

WYROK
z dnia 12 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek - Bujak

Członkowie: Andrzej Niwicki

Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning Sp. z o.o. (lider), 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118, Hospital Serwis Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118, Sita Kraków Sp. z o.o., 31-764 Kraków, ul. Darwina 66** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Ludwika Rydygiera, 31-826 Kraków, ul. os. Złotej Jesieni 1** protestu z dnia 6 kwietnia 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazuje zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

2. Kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Ludwika Rydygiera, 31-826 Kraków, ul. os. Złotej Jesieni 1 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning Sp. z o.o.**

(lider), 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118, Hospital Serwis Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118, Sita Kraków Sp. z o.o., 31-764 Kraków, ul. Darwina 66,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Ludwika Rydygiera, 31-826 Kraków, os. Złotej Jesieni 1** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning Sp. z o.o. (lider), 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118, Hospital Serwis Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118, Sita Kraków Sp. z o.o., 31-764 Kraków, ul. Darwina 66** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania oraz 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 **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning Sp. z o.o. (lider), 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118, Hospital Serwis Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118, Sita Kraków Sp. z o.o., 31-764 Kraków, ul. Darwina 66**

Uzasadnienie

I. Stan faktyczny i stanowiska stron.

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi *specjalistycznego sprzątnia, całodobowego utrzymania czystości w pomieszczeniach szpitala, dezynfekcji, dezynsekcji i deratyzacji, segregacji i transportu surowców wtórnych, odpadów medycznych i komunalnych do miejsca ich składowania, transportu wewnętrznego i usług pomocniczych w oddziałach szpitala, oczyszczania ulic wewnętrznych, placów i terenów zielonych, usuwania śniegu i lodu oraz wywozu odpadów pochodzących z oczyszczania ulic wewnętrznych, placów i terenów zielonych* (numer referencyjny 11/ZP/2009). Ogłoszenie o zamówieniu

opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 stycznia 2009 r., 2009/S 19-027236.

Zamawiający w dniu 27 marca 2009 r. przekazał wykonawcom zawiadomienie o wyborze w postępowaniu oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum firm: Spółdzielnia Inwalidów Naprzód, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Kontener” s.c. Adam Gołygowski, Zbigniew Gołygowski, Marek Kalicki, zwani dalej konsorcjum Naprzód.

W dniu 6 kwietnia 2009 r. do zamawiającego protest wniosło konsorcjum: Impel Cleaning sp. z o.o., Hospital Serwis sp. z o.o., Sita Kraków Sp. z o.o., zwanych dalej konsorcjum Impel, w którym zarzucono czynności zamawiającego naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

1. Wykonawca nie zgodził się z wyborem oferty konsorcjum Naprzód, który to wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, gdyż nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu:

- żadna z usług objętych wykazem nie spełnia warunku określonego w siwz w pkt VIII.1.1 lit b, w odniesieniu do wskazanej wartości każdej z usług 6.000.000 zł.

- do oferty nie załączono informacji o niezaleganiu z uiszczaniem składek z tytułu ubezpieczenia społecznego dla każdego wspólnika spółki cywilnej – uczestnika konsorcjum.

- pomimo wezwania zamawiającego, wykonawca nie przedłożył zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego o niezaleganiu z podatkami, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

- przedłożone w ofercie kopie informacji z KRK dla wspólników Kontener s.c. są nieczytelne i uniemożliwiają ocenę spełniania warunku udziału przez wykonawcę.

- brak załączenia warunków, do których odwołanie znajduje się na certyfikacie ISO 9001:2000, uniemożliwia dokonanie oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu.

- na podstawie informacji Banku Spółdzielczego w Radomsku zamawiający nie był w stanie stwierdzić spełniania warunku dotyczącego posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej, z uwagi na brak informacji o poziomie wykorzystania linii kredytowej przyznanej firmie Naprzód na poziomie 3.000.000,00 zł. oraz o kwocie środków na rachunku w wysokości 500.000 zł.

- załączona do oferty decyzje w zakresie transportu oraz odbierania odpadów odwołują się do dokumentów – pierwotnych decyzji Prezydenta Miasta Krakowa, których nie załączono do oferty.

2. W proteście zarzucono zamawiającemu zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum Aspen, które nie złożyło dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu:

- wykazana usługa świadczona na rzecz Szpitala Specjalistycznego im. Sz. Starkiewicza w Dąbrowie Górniczej nie spełnia warunku określonego w pkt VIII.1.1 lit b siwz, gdyż jej wartość jest niższa niż 6.000.000 zł. Wykonawca wykazał się zatem tylko jedną usługą o wymaganej wartości.

