

Sygn. akt: KIO 581/16

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 25 kwietnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 25 kwietnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 kwietnia 2016 r. przez wykonawcę **B. J.**, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą **B. J., Przedsiębiorstwo Usługowe SOS Barwit w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **miasto stołeczne Warszawa z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **A. B.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **A. B., A&M Partners w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. **odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **B. J.**, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą **B. J., Przedsiębiorstwo Usługowe SOS Barwit w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **B. J.**, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą **B. J., Przedsiębiorstwo Usługowe SOS Barwit w Warszawie** 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 2015 r. poz. 2164) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący: .....**

### Uzasadnienie

Miasto stołeczne Warszawa z siedzibą w Warszawie, zwane dalej „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „świadczenie usług z zakresu bieżącego utrzymania czystości w budynkach Urzędu ms.st. Warszawy”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 lutego 2016 r. nr 2016/S 026-042350. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ustalono, że zgodnie z częścią III pkt 12.2.1. SIWZ *„Za spełniających warunki udziału w postępowaniu Zamawiający uzna Wykonawców, którzy wykazą, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – realizują lub zrealizowali co najmniej 2 usługi polegające na: sprzątnięciu pomieszczeń biurowych, ciągów komunikacyjnych i toalet, o wartości nie mniejszej niż 500 000,00 zł brutto każda”*.

Zgodnie zaś z częścią III pkt 13.2.1. SIWZ zamawiający za potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt. 12 uznał m.in.: wykaz wykonanych lub wykonywanych głównych usług (wzór stanowił załącznik nr 4 do SIWZ) oraz dowody w postaci przykładowo poświadczeń, referencji potwierdzające, że wskazane w wykazie usługi zostały wykonane należycie, a w przypadku usług nadal wykonywanych poświadczenie, wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem składania ofert.

W dalszej kolejności ustalono, że wykonawca A. B., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą A. B., A&M Partners w Warszawie, zwany dalej „przystępującym”, wraz z ofertą złożył wykaz usług, w którym wskazał dwie usługi:

1. sprzątnięcie pomieszczeń biurowych, ciągów komunikacyjnych i toalet w budynkach przy ul. Dworskiej 1 w Wólce Kozodawskiej o powierzchni ponad 3 000 m<sup>2</sup>, nadal wykonywane od dnia 15 lipca 2013 r. na rzecz Polaqua Sp. z o.o. o wartości *„powyżej 5 000 000,00 zł”*,
2. sprzątnięcie pomieszczeń biurowych, ciągów komunikacyjnych i toalet w budynkach

biurowych administracji oraz na terenie Trybuny Głównej, dżokejki i wieży sędziowskiej, w odniesieniu do których przystępujący oświadczył dodatkowo: „W wyżej wymienionych obiektach znajdują się pom. biurowe administracji i nadzoru nad przebiegiem wyścigów konnych, biura sędziów antydopingowych, lekarzy, komisji o pow. 6700 m<sup>2</sup>”, nadal wykonywane od dnia 1 marca 2013 r. na rzecz Totalizatora Sportowego sp. z o.o. „powyżej 5 000000,00 zł”.

W odniesieniu do usługi z pozycji 1 przystępujący złożył *List referencyjny* z 14 marca 2016 r., w którym podano: „*Polaqua Sp. z o.o. zaświadcza, że firma A&M PARTNERS od lipca 2013 roku świadczy usługi porządkowe w pomieszczeniach biurowych w budynkach przy ul. Dworskiej 1 w Wólce Kozodawskiej. Aktualnie sprządana powierzchnia wynosi ok. 3 000 m<sup>2</sup>. W tym okresie dali poznać się jako rzetelny i solidny partner, wykazując się dobrą organizacją w zakresie świadczonych usług. Z pełnym przekonaniem możemy zaświadczyć, że firma A&M PARTNERS bardzo dobrze wywiązuje się ze swoich obowiązków związanych z obsługą naszej firmy oraz elastycznie reaguje na nasze zmieniające się potrzeby. Ze względu na duże doświadczenie, profesjonalny i nowoczesny sprzęt, solidność w wykonywaniu usług i wykwalifikowany personel, firmę A&M PARTNERS możemy polecić jako odpowiedzialnego i kompetentnego Wykonawcę zleconych usług*”.

