziółkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie* w dniu / w dniach* 18.02.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Ever Grupa Sp. z o.o., ul. J. Bajana 40, 01-904 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PPUP Poczta Polska Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny, pl. Oddziałów Młodzieży Powstańczej 7, 40-940 Katowice** protestu / protestów* z dnia 14.01.2008 r.

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego XXX po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1 . uwzględnia odwołanie i unieważnia postępowanie.

2. kosztami postępowania obciąża **PPUP Poczta Polska Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny, pl. Oddziałów Młodzieży Powstańczej 7, 40-940 Katowice** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Ever Grupa Sp. z o.o., ul. J. Bajana 40, 01-904 Warszawa**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 5664 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote, zero groszy) przez **PPUP Poczta Polska Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny, pl. Oddziałów Młodzieży Powstańczej 7, 40-940 Katowice** na rzecz **Ever Grupa Sp. z o.o., ul. J. Bajana 40, 01-904 Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczonego wpisu oraz kosztów zastępstwa procesowego.
- 3) dokonać wpłaty kwoty zł ... gr (słownie:.....) przez na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Ever Grupa Sp. z o.o., ul. J. Bajana 40, 01-904 Warszawa**

Uzasadnienie

Przedmiotem odwołania jest wybór najkorzystniejszej oferty przez „Zamawiającego”, którym jest Poczta Polska Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Katowicach, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, na usługę sprzątania powierzchni wewnętrznych i zewnętrznych (z wyłączeniem terenów zielonych) Węzła Ekspedycyjno Rozdzielczego w Zabrze (nr sprawy : DZP/351/2007)

W dniu 07.01.2008 r Zamawiający zawiadomił „Odwołującego”, którym jest Ever Grupa Sp.z o.o. z siedzibą w Warszawie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty: wykonawcy PRB „Agro-Service” Piotr Kulak i Krystyna Kulak s.c. z siedzibą w Katowicach, zwanego dalej „wykonawcą wybranym”.

Pismem z dnia 10 stycznia 2008r. Odwołujący złożył w dniu 14 stycznia 2008r protest do Zamawiającego, w którym zażądał uchylecia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty wykonawcy wybranego oraz ponownej oceny ofert i wyboru oferty jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. j.t. 2007r. Nr 223 poz. 1655), zwaną dalej „ustawą” : art. 7 ust.1, art. 24, art. 25, art. 82 ust. 3, art. 88 , art. 89, art. 90, art. 91 ustawy.

Według Odwołującego wykonawca wybrany powinien być wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona, ponieważ nie spełnia on warunków specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanych dalej SIWZ w zakresie : wymaganego doświadczenia zawodowego, wyposażenia pracowników w sprzęt, to jest w wózek dla serwisu sprzątającego, braku stosownej uchwały wspólników do reprezentacji spółki cywilnej w postępowaniu, braku aktualnego zaświadczenia z ewidencji działalności gospodarczej, oraz dokonania przez Zamawiającego bezprawnej poprawki błędu rachunkowego w obliczeniu ceny w ofercie wykonawcy wybranego.

W proteście Odwołujący wskazuje, że w przypadku spełnienia przez Zamawiającego wniosków zawartych w proteście co do wykonawcy wybranego, oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejsza. Tym samym posiada on interes prawny do zaskarżenia czynności Zamawiającego.

Pismem z dnia 22 stycznia 2008r. Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie wskazując, że żaden z zarzutów Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

W dniu 25 stycznia 2008r. złożone zostało do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie datowane na dzień 23 stycznia 2008r., w którym Odwołujący wnosi i wywodzi jak w proteście.

Skład orzekający Izby na podstawie dokumentacji przetargowej Zamawiającego oraz w wyniku przeprowadzonej rozprawy ustalił i zważył co następuje.