Ponadto, konsorcjum Aspen winno być wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, gdyż nie wniosło wadium. Z treści załączonej gwarancji wadialnej wynika ograniczenie odpowiedzialności gwaranta wynikającej z okoliczności przewidzianych w przepisie art. 46 ust. 4a, gdyż wprowadzono zastrzeżenie dochodzenia roszczenia jedynie w przypadku dokonania wyboru oferty wykonawcy. Pozostaje to w sprzeczności z przepisem art. 46 ust. 4a ustawy, w którym przewidziano zatrzymanie wadium każdego wykonawcy, który nie zastosował się do wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy, a nie tylko tego, którego oferta została wybrana.

3. zarzucono zamawiającemu zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum ISS, które nie złożyło dokumentów potwierdzających spełniania warunku udziału w postępowaniu:

- wykonawca w wykazie wskazał tylko jedną usługę odpowiadającą ustalonej przez zamawiającego wartości 6.000.000 zł – pkt 3 wykazu, pozostałe cztery usługi nie spełniają warunku posiadanego doświadczenia, gdyż ich wartość jest niższa od wymaganej w siwz.

- w wykazie sprzętu do wykonania usługi brakuje opisu technicznego proponowanych urządzeń – do żadnego z zaproponowanych urządzeń nie załączono opisu technicznego, którego wymagał zamawiający w pkt VIII.3.g siwz, a zatem treść oferty nie odpowiada treści siwz, co winno skutkować wykluczeniem oferty z postępowania.

- brak podpisów ze strony Urzędu Miasta osób uprawnionych do wydania decyzji w zakresie odbierania odpadów komunalnych z dnia 9.02.2007 r. dla REMONDIS Sp. z o.o., podważa ważność tego dokumentu lub stanowi o jego niekompletności.

- wykonawca powinien być wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, gdyż nie wniósł wadium. Z treści gwarancji wynika, iż jest ona ważna jedynie w stosunku do oferty pierwotnej, a zatem nie ma charakteru bezwarunkowego. W przypadku zmiany treści oferty, np. w skutek poprawienia przez zamawiającego omyłki pisarskiej, omyłki rachunkowej bądź innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z siwz, czy też uzupełnień treści oferty, gwarancja przestaje obowiązywać. Wykonawca został wezwany do uzupełnienia oferty pierwotnej o informacje właściwego urzędu skarbowego, a po ich uzupełnieniu przestanie być zabezpieczona wadium.

- załączona umowa konsorcjum została przez w imieniu REMONDIS Sp. z o.o. podpisana wyłącznie przez prokurenta, uprawnionego do reprezentowania spółki łącznie z członkiem zarządu.

- wskazano na niezgodność polisy ubezpieczeniowej z wymaganiami zamawiającego.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 15 kwietnia 2009 r. (przekazując rozstrzygnięcie wykonawcy faksem w tym samym dniu), oddalając go w całości.

W uzasadnieniu stanowiska zamawiający wskazał, iż:

1. Konsorcjum Naprzód wykazało się należytą wiedzą i doświadczeniem oraz potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania usługi. Wymagane co najmniej dwie usługi, aby potwierdzały spełnianie warunku ustalonego przez zamawiającego musiały być wykonywane w jakimkolwiek czasie w okresie od 29 stycznia 2006 r. do 28 stycznia 2009 r. , a globalna wartość każdej z nich musiała być nie mniejsza niż 6.000.000 zł. nie oznacza to, iż suma świadczeń pieniężnych uzyskanych przez wykonawcę musiała być równa lub przewyższać tę kwotę. Przyjęcie interpretacji warunku, jaką przedstawił protestujący nakazującej stosunkowe przyporządkowanie wartości usługi do okresu przypadającego w ciągu trzech lat przed wszczęciem postępowania, oznaczałoby, w ocenie zamawiającego, brak możliwości rzeczywistej oceny przedłożonego wykazu usług, bowiem – zwłaszcza w przypadku usług o charakterze ciągłym – wartość poszczególnych świadczeń okresowych może się od siebie znacząco różnić.

Załączone do oferty zaświadczenie właściwego oddziału ZUS, stwierdzające, iż Kontener s.c. jako podmiot prawa publicznego nie zalega z zapłatą tych danin jest dowodem, iż z zapłatą składek nie zalegają panowie Adam Gołygowsk, Zbigniew Gołygowski i Marek Kalicki.