W odniesieniu do usługi z pozycji 2 przystępujący złożył *Opinię* z 15 lutego 2016 r., w której podano: „*Firma A&M PARTNERS A. B. z siedzibą w Warszawie (...) zgodnie z umową nr DZA/503-7/2013 z dnia 27.02.2013 roku na zlecenie Totalizatora Sportowego sp. z o.o. od dnia 01.03.2013 wykonuje prace w zakresie utrzymania czystości oraz pielęgnację zieleni na terenie oddziału Wyścigi Konne na Służewcu w Warszawie o powierzchni 57 ha. (...) Zakres w ramach obsługi pomieszczeń trybuny głównej i terenu wokół trybun: - sprzątanie pomieszczeń Trybuny Głównej wraz z dżokejką i wieżą sędziowską – 6 200m<sup>2</sup>, - sprzątanie terenu wokół trzech trybun i biurowca – 11 ha, - opieka nad rabatami kwiatowymi. (...) prace zostały wykonane profesjonalnie w uzgodnionym terminie i z należytą starannością*”.

W dniu 18 marca 2016 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego.

W dniu 25 marca 2016 r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący w odwołaniu podniósł m.in. zarzut dotyczący nie spełnienia przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia określonego w pkt 12.2.1. SIWZ.

Odwołujący w odwołaniu z 25 marca 2016 r. argumentował, że przystępujący wskazał w Wykazie Usług, stanowiącym Załącznik nr 4 do SIWZ, iż usługi przez niego wykonywane na rzecz POLAQUA sp. z o.o. oraz Totalizatora Sportowego sp. z o.o. Oddział Wyścigi

Konne w Warszawie obejmowały zarówno sprzątanie pomieszczeń biurowych, jak i ciągów komunikacyjnych i toalet, jednakże twierdzenia te nie pokrywają się z treścią załączonych do oferty referencji.

I tak, w piśmie Kierownika Administracji POLAQUA sp. z o.o. z dnia 14 marca 2016 roku czytamy, że Wykonawca A&M Partners A. B. świadczy usługi porządkowe w pomieszczeniach biurowych w budynkach.

Z kolei opinii Zastępcy Dyrektora Oddziału Wyścigi Konne Warszawa Służewiec z dnia 15 lutego 2016 roku zapisano z kolei, że zakres utrzymania czystości przez Wykonawcę A&M Partners A. B. obejmuje, między innymi: sprzątanie pomieszczeń biurowych o powierzchni 449 m<sup>2</sup>. Pozostałe czynności wymienione w liście referencyjnym nie są relewantne w świetle SIWZ, która stawia przed wykonawcami obowiązek wykazania doświadczenia jedynie w zakresie sprzątania pomieszczeń biurowych, ciągów komunikacyjnych oraz toalet. Oznacza to, iż wymagania SIWZ zostałyby spełnione w sytuacji, gdyby Wykonawca A&M Partners A. B. wykazał, że usługa świadczona dla Totalizatora Sportowego sp. z o.o. w zakresie sprzątania pomieszczeń biurowych przedstawiała wartość powyżej 500.000,00 zł.

