

Sygn. akt: KIO 1834/11

**WYROK**  
**z dnia 6 września 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 września 2011 r. r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 sierpnia 2011 r. przez wykonawcę **Ever Grupa Sp. z o.o., ul. Arkuszowa 39, 01-934 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Pocztę Polską S.A., ul. Rakowiecka 26, 00-940 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Clar System S.A., ul. Janickiego 20B, 60-542 Poznań** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Ever Grupa Sp. z o.o., ul. Arkuszowa 39, 01-934 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Ever Grupa Sp. z o.o., ul. Arkuszowa 39, 01-934 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

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 Poczta Polska S.A. Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „świadczenie usług kompleksowego utrzymania czystości w nieruchomościach administrowanych przez Centrum Infrastruktury OR w Warszawie”. Postępowanie prowadzone jest w częściach. Część 4 zamówienia - obejmowała sprzątnięcie powierzchni nieruchomości administrowanych przez WOI WER Warszawa.

Zamawiający w punkcie 8 SIWZ określił warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków. Zgodnie z punktem 8.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy. W celu wykazania spełnienia tych warunków każdy z wykonawców był zobowiązany do wykazania, że wykonał, a w przypadku usług okresowych również wykonywał, co najmniej dwie usługi, (na podstawie odrębnej umowy), w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadające swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. usługi sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych i zewnętrznych lub wewnętrznych, w tym co najmniej jedna o wartości brutto nie powinna być mniejsza niż określona w SIWZ.

W przypadku gdyby Wykonawca składał ofertę co do więcej niż jednej części zamówienia, dla potwierdzenia spełnienia ww. warunku - należało przedłożyć wykaz co najmniej 2 usług zrealizowanych na podstawie odrębnych umów - w tym co najmniej jednej o wartości brutto nie mniejszej niż suma wartości brutto każdej z części.

W dniu 17 sierpnia 2011 r. Odwołujący EVER GRUPA Sp. z o.o. został poinformowany, że Zamawiający po dokonaniu oceny ofert, wybrał jako najkorzystniejszą w odniesieniu do części nr 4 - ofertę firmy Clar System S.A.

Z takim wyborem nie zgodził się Odwołujący. Podniósł, że oferta złożona przez firmę Clar System S.A. powinna zostać odrzucona, ponieważ została złożona przez wykonawcę, który zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych podlegał wykluczeniu, jako podmiot, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Odwołujący EVER GRUPA Sp. z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zaniechania wykluczenia z postępowania firmy Clar System S.A., wskazując, iż Wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Ponadto Odwołujący podniósł także zarzuty w zakresie czynności zaniechania wykluczenia z postępowania Clar System S.A., który nie spełniał warunków udziału w postępowaniu; zaniechania odrzucenia oferty

Clar System S.A., jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania; wadliwej czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, poprzez wybór oferty Clar System S.A., pomimo iż podlegała ona odrzuceniu; bezpodstawnego zaniechania wyboru oferty EVER GRUPA Sp. z o. o., jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał na poniższe okoliczności. Wykonawca Clar System S.A. złożył ofertę w odniesieniu do części 1, 4, 5, 6, 7, 8 i 9 zamówienia. Na podstawie zapisów SIWZ, Wykonawca ten powinien był wykazać, iż zrealizował co najmniej 2 usługi (na podstawie odrębnych umów) - w tym co najmniej jedną o wartości brutto nie mniejszej niż suma wartości brutto każdej z części, tj. o wartości brutto nie mniejszej niż 3.080.000,00 zł. Wykonawca Clar System S.A. na potwierdzenie spełnienia powyższych warunków SIWZ przedstawił wykaz trzech usług, w tym świadczonej na rzecz: LG Electronics sp. z o.o. o wartości brutto 3.311.964,59 zł w okresie 2.04.2007 r. – nadal.

Odwołujący podniósł, iż przedstawiony przez firmę Clar System S.A. wykaz usług - w odniesieniu do usług świadczonych na rzecz LG Electronics sp. z o.o. zawiera informacje nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy.

W uzasadnieniu powyższego zarzutu, Odwołujący dołączył do akt sprawy pismo skierowane przez niego do LG Electronics Wrocław, w którym przedstawił zapytanie: „Firma Clar System S.A. będąc uczestnikiem postępowania przetargowego na świadczenie usług kompleksowego utrzymania czystości w nieruchomościach administrowanych przez Centrum Infrastruktury OR w Warszawie, przedstawiła list referencyjny z dnia 22.12.2009 roku (w załączeniu), oraz wykaz wykonanych usług załącznik nr 6 do SIWZ (w załączeniu), w którym podaje wartość wykonanej usługi przez ostatnie trzy lata licząc od dnia złożenia ofert tj. od 28 lipca 2008 roku do 29 lipca 2011 (dzień złożenia ofert), na kwotę brutto 3 311 964,59 zł. tj. średnio 91 999,02 zł miesięcznie. Czy istnieje możliwość zweryfikowania podanych przez Clar System S.A., kwot ponieważ naszym zdaniem biorąc pod uwagę realia rynkowe, średniomiesięczna kwota za świadczenie usług utrzymania czystości w relacji do powierzchni jest zbyt wygórowana.”

W odpowiedzi LG Electronics sp. z o.o. przesłała Odwołującemu pismo, z którego wynikało, iż firma LG Electronics Wrocław sp. z o.o., oceniła, iż podana kwota realizacji zamówienia przez Clar System S.A. w wysokości 91 999,02 zł miesięcznie na rzecz LG Electronics Wrocław sp. z o.o. jest przeszacowana (przeszacowanie lokuje się pomiędzy 5% - 25% wskazanej kwoty).

W związku z powyższym, Odwołujący podniósł, iż przedłożony przez Clar System S.A. wykaz usług zawiera nieprawdziwe informacje w odniesieniu do firmy LG Electronics sp. z o.o., a tym samym, wykonawca ten powinien być wykluczony z udziału w postępowaniu na mocy art. 24 ust. 2 punkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a jego oferta odrzucona.

W ocenie Odwołującego przedstawienie nieprawdziwych informacji przez Clar System S.A. miało

istotny wpływ na wynik postępowania. Miały one bowiem wpływ na ocenę ofert i wybór najkorzystniejszej oferty. Gdyby Wykonawca Clar System S.A. przedstawił informacje prawdziwe, nie spełniłby warunków udziału w postępowaniu, określonych w punkcie 8.1.1. SIWZ i tym samym podlegałby wykluczeniu.

Odwołujący zarzucił czynnościom Zamawiającego naruszenie art. 7, art. 22 ust. 1 pkt. 2, art. 24 ust. 2 pkt. 3 i punkt 4, art. 26 ust. 3 i ust. 4, art. 89 ust. 1 oraz art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zażądał w odniesieniu do Części 4: unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty Clar System S.A. jako najkorzystniejszej, dokonania czynności bezprawnie zaniechanej, tj. wykluczenia wykonawcy Clar System S.A. z postępowania, odrzucenia oferty Clar System S.A., dokonania ponownie czynności oceny ofert, wyboru oferty EVER GRUPA sp. z o.o., jako najkorzystniejszej.

Odwołujący w piśmie złożonym w trakcie posiedzenia Izby podniósł, iż Zamawiający chcąc uzyskać od Wykonawcy dokumenty na potwierdzenie wartości wykonanych usług wezwać powinien do złożenia stosownych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tylko bowiem ten przepis pozwoliłby na dołączenie nowych dokumentów, w tym przypadku wykazu zawierającego nową usługę, pominiętą przez Wykonawcę w wykazie dołączonym do oferty. Odwołujący podniósł, że Wykonawca samowolnie i bez podstawy prawnej, wrazonej w art. 26 ust. 3 ustawie Prawo zamówień publicznych, dodał do Wykazu wykonanych usług usługi świadczone na rzecz Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w Ostrowie Wielkopolskim.

W ocenie Odwołującego art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych służy wyłącznie do wyjaśniania niejasnych czy sprzecznych informacji zawartych w przedłożonych dokumentach/oświadczeniach, nie może być natomiast wykorzystywany do uzupełniania złożonych dokumentów/oświadczeń o informacje, które nie były w nich zawarte, a które są niezbędne dla wykazania spełnienia warunku.

Izba ustaliła, iż Zamawiający pismem z dnia 04 sierpnia 2011 roku wezwał wykonawcę Clar System S.A. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, w zakresie przedstawionego wykazu zrealizowanych przez tego Wykonawcę usług, m.in. do wyjaśnienia, ile stanowiła wartość zrealizowanej usługi na rzecz LG Electronics sp. z o.o. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, tj. w okresie od 28 lipca 2008 roku do 28 lipca 2011 roku.

W załączniku tym bowiem Wykonawca Clar System S.A. podał wartość brutto realizacji usługi 3311964,59 zł, a czas realizacji usługi 02/04.2007 – nadal.

W odpowiedzi Wykonawca Clar System SA, przedstawił wykaz, w którym znalazły się dotychczas wykonane usługi oraz przedstawiono nową usługę zrealizowaną na rzecz Zakładu Opieki Zdrowotnej

o wartości w wymaganym okresie 4850028,48 zł. W zakresie spornej usługi (wykonanej na rzecz LG Electronics sp. z o.o.) Wykonawca w tabeli wykazu opisał, iż wartość ww. usługi wynosi 3311 964,59 zł, zaś w okresie 28/07/2008 do 28/07/2011 wartość usługi wynosi 2504241,43 zł brutto.

Do niniejszego postępowania przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Clar System S.A.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba uznała, iż Odwołujący posiada legitymację do wniesienia niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, iż w niniejszej sprawie nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym artykułem, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Dokonując oceny niniejszej sytuacji należy przede wszystkim mieć na uwadze, iż wykonawca Clar System S.A. w pierwotnie złożonym wykazie wykonanych usług, załączonym do oferty wskazał, iż czas realizacji spornej usługi, wykonywanej na rzecz LG Electronics sp. z o.o. określony został, w treści wykazu: od 02/04/2007 roku do nadal. Oznacza to, że wykonawca Clar System S.A. nie twierdził, iż podana przez niego wartość usługi wykonywanej na rzecz LG Electronics sp. z o.o. obejmuje okres trzech lat przed terminem składania ofert. Wykonawca Clar System S.A. jako początek wykonywania usługi wskazał bowiem datę 2 kwietnia 2007r., a więc ponad cztery lata przed terminem składania ofert.

Odwołujący nie podważa tej informacji. Zatem trudno uznać, aby wskazane informacje w treści wykazu były nieprawdziwe, a wykonawca Clar System S.A. twierdził, że zawarta w wykazie usług wartość usługi wykonywanej przez niego na rzecz LG Electronics sp. z o.o. obejmować miała wyłącznie okres trzech lat przed terminem składania ofert. Stąd też zrozumiała jest prośba Zamawiającego do Wykonawcy Clar System S.A. o udzielenie wyjaśnień, co do wartości usługi w wymaganym przedziale czasowym 3 lat przed terminem składania ofert w niniejszym postępowaniu.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, powołane przez niego, jako dowód w sprawie pismo LG Electronics sp. z o.o., wcale nie potwierdza, aby wykonawca Clar System S.A. w wykazie wykonanych przez siebie usług podał nieprawdziwe informacje. W skierowanym do Odwołującego piśmie LG Electronics sp. z o.o. uznała za przeszacowaną kwotę 91.999,02 zł, która to kwota stanowić miała miesięczną wartość usług, jakie na rzecz LG Electronics sp. z o.o. wykonywać miał wykonawca Clar System S.A. Jednakże treść odpowiedzi LG Electronics sp. z o.o. (w tym podana miesięczna wartość usług), która mogłaby sugerować, iż informacje przedstawione przez Clar System S.A. są

nieprawdziwe, zdeterminowana była treścią pytania zadanego przez Odwołującego, a w pytaniu tym zawarte są twierdzenia niezgodne ze stanem faktycznym. W treści pisma skierowanego do LG Electronics sp. z o.o. Odwołujący podał, że przedstawiony przez wykonawcę Clar System S.A. wykaz wykonywanych usług podaje wartość usługi wykonanej na rzecz LG Electronics sp. z o.o. przez ostatnie trzy lata licząc od dnia złożenia ofert, tj. 28 lipca 2008r. do 29 lipca 2011r., na kwotę brutto 3.311.964,59 zł. Podana przez Odwołującego informacja nie odpowiada rzeczywistej treści złożonego przez Clar System S.A. wykazu usług. Jak wskazano wyżej, podana w tym wykazie wartość usługi w wysokości 3.311.964,59 zł wcale nie dotyczyła okresu trzech lat przed terminem składania oferta, ale – jak jednoznacznie podał wykonawca okresu od dnia 2 kwietnia 2007r. do „nadal”. Nieuprawnione było więc podanie przez Odwołującego powyższej kwoty, jako wartości usług obejmujących tylko trzy lata. Co więcej, błędnie uznano, że kwota 3.311.964,59 zł obejmuje wartość usługi za okres trzech lat, Odwołujący wyliczył rzekomą miesięczną wartość usługi wykonawcy Clar System S.A. na kwotę 91.999,02 zł (iloraz kwoty 3.311.964,59 zł i 36 miesięcy) i taką kwotę podał LG Electronics sp. z o.o. z prośbą o weryfikację. Ponieważ wyliczenie miesięcznej wysokości wynagrodzenia oparte było na założeniu, że usługi były wykonywane przez okres 36 miesięcy, podczas gdy – jak wynika z wykazu przedstawionego przez wykonawcę Clar System S.A. okres ten wynosił prawie 52 miesiące – miesięczna wysokość w taki sposób wyliczonego wynagrodzenia została uznana przez LG Electronics za zbyt wysoką.

Nie można czynić zarzutu Zamawiającemu, iż wystąpił do Wykonawcy Clar System S.A. z prośbą o wyjaśnienie, w tym doprecyzowanie, jaka jest wartość ww. usługi w przedziale czasu, który podlega ocenie w zakresie warunku SIWZ. Tego rodzaju zachowanie Zamawiającego jest jak najbardziej zgodne z prawem i wręcz pożądane. Należy uznać, iż Zamawiający w niniejszej sytuacji jak najbardziej był uprawniony do żądania wyjaśnień i oczekiwania od Wykonawcy Clar System S.A. doprecyzowania wartości usługi w przedziale trzech lat wstecz od dnia składania ofert i w taki sposób postąpił.

Izba, zgodnie z treścią art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie może rozpoznawać odwołań poza zarzutami zawartymi w odwołaniu. W odwołaniu Odwołujący wskazał, iż zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, natomiast w dalszej części odwołania nie wskazał poprzez jaką czynność lub zaniechanie Zamawiającego doszło do naruszenia powołanych przepisów ustawy. Brak tych elementów powoduje, że zarzut nie powinien być rozpoznany. Samo wskazanie przepisu prawa nie tworzy zarzutu. Przez zarzuty należy rozumieć okoliczności faktyczne, na które powołuje się wykonawca w związku z ocenianym zachowaniem zamawiającego w postępowaniu, które zdaniem wnoszącego środek ochrony prawnej doprowadziło do naruszenia przepisów prawa.

Na marginesie więc jedynie Izba zaznacza, iż podziela stanowisko, że dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu powinny być uzupełniane na wezwanie Zamawiającego,

jednakże w okolicznościach niniejszej sprawy brak jest podstaw do postawienia Zamawiającemu zarzutu naruszenia przepisów ustawy. Zgodnie z literalnym brzmieniem ustawy Prawo zamówień publicznych, dokumenty powinny zostać uzupełnione dopiero po otrzymaniu wezwania od Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W niniejszym postępowaniu Wykonawca po otrzymaniu wezwania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy udzielił wyjaśnień i jednocześnie przedłożył wykaz zawierający nową usługę (oraz wszystkie poprzednio wymienione). W okolicznościach niniejszej sprawy, brak jest podstaw do przyjęcia, iż Zamawiający ponosi odpowiedzialność za działania wykonawcy Clar System S.A., który uprzedził działanie Zamawiającego i uzupełnił dokumenty poprzez złożenie zaktualizowanego wykazu usług. Nie można uznać, że Zamawiający, że Zamawiający naruszył artykuł 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....