Uzupełnione na wezwanie zamawiającego zaświadczenie właściwego Naczelnika Urzędu Skarbowego wystawione po upływie terminu składania ofert stwierdza fakt niezalegania z zapłatą podatków w okresie przed terminem składania ofert. Spełnia ono zatem wymogi określone w art. 26 ust. 3 zd. 2 ustawy, jak również odpowiada zapisom § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Zamawiający nie zgodził się, iż załączone do oferty kopie informacji z KRK dla współników Kontener s.c. są nieczytelne.

Przedłożony certyfikat ISO 9001:2000 należycie wykazuje fakt wdrożenia systemu zarządzania, a warunki o których mowa w dokumencie nie mają charakteru zawieszającego, od których zaistnienia uzależnione byłoby wejście w życie certyfikatu (art. 89 i nast. k.c.)

Zawarte w oświadczeniu Banku stwierdzenie „bieżąca zdolność do zaciągania kredytów” z odniesieniem do kwoty 3.000.000,00 zł., w ocenie zamawiającego jasno

wskazuje, iż konsorcjum Naprzód posiada obecnie takową zdolność kredytową, niezależnie od stopnia wykorzystania linii kredytowej.

Załączone zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych oraz transportu odpadów, w ocenie zamawiającego pozwalają bezspornie stwierdzić, iż wykonawca posiada uprawnienia do wykonywania działalności objętej niniejszym postępowaniem.

2. Konsorcjum Aspen wykazało się należyłą wiedzą i doświadczeniem oraz potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, z analogicznym uzasadnieniem, jak w odniesieniu do konsorcjum Naprzód.

Treść gwarancji bankowej odwołuje się do art. 26 ust. 3 i art. 25 ust. 1 ustawy pzp, a użycie sformułowania „jego oferta została wybrana” należy odnosić jedynie do trzech pierwszych przypadków zatrzymania wadium, określonych w dokumencie gwarancji.

3. Konsorcjum ISS potwierdziło spełnianie warunku dotyczącego doświadczenia.

W treści oferty, w wykazie sprzętu zamieszczono opis podstawowych parametrów urządzeń oraz ich przeznaczenie, co czyni zadość wymaganiom zamawiającego

Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości, co do prawdziwości decyzji Remonids sp. z o.o. w zakresie odbierania odpadów komunalnych.

Gwarant w gwarancji zaznaczył, iż gwarancja dotyczy oferty pierwotnej, nie zaznaczył jednak, iż dotyczy jedynie oferty w treści pierwotnej. Zastrzeżenie miałoby skutek w przypadku unieważnienia postępowania i złożenia kolejnej oferty, jednakże w razie zmiany lub uzupełnienia pierwotnej oferty w przedmiotowym postępowaniu, wadium dalej ją zabezpiecza.

Za oczywiście bezzasadny zamawiający uznał zarzut niewłaściwej reprezentacji osób podpisujących umowę konsorcjum w imieniu Remondis, gdyż ze strony spółki podpisy złożyli prokurent i członek zarządu.

Również za prawidłową zamawiający uznał polisę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej zarówno w zakresie odpowiedzialności kontraktowej jak i deliktowej na sumę gwarancyjną żadaną przez zamawiającego.

Wobec decyzji Zamawiającego konsorcjum Impel wniosło w dniu 24 kwietnia 2009 roku odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując zarzuty podnoszone w proteście, wnosząc o nakazanie zamawiającemu uchylenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie wykluczenia z postępowania konsorcjum Naprzód,

konsorcjum Aspent, konsorcjum ISS i dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych.

W odwołaniu wykonawca podtrzymał argumentację zawartą w proteście, z wyjątkiem okoliczności dotyczącego czytelności kopii informacji z KRK dla wspólników Kontener s.c. oraz uzupełnił argumentację dotyczącą polisy ubezpieczeniowej konsorcjum Naprzód, która powinna być odnawialna po każdym zdarzeniu (zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 7 z dnia 3 marca 2009 roku).

II. Ustalenia i stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej.

Na podstawie oryginału dokumentacji postępowania, stanowisk stron, a także dowodów złożonych na rozprawie, skład orzekający ustalił i zważył co następuje.

Odwołujący wykazał naruszenie jego interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, gdyż na skutek czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania odrzucenia ofert pozostałych wykonawców, konsorcjum Impel pozbawione został możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Na podstawie protokołu postępowania stwierdzono, iż odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, która podlegała ocenie i uzyskała 49,640 punktów, jako druga w kolejności po ofercie wybranej (Druk ZP-21).