Zdaniem Odwołującego, w świetle przedmiotowego stanu faktycznego, powyższe nie jest możliwe. Aby w wymaganym okresie 3 lat, tj. od dnia 1.03.2013 r. do dnia 15.03.2013 r., Wykonawca A&M Partners A. B. wykonał usługę sprzątania pomieszczeń o powierzchni 449 m<sup>2</sup> za kwotę powyżej 500.000,00 zł, musiałby otrzymywać wynagrodzenie w wysokości co najmniej 30,93 zł/m<sup>2</sup> brutto miesięcznie (500.000,00 zł/36 m-cy/449 m<sup>2</sup>), co w warunkach rynkowych nie jest możliwe. Trzeba w tym miejscu nadmienić, iż Wykonawca A&M Partners A. B. w przedmiotowym postępowaniu w Formularzu Cenowym określił cenę jednostkowa brutto miesięcznie za utrzymanie czystości we wszystkich lokalizacjach na kwotę 2,24 zł. a więc sam powinien być świadomy braku możliwości osiągnięcia wynagrodzenia w wysokości o ponad 28 zł wyższego.

Warto również zwrócić uwagę, iż w żadnym z przedstawionych listów referencyjnych nie znajdują potwierdzenia wskazania Wykonawcy A&M Partners A. B. dotyczące posiadanego doświadczenia w zakresie sprzątania ciągów komunikacyjnych oraz toalet. Szczególną uwagę należy zwrócić na opinię wydaną przez Totalizator Sportowy sp. z o.o., w której przedmiot prac jest omówiony w sposób rozbudowany i szczegółowy. Oznacza to, że sprzątanie toalet i ciągów komunikacyjnych z całą pewnością zostałoby opisane, gdyby należało do zakresu obowiązków Wykonawcy A&M Partners A. B. .

Ponadto, zdaniem Odwołującego, we wspomnianym Wykazie Usług, w rubryce „wartość zrealizowanej usługi do terminu składania ofert w złotych polskich (brutto)”, Wykonawca A&M Partners A. B. podał wartość zbyt ogólną, wpisując sformułowanie „powyżej 500.000 zł”. Nazwa rubryki wskazuje bowiem wyraźnie i jednoznacznie, że

*konieczne jest podanie dokładnej wartości zrealizowanej usługi, a nie tylko oświadczenie, że przekracza ona wymagany w SIWZ próg.*

W dniu 6 kwietnia 2016 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 441/16, w którym uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania zwrócenia się do przystępującego o udzielenie wyjaśnień i nakazała zamawiającemu zwrócenie się do tego wykonawcy o złożenie wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływa na wysokość ceny zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W pozostałym zakresie odwołanie zostało oddalone.

W dniu 6 kwietnia 2016 r., zamawiający w wykonaniu wyroku Izby wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W odpowiedzi na wezwania zamawiającego w dniu 8 kwietnia 2016 r. przystępujący złożył zamawiającemu żądane wyjaśnienia wraz z dowodami.

W dniu 8 kwietnia 2016 r. zamawiający zawiadomił odwołującego, że powtórzył czynność badania i oceny ofert i wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez przystępującego.

W dniu 18 kwietnia 2016 r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący w odwołaniu podniósł zarzut dotyczący niewykazania przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia określonego w pkt 12.2.1. SIWZ.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł m.in, że jeżeli chodzi o usługę zrealizowaną na rzecz POLAQUA sp. z o.o., to *jeśli idzie o pismo Kierownika Administracji POLAQUA sp. z o.o. z dnia 14 marca 2016 roku, to czytamy w nim, że Wykonawca A&M Partners A. B. świadczy usługi porządkowe w pomieszczeniach biurowych w budynkach.*

*Z tegoż dokumentu wynika, iż Wykonawca A&M Partners A. B. realizują usługę na rzecz POLAQUA sp. z o.o. w budynkach biurowych o powierzchni łącznej 3.000 m<sup>2</sup> od dnia 15.07.2013 r. do dnia złożenia oferty w przedmiotowym przetargu. Jeśli faktycznie zamówienie to byłoby wykonane za kwotę powyżej 500.000,00 zł w okresie wskazanych 32 miesięcy, to wynagrodzenie miesięczne Wykonawcy A&M Partners A. B. musiałoby wynieść 5,20 zł brutto za 1 m<sup>2</sup>, co w warunkach tynkowych nie jest realne. Warto tę kwotę odnieść do ceny oferty Wykonawcy A&M Partners A. B. na realizację niniejszego zamówienia, która opiewa na 2,24 zł brutto za 1 m<sup>2</sup>, a więc jest przeszło dwukrotnie niższa (2,32 raza) niż w przypadku usług świadczonych na rzecz podmiotu wystawiającego referencje.*

