

Sygn. akt: KIO/UZP 1034/08

WYROK
z dnia 10 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Luiza Łamejko
Izabela Kuciak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 października 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Czerniakowska 16; 00-701 Warszawa** protestu z dnia 5 września 2008 roku

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów zastępstwa prawnego;
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław**.

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Sprzątanie obiektów Centrali ZUS, mycie okien i utrzymanie porządku na posesji ZUS przy ul. Szamockiej*”, w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 lipca 2008 roku pod numerem 2008/S 134-179767.

Pismem z dnia 4 września 2008 roku (wniesionym do Zamawiającego w dniu 5 września 2008 roku) Wykonawca: Impel Cleaning Sp. z o.o. (zwany dalej Odwołujący) wniósł protest na czynność Zamawiającego dotyczącą wezwania przez Zamawiającego w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia referencji jako dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie zasad udzielenia zamówień publicznych wyrażonych w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uchylenie czynności wezwania w pkt 1 pisma Zamawiającego w zakresie żądania uzupełnienia referencji potwierdzających należyte wykonanie usług zawartych w wykazie, dokonanie prawidłowej oceny oferty Odwołującego oraz dokonanie oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych.

Odwołujący podniósł, iż posiada interes prawny we wniesieniu protestu, gdyż zawarte w jego ofercie referencje są prawidłowe i potwierdzają spełnienie przez Odwołującego wymaganego warunku udziału w postępowaniu.

Uzasadniając wskazał, iż w dniu 29 sierpnia 2008 roku otrzymał od Zamawiającego wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (pismo Zamawiającego Nr 993200/370/IN-836/08 z dnia 29 sierpnia 2008 roku). W piśmie powyższym Zamawiający w pkt 1 wskazał, iż list referencyjny wystawiony przez Uniwersytet Gdański stwierdza należyte wykonywanie usługi po niepełnych 12 miesiącach od ich rozpoczęcia, a tym samym nie potwierdza minimum 12 miesięcznego okresu należytego wykonywania usługi. Nadto, Zamawiający uznał również, iż list referencyjny wystawiony przez Bank Milenium S.A. stwierdza należyte wykonywanie usługi w czasie trwania umowy, a tym samym nie potwierdza należytego wykonania umowy po jej zakończeniu.

Odwołujący twierdzi, że Zamawiający nie może żądać w dokumentach potwierdzających wykonanie dostaw lub usług niczego więcej ponad stwierdzenie, że dostawy te lub usługi

zostały wykonane należycie. Takimi dokumentami mogą być nie tylko listy referencyjne, ale również protokoły odbioru robót i inne dokumenty. Odwołujący podkreśla także, że na gruncie doktryny oraz orzecznictwa z zakresu zamówień publicznych uznać należy nie tylko referencje, które zostały wystawione po zakończeniu realizacji przedmiotu umowy, ale również te, które zostały wystawione w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia.

Zamawiający, pismem z dnia 15 września 2008 roku (przekazanym Odwołującemu w tym samym dniu) oddalił protest w całości.

Uzasadniając wskazał, iż nie podziela argumentów Odwołującego i podtrzymuje stanowisko odnośnie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów tak jak w swoim piśmie z dnia 29 sierpnia 2008 roku. Odnosząc się do treści protestu, Zamawiający zwrócił uwagę, iż rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [Dz. U. Nr 87, poz. 605] w § 1 ust. 2 jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający może żądać dokumentów „*w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia [...]*”.

Zamawiający w rozdziale IV podrozdział 1 pkt 2 ppkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, iż o udzielnie zamówienia ubiegać się mogą m.in. Wykonawcy, którzy wykonali lub wykonują należycie w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwie usługi, przy czym każda usługa polega na sprzątnięciu powierzchni biurowych o wielkości, co najmniej 20 000 m² oraz terenów zewnętrznych o powierzchni, co najmniej 10 000 m² przez okres minimum 12 miesięcy.

Zdaniem Zamawiającego, złożone przez Odwołującego wraz z ofertą dokumenty nie potwierdzają, że Odwołujący spełnia ww. warunek udziału w postępowaniu.

List referencyjny wystawiony przez Uniwersytet Gdański, na rzecz, którego to podmiotu Odwołujący świadczy od 23 sierpnia 2006 roku usługi sprzątnięcia, które na dzień składania ofert nie były zakończone, został wystawiony dnia 21 sierpnia 2007 roku i stwierdza należyte wykonywanie ww. usługi po niepełnych 12 miesiącach od ich rozpoczęcia, a tym samym nie potwierdza minimum 12 miesięcznego okresu należytego wykonania usługi.

List referencyjny wystawiony przez Bank Milenium S.A. na rzecz, którego to podmiotu Odwołujący świadczył usługi porządkowo-czystościowe od 1 lipca 2005 roku do 1 lipca 2007 roku, które na dzień składania ofert były zakończone, został wystawiony dnia 25 maja 2007 roku i stwierdza należyte wykonywanie ww. usługi w czasie trwania umowy, a tym samym nie potwierdza należytego wykonania umowy.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i dnia 19 września 2008 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Rozstrzygnięciu Zamawiającego zarzucił naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasady zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu,
- 2) art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez nieuprawnione wezwanie Odwołującego przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, pomimo, iż Odwołujący spełnił wszystkie warunki udziału w postępowaniu,
- 3) art. 38 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zmianę warunków udziału w postępowaniu dokonaną przez Zamawiającego w trakcie oceny ofert w stosunku do oferty Odwołującego.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł, tak jak w proteście.

Na podstawie oryginalnej dokumentacji przetargowej, po wysłuchaniu stron na rozprawie Izba ustaliła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła nie rozpoznawać zarzutów dotyczących naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 38 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na treść przepisu art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zd. 1, tj. *„Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście”*. Jako, że ww. zarzuty zostały podniesione dopiero na etapie postępowania odwoławczego Izba postanowiła jw.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej uznał te zarzuty za niezasadne.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu, w rozdziale IV dział I postawił warunki podmiotowe dotyczące wykonawców, którzy chcąc brać udział muszą je bezwzględnie spełnić. W punkcie 1 ustępu 2 ww. działu Zamawiający postawił warunek o treści: *„w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, Wykonawca wykonała lub wykonuje, co najmniej dwie usługi, przy czym każda usługa polega na sprzątaniu*

powierzchni biurowych o wielkości, co najmniej 20 000 m² oraz terenów zewnętrznych o powierzchni, co najmniej 10 000 m² przez okres minimum 12 miesięcy". Na potwierdzenie spełnienia postawionego warunku Wykonawcy mieli obowiązek przedstawić następujące dokumenty (rozdział IV, dział III ust. 1 pkt 1 ppkt 7): *„wykaz wykonanych lub wykonywanych usług na potwierdzenie warunku określonego w rozdziale IV podrozdział I pkt 2 ppkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia z podaniem odbiorcy usługi, ilości sprzątej powierzchni, wartości usługi brutto, daty rozpoczęcia oraz ewentualnego zakończenia świadczenia usługi wraz z załączonymi dokumentami potwierdzającymi, że usługi sprzątania zostały wykonane należycie, sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik Nr 6 do s.i.w.z.”*.

Odwołujący, zgodnie z wymogiem Zamawiającego załączył do oferty załącznik Nr 6, w którym wykazał się następującymi usługami:

- 1) dla Uniwersytetu Gdańskiego z datą rozpoczęcia 23 sierpnia 2006 roku,
- 2) dla Vattenfall Heat Poland z datą rozpoczęcia 1 maja 2002 roku – zakończenia 31 sierpnia 2007 roku,
- 3) dla Banku Millenium z datą rozpoczęcia 1 lipca 2005 roku – zakończenia 1 lipca 2007 roku.

Do wykazu zostały dołączone „Listy referencyjne”, które odpowiednio potwierdzają:

- 1) *„W okresie dotychczasowej współpracy Impel Cleaning Sp. z o.o. wykonuje usługi objęte umową z należytą starannością”* – data wystawienia 21 sierpnia 2007 roku,
- 2) *„Stosowane przez firmę Impel najnowsza technologia, bogaty park maszynowy oraz świetnie wyszkolony i wzorowo zorganizowany zespół sprzątający, sprawiły, że usługi świadczone były na najwyższym poziomie”* – data wystawienia 4 września 2007 roku,
- 3) *„W oparciu o dotychczasową współpracę stwierdzamy, iż jakość usług świadczona jest z należytą starannością i na dobrym poziomie. Usługi wykonywane są terminowo przez wykwalifikowany personel”* – data wystawienia 25 maja 2007 roku.

Zamawiający analizując treść wykazu jak i treść referencji stwierdził, iż:

- 1) list referencyjny wystawiony przez UG stwierdza należyte wykonywanie usługi po niepełnych 12 miesiącach od ich rozpoczęcia, a tym samym nie potwierdza minimum 12 miesięcznego okresu należytego wykonania usługi,
- 2) list referencyjny wystawiony przez Bank Millenium stwierdza należyte wykonywanie usługi w czasie trwania umowy, a tym samym nie potwierdza należytego wykonania umowy po jej zakończeniu,

co stanowiło podstawę do wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art., 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W tym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje.

Intencją ustawodawcy wynikającą z przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych było stworzenie możliwości, poprzez obowiązek Zamawiającego do bezwzględnego wzywania Wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń lub dokumentów, o którym mowa w art. 25 ust. 1, lub, którzy złożyli dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 zawierające błędy, do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, z zastrzeżeniem, że takie wezwanie nie jest obowiązkowe, gdy mimo uzupełnienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Zgodnie z dyspozycją § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [Dz. U. Nr 87, poz. 605] Zamawiający może żądać wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług.

W związku z powyższym, iż pomiędzy wykazem, a dokumentami, które mają potwierdzać należytość wykonanych lub wykonywanych usług istnieje ścisły, nierozzerwalny związek, mający wpływ na ocenę oferty pod kątem spełnienia warunków podmiotowych, ocena tego warunku odbywać się musi łącznie.

W przypadku usług wykonanych, Wykonawcy, w tym Odwołujący mieli obowiązek przedstawić dokument, który będzie wystawiony po zakończeniu świadczenia usługi, potwierdzający, że usługa ta została wykonana należycie, jednakże okres świadczenia tej usługi nie może być krótszy niż 12 miesięcy.

W przypadku zaś usług wykonywanych, czyli jeszcze trwających Wykonawcy mieli obowiązek przedstawić dokument potwierdzający, że usługa ta jest wykonywana należycie, jednakże okres świadczenia tej usługi nie może być krótszy niż 12 miesięcy.

Odwołujący, zarówno odnośnie referencji wystawionych przez Uniwersytet Gdański jak i Bank Millennium, warunku tego nie spełnił.

W pierwszym przypadku, okres za jaki został wystawiony „List referencyjny” nie obejmował pełnych 12 miesięcy (czas rozpoczęcia świadczenia usługi 23 sierpnia 2006 roku – data wystawienia listu 21 sierpnia 2007 roku), zaś w drugim przypadku, co prawda okres świadczenia usługi obejmował 12 miesięcy, jednakże usługa ta została zakończona 1 lipca 2007 roku, a „List referencyjny” wystawiony został w dniu 25 maja 2007 roku, czyli w trakcie realizacji świadczenia usługi.

Odwołujący nie może legitymować się poprawnością wykonanej usługi poprzez załączanie do oferty Listu referencyjnego z usługi (w tym czasie jeszcze trwającej), która w roku 2007 roku została zakończona.

Zasadą jest, że dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług z umów już zakończonych muszą być wystawione po okresie świadczenia usług (po zakończeniu umowy), zaś dokumenty potwierdzające należyte wykonywanie usług, w trakcie umów jeszcze trwających (obowiązujących) muszą być wystawione za okres, który wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający - w przedmiotowym postępowaniu jest to okres 12 miesięcy.

Podobnie wypowiedział się skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 17 stycznia 2008 roku, sygn. akt: KIO/UZP 58/07, w którym wskazał, iż: *„Izba zgadza się z argumentem Przystępującego przedstawionym na rozprawie, że referencja nie musi wskazywać dokładnego zakresu, dat, wartości zamówienia, itp., a jedynie ma potwierdzać należyte jego wykonanie. Jednakże w przypadku, gdy referencja zawiera zakres wykonanego zamówienia, nie może on być rozbieżny z oświadczeniem złożonym w wykazie”*.

W tym stanie faktycznym i prawnym nie potwierdził się zarzut Odwołującego dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych

Wobec powyższego, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*