W zakresie podniesionych zarzutów względem poszczególnych ofert skład orzekający Izby uznał:

1. W odniesieniu do oferty konsorcjum firm: Spółdzielnia Inwalidów Naprzód i PW Kontener s.c. A. Gołygowski, Z. Gołygowski, M. Kalicki, zwanych dalej konsorcjum Naprzód, odwołanie zasługuje w części na uwzględnienie.

Izba potwierdziła na podstawie treści oferty, iż wykonawca nie wykazał się doświadczeniem w wykonaniu co najmniej dwóch usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia jest krótszy – w tym okresie, o wartości co najmniej 6.000.000 zł. każda, w zakresie usługi sprzątnania w liczących co najmniej 200 łóżek: szpitalach, zakładach opiekuńczo-leczniczych, zakładach pielęgnacyjno-opiekuńczych, sanatoriach, prewentoriach lub innych zakładach przeznaczonych dla osób, których stan zdrowia wymaga całodobowych lub całodziennych świadczeń zdrowotnych w odpowiednim stałym pomieszczeniu (pkt VII ppkt 1.1. lit. b siwz).

Do oferty konsorcjum Naprzód załączyło na stronie 8 wykaz usług odpowiadających swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, obejmujący dwie usługi, z których tylko jedna odpowiada pod względem wartości usługom stanowiącym przedmiot

zamówienia. Zgodnie z zapisami siwz, zamawiający mógł uznać tylko doświadczenie wykonawcy zdobyte przy realizacji usługi kompleksowego sprzątnia Szpitalu Powiatowego im. Edmunda Biernackiego w Mielcu, zakończonej 01.04.2008 r. na całkowitą wartość brutto zamówienia 6.891.088,84 zł. W ocenie składu orzekającego usługa wskazana w pozycji pierwszej wykazu, świadczona na rzecz Zakładu Opieki Zdrowotnej MSWiA w Łodzi nie potwierdza doświadczenia zdobytego pod względem wartości zamówienia. Całkowita wartość zamówienia realizowanego w okresie od 01.01.2008 do 31.12.2011 opiewa na kwotę 6.313.248,48 zł brutto. Oczywistym jest, iż do upływu terminu składania ofert wykonawca nie wykonał całości świadczenia, albo co najmniej takiej jego części, która opiewałaby łącznie na wartość co najmniej 6.000.000 zł. Jak wynika z listu referencyjnego umowa jest w trakcie realizacji i będzie trwać do końca roku 2011 (str 9 oferty). Fakt, iż ustawodawca dopuścił możliwość potwierdzania doświadczenia wykonawców na podstawie usług zrealizowanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również nie zakończonych, to nie oznacza to, iż wykonawca nie musi potwierdzić wymaganego doświadczenia. Izba przychyliła się do stanowiska zamawiającego, iż usługa zrealizowana w okresie wskazanym przez zamawiającego opiewająca na wartość co najmniej wymaganą w treści siwz nie musi zaczynać się w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania. Zgodnie z brzmieniem § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, w przypadku usług wykonanych znaczenie ma termin ich zakończenia w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, a nie termin ich rozpoczęcia i zakończenia. Natomiast nie można przyznać racji zamawiającemu, iż każda usługa ciągła będąca w trakcie realizacji w momencie składania oferty może służyć wykazaniu się przez wykonawcę wymaganym doświadczeniem. Skoro zamawiający określił wartość usługi, jak odpowiada wartości usługi stanowiącej przedmiot zamówienia, to aby można było mówić o potwierdzeniu posiadanego (zdobytego) doświadczenia, wykonawca musiałby wykonać co najmniej taki zakres usługi ciągłej, który odpowiadałaby wskazanej wartości. W przeciwnym wypadku, każda usługa o świadczenie okresowe lub ciągle zrealizowana w dowolnej części mogłaby potwierdzać doświadczenie, chociaż faktycznie wykonawca zdobędzie je dopiero po zakończeniu wykonania umowy. Sytuacja taka prowadziłaby do nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu, gdyż wykonawca, który dopiero zdobędzie doświadczenie byłby traktowany na równi z wykonawcą, który takie doświadczenie już posiada. Doświadczenia nie zdobywa się przez samo zawarcie umowy, ale przy realizacji zamówienia. W przypadku usługi świadczonej na rzecz ZOZ MSWiA w Łodzi wartość zrealizowanej w przeciągu pierwszego roku obowiązywania umowy na pewno nie odpowiada wartości wymaganej przez zamawiającego. Na tej podstawie należało przyznać rację odwołującemu, iż konsorcjum Naprzód nie przedstawiło dokumentu

potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu, które winny podlegać uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