*Nadto, zdaniem Odwołującego, zadeklarowana kwota powyżej 500,000,00 zł dotyczy szerszego zakresu prac niż ten, którym powinien legitymować się wykonawca w*

przedmiotowym postępowaniu. Przedstawiciel Wykonawcy A&M Partners A. B. na rozprawie przed KIO w dniu 5 kwietnia 2016 roku sam wskazał, wyjaśniając proces dokonywania rozliczeń z POLAQUA sp. z o.o., że "nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzający wysokość przychodu za sprzątanie w/w budynków, bowiem faktury miesięczne były bardzo zróżnicowane, np. przez mycie stolarki okiennej". Oznacza to, iż Wykonawca A&M Partners A. B. sam przyznaje, że w zadeklarowanej kwocie 500.000,00 zł uwzględnił nie tylko sprzątanie pomieszczeń biurowych, ciągów komunikacyjnych i toalet w zakresie objętym przedmiotowym przetargiem, lecz również mycie okien, które nie będzie przedmiotem umowy zawartej po rozstrzygnięciu niniejszego postępowania.

Jeżeli zaś chodzi o usługę na rzecz Totalizatora Sportowego sp. z o.o. Oddział Wyścigi Konne w Warszawie to odwołujący podniósł, że w opinii Zastępcy Dyrektora Oddziału Wyścigi Konne Warszawa Służewiec z dnia 15 lutego 2016 roku zapisano z kolei, że zakres utrzymania czystości przez Wykonawcę A&M Partners A. B. obejmuje, między innymi: sprzątanie pomieszczeń biurowych o powierzchni 449 m<sup>2</sup>. Pozostałe czynności wymienione w liście referencyjnym nie są relewantne w świetle SIWZ, która stawia przed wykonawcami obowiązek wykazania doświadczenia jedynie w zakresie sprzątania pomieszczeń biurowych, ciągów komunikacyjnych oraz toalet.

W związku z powyższym, zachodzi istotna sprzeczność między oświadczeniem złożonym przez Wykonawcę A&M Partners A. B. w Załączniku 4 do SIWZ - Wykaz usług, gdzie wskazał, iż usługa wykonywana na rzecz Totalizatora Sportowego sp. z o.o. obejmowała sprzątanie biur, ciągów komunikacyjnych i toalet o powierzchni 6.700 m<sup>2</sup>, z treścią referencji.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zdaniem przystępującego, wyrażonym już w toku uprzedniego postępowania odwoławczego prowadzonego przed KIO, za pomieszczenia biurowe można również uznać Trybunę Główną, która zgodnie z przedstawionymi referencjami ma powierzchnie 6.200 m<sup>2</sup>. Odwołujący po dokonaniu oględzin tegoż obiektu, rozpytaniu osób odpowiedzialnych za jego dozór oraz po analizie odpowiedniej dokumentacji stwierdza jednoznacznie, iż nie może być on zaliczony do kategorii "pomieszczeń biurowych". Biuro jest bowiem definiowane przez Słownik Języka Polskiego PWN jako Instytucja lub jej część, do której zadań należy nadawanie i gromadzenie dokumentów, prowadzenie korespondencji, załatwianie interesantów itp.; tez: lokal tej instytucji. Chodzi więc o miejsce, gdzie w sposób stały i ciągły wykonywana jest praca siedząca z wykorzystaniem dokumentów czy komputerów.

