

WYROK

z dnia 24 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lipca 2009 r. w Warszawie odwołania
wniesionego przez

**wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ASPEN Sp. z o.o. ul.
Bularnia 5, 31-222 Kraków**

oraz ASPEN·PLUS Sp. z o.o. ul. Bularnia 5, 31-222 Kraków

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego

Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. L. Rydygiera

os. Złotej Jesieni 1, 31-826 Kraków,

protestu z dnia 12 czerwca 2009 r.

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie
zamówienia: **Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie ul. Żabiniec 46,
31-215 Kraków, oraz Adam Gołygowski, Zbigniew Gołygowski, Marek
Kalicki prowadzący działalność gospodarczą jako wspólnicy
Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „KONTENER” s.c. ul. Zagrodzie 25,
30-243 Kraków,** zgłaszających swoje przystąpienie po stronie
Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ASPEN Sp. z o.o. ul. Bularnia 5, 31-222 Kraków oraz ASPEN-PLUS Sp. z o.o. ul. Bularnia 5, 31-222 Kraków 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 uiszczzonego przez **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ASPEN Sp. z o.o. ul. Bularnia 5, 31-222 Kraków oraz ASPEN-PLUS Sp. z o.o. ul. Bularnia 5, 31-222 Kraków,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 784 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące siedemset osiemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ASPEN Sp. z o.o. ul. Bularnia 5, 31-222 Kraków oraz ASPEN-PLUS Sp. z o.o. ul. Bularnia 5, 31-222 Kraków** na rzecz **Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. L. Rydygiera os. Złotej Jesieni 1, 31-826 Kraków** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) 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 **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ASPEN Sp. z o.o. ul. Bularnia 5, 31-222 Kraków oraz ASPEN-PLUS Sp. z o.o. ul. Bularnia 5, 31-222 Kraków.**

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

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę *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 na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 29 stycznia 2009 r. w Dz.Urz. UE pod numerem 2009/S 19-027236. Wartość zamówienia przekracza tzw. progi unijne.

3 czerwca 2009 r. Odwołujący otrzymał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Spółdzielnię Inwalidów Naprzód w Krakowie oraz Adam Gołygowskiego, Zbigniewa Gołygowskiego i Marka Kalickiego, współników Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „KONTENER” s.c. zwanych dalej „konsorcjum Naprzód” lub Przystępującym. Na tę czynność Odwołujący 12 czerwca 2009 r. wniósł protest, który Zamawiający oddalił w całości przekazując rozstrzygnięcie 19 czerwca 2009 r. Od tego rozstrzygnięcia 26 czerwca 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym zarzucił Zamawiającemu:

1. zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania konsorcjum Naprzód w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i z rozdziałem VII pkt 1.1.b specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zaniechanie uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą w myśl art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,

2. dokonanie niezgodnej z ustawą oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz oceny ofert,

3. dokonanie niezgodnego z ustawą wyboru oferty konsorcjum Naprzód i zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru oferty konsorcjum Naprzód jako najkorzystniejszej,

2. dokonania ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz ponownej oceny ofert,
3. wykluczenia konsorcjum Naprzód w oparciu o art. 24 ust.1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy i z rozdziałem VII pkt 1.1.b specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z jednoczesnym uznaniem oferty tego wykonawcy za odrzuconą w oparciu o art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,
4. dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający błędnie ocenił spełnianie warunków udziału w postępowaniu w stosunku do konsorcjum Naprzód, gdyż nienależycie ocenił przedłożone przez nie dokumenty oraz zignorował wiadomości o niewykonaniu podobnych usług przez Spółdzielnię Inwalidów Naprzód, przez co dokonał wyboru podmiotu, który nie spełnia wymogów postępowania w zakresie doświadczenia, wiedzy i potencjału, a w konsekwencji nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia.