W odniesieniu do podniesionego zarzutu braku złożenia przez konsorcjum Naprzód zaświadczeń z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych dla wszystkich współników spółki cywilnej, skład orzekający stwierdził, iż do oferty konsorcjum Naprzód załączyło zaświadczenie ZUS o niezaleganiu w opłacaniu składek przez Spółdzielnię Inwalidów Naprzód ZPCHR według stanu na dzień 12.12.2008 r. (str. 37 oferty) oraz zaświadczenie ZUS o nie zaleganiu w opłacaniu składek przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Kontener spółka cywilna według stanu na dzień 24.12.2008 r. (str. 73 oferty) wraz z informacjami ZUS o wyrejestrowaniu jako płatników składek z dniem 01.08.2008 r. Marka Kalickiego (str. 74 oferty), Zbigniewa Gołygowskiego (str. 75 oferty) oraz Adama Gołygowskiego (str. 76 oferty) - współników spółki cywilnej. W ocenie zamawiającego zmiana stanu prawnego, tj. przepisów ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych pozostaje bez znaczenia dla ważności zaświadczeń wystawionych nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Do 1 stycznia 2009 roku była możliwość, aby płatnikiem składek na ZUS była spółka cywilna lub wspólnicy. Natomiast po wejściu w życie nowelizacji art. 115 ordynacji podatkowej płatnikiem składek na ubezpieczenie społeczne są wspólnicy (wobec siebie). Skład orzekający uznał, iż załączone do oferty zaświadczenie o niezaleganiu z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne przez PW Kontener s.c., potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu i stanowiska tego nie zmienia brak zaświadczeń wystawionych oddzielnie dla każdego współnika spółki cywilnej. Przedłożone zaświadczenie jest aktualne w rozumieniu zapisów rozporządzenia w sprawie dokumentów, które określa termin, w jakim powinno być one wystawione, aby było aktualne. Ustawodawca wprowadził zatem pewne domniemanie prawne, iż stan stwierdzony w treści dokumentu urzędowego pozostaje aktualny w terminie od jego wystawienia do upływu terminu składania ofert. Domniemanie tego odwołujący skutecznie nie podważył poprzez wykazanie, iż wspólnicy spółki cywilnej zalegają z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne. W stanie faktycznym sprawy nastąpiła zmiana stanu prawnego, która w ocenie Izby nie podważa aktualności zaświadczenia złożonego do oferty. Dokument ten został prawidłowo wystawiony, a wykonawca mógł się nim posłużyć w celu potwierdzenia spełniania warunku.

W odniesieniu do uzupełnionego na wezwanie zamawiającego zaświadczenia z Urzędu Skarbowego Przedsiębiorstwa Wielobranżowego Kontener s.c. Adam Gołygowski, Zbigniew Gołygowski, Marek Kalicki z dnia 24 marca 2009 r., skład orzekający uznał, iż potwierdza ono spełnianie warunku udziału w postępowaniu na dzień 9 marca 2009 r. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy pzp uzupełnione dokumenty mają potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Termin

składania ofert w przedmiotowym postępowaniu upływał w dniu 10 marca 2009r. Skoro zatem z treści zaświadczenia wynika potwierdzenie braku zaległości podatkowych na dzień przed upływem terminu składania ofert, to dokument ten jest prawidłowy i nie zachodzi przesłanka do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Nie ma znaczenia data wystawienia zaświadczenia, jeżeli jego treść pozwala na potwierdzenie warunku nie później niż w dniu upływu składania ofert. Skoro wykonawca nie posiadał stosownego zaświadczenia w dniu składania oferty to oczywistym jest, iż wystawione zostało ono na skutek wezwania zamawiającego do jego uzupełnienia w dacie po upływie składania ofert.

Skład orzekający stwierdził, iż w ofercie konsorcjum Naprzód na stronie 81 znajduje się kwestionowany certyfikat wdrożenia systemu zarządzania jakością ISO 9001:2000 wymagany w pkt VIII ppkt 3 lit. f siwz. Odwołujący kwestionował jego kompletność z uwagi na brak szczegółowych warunków, jakie miały być podane na odwrocie. W toku rozprawy przedstawiono oryginał certyfikatu, który nie zawierał na odwrocie żadnych warunków związanych ze sposobem świadczenia usługi. Niezależnie od powyższego, skład orzekający uznał, iż nawet gdyby takie warunki były wprowadzone to i tak pozostawałoby to bez znaczenia w kontekście zapisów siwz. Zaświadczenie o wdrożeniu systemu ISO 9001:2000 spełnia oczekiwania zamawiającego.

