

WYROK
z dnia 31 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Emil Kuriata**
 Sylwester Kuchnio
 Piotr Kozłowski

Protokolant: **Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 sierpnia 2012r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 sierpnia 2012r. przez wykonawcę DC System sp. z o.o., Marsa 56A; 04-242 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet Warszawski - Wydział Zarządzania, ul. Szturmowa 1/3, 02-678 Warszawa,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża DC System sp. z o. o., Marsa 56A; 04-242 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez DC System sp. z o. o., Marsa 56A; 04-242 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. Zasądza od DC System sp. z o. o., Marsa 56A; 04-242 Warszawa na rzecz Uniwersytetu Warszawskiego - Wydział Zarządzania, ul. Szturmowa 1/3, 02-678 Warszawa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet Warszawski Wydział Zarządzania ul. Szturmowa 1/3, 02-678 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Usługi porządkowe w budynkach Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego*” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 18 lipca 2012 roku, pod pozycją 156711.

Dnia 14 sierpnia 2012 roku zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz o wykluczeniu m.in. wykonawcy DC System sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz odrzuceniu jego oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Dnia 20 sierpnia 2012 roku wykonawca DC System sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej „*odwołujący*”) wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty oraz wykluczenia z postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. Art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
2. Art. 24 ust. 2 pkt. 4 w związku z art. 26 ust. 2b) oraz art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie przez zamawiającego, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.
3. Art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie przez zamawiającego, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu.
4. Art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwe unieważnienie postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) uchylenia czynności unieważnienia postępowania,
- 2) uchylenia czynności wykluczenia odwołującego oraz uchylenia czynności odrzucenia złożonej przez odwołującego oferty,
- 3) dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niewykluczonych z postępowania.

Kopię odwołania, odwołujący przekazał zamawiającemu w dniu 20 sierpnia 2012 roku.

Zamawiający dnia 31 sierpnia 2012 roku (pismem z dnia 30 sierpnia 2012 r.) złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, a w przypadku stwierdzenia przez Izbę braku podstaw do odrzucenia o oddalenie odwołania w całości i obciążenie kosztami postępowania odwołujący i zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kwoty 3 600,00 zł z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, wykluczeniu wykonawców i odrzuceniu ofert podał, iż wykluczył odwołującego na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ dokumenty złożone przez odwołującego nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Zamawiający wskazał, że z przedłożonych w ofercie listów referencyjnych wynika, że wszystkie usługi wyszczególnione w wykazie zostały wykonane lub są wykonywane przez inny podmiot. Zdaniem zamawiającego, odwołujący przedkładając w ofercie „Oświadczenie o zapożyczeniu” oraz „Zobowiązanie o udostępnieniu”, z których wynika, że zasobem udostępnionym odwołującemu przez inny podmiot są referencje potwierdził, że jego celem było jedynie formalne wykazanie spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, a nie udowodnienie, iż rzeczywiście będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem wymaganymi przez zamawiającego przy realizacji zamówienia.

Zamawiający podał również, że wykaz „Potencjał kadrowy” przedłożony w ofercie przez odwołującego nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego osób zdolnych do wykonania zamówienia. Zdaniem zamawiającego z przedłożonego przez odwołującego wykazu wynika, że nie każda z osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiada wymagane minimum 3-miesięczne doświadczenie (staż pracy) u przedsiębiorcy świadczącego usługi nocnego sprzątnia budynków użyteczności publicznej. Ponadto zakresy czynności poszczególnych osób podane w wykazie są zbyt ogólne – nie pozwalają ustalić osób do codziennego sprzątnia w nocy, do codziennego bieżącego sprzątnia i dyżurowania w dzień u zamawiającego oraz osób zmieniających/zastępujących.

Nadto zamawiający podał, że niezależnie od podstaw do wykluczenia odwołującego, oferta odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ nie zawiera opisu technologii czyszczenia i konserwacji podłogi z wykładziny sportowej (w małych salach sportowych).

W konsekwencji zamawiający unieważnił całe postępowanie na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ każda z czterech ofert złożonych w postępowaniu podlegała odrzuceniu.