Na Trybunie Głównej pomieszczeń o takim przeznaczeniu nie ma. Jest ona trzykondygnacyjnym, zamkniętym obiektem o pustych przestrzeniach, wykorzystywanych doraźnie, tj. podczas mitingów wyścigowych, jako miejsca ogólnodostępne dla widzów oczekujących na rezultaty gonitw oraz dla firm cateringowych zajmujących się czasową

obsługą bankietów czy spotkań. Żadna praca stała nie jest na terenie tego obiektu wykonywana.

Warto również w tym zakresie wskazać, iż w toku poprzednio prowadzonego postępowania odwoławczego, przystępujący przedstawił Odwołującemu oraz Izbie Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia dla postępowania, do którego odnoszą się przedstawione przez Totalizator Sportowy sp. z o. o, referencje. Zgodnie z jej treścią, sprzątanie Trybuny Głównej miało odbywać się 2-3 razy w tygodniu przez 8 miesięcy w roku (pkt 5.1 a) SIWZ), tj. w systemie odmiennym od tego, który byłby stosowany w przedmiotowym zamówieniu. Ponadto, sprzątanie, o którym mowa wyżej, obejmowało jedynie: zmiatanie i zmywanie posadzek, odkurzanie wykładzin, sprzątanie toalet, uzupełnianie artykułów higienicznych w toaletach oraz ustawianie mebli (Załącznik nr 3 do Umowy - w treści SIWZ), a więc mniej rodzajów działań, które charakterystyczne są dla kategorii sprzątania pomieszczeń biurowych, ciągów komunikacyjnych oraz toalet

Warto także zaznaczyć, odwołując się do treści przywołanego SIWZ - Zadanie I, iż poza utrzymaniem czystości samego budynku w skład tejże części umowy, której dotyczą omawiane referencje, wchodziło również utrzymywanie czystości wokół obiektu. Oznacza to, iż zadeklarowane i potwierdzone w referencjach sprzątanie powierzchni 6.200 m<sup>2</sup> dotyczy nie tylko pomieszczeń biurowych, ciągów komunikacyjnych i toalet, ale również prac zewnętrznych, które w niniejszym przetargu nie zostały uwzględnione. Oznacza to, iż zadeklarowana przez Wykonawcę A&M Partners A. B. kwota powyżej 500.000,00 zł dla usługi wykonywanej na rzecz Totalizatora Sportowego sp. z o. o. w istotnej części obejmuje utrzymywanie czystości również w zakresie nierelevantnym dla niniejszego postępowania. Skoro za kwotę powyżej 500.000.00 zł wykonano prace polegająca zarówno na sprzątaniu pomieszczeń objętych wymogami niniejszego przetargu w zakresie posiadanego doświadczenia, jak i utrzymywaniu czystości terenów zewnętrznych, to nie sposób jednoznacznie uznać za udowodnione spełnianie warunku kwotowego dla samych jedynie pomieszczeń biurowych, ciągów komunikacyjnych oraz toalet. Może być przecież tak, że główna część zadeklarowanej kwoty była wynagrodzeniem za utrzymywanie czystości terenów zewnętrznych.

We wspomnianym SIWZ potwierdzenia znajdują wskazania Odwołującego dotyczące niemożności zakwalifikowania Trybuny Głównej jako pomieszczeń biurowych. W tabeli stanowiącej Załącznik 3 do umowy czytamy, że do zakresu obowiązków Wykonawcy A&M Partners A. B. należało przygotowywanie pomieszczeń poprzez ustawianie mebli czy układanie wykładziny. Oczywistym jest iż w przypadku gdyby Trybuna Główna wykorzystywana była stale jako powierzchnia biurowa nie byłoby konieczności zwijania i układania wykładziny czy przestawiania mebli. Zgodnie z powyższym, uznać należy, iż Wykonawca A&M Partners A. B. skutecznie wykazał, iż w ramach zamówienia

*realizowanego na rzecz Totalizatora Sportowego sp. z o.o. wykonywał usługę w zakresie sprzątnięcia pomieszczeń biurowych, ciągów komunikacyjnych i toalet na powierzchni jedynie 449 m<sup>2</sup>*