Na skutek wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 12 maja 2009 r. sygn. KIO/UZP 540/09 Zamawiający wezwał konsorcjum Naprzód do uzupełnienia dokumentów poprzez dołączenie nowego „wykazu wykonanych zamówień odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia”, który miał potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VII pkt 1.1.b specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którym wykonawcy musieli wykazać się posiadaniem niezbędnej wiedzy i doświadczenia poprzez przedłożenie „wykazu wykonanych lub wykonywanych usług (co najmniej dwóch) w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności 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 – z podaniem wartości

usług, przedmiotu, dat wykonania (wykonywania) i odbiorców oraz dokumentów potwierdzających, że te usługi zostały wykonane (były wykonywane) należycie”.

W uzupełnieniu konsorcjum Naprzód przedłożyło listę czterech usług, jednak poza usługą wykonaną w Szpitalu Powiatowym w Mielcu, co do której KIO stwierdziła spełnianie wymogów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wszystkie pozostałe usługi nie potwierdzają spełniania tego warunku. Wartości usług wykazanych pod nr 1 (ZOZ MSWiA w Łodzi) i nr 3 (ZOZ w Pszczynie) wykazu jedynie nieznacznie przewyższają kwotę 6.000.000 zł. Referencje budzą poważne wątpliwości, ponieważ nie są opatrzone datami, co wyklucza ich wiarygodność. Brakuje daty w referencjach dotyczących ZOZ w Pszczynie, zaś w dokumencie odnoszącym się do ZOZ MSWiA w Łodzi data została wpisana ręcznie, nie wiadomo jednak przez kogo i kiedy.

Pomimo iż w proteście Odwołujący przedstawił dokładne wyliczenia, które uniemożliwiają uznanie usług wykonanych w Łodzi, w Pszczynie i w Lesznie za spełniające wymogi, Zamawiający nie wezwał konsorcjum Naprzód do złożenia wyjaśnień, czy faktycznie udzielono zamówień dodatkowych i czy waloryzowano stawki wynagrodzenia.

Konsorcjum Naprzód podało w pozycji 1. wykazu usługi w ZOZ MSWiA w Łodzi świadczone w okresie od 16 sierpnia 2004 r. do 28 stycznia 2009 r. na kwotę 6.005.324,98 zł brutto oraz w pozycji 3. w ZOZ w Pszczynie w okresie od 1 lipca 2004 r. do 30 maja 2008 r. na kwotę 6.298.554,10 zł brutto. W obu tych ośrodkach usługi były realizowane na podstawie kilku niezależnych od siebie umów. W ZOZ w Pszczynie:

1. umowy 22/zp/2004 w okresie od 1 lipca 2004 r. do 30 czerwca 2007 r.,
2. aneksu do tej umowy w okresie od 1 lipca 2007 r. do 31 lipca 2007 r.
3. umowy 7/nap/183 w okresie od 1 sierpnia 2007 r. do 31 grudnia 2007 r.,
4. umowy 92/zp/2007 w okresie od 1 stycznia 2008 r. do 31 maja 2008 r.,

a w ZOZ MSWiA w Łodzi:

1. umowy nr 107/04 od 16 sierpnia 2004 r. do 15 sierpnia 2007 r.,
2. aneksu do tej umowy od 16 sierpnia 2007 r. do 15 listopada 2007 r.,
3. umowy nr 430/07 od 16 listopada 2007 r. do 31 grudnia 2007 r.

4. umowy nr 500/07 od 1 stycznia 2008 r. do 31 grudnia 2011 r.

Dopiero zsumowanie wartości wszystkich umów pozwala uzyskać kwotę powyżej 6.000.000 zł. Nie można jednak usług świadczonych na podstawie osobnych umów łączyć w celu uzyskania odpowiednio wysokiej kwoty zamówienia, dlatego też Zamawiający nie mógł brać pod uwagę tych usług.. Drobne zamówienia realizowane nawet nieprzerwanie i na rzecz tego samego podmiotu nie stanowią potwierdzenia posiadania przez wykonawcę odpowiedniego doświadczenia i wiedzy. Kluczowe znaczenie ma bowiem efekt skali decydujący o rzeczywistej wiedzy i doświadczeniu.