Odwołujący kwestionując powyższe czynności zamawiającego wskazał, że są one wadliwe. Zdaniem odwołującego prawidłowo potwierdził on spełnianie warunków udziału w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, składając w trybie przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, stosowne oświadczenia o udostępnieniu potencjału przez podmiot trzeci. W ocenie odwołującego stanowisko zamawiającego jest w tym zakresie całkowicie chybione, gdyż nie ulega wątpliwości w świetle złożonych w ofercie oświadczeń, że odwołujący udowodnił na gruncie przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, że rzeczywiście będzie dysponował udostępnionym potencjałem przez cały okres realizacji zamówienia publicznego.

W zakresie wskazanej przez zamawiającego podstawy wykluczenia z powodu nie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia odwołujący wskazał, że złożył do oferty załącznik nr 8 zgodnie ze wzorem zawartym przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, który uwzględniał wszystkie wymagane parametry oraz podkreślił, iż wszystkie osoby ujęte w załączniku nr 8 posiadają staż pracy dłuższy niż wymagany przez zamawiającego tj. 3 miesięczny staż pracy u przedsiębiorcy świadczącego usługi nocnego sprzątnia budynków użyteczności publicznej. Ponadto załącznik nr 8 przygotowany przez zamawiającego nie uwzględniał podziału na staż pracy w odniesieniu do: osób do sprzątnia w nocy, bieżącego sprzątnia i dyżurowania w dzień oraz zmieniających /zastępujących, a jedynie podział na

staż pracy u przedsiębiorcy świadczącego usługi nocnego sprzątnia budynków użyteczności publicznej oraz na stanowisku kierowniczym.

Odwołujący nie zgodził się również ze stanowiskiem zamawiającego, aby zachodziła podstawa do odrzucenia przez zamawiającego jego oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że w złożonej ofercie na stronach 196 - 203 przedstawił „Opis technologii czyszczenia i konserwacji podłóg”. Z uwagi na to, iż sposób technologii czyszczenia i konserwacji podłóg jest oparty na tych samych założeniach, zarówno w przypadku podłóg drewnianych, jak i w przypadku wykładziny sportowej (małych salach sportowych), powyższy opis technologii dotyczył obu powierzchni. W ocenie odwołującego istotnym było, aby w przypadku wykładziny sportowej zastosować preparat, który jest sprawdzony według normy DIN 18032. W przedstawionych technologiach znajduje się informacja, że dla posadzek sportowych (niezależnie czy są to wykładziny czy posadzki drewniane) stosuje się preparat przebadany według tej normy. Zatem odwołujący przedstawił w ofercie wymagane technologie uwzględniając wszystkie rodzaje posadzek, dobierając do nich odpowiedni preparat.

W wykazie „środków chemicznych stosowanych do czyszczenia i konserwacji podłóg wykorzystywanych w technologii” (strona oferty: 209), odwołujący uwzględnił wymagany przez zamawiającego, środek czyszczący o nazwie „LIBERO” firmy WETROK, jako środek chemiczny o zastosowaniu do różnego rodzaju powierzchni, m.in. posadzek drewnianych, który także przeznaczony jest do wykładzin sportowych. W wykazie środków w opisie zastosowania tego preparatu zostało wyraźnie wskazane, do jakiego rodzaju posadzek można go stosować. Ponadto zgodnie z informacją na ulotce preparat został przetestowany według normy DIN 18032, a tym samym może być do wszystkich posadzek sportowych - zarówno drewnianych jak i wykładziny.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie potwierdził się żaden ze stawianych przez odwołującego zarzutów.

Izba stwierdziła, że zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego. Zdaniem Izby opis użycia danej technologii czyszczenia i konserwacji podłogi stanowi istotnie merytoryczną treść oferty niedającą się poprawić w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dział V ust. 4 pkt 5) wskazał, że oferta musi zawierać sporządzony i podpisany przez wykonawcę opis technologii czyszczenia i konserwacji podłóg obejmujący:

1) technologię dotyczącą podłóg z gresu rowkowego (hole w budynku A i podłogi w części socjalnej sali sportowej oraz widownia),

- 2) technologię dotyczącą podłogi drewnianej na dużej sali sportowej,
- 3) technologię dotyczącą podłogi w małych salach sportowych (wykładzina sportowa),
- 4) technologię dotyczącą podłóg drewnianych w auli i salach budynku A,
- 5) technologię dotyczącą podłóg z wykładzinami dywanowymi typu Tapison (hole w budynkach B i C).

Zamawiający podkreślił, że powyższy opis musi określać w szczególności stosowany sprzęt i środki chemiczne wraz z podaniem ich nazw i producentów oraz że zmiana technologii, w tym również sprzętu lub środków chemicznych, w trakcie realizacji zamówienia będzie wymagać pisemnej zgody zamawiającego.