*Dalej, przypomnieć należy, iż wymagania przedmiotowego SIWZ zostałyby spełnione w sytuacji, gdyby Wykonawca A&M Partners A. B. wykazał, że usługa świadczona dla Totalizatora Sportowego sp. z o.o. w zakresie sprzątnięcia pomieszczeń biurowych przedstawiała wartość powyżej 500.000,00 zł.*

*Zdaniem Odwołującego, w świetle przedmiotowego stanu faktycznego, powyższe nie jest możliwe. Aby w wymaganym okresie 3 lat, tj. od dnia 1.03.2013 r. do dnia 15.03.2015 r., Wykonawca A&M Partners A. B. wykonał usługę sprzątnięcia pomieszczeń o skutecznie wykazanej powierzchni 449 m<sup>2</sup> za kwotę powyżej 500.000,00 zł, musiałby otrzymywać wynagrodzenie w wysokości co najmniej 30,93 zł/m<sup>2</sup> brutto miesięcznie (500.000,00 zł/36 m-cy/449 m<sup>2</sup>), co w warunkach rynkowych nie jest możliwe*

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego przystąpił wykonawca A. B., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą A. B., A&M Partners w Warszawie. Wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 i art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

**Powyższy stan faktyczny ustalono na podstawie całości dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazanej przez zamawiającego w analizowanej sprawie, jak również w sprawie o sygn. akt KIO 441/16, w tym w szczególności: ogłoszenia o zamówieniu, postanowień protokołu postępowania, postanowień SIWZ, oferty złożonej przez przystępującego, rozstrzygnięcia postępowania z 18 marca 2016 r., odwołania wniesionego przez odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 441/16, protokołu posiedzenia i rozprawy w sprawie o sygn. akt KIO 441/16, wyroku KIO z 6 kwietnia 2015 r. wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 441/16, rozstrzygnięcia postępowania z dnia 8 kwietnia 2016 r., odwołania, zgłoszenia przystąpienia.**

**Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, w świetle którego *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący powołuje się na wyłącznie te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w*



*sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się.*

Odwołanie podlega także odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako *wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.*

Podnieść należy, że podstawą odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nie jest tożsamość listy zarzutów, listy zgłoszonych żądań, ani tożsamość redakcji uzasadnienia odwołania, ale powołanie się na te same okoliczności, czyli okoliczności prawne i faktyczne dotyczące czynności lub zaniechań zamawiającego naruszających przepisy ustawy Pzp, które były już przedmiotem rozstrzygnięcia na skutek poprzedniego odwołania.

Izba stwierdziła, że poprzednio wniesione odwołanie jest niemal tożsame w brzmieniu z aktualnie wniesionym odwołaniem w zakresie okoliczności związanych z zarzutem naruszenia przepisów ustawy Pzp w następstwie niewykazania spełniania przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w pkt 12.2.1. SIWZ. Już w uprzednio rozpoznanym odwołaniu odwołujący podnosił, że:

- a) oświadczenia przystępującego o wartości usług sprzątnia w pomieszczeniach biurowych, ciągach komunikacyjnych i toaletach zrealizowanych na rzecz Totalizatora Sportowego sp. z o.o. i Polaqua sp. z o.o. na kwotę ponad 500.000 zł pozostają w sprzeczności z treścią złożonych referencji,
- b) w piśmie Kierownika Administracji POLAQUA sp. z o.o. z dnia 14 marca 2016 roku czytamy, że przystępujący świadczy usługi porządkowe w pomieszczeniach biurowych w budynkach,
- c) w opinii Zastępcy Dyrektora Oddziału Wyścigi Konne Warszawa Służewiec z dnia 15 lutego 2016 roku zapisano z kolei, że zakres utrzymania czystości przez Wykonawcę A&M Partners A. B. obejmuje, między innymi: sprzątnie pomieszczeń biurowych o powierzchni 449 m<sup>2</sup>. Pozostałe czynności wymienione w liście referencyjnym nie są relewantne w świetle SIWZ, która stawia przed wykonawcami obowiązek wykazania doświadczenia jedynie w zakresie sprzątnia pomieszczeń biurowych, ciągów komunikacyjnych oraz toalet,
- d) nie jest możliwe, aby w wymaganym okresie 3 lat, tj. od dnia 1.03.2013 r. do dnia 15.03.2013 r., przystępujący wykonał usługę sprzątnia pomieszczeń o powierzchni 449 m<sup>2</sup> za kwotę powyżej 500.000,00 zł, musiałby otrzymywać wynagrodzenie w wysokości co najmniej 30,93 zł/m<sup>2</sup> brutto miesięcznie (500.000,00 zł/36 m-cy/449 m<sup>2</sup>), co w warunkach rynkowych nie jest możliwe,