Konsorcjum Naprzód podało w pozycjach nr 1 i nr 3 nieprawdziwe informacje. W tytule kolumny nr 2 tabeli występuje „rodzaj i zakres zamówienia”. Termin został użyty w liczbie pojedynczej, a nie mnogiej, stąd należy zatem podać rodzaj i zakres konkretnego zamówienia. Nie można przy tym kilku zamówień ze sobą łączyć. Wbrew temu konsorcjum Naprzód w pozycjach tych, niezgodnie z prawdą, podawało jako odnoszące się do jednego zamówienia kwoty wartości, które stanowiły sumy kilku zamówień.

Dodatkowo analiza treści umów łączących S.I. Naprzód z ZOZ MSWiA w Łodzi nie pozwala doliczyć się kwoty podanej przez tego wykonawcę – umowa nr 107/04 zakładała stawkę miesięczną brutto 103.327,95 zł, co w okresie 36 miesięcy stanowi 3.719.806,20 zł brutto (§ 2 ust. 1 i 2), aneks do tej umowy został zawarty na 3 miesiące i nie zmienił stawki, co łącznie stanowi kwotę 309.983,85 zł brutto (§ 1 i 2), w umowie nr 430/07 podwyższono stawkę brutto do 115.529,12 zł (§ 2), co w okresie 1,5 miesiąca daje kwotę brutto 173.293,68 zł, umowa nr 500/7 przewiduje stawkę miesięczną brutto 131.526,01 zł (§ 2 ust. 2), co pozwala się wylegitymować wykonawcy wykonaniem umowy na łączną kwotę 1.697.109,81 zł brutto (12 miesięcy i 28 z 31 dni stycznia). Suma powyższych umów wynosi 5.900.193,54 zł brutto, a zatem poniżej 6.000.000 zł.

Dodatkowo, w wypadku usług utrzymania czystości w zakładach opieki zdrowotnej, w związku z tym, że wynagrodzenie liczone jest od rzeczywiście sprzątaney powierzchni (a tak było w okresie od 16 sierpnia 2004 r. do 15 listopada 2007 r. w myśl § 2 ust. 3 umowy nr 107/04 i § 2 aneksu do niej),

wartość usług wykonanych, a więc liczonych do spełnienia warunku, jest zawsze niższa niż sumaryczna kwota określona w umowie.

Ponadto analiza treści umów S.I. Naprzód z ZOZ w Pszczynie prowadzi do wniosku, że usługi tam realizowane nie odpowiadają usługom stanowiącym przedmiot zainteresowania Zamawiającego. Chociaż bowiem w § 1 ust. 1 umów wskazywano, że przedmiotem usług jest kompleksowe utrzymanie czystości, to wątpliwości budzą zapisy § 2 ust. 1, w których wskazywano cenę: w umowie nr 22/zp/2004 „115.960,00 zł netto + podatek VAT, co stanowi kwotę 128.939,30 zł brutto”, w umowie 07/nap/183 „141.632 zł netto + podatek VAT, co stanowi kwotę 149.800 zł brutto”, w umowie 92/zp/2007 „144.800 zł netto + podatek VAT, co stanowi kwotę 153.000 zł brutto”. Kwoty VAT wynoszą odpowiednio 12.979,30 zł, 8.168,00 zł i 8.200,00 zł. Usługi sprzątania opodatkowane są stawką podstawową VAT, tj. 22 %, co przy podanych wyżej kwotach podatku VAT pozwala przyjąć jako podstawę opodatkowania kwoty 58.996,82 zł, 37.127,27 zł, 37.272,73 zł. Można założyć, że te kwoty, jako opodatkowane stawką VAT 