W odwołaniu zakwestionowano załączoną na stronie 12 oferty konsorcjum Naprzód informację banku z dnia 11 grudnia 2008 roku dotyczącą zdolności kredytowej Spółdzielni Inwalidów „NAPRZÓD” z siedzibą w Krakowie. W ocenie składu orzekającego użyte sformułowanie „Spółdzielnia posiada bieżącą zdolność kredytową do zaciągnięcia kredytów, którą nasz Bank na dzień 11.12.2008 roku określa na kwotę 3.000.000 złotych (słownie złotych: trzy miliony 00/100)”, potwierdza zdolność kredytową wykonawcy wymaganą przez zamawiającego w kwocie 500.000 zł.

Izba nie uznała zarzutu dotyczącego braku załączenia do oferty pierwotnych decyzji w zakresie transportu i odbierania odpadów. W pkt VII ppkt 1.3. lit. g i h siwz zamawiający wymagał załączenia do oferty zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów dotyczące wykonawcy. Na stronach od 48 do 60 znajdują się decyzje Prezydenta Miasta Krakowa w zakresie zezwoleń na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów oraz odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości dla wspólników spółki cywilnej PW Kontener (Partnera Konsorcjum). Brak załączenia uchylonych decyzji, czy też decyzji zmienionych załączonymi decyzjami nie ma wpływu na ocenę spełniania warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca załączył ważne i aktualne na dzień składania ofert decyzje. Nie zachodzi zatem podstawa do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp.

2. W odniesieniu do oferty wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia: Aspen Sp. z o.o. (Lider) oraz Aspen Plus Sp. z o.o., zwanych dalej konsorcjum Aspen, odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do doświadczenia przedstawionego w ofercie konsorcjum stanowisko Izby co do sposobu interpretacji warunku ustalonego w siwz znajduje się w pkt 1 dotyczącym oferty konsorcjum Naprzód.

Skład orzekający uznał zatem, iż wszystkie usługi, które zostały zakończone w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania powinny być uwzględnione przy ocenie doświadczenia wykonawcy, nawet jeżeli czas ich realizacji rozpoczął się wcześniej niż 3 lata przed wszczęciem postępowania. Treść rozporządzenia w sprawie dokumentów w odniesieniu do świadczeń okresowych lub ciągłych dopuszcza możliwość legitymowania się usługami wykonanymi ale i również wykonywanymi. Tym samym wszystkie usługi wykonane, tj. zakończone w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania mieszczą się w warunku udziału w postępowaniu. Interpretacja przedstawiona przez odwołującego, iż tylko te usługi, które rozpoczęły się i zakończyły w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Prowadziłoby to bowiem do stworzenia sztywnych ram rozpoczęcia i zakończenia świadczenia usług, które nie znajduje oparcia w przepisach rozporządzenia. Przy takim założeniu wszyscy wykonawcy, którzy zdobyliby nawet większe doświadczenie od wymaganego przez zamawiającego przy realizacji usług dłuższych niż trzyletnich nie mogliby wziąć udziału w postępowaniu. Na tej podstawie skład orzekający uznał, iż pierwsza z usług wskazanych na wykazie (str. 10 oferty) potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu, jako zakończona w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania i opiewająca na wartość całkowitą 8.295.126,63 zł. Natomiast, w odniesieniu do usługi wskazanej jako druga na wykazie – świadczonej nadal na rzecz Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Szpital Uniwersytecki w Krakowie, w ocenie składu orzekającego, zamawiający winien zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie w jakim zakresie, to jest na jaką kwotę usługa została zrealizowana do upływu terminu składania ofert. Łączna wartość zamówienia opiewająca na kwotę 15.742.564,76 zł, dotyczy całości świadczenia, jakie ma być zrealizowane w okresie 3 lat, tj. do 18.06.2010 r. Skład orzekający nie był w stanie ustalić na podstawie dokumentów, w tym w szczególności opinii Szpitala z dnia 2 czerwca 2008 r., w jakiej części usługa została wykonana do upływu terminu składania ofert. Na tej podstawie, Izba uznała, iż zamawiający winien w toku ponownego badania i oceny ofert wyjaśnić tą kwestię z wykonawcą, w celu zapewnienia przejrzystości postępowania.

Skład orzekający nie uwzględnił zarzutu dotyczącego braku zabezpieczenia oferty konsorcjum Aspen wadium, jako podstawy wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na

podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp. Odwołujący zakwestionował załączoną do oferty na stronie 63 gwarancję bankową, na tej podstawie, iż w treści dokumentu gwarant wprowadził ograniczenie, co do zakresu swojej odpowiedzialności, zastrzegając możliwość dochodzenia roszczenia, jedynie w przypadku wyboru oferty wykonawcy. Kwestionowany fragment gwarancji posiada następującą treść: „Mając na uwadze powyższe, bezwarunkowo i nieodwołalnie zobowiązujemy się wobec Beneficjenta do zapłaty sumy gwarancyjnej do kwoty 500.000 zł. (słownie: pięćset tysięcy złotych) na pierwsze żądanie Beneficjenta skierowane do banku, zawierające oświadczenie, że Oferent, pomimo że jego oferta została wybrana:

- odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, na warunkach określonych w ofercie,

- nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

- zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Oferenta, lub

- nie złożył, w odpowiedzi na wezwanie Beneficjenta, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 tej ustawy lub pełnomocnictw lub złożył takie dokumenty lub oświadczenia, jednakże zawierały one błędy lub złożył wadliwe pełnomocnictwo/-a”.

W ocenie składu orzekającego zarzut jest nieuzasadniony. Gwarant przewidział wszystkie okoliczności wskazane w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy pzp, skutkujące zatrzymaniem wadium. Użycie spójnika „lub” po pierwszych trzech okolicznościach oddziela je od tych, których wystąpienie musi być poprzedzone wyborem oferty wykonawcy. Nie można zatem przyznać racji odwołującemu, iż treść gwarancji wyłącza odpowiedzialność gwaranta w przypadku odmowy uzupełnienia dokumentów przez wykonawcę, którego oferta nie została wybrana.

3. W odniesieniu do oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ISS Facility Services Sp. z o.o. (Lider) oraz Remondis Sp. z o.o., zwanych dalej konsorcjum ISS, odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do doświadczenia przedstawionego w ofercie konsorcjum stanowisko Izby co do sposobu interpretacji warunku ustalonego w siwz znajduje się w pkt 1 i 2 dotyczącym ofert: konsorcjum Naprzód oraz konsorcjum Aspen.

Na tej podstawie skład orzekający uznał, iż cztery spośród pięciu objętych wykazem usługi, potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu, tj. usługi wskazane w pozycjach 2, 3, 4 i 5, wszystkie zakończone w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania i opiewające na kwoty przewyższające wartość 6.000.000 zł brutto. Jedynie pierwsza z

usług objętych wykazem nie może być uwzględniona, gdyż procentowy udział części zrealizowanej w stosunku do wartości całego kontraktu (6.968.127,60), nie spełnia wymaganej kwoty 6.000.000 zł. Termin zakończenia świadczenia przypada na dzień 28.02.2010. Nie ma ona jednak wpływu na ocenę spełniania warunku, gdyż wykonawca wykazał ponad dwie usługi odpowiadające rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia.

Skład orzekający nie uznał za zasadny zarzut braku załączenia do oferty opisu technicznego proponowanych urządzeń. Zamawiający w siwz w pkt VIII ppkt 3 lit. g siwz zamieścił ogólny zapis o konieczności załączenia do oferty opisu technicznego proponowanych przez wykonawcę urządzeń służących do wykonywania usługi. Zapis ten nie precyzuje wymagań zamawiającego w tym zakresie. Również odwołujący w odwołaniu nie wskazał konkretnie jakich opisów urządzeń brakuje, których wymagał zamawiający. Skład orzekający stwierdził, iż w ofercie konsorcjum ISS na stronach od 231 do 234 znajduje się opis sprzętu do wykonania usługi przedstawiony w formie tabelarycznej, zawierający zdjęcia oraz opis wraz z miejscem przeznaczenia wykorzystywanego sprzętu. Na tej podstawie należało oddalić zarzut zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum jako niezgodnej z treścią siwz (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.).

Kwestionowana w odwołaniu decyzja Prezydenta Miasta Krakowa z dnia 9 lutego 2007 r. o udzieleniu REMONDIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgody na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości ,znajduje na stronach od 63 do 70 oferty. Pomimo, iż decyzja nie została w całości skopiowana (nie zawiera pełnego uzasadnienia wraz z podpisem osoby wydającej decyzję), skład orzekający uznał, iż potwierdza ona posiadanie zezwolenia na prowadzenie wskazanej w treści orzeczenia działalności. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność, iż decyzja jest nieważna, a zatem zarzut należało oddalić.

W zakresie skuteczności wniesionego wadium – gwarancji bankowej, skład orzekający oddalił zarzut braku wniesienia wadium, jako podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Konsorcjum ISS załączyło na stronie 161 i 162 oferty gwarancję bankową wystawioną przez Bank PEKAO SA II Mazowieckie Centrum Korporacyjne, jako zabezpieczenie złożonej przez ISS Facility Sercivices spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, oferty. Odwołujący z zapisu, w którym bank zastrzegł, iż „Niniejsza gwarancja jest ważna tylko w stosunku do pierwotnej oferty”, wywodził, iż nie ma ona charakteru bezwarunkowego, gdyż w przypadku zmiany treści oferty gwarancja przestaje obowiązywać. Skład orzekający nie potwierdza zasadności twierdzenia odwołującego. W gwarancji wadialnej na stronie 161 bank zobowiązał się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia każdej kwoty do wysokości 500.000,00 PLN na pierwsze pisemne żądanie

zapłaty. Odwołanie się do pierwotnej oferty należy oceniać jako wskazanie na ofertę złożoną w przedmiotowym postępowaniu.

W odniesieniu do zarzutu podniesionego względem umowy konsorcjum z dnia 2 marca 2009 roku (str. 240 i 241), skład orzekający potwierdził na podstawie oferty, iż została ona zawarta pomiędzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o uzyskanie zamówienia, tj. ISS Facility Services Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz Remondis Sp. z o.o. (Konsorcjant). Dla skutecznego złożenia oferty przez wykonawców ubiegających się wspólnie o uzyskanie zamówienia, ustawa prawo zamówień publicznych nie przewiduje, żadnych dodatkowych formalności, oprócz konieczności ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 23 ust. 2 ustawy pzp). Stosowne pełnomocnictwo z dnia 2 marca 2009 r. znajduje się na 239 stronie oferty, w którym umocowania do reprezentowania konsorcjum wobec zamawiającego udzielono Panu Mirosławowi W., uprawnionemu między innymi do podpisania i złożenia oferty wraz z załącznikami. Na tej podstawie należało uznać, iż oferta została złożona prawidłowo, a na tą ocenę nie ma wpływu treść załączonej umowy konsorcjum. Zamawiający nie miał obowiązku analizowania postanowień umowy, która nie stanowi treści oferty, a jedynie potwierdza fakt złożenia oferty wspólnej. Na tej podstawie zarzut należało oddalić.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego niezgodności polisy ubezpieczeniowej, skład orzekający zwraca uwagę, iż dopiero w odwołaniu zarzut został doprecyzowany poprzez wskazanie, na konieczność jej odnawialności po każdym zdarzeniu, na co wskazał zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 7 z dnia 3 marca 2009 roku. Ponadto, w ocenie Izby nie można przyjąć, jakoby zarzut dotyczył wszystkich trzech ofert. Układ protestu, w którym pogrupowano zarzuty w odniesieniu do poszczególnych ofert wskazuje, iż odwołujący na etapie postępowania protestacyjnego kwestionował jedynie polisę ubezpieczeniową załączoną do oferty konsorcjum ISS. W odwołaniu zarzuty wskazane w pkt IV (w odniesieniu do ofert konsorcjum Naprzód oraz konsorcjum Aspen) stanowią rozszerzenie zakresu zaskarżenia w stosunku do treści protestu i nie podlegały rozpoznaniu, jako nie poprzedzone protestem.

Zamawiający w siwz wymagał polisy ubezpieczeniowej lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej zarówno deliktowej jak i kontraktowej w zakresie prowadzonej działalności minimum na kwotę 1.000.000 zł (suma gwarancyjna) – pkt VII.1.2 lit. c siwz. Polisa służyć ma ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odpowiedź udzielona przez zamawiającego, w ocenie składu orzekającego nie stanowiła zmiany warunku, czy też sposobu oceny jego spełniania, a jedynie wskazywała na konieczność zapewnienia odnawialności polisy w trakcie trwania umowy. Na etapie oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, kwestia odnawialności

polisy nie miała znaczenia. Tym samym należało uznać, iż polisa załączona do oferty konsorcjum ISS na stronach od 20 do 22 jest wystarczająca dla potwierdzenia znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886), kosztami odwołującego stanowiącymi koszty wynagrodzenia pełnomocnika (zgodnie z przedłożonym rachunkiem), Izba obciążyła zamawiającego.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*