Zdaniem Izby brak przedstawienia w ofercie zastosowanej technologii (metody przeprowadzenia określonego procesu) sprzeczny jest wyżej cytowanym punktem specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co powoduje wypełnienie się przesłanki określonej przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Ponadto Izba wskazuje, że podkreślana przez odwołującego okoliczność podania w ofercie wymaganego przez zamawiającego środka chemicznego, który przeznaczony jest również (instrukcja przewiduje możliwość zastosowania) do podłóg w małych salach sportowych (wykładzina sportowa) niejako sankcjonuje brak załączenia odrębnej technologii (podanej dla wszystkich pozostałych typach powierzchni), jest okolicznością niewystarczającą. Zdaniem Izby opis zastosowanej technologii był wymogiem bezwzględnie koniecznym, gdyż to w oparciu o jej (opis) postanowienia zamawiający mógł ocenić merytoryczną treść oferty. Brak opisu technologii uniemożliwił zamawiającemu taką ocenę.

Odnosnie dokumentów złożonych przez odwołującego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do wykonywania zamówienia Izba stwierdziła, że zarzuty odwołującego są niezasadne, tj. odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Izba zwraca uwagę, że oceny powyższej dokonała na podstawie i na moment oceny dokonywanej przez zamawiającego.

Zgodnie bowiem z przepisem art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożą pełnomocnictw, albo którzy złożą wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożą wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Tym samym ocena została dokonana w zakresie w jakim zostały sformułowane zarzuty.

Izba stwierdziła, że odwołujący nie udowodnił potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, gdyż z treści dokumentów załączonych do oferty, tj. „Oświadczenia o zapożyczeniu” i „Zobowiązania o udostępnieniu” wynika jedynie, iż podmiot udostępniający faktycznie nie gwarantuje udostępnienia wiedzy i doświadczenia na etapie realizacji zamówienia, a przedmiotem udostępnienia jest jedynie dokument „Referencji”.

W zakresie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał minimalnego doświadczenia (stażu pracy) w zakresie 2 z 17 proponowanych osób (pozycja 1 i 2 wykazu „Potencjał kadrowy”, kolumna 3) u przedsiębiorcy świadczącego usługi nocnego sprzątania budynków użyteczności publicznej. Zgodnie bowiem z działem III ust. 4 pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający uzna warunek udziału w postępowaniu za spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że przeznaczy do wykonywania zamówienia co najmniej 15 osób (8 osób do codziennego sprzątania w nocy, 1 osobę do codziennego bieżącego sprzątania i dyżurowania w dzień u zamawiającego oraz 6 osób zmieniających/zastępujących), z których: każda posiada minimum 3-miesięczne doświadczenie (staż pracy) u przedsiębiorcy [...], co najmniej dwie posiadają minimum 6-miesięczne doświadczenie (staż pracy) na stanowisku kierowniczym [...].

Powyższe oznacza, że każda z zaproponowanych osób musi legitymować się 3-miesięcznym doświadczeniem u przedsiębiorcy świadczącego usługi nocnego sprzątania budynków użyteczności publicznej, a dodatkowo dwie z proponowanych osób muszą legitymować się 6-miesięcznym doświadczeniem na stanowisku kierowniczym. Odwołujący powyższego warunku nie spełnił.

Niemniej Izba uznała, że powyższe dwa zarzuty (stanowiące podstawę do wykluczenia wykonawcy odwołującego) mimo, że są zarzutami stawianymi w odniesieniu do czynności zamawiającego są zarzutami przedwczesnymi. Za przedwczesne Izba uznała również stanowisko zamawiającego dotyczące wykluczenia odwołującego z przedmiotowego postępowania. Zgodnie bowiem z przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający nie wzywa wykonawców do uzupełnienia dokumentów i pełnomocnictw jeżeli oferta podlega odrzuceniu albo konieczne jest unieważnienie postępowania. Powyższe oznacza, że niemożliwa jest ocena wykonawcy pod kątem przesłanek wykluczenia z postępowania gdyż w pierwszej kolejności na zamawiającym spoczywa obowiązek wezwania wykonawcy do „naprawienia” swojej oferty. Takich czynności w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie czynił, gdyż zwolniła go od tego czynność odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 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).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