- e) wymagania SIWZ zostałyby spełnione w sytuacji, gdyby przystępujący wykazał, że usługa świadczona dla Totalizatora Sportowego sp. z o.o. w zakresie sprzątnięcia pomieszczeń biurowych przedstawiała wartość powyżej 500.000,00 zł,
- f) w wykazie usług, w rubryce „wartość zrealizowanej usługi do terminu składania ofert w złotych polskich (brutto)”, przystępujący podał wartość zbyt ogólną, wpisując sformułowanie „powyżej 500.000 zł”. Nazwa rubryki wskazuje bowiem wyraźnie i jednoznacznie, że konieczne jest podanie dokładnej wartości zrealizowanej usługi, a nie tylko oświadczenie, że przekracza ona wymagany w SIWZ próg.

Natomiast w aktualnie wniesionym odwołaniu dodatkowo wskazano na to, że – zdaniem odwołującego – za pomieszczenia biurowe nie można było uznać pomieszczeń Trybuny Głównej, którą w ramach umowy z Totalizatorem Sportowym, miał sprzątać przystępujący. Odwołujący podniósł także, że przedmiotem tej umowy miało być także sprzątnięcie pomieszczeń zewnętrznych. W tym zakresie odwołujący powołał się na wiedzę, jaką powziął z lektury dowodu w postaci specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) na usługi sprzątnięcia na rzecz Totalizatora Sportowego sp. z o.o. oraz oświadczeń przystępującego złożonych w toku rozprawy przed Izbą w dniu 5 kwietnia 2016 r.

W tym zakresie podnieść należy, że – jak wynika z protokołu rozprawy z 5 kwietnia 2016 r. i uzasadnienia wyroku Izby z 6 kwietnia 2016 r. wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 441/16, dowód ten był już przedmiotem oceny Izby w kontekście postawionego zarzutu niewykazania przez przystępującego warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w pkt 12.2.1. SIWZ. Jak jednoznacznie stwierdzono w uzasadnieniu przywoływanego wyroku, *„z przedłożonej przez zamawiającego treści SIWZ dotyczącej tego postępowania, w wyniku którego Totalizator Sportowy sp. z o.o., zawarł z przystępującym umowę z dnia 27 lutego 2013 r., której odwołujący nie kwestionował, wynika że przedmiotem postępowania było także sprzątnięcie łazienek i klatek schodowych”*. Jak wynika z uzasadnienia tegoż samego orzeczenia przy wyrokowaniu Izba wzięła pod uwagę również stanowisko przystępującego prezentowane w trakcie rozprawy. Podkreślić wreszcie należy, że w wyroku tym oceniono przywoływany dowód i stanowisko przystępującego m.in. w kontekście zarzutu odwołującego, zgodnie z którym *pozostałe czynności wymienione w liście referencyjnym nie są relewantne w świetle SIWZ, która stawia przed wykonawcami obowiązek wykazania doświadczenia jedynie w zakresie sprzątnięcia pomieszczeń biurowych, ciągów komunikacyjnych oraz toalet*.

Jak wynika z wyroku wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 441/16 Izba oddaliła odwołanie w części opartej na zarzucie niewykazania przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt 12.2.1. SIWZ, które odwołujący oparł na tych samych okolicznościach faktycznych. Jeżeli zaś chodzi o

okoliczności dodatkowo podnoszone przez odwołującego stanowią one w istocie próbę polemiki z wyrokiem Izby z 6 kwietnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 441/16. Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że jeżeli odwołujący nie zgadzał się z przywoływanym orzeczeniem Izby, to przysługiwało mu prawo do wniesienia skargi do Sądu Okręgowego. Odwołujący stwarza jedynie pozory, że wnosi odwołanie od wyboru oferty z 8 kwietnia 2016 r., gdyż w rzeczywistości nie wskazuje na żadne okoliczności dotyczące nieprawidłowości w zakresie badania i oceny ofert powtórnego w związku z poprzednim wyrokiem Izby. W wyroku z 6 kwietnia 2016 r. Izba nakazała zamawiającemu wezwanie przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odwołanie w ogóle nie odnosiło się do czynności wezwania do złożenia wyjaśnień z 6 kwietnia 2016 r. i jej rezultatu, stanowiących wykonanie wyroku z 6 kwietnia 2016 r. Zamiast tego odwołujący ponownie odwołuje się od badania i oceny ofert z 18 marca 2016 r., a konkretnie od rezultatów oceny spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Tymczasem okoliczności te były już przedmiotem rozpoznania przez Izbę w wyroku z 6 kwietnia 2016 r.

Reasumując, należało uznać, że odwołanie podlegało odrzuceniu, gdyż odwołujący powoływał się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia w sprawie jego odwołania dotyczącego tego samego postępowania, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła także, z uwagi na brak w odwołaniu zarzutów dotyczących badania i oceny ofert przeprowadzonej w wyniku wyroku Izby z 6 kwietnia 2016 r., odwołanie podlega odrzuceniu jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie, tj. 10-dniowego terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, który należy liczyć od zawiadomienia przez zamawiającego z 18 marca 2016 r.

W świetle przepisu art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Nie ulega wątpliwości, że o wszystkich okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania odwołujący powziął wiadomość już w dniu 18 marca 2016 r., a nie w dniu 8 kwietnia 2016 r. Stan opisany w odwołaniu, polegający na zarzucanym zaniechaniu wykluczenia przystępującego z powodu niewykazania warunku wiedzy i doświadczenia był znany odwołującemu już w dniu 18 marca 2016 r. W dniu 18 marca 2016 r. zamawiający poinformował odwołującego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, co oznaczało, że zamawiający uznał, iż wykonawca ten nie podlega wykluczeniu z postępowania. Termin na wniesienie odwołania wobec zaniechania czynności wykluczenia

przystępującego upłynął zatem odwołującemu w dniu 29 marca 2016 r. Tymczasem odwołujący wniósł odwołanie dopiero w dniu 18 kwietnia 2016 r.

Reasumując, należało uznać, że odwołanie które wpłynęło w dniu 18 kwietnia 2016 r. było odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Termin na wniesienie odwołania ma bowiem charakter terminu zawitego, niepodlegającego przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Z powyższego przepisu wynika zakaz wydawania orzeczeń o charakterze merytorycznym, do jakich zalicza się oddalenie czy uwzględnienia odwołania, w innej formie aniżeli wyrok. Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie w żadnej części nie miało jednak charakteru merytorycznego, zatem musiało przybrać postać postanowienia.

Zgodnie z art. 189 ust. 3 zd. 1 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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). W myśl powołanych przepisów, a także zgodnie z poglądem jednolicie prezentowanym w orzecznictwie tak Izby jak i Sądów Okręgowych, w przypadku odrzucenia odwołania odwołującego obciąża się całością wniesionego wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp (por. przykładowo wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 22 listopada 2012 r., sygn. akt XII Ga 517/11).

**Przewodniczący:** .....