W zakresie ustaleń skład orzekający Izby ustalił.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) w zakresie wymogu doświadczenia zawodowego Zamawiający postanowił w rozdziale dotyczącym „warunków udziału w postępowaniu”, że wykonawcy, którzy ubiegają się o udzielenie niniejszego zamówienia zobowiązani są wykazać, że wykonywali usługi w okresie ostatnich trzech lat, które odpowiadają” swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia” (Rozdział III pkt 1 ppkt 1) lit. b) SIWZ). W rozdziale IV Wykaz wymaganych dokumentów pkt1 ppkt 8) zawarty został zapis „W przetargu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy złożą wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane należycie. Zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zrealizował we wskazanym wyżej okresie, co najmniej dwie usługi zbliżone zakresem, przeznaczeniem i wartością do przedmiotu zamówienia (załącznik nr 6 do SIWZ).

Zatem zakres porównywalności z przedmiotowym postępowaniem Zamawiający sprowadza do usług zbliżonych zakresem, przeznaczeniem i wartością.

Dokonując analizy oferty wykonawcy wybranego należy stwierdzić, że na cztery przedstawione usługi wraz z referencjami dwie spełniają wymagania co do zakresu, przeznaczenia i porównywalności z przedmiotem spornego postępowania o udzielenie zamówienia. Takie też stanowisko na rozprawie zajął Zamawiający. Tymi usługami są usługi wykonywane na rzecz: Komunalnego Zakładu Gospodarki Mieszkaniowej w Katowicach

(KZGM) oraz na rzecz Centrum Handlu Hurtowego w Katowicach (CHH) z następujących względów.

Jeżeli chodzi o zakres usługi to z SIWZ wynika, że wykonawca będzie obsługiwał, jeżeli chodzi o powierzchnię wewnętrzną: 35 512, 09 m², a jeżeli chodzi o powierzchnię zewnętrzną to powierzchnia wynosi : 60 385,00 m².

Z przedstawionych referencji wynika: KZGM obejmowało wewnątrz budynków powierzchnię 140 325 m², a jeżeli chodzi o powierzchnię zewnętrzną to obejmowało : 303 309m². Czyli pod względem zakresu, usługi na rzecz KZGM, znacznie go przekraczały.

Z przedstawionych referencji CHH nie wynika jaka powierzchnia zewnętrzna i jaka powierzchnia wewnętrzna jest obsługiwana, ale Odwołujący nie podnosił, że powierzchnie hal i ich otoczenie nie spełniają parametrów wielkościowych porównywalnych z przedmiotowym zadaniem. Skoro wykonawca ujawnił te hale w wykazie, jako porównywalne z przedmiotowym postępowaniem, a ani Zamawiający, ani Odwołujący nie zakwestionowali tego faktu to należy przyjąć, że wykonawca podał w tym zakresie prawdziwe informacje.

Tym samym zarzut nie porównywalności wielkości obsługiwanej powierzchni przez Odwołującego nie został wykazany.

Nie można zgodzić się z zarzutem Odwołującego, że przedstawione usługi zarówno co do KZGM, jak i CHH nie odpowiadają pod względem przeznaczenia z przedmiotowym postępowaniem to jest nie odpowiadają sprzątaniu opisanemu w SIWZ w rozdziale II Opis przedmiotu zamówienia. Zasadniczy zarzut Odwołującego w tym zakresie odnosił się do tego, że w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z obiektami użyteczności publicznej, a w referencjach wykonawcy wybranego mamy do czynienia z obiektami mieszkalnymi (KZGM) oraz halą hurtową (CHH). Poza tym stwierdzeniem Odwołujący nie wykazał na czym te różnice polegają, że nie można doświadczenia wykonawcy wybranego jakie uzyskał w sprzątaniu na rzecz KZGM i CHH zakwalifikować jako sprzątanie o podobnym przeznaczeniu z przedmiotowym postępowaniem to jest sprzątanie pomieszczeń węzła ekspedycyjno rozdzielczego Zamawiającego w Zabrze.

Natomiast z referencji wynika: Referencje KZGM Katowice obejmowało **m/i** utrzymanie czystości wewnątrz budynków i czystość terenów zewnętrznych. Referencje CHH Katowice to całodobowa obsługa obiektu w tym drogi dojazdowe i parkingi, serwis dzienny wewnątrz, posadzki, pomieszczenia biurowe, czystość giełdy owocowo-warzywnej, sortowanie i wywóz surowców wtórnych, utrzymanie zimowe z wywozem śniegu.

Tym samym zarzut Odwołującego należy uznać za bezzasadny, nie wykazany, ponieważ opis prac z referencji jest zbieżny z opisem prac w SIWZ, a zwłaszcza z szczegółowym

zakresem prac przedstawionych w zał. Nr 1 do SIWZ (sprzątanie powierzchni wewnętrznych i zewnętrznych).

Kolejną przesłanką porównywalności usług była ich zbliżona wartość. Z przedstawionych referencji wynika, że w przypadku KZGM wartość usług wyniosła w okresie od 01.02.2006r. do 28.02.2007r. 1.214.176 zł. Natomiast wbrew twierdzeniom Odwołującego żaden zapis SIWZ nie mówi, że w przypadku wykonywania usługi w ciągu ostatnich trzech lat i w okresie dłuższym niż 12 miesięcy należy dokonać porównania do okresu 12 miesięcznego to jest okresu adekwatnego do przedmiotowego postępowania. Przy czym okres referencji KZGM jest porównywalny z okresem przedmiotowego zamówienia (okres 12 m-cy). Kolejna referencja CHH mówi o wartości usług w stosunku rocznym na poziomie 387.000 zł.

Natomiast wartość usług wyceniona przez Zamawiającego została na poziomie 1 502 964, 72 zł. Istotnie wartość 387.000 zł znacznie odbiega od kwoty 1.502 964,72 zł. Niemniej Zamawiający w SIWZ użył określenia ...” dwie usługi zbliżone zakresem, przeznaczeniem i wartością do przedmiotu zamówienia” W tak zdefiniowanej porównywalności usług nie można w sposób jednoznaczny określić co oznacza zbliżona wartość zamówienia.

Tym samym nie można przyznać racji Odwołującemu, który podważa iż usługi w CHH nie są usługami o wartości zbliżonej z usługami przedmiotowego postępowania, skoro w SIWZ nie określono co należy rozumieć przez „zbliżone wartości zamówienia”.

Biorąc pod uwagę wyżej opisane referencje i wykaz przedstawiony w ofercie przez wykonawcę wybranego nie można uznać za zasadne zarzuty Odwołującego, iż wykonawca wybrany nie wykazał się wykonaniem usług zbliżonych zakresem, przeznaczeniem i wartością.

Kolejnym zarzutem Odwołującego jest nie spełnienie przez wykonawcę wybranego warunku posiadania sprzętu do realizacji zamówienia. Odwołujący odnosi to do zapisu w Zał. nr 1 do SIWZ pkt. II.6 „Wykonawca w celu poprawnego wykonania usługi jest zobowiązany dysponować sprzętem ręcznym i mechanicznym oraz specjalistycznym, a w szczególności Wykonawca musi wyposażyć pracowników w wózki dla serwisu sprzątającego (minimum dla każdego pracownika 1 szt.). Z kolei w załączniku nr 7 do oferty Odwołujący wskazał – wykonawca wybrany przewiduje zatrudnienie 30 osób w tym 3 koordynatorów. W wykazie – załączniku nr 8 wskazał 25 sztuk wózków dla serwisu sprzątającego.

Odwołujący z powyższych zapisów wnosi, że dla dwóch pracowników brakuje wózków, więc wykonawca powinien być wykluczony.

Rozpatrując ten zarzut, należy przede wszystkim mieć na uwadze, że według zapisów SIWZ Zamawiający nie postawił żadnych wymagań co do ilości zatrudnionych pracowników oraz

kategorii pracowników użytych do realizacji zadania, a tym samym ich wyposażenia w sprzęt. Dokonując analizy przedstawionych dokumentów należy stwierdzić :

W zał. Nr 7 wykonawca wybrany według własnego uznania wpisał ..” przewiduje zatrudnienie 30 osób w tym 3 koordynatorów.

W zał. Nr 8 wykonawca wybrany w poz. „ wózki dla serwisu sprzątającego (minimum 1 szt. dla każdego pracownika) wpisał 25 szt.

Z powyższych zapisów wynika na pewno, że z ogółu 30 pracowników w serwisie sprzątającym będzie 25 osób, skoro jest wymóg na każdą osobę z serwisu wymaga się jeden wózek, trzy osoby koordynatorzy, a pozostałe 2 osoby do bliższego określenia przez wykonawcę wybranego, ponieważ w tym SIWZ to do niego należy inwencja ile osób i co będą robiły.

Zdaniem składu orzekającego Izby z zestawienia tych dwóch dokumentów (zał nr 7 i 8) przy tak dowolnie sformułowanym SIWZ, co do podziału ról osób wykonujących usługę, nie można postawić tak radykalnego zarzutu wykonawcy wybranemu co do nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania sprzętem..

Tym samym zarzut Odwołującego w tym zakresie uznano za nie udowodniony.

Kolejny zarzut Odwołującego dotyczył braku uchwały wspólników upoważniających jednego ze wspólników to jest Piotra Kulaka do czynności przekraczających zwykły zarząd.

Zdaniem składu orzekającego Izby zarzut jest chybiony, ponieważ do wspólników spółki cywilnej w zakresie reprezentacji należy stosować art. 23 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym do podpisania oferty ewentualnie podpisania umowy wykonawcy występujący w postępowaniu wspólnie powinni ustanowić pełnomocnika. Takiego też pełnomocnika ustanowiono, załączając jego pełnomocnictwo do oferty, dla wspólnika Piotra Kulaka. Z treści dokumentu opatrzonego datą 27.12.2007r. wynika upoważnienie do podpisania oferty oraz do reprezentowania spółki cywilnej w postępowaniu, które podpisane zostało przez obydwu wspólników to jest Krystynę Kulak i Piotra Kulak.

Tym samym zarzut Odwołującego braku uchwały wspólników do czynności przekraczających zwykły zarząd zespół orzekający uznał za nieusprawiedliwiony w obowiązującym stanie prawnym.

Odwołujący podniósł kwestię braku aktualnego zaświadczenia z ewidencji działalności gospodarczej, wskazując, że pieczęć o treści brak zmian od ostatniego wpisu za niewystarczający. Przy tym Odwołujący wskazuje, że nie ma przepisu prawa, który zezwala na taką aktualizację wymaganych zaświadczeń z wpisu do ewidencji działalności gospodarczej. Reprezentowany pogląd Odwołującego odbiega od powszechnej praktyki urzędniczej stosowanej od szeregu lat, a umożliwiającej przedsiębiorcom szybsze

potwierdzenie aktualności wpisu do ewidencji poprzez stawianie na uprzednio wystawionych zaświadczeniach pieczęci potwierdzających aktualność zaświadczeń na daną chwilę. Na zarzut Odwołującego, że nie ma przepisu zezwalającego na taką praktykę, można odpowiedzieć, że nie ma z kolei przepisu zabraniającego w taki sposób potwierdzać aktualność zaświadczenia. Tym samym skład orzekający Izby uznał zarzut co do nieprawidłowego potwierdzenia aktualności zaświadczenia z wypisu z ewidencji działalności gospodarczej za bezpodstawny.

Kolejny zarzut dotyczy braku złożenia oświadczenia o treści art. 22 ust.1 i art.24 ust.1 i 2 ustawy w trybie art. 44 ustawy przez drugiego współnika, ponieważ oświadczenie złożył tylko Piotr Kulak, a nie złożyła Krystyna Kulak. Po pierwsze należy stwierdzić, że z treści oświadczenia z dnia 27.12.2007r. wynika, że Piotr Kulak oświadczenie w trybie 44 składa jako przedstawiciel spółki cywilnej Krystyna Kulak i Piotr Kulak, a nie tylko w imieniu własnym to jest jako Piotr Kulak. Ponadto należy zaznaczyć, że w doktrynie przeważa pogląd, że w przypadku wykonawców występujących wspólnie każdy z wykonawców jest zobowiązany do złożenia dokumentów w imieniu własnym w zakresie paragrafu 1 ust. 1 w szczególności pkt 2-5 rozporządzenia prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów , jakie może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz, U 2006r. nr 87 poz. 605).

Tym samym skoro Krystyna Kulak złożyła stosowne dokumenty to wypełniła treść oświadczenia przewidzianego w art. 44 ustawy i zarzut Odwołującego jest chybiony.

Z załączonego pełnomocnictwa wynika, wola obu współników Spółki Cywilnej scedowania w niniejszym postępowaniu prawa do reprezentacji Spółki na Piotra Kulak. Tym samym Piotr Kulak nie składa oświadczenia w trybie art. 22 ust. 1 i 24 ust. 1 i 2 ustawy, jako przedsiębiorca prowadzący jednoosobową działalność, ale jako osoba uprawniona do reprezentacji Spółki Cywilnej.

Ostatni zarzut dotyczy zmiany cen dokonanej wszystkim wykonawcom w tym Odwołującemu i Wykonawcy wybranemu, a dokonanej z inicjatywy Zamawiającego . Jak sam Zamawiający przyznał zmiana dotyczyła jednostek miary jaką w przedmiotowym postępowaniu była częstotliwość sprzątnia określonych powierzchni w ciągu roku. Zamawiający sprawdzając cent globalną i za poszczególne 1 m² stwierdził, że powierzchnię zaznaczoną w SIWZ jako sprzątaną na żądanie zamiast maksymalnie 4 razy do roku wykonawcy skalkulowali w innych ilościach. Zamawiający wykrywając ten błąd dokonał poprawnego wyliczenia zmieniając cenę i występując o zgodę do wykonawców, a po jej uzyskaniu na nowo sklasyfikował oferty. Z wyjaśnień w tym złożonych na rozprawie wynika, że Wykonawcy w zakresie powierzchni 1188, 06 m. kw. różnie przyjmowali częstotliwość sprzątnia np. 2 razy w miesiącu Odwołujący, codziennie Wykonawca wybrany i takie kalkułowanie stało w sprzeczności z zapisem rozdz. 5 pkt 1 ppkt 3 C SIWZ, a więc w

wskutek błędnie wyliczone ceny ofert jako sprzeczne z treścią SIWZ powinny być odrzucone, a czego Zamawiający nie uczynił. W tym stanie rzeczy skład orzekający Izby w trybie art.191 ust.3 zd. 2 w zw. z art. 93 ust.1 pkt 7 oraz w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy unieważnił postępowanie z urzędu, ponieważ zawarta w tym postępowaniu umowa byłaby z rażącym naruszeniem ustaw. Zamawiający w rażący sposób dokonał poprawienia błędu w obliczeniu ceny poprzez poprawienie omyłki rachunkowej w zakresie gdzie mnożenie nie może dotyczyć jednostek miary i cen jednostkowych (art. 88 pkt 1 ustawy).

W zakresie zarzutów Odwołującego skład orzekający Izby zważył.

W związku z powyżej przedstawionymi ustaleniami stanu faktycznego i prawnego większość zarzutów Odwołującego nie potwierdziła się. Tym samym Odwołujący nie wykazał naruszenia art.7 ust.1, 24, 25, 82 ust. 3, 90 i 91 ustawy

Trafny okazał się zarzut bezprawnego dokonania poprawienia ceny w ofercie Odwołującego. Jak wynika z dokumentacji przetargowej i ustaleń na rozprawie Zamawiający poprawił ceny także w pozostałych ofertach. Tym samym Odwołujący wykazał naruszenie przez Zamawiającego art. 88 i 89 ustawy.

Naruszenie w zakresie bezprawnego poprawienia ceny wykonawców ma tak istotne znaczenie, że skład orzekający Izby unieważnił postępowanie.

Koszty zastępstwa pełnomocnika Odwołującego zasądzono do kwoty 1600,00 zł, uwzględniając stopień skomplikowania sprawy oraz nakładu pracy pełnomocnika.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*