

Sygn. akt: KIO/UZP 1432 /09

WYROK
z dnia 24 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Luiza Łamejko
Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Wioleta Wasilewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Firmę „GWARANT” – Tomczyk spółka jawna ul. Rynek 3A, 67 – 200 Głogów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej Dzielnicy Żoliborz m. st. Warszawy ul. Dembińskiego 3, 01 - 644 Warszawa** protestu z dnia 7 września 2009 r.

przy udziale wykonawcy xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
przy udziale wykonawcy xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

- 1. uwzględnić odwołanie i nakazać powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**

- 2. kosztami postępowania obciążyć Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej Dzielnicy Żoliborz m. st. Warszawy ul. Dembińskiego 3, 01 - 644 Warszawa i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Firmę „GWARANT” – Tomczyk spółka jawna ul. Rynek 3A, 67 – 200 Głogów,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 062 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej Dzielnicy Żoliborz m. st. Warszawy ul. Dembińskiego 3, 01 - 644 Warszawa** na rzecz **Firmy Gwarant – Tomczyk spółka jawna, ul. Rynek 3A, 67 – 200 Głogów** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów Urzędu i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 538 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Firmę „GWARANT” – Tomczyk spółka jawna ul. Rynek 3A, 67 – 200 Głogów.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej Dzielnicy Żoliborz m. st. Warszawy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usług opiekuńczych pielęgnacyjnych i gospodarczych na 2010 r.” Zamówienie zostało podzielone na dwie części. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2009/S 131-191429 w dniu 11 lipca 2009 r.

Zamawiający w dniu 31 sierpnia 2009 r. przekazał wykonawcom informację o wynikach dokonanej oceny ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Agencję Służby Społecznej B. Kościelak sp. j. z siedzibą w Warszawie w części I i II zamówienia.

Firma „GWARANT” – Tomczyk spółka jawna z siedzibą w Głogowie, która uzyskała drugą pozycję w obu częściach zamówienia, wniosła protest wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 22 ust. 1, art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Agencja Służby Społecznej B. Kościelak sp. j., który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz art. 91 Pzp, poprzez dokonanie oceny ofert nie na podstawie kryteriów określonych w siwz. Odwołujący podniósł, co następuje:

1. Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach wykonawca złożył z adnotacją naczelnika Urzędu Skarbowego „wydano tylko z NIP-u Spółki z podatku dochodowego – płatnik oraz podatku VAT, zgodnie z żądaniem wnioskodawcy”, co nie potwierdza spełniania warunku, określonego w rozdz. IV pkt 2.4 siwz.
2. Wykonawca złożył w ofercie polisę Nr PO/00145081/2009, w której określono okres ubezpieczenia od 6 sierpnia 2009 r. do 5 sierpnia 2010 r. wskazując termin zapłaty składki do 20 sierpnia 2009 r. Wykonawca nie dołączył do polisy dowodu opłacenia składki, bez tego dokumentu zamawiający nie mógł uznać, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w rozdz. IV pkt 2.13 siwz. Potwierdzenie takiego stanowiska zawierają „Ogólne warunki ubezpieczenia OC” Generali T.U.S.A. Warszawa § 10 ust. 2.
3. Nie wszystkie zrealizowane usługi wykazane przez Agencję Służby Społecznej B. Kościelak sp. j., w ramach doświadczenia zostały potwierdzone referencjami jako wykonane w sposób należyty. Dotyczy to referencji z dnia 20 lipca 2009 r. wystawionych przez Ośrodek Pomocy Społecznej Dzielnicy Wola m.st. Warszawy, referencji z dnia 14 lipca 2009 r. wystawionych przez Ośrodek Pomocy Społecznej Dzielnicy Śródmieście m.st. Warszawy, referencji z dnia 10 lipca 2009 r. wystawionych przez Ośrodek Pomocy Społecznej Dzielnicy Białołęka m. st. Warszawy.
4. Wartość wykonanych usług była zbyt niska (poniżej 50 mln zł), w stosunku do wymogów określonych w rozdz. V siwz (Kryterium oceny ofert), aby wykonawca mógł uzyskać maksymalną ilość punktów.

Wykonawca wniósł o powtórzenie czynności oceny ofert, unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie z postępowania Agencji Służby Społecznej B. Kościelak sp. j. oraz dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający oddalił protest. W uzasadnieniu stwierdził, że adnotacja zawarta na zaświadczeniu Urzędu Skarbowego wydanego Agencji Służby Społecznej B. Kościelak sp. j. jest prawidłowa, gdyż wykonawca podlega opodatkowaniu w zakresie wskazanym

w zaświadczeniu. ASS nie jest płatnikiem innych podatków, więc nie jest wymagane w tym zakresie zaświadczenie.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku dowodu opłacenia polisy ubezpieczeniowej zamawiający uznał, że nie ma podstaw aby żądać dokumentu, którego nie wymagał w specyfikacji oraz nie miał podstaw, aby uznać, że polisa nie została opłacona. Wyjaśnił także, że wykonawca w odpowiedzi na protest złożył stosowne potwierdzenie i wyciąg z konta bankowego potwierdzający opłacenie polisy w dniu 13 sierpnia 2009 r.

Odnosnie referencji dotyczących wykonanych zamówień zamawiający wskazał, że wszystkie przedłożone referencje potwierdzają należyte ich wykonanie w sposób literalny i nie budzący wątpliwości. Fakt, iż w ich treści wspomina się o trudnościach w toku realizacji usług nie zmienia faktu, iż zostały one wykonane należycie. Nawet nie uznając referencji OPS Śródmieście i Białołęka to i tak wykonawca ten uzyskałby w kryterium cena i doświadczenie najwyższą ilość punktów.

Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z postanowieniem siwz jeżeli wykonawcy wykazaliby usługi o wartości powyżej 50 mln zł to zamawiający przyjąłby do obliczenia liczby punktów tę wartość, a nie najwyższą wartość wykonanych usług. Skoro jednak żaden z wykonawców nie wykazał usług o wartości powyżej 50 mln, to zamawiający przyjął za podstawę obliczeń punktacji - najwyższą wartość spośród wykonanych usług, zgodnie z postanowieniami siwz.

Wykonawca nie zgodził się z rozstrzygnięciem protestu i wniósł odwołanie. Podtrzymał w odwołaniu zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 i 91 Pzp oraz zarzucił dodatkowo naruszenie art. 22 ust. 2 Pzp. Wniósł o nakazanie unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia z postępowania Agencji Służby Społecznej B. Kościelak sp. j. i odrzucenia oferty tego wykonawcy, powtórzenia czynności oceny ofert oraz wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący podtrzymał argumentację zawartą w proteście. Ponadto, odwołujący wskazał, że wydanie zaświadczenia wyłącznie z NIP-u Spółki z podatku dochodowego oraz podatku VAT tj. wystawione w ograniczonym zakresie nie może być uznane za prawidłowe w świetle § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów w zw. z art. 396e § 1 Ordynacji podatkowej. W odwołaniu został zawarty nowy zarzut dotyczący rażącego naruszenia przez zamawiającego art. 7 Pzp poprzez dopuszczenie do wykonywania czynności w postępowaniu przez osoby, które podlegają wyłączeniu, albowiem pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym i faktycznym, co budzi uzasadnione wątpliwości co do ich bezstronności. Wskazał, że prezes Agencji Służby Społecznej B. Kościelak sp. j. jest członkiem założycielem fundacji Żoliborski Fundusz Lokalny w Warszawie, którego członkiem założycielem i wiceprezesem zarządu jest osoba wykonująca czynności w postępowaniu w imieniu zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp we wniesieniu odwołania. Izba uznała, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia - w części I i II, mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu. W przypadku wykluczenia z postępowania wykonawcy Agencja Służby Społecznej B. Kościelak sp. j. jak również zmiany uzyskanej punktacji odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Izba uznała za zasadny zarzut, iż zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach złożone w ofercie Agencji Służby Społecznej B. Kościelak sp. j. nie potwierdza spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdz. IV pkt 2.4 siwz.

W celu potwierdzenia, iż wykonawcy ubiegający się o zamówienie nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp zobowiązani byli złożyć aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat, lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Agencja Służby Społecznej B. Kościelak sp. j. złożyła w ofercie na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego niezalegania z podatkami (rozdz. IV pkt 2.4 siwz) zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach z dnia 7 lipca 2009 r. (str. 10 i 11 oferty) zawierające odrębną adnotację Naczelnika Urzędu Skarbowego „wydano tylko z NIP-u Spółki z podatku dochodowego – płatnik oraz podatku VAT. Zgodnie z żądaniem wnioskodawcy”.

Tryb wydawania zaświadczeń o niezaleganiu w podatkach regulują przepisy działu VII A ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60). Organ podatkowy wydaje zaświadczenia na żądanie osoby ubiegającej się o zaświadczenie. Zaświadczenie potwierdza stan faktyczny lub prawny istniejący w dniu jego wydania oraz w granicach żądania wnioskodawcy (art. 306a § 1, § 3 i § 4 Ordynacji podatkowej). Zgodnie z art. 306b (w przypadkach, o których mowa w art. 306a § 2) organ

podatkowy jest obowiązany wydać zaświadczenie, jeżeli chodzi o potwierdzenie faktów albo stanu prawnego, wynikających z prowadzonej przez ten organ ewidencji, rejestrów lub z innych danych znajdujących się w jego posiadaniu, ale przed wydaniem zaświadczenia, może również przeprowadzić w niezbędnym zakresie postępowanie wyjaśniające. Stosownie do brzmienia art. 306e § 1 zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości wydaje się na podstawie dokumentacji danego organu podatkowego oraz informacji otrzymanych od innych organów podatkowych. Zgodnie z § 2 tego artykułu przed wydaniem zaświadczeń, o których mowa w § 1, ustala się, czy w stosunku do wnioskodawcy nie jest prowadzone postępowanie mające na celu ustalenie lub określenie wysokości jego zobowiązań podatkowych. Jeżeli takie postępowanie jest prowadzone i zgromadzony materiał dowodowy pozwala na jego zakończenie, powinna być niezwłocznie wydana decyzja ustalająca lub określająca wysokość zobowiązań podatkowych, w celu wykazania ich w zaświadczeniu.

W ocenie Izby, zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach, aby mogło być uznane za potwierdzające brak zaległości w uiszczeniu podatków i opłat w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp nie może budzić jakichkolwiek wątpliwości co do zakresu przedmiotowego. W przypadku spółki jawnej, składając ofertę w przetargu publicznym, należy przedstawić zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach przez spółkę. Spółka jawna pomimo braku osobowości prawnej jest odrębnym, od każdego z jej wspólników, podmiotem praw i obowiązków podatkowych. Zaświadczenie złożone w tym postępowaniu przez wykonawcę zostało wydane w granicach wniosku wykonawcy oraz jak zaznaczono w treści zaświadczenia „z NIP-u Spółki z podatku dochodowego – płatnik oraz podatku VAT”. W ocenie Izby, nie sposób zgodzić się, iż zamawiający na podstawie zakresu działalności gospodarczej wskazanej w KRS może wnioskować czy wykonawca podlega opodatkowaniu i w jakim zakresie oraz czy wobec tego zakres oznaczony w zaświadczeniu obejmuje pełny możliwy zakres ewentualnych zaległości dotyczących podatków. Zamawiający nie jest uprawniony do wnioskowania i samodzielnej oceny w zakresie rodzaju zobowiązań podatkowych danego wykonawcy. Zaświadczenie składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinno stwierdzać brak zaległości w uiszczeniu podatków przez spółkę. Zaświadczenie o zawężonym zakresie, tak jak w tym przypadku, potwierdza wyłącznie stan faktyczny i prawny w danym zakresie. Nie można z treści takiego zaświadczenia domniemywać braku jakichkolwiek innych zaległości podatkowych, w tym np. w podatku od nieruchomości lub podatku od środków transportowych jeśli organ podatkowy posiada stosowne informacje. Ponieważ zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach potwierdza stan faktyczny lub prawny istniejący w dniu jego wydania, nie ma możliwości uzupełnienia tego zaświadczenia wydanego po upływie terminu składania ofert tak, aby obejmowało stan faktyczny i prawny aktualny w terminie oznaczonym w siwz i nie później niż w dniu, w którym

upłynął termin składania ofert. Uzpełnienie dokumentu z datą późniejszą skutkuje naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania uczestników postępowania (podobnie orzekł Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z dnia 5 lutego 2007 r. sygn. akt X Ga 2/07, X Ga 4/07). Zatem uzpełnienie zaświadczenia może dotyczyć wyłącznie dokumentu wydanego przed upływem terminu składania ofert, nie wcześniej jednak niż trzy miesiące przed tym terminem. Nie przedstawienie wymaganego zaświadczenia skutkuje obowiązkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W ocenie Izby, nie potwierdził się zarzut, iż wykonawca Agencja Służby Społecznej B.Kościelak sp. j. nie złożył dokumentu potwierdzającego, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w rozdz. IV pkt 2.13 siwz.

W celu wykazania, że wykonawcy spełniają warunek znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia należało złożyć, zgodnie z rozdz. IV pkt 2.13 siwz, polisę lub inny dokument ubezpieczenia potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą,

Wykonawca złożył w ofercie polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu posiadania mienia i prowadzonej działalności Nr PO/00145081/2009 (str. 55 i 56 oferty) wystawioną przez Generali T.U.S.A., w której określono okres ubezpieczenia od dnia 6 sierpnia 2009 r. do dnia 5 sierpnia 2010 r. W polisie wskazany został termin zapłaty składki do dnia 20 sierpnia 2009 r.

Stosownie do treści § 2 pkt 1. Ogólnych Warunków Ubezpieczenia Odpowiedzialności Cywilnej ubezpieczający to osoba fizyczna, prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która zawarła z Generali umowę ubezpieczenia [...]. Zgodnie natomiast z § 6 ust. 4 OWU umowę ubezpieczenia uważa się za zawartą z chwilą doręczenia ubezpieczającemu polisy. Zatem w świetle zawartej umowy ubezpieczenia wykonawca posiada wymagane ubezpieczenie, a dołączona do oferty polisa jest dowodem ubezpieczenia wykonawcy w okresie w niej wskazanym, w tym w terminie składania ofert. Zarzut, iż wykonawca nie dołączył do polisy dowodu opłacenia składki do upływu terminu składania ofert tj. do dnia 11 sierpnia 2009 r. nie ma znaczenia przy ocenie spełniania warunku określonego w siwz. Brak jest podstaw, aby zamawiający mógł żądać od wykonawców dowodu opłacenia składki ubezpieczenia tj. dokumentu, którego nie zawiera katalog dokumentów, określony w § 1 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zmianami) oraz którego złożenia zamawiający nie wymagał w specyfikacji. Dokument ubezpieczenia jest wystawiany przez zakład ubezpieczenia. Na marginesie tylko Izba

zauważa, że wykonawca z własnej inicjatywy w odpowiedzi na wniesiony przez odwołującego protest złożył potwierdzenie opłacenia składki w dniu 13 sierpnia 2009 r.

Izba uznała za zasadny zarzut, iż wykonawca ASS B.Kościelak sp. j. nie złożył dokumentów potwierdzających należyte wykonanie trzech zamówień wskazanych w wykazie, a zatem w powyższym zakresie nie podlegał punktacji w ramach kryterium doświadczenia.

Zamawiający w rozdziale IV ust. 1 pkt 2 siwz określił warunek udziału w postępowaniu, dotyczący posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia wykonawców, którzy należycie zrealizowali w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedną usługę opiekuńczą o wartości nie mniejszej niż: a) 600.000,00 zł brutto - w przypadku wykonawców składających ofertę na część I zamówienia, b) 1.000.000,00 zł brutto - w przypadku wykonawców składających ofertę na część II zamówienia, c) 1.600.000,00 zł brutto - w przypadku wykonawców składających ofertę na część I i II zamówienia. W celu potwierdzenia spełniania ww. warunku wykonawcy zobowiązani byli złożyć (pkt 8 siwz z uwzględnieniem modyfikacji z dnia 30 lipca 2009 r.) wykaz wykonanych lub wykonywanych, w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, usług opiekuńczych odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości (brutto), przedmiotu, dat wykonania i odbiorców. Zamawiający podkreślił w siwz, iż oceniając doświadczenie wykonawcy, uwzględni wartość tylko tych usług, podanych w wymaganym wykazie, które są „jednoznacznie potwierdzone załączonymi dokumentami np. referencjami. Z dokumentów tych wynikać musi należyte wykonanie usługi”.

Wykonawca Agencja Służby Społecznej B. Kościelak sp. j. złożył w ofercie „Wykaz usług opiekuńczych” zawierający 15 pozycji przedstawiających zrealizowane usługi oraz dokumenty na potwierdzenie, iż wskazane usługi zostały wykonane należycie. Kwestionowane przez odwołującego referencje z dnia 14 lipca 2009 r. wystawione przez Ośrodek Pomocy Społecznej Dzielnicy Śródmieście m.st. Warszawy oraz referencje z dnia 10 lipca 2009 r. wystawione przez Ośrodek Pomocy Społecznej Dzielnicy Białołęka m.st. Warszawy potwierdzają wykonanie usług, nie zawierają natomiast oświadczenia odbiorców, iż wskazane usługi są lub zostały wykonane w sposób należyty. Izba podziela poglądy prezentowane w orzecznictwie, iż dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówień nie muszą zawierać wprost sformułowania, że usługi, dostawy lub roboty budowlane zostały „wykonane należycie”, jednak z ich treści powinna wynikać pozytywna ocena, iż zamówienia zostały zrealizowane w sposób prawidłowy i staranny tj. zgodny z umową - w wymaganym

terminie, w pełnym zakresie itp. Z treści omawianych pism wynika jedynie, że zamówienia zostały zrealizowane. Nie można zatem uznać, że wykonawca wykazał należyte wykonanie ww. zamówień zważywszy w szczególności, że zamawiający wymagał „jednoznacznego” potwierdzenia należytego wykonania usług. Nie można również uznać, że pismo z dnia 20 lipca 2009 r. wystawione przez Ośrodek Pomocy Społecznej Dzielnicy Wola m.st. Warszawy (str. 31 oferty) potwierdza należyte wykonanie zamówienia, pomimo, że zawiera stwierdzenie o treści „potwierdzam należyte wykonanie zamówienia”. Powyższe stwierdzenie pozostaje bowiem w oczywistej sprzeczności z opisanymi w nim okolicznościami, wskazującymi, że wystąpiły istotne „uchybień” w realizacji usług ze strony wykonawcy, czego wyrazem jest dwukrotne naliczenie kar umownych przez zamawiającego. Biorąc pod uwagę powyższe, ww. usługi nie powinny podlegać ocenie przez zamawiającego, jako że wykonawca nie przedstawił dokumentów jednoznacznie potwierdzających należyte ich wykonanie. Stosownie do art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający jest zobowiązany do wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia, chyba że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu z innych przyczyn lub postępowanie podlega unieważnieniu, czego zamawiający zaniechał.

Wobec dokonanych ustaleń Izba uznała, że zamawiający naruszył przepis art. 26 ust 3 Pzp, gdyż wykonawca ASS B.Kościelak sp.j. nie złożył w ofercie prawidłowego dokumentu potwierdzającego niezaleganie w podatkach oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie trzech spośród wykonanych usług, co skutkuje obowiązkiem wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów. W konsekwencji, Izba stwierdziła naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 Pzp tj. niezachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w trakcie badania i oceny ofert, w tym oceny dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Izba nie stwierdziła naruszenia w postępowaniu przepisu art. 91 Pzp, poprzez nie zastosowanie do oceny ofert kryteriów określonych w siwz.

W rozdziale V siwz zamawiający określił kryteria oceny ofert wraz z podaniem znaczenia (wag) tych kryteriów: cena ofertowa brutto - 80 % oraz doświadczenie wykonawcy wyrażające się wartością wykonanych, potwierdzonych usług opiekuńczych w okresie ostatnich trzech lat (01.07.2006 – 30.06.2009) - 20 %. Zamawiający określił wzory do obliczenia punktacji w danych kryteriach. Przyjął, że 1% = 1 pkt oraz każda z części zamówienia będzie podlegała odrębnej ocenie, natomiast za najkorzystniejszą w zakresie danej części przedmiotu zamówienia zostanie uznana oferta, która uzyska w tej części najwyższą liczbę punktów. W wyniku modyfikacji siwz z dnia 30 lipca 2009 r. zamawiający dodał postanowienie w rozdziale V pkt 2 siwz o treści, iż wykonawca, który wykaże się wykonaniem usług o wartości 50 mln zł lub więcej, otrzyma w tym kryterium maksymalną

liczbę punktów. W takim przypadku do mianownika wzoru podanego w siwz wstawiona zostanie wartość 50 mln zł.

W ocenie Izby, ustalone przez zamawiającego w siwz kryteria oceny ofert i sposób ich oceny wskazują, że skoro wartość wykonanych usług wykazana przez wykonawców w ofertach była niższa niż 50 mln zł, to zamawiający, zgodnie z opisanym sposobem oceny ofert, przyjął za punkt odniesienia w kryterium „doświadczenie” najwyższą wartość usług spośród wartości zamówień wykazanych w ofertach. Zgodnie z treścią postanowienia zawartego w rozdziale V pkt 2 wyłącznie „w przypadku”, gdy wartość wykazanych usług osiągnęłaby kwotę 50 mln zł lub wyższą to ta wartość (50 mln zł) mogła być podstawiona do mianownika określonego w specyfikacji wzoru służącego do obliczenia punktacji w kryterium doświadczenie. W świetle treści omawianych postanowień nieuzasadnione jest twierdzenie odwołującego, że obliczenie punktacji w kryterium doświadczenie powinno nastąpić w odniesieniu do wartości usług w wysokości 50 mln zł niezależnie od faktu, że taka wartość usług nie została wykazana przez wykonawców. W ocenie Izby, biorąc pod uwagę całokształt regulacji kryteriów zawarty w siwz oraz reguły interpretacyjne oświadczeń woli zawarte w art. 65 k.c. brak jest podstaw do przyjęcia tezy odwołującego co do interpretacji sposobu oceny ofert w ramach kryterium doświadczenie.

Stosownie do brzmienia art. 191 ust. 3 Pzp Izba nie rozpoznawała zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego w toku postępowania przepisu art. 22 ust. 2 Pzp oraz zarzutu dotyczącego rażącego naruszenia przez zamawiającego art. 7 Pzp poprzez dopuszczenie przez zamawiającego do wykonywania czynności w postępowaniu przez osoby, które podlegają wyłączeniu z uwagi na fakt, iż pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym i faktycznym, który budzi uzasadnione wątpliwości co do ich bezstronności. Zarzuty powyższe nie zostały zawarte w proteście poprzedzającym rozpoznawane odwołanie.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji na podstawie art.191 ust.1, 1a i ust. 2 pkt 1 Pzp, uznając, że stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp może mieć wpływ na wynik postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy stosownie do brzmienia § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

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 ze zmianami) 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:

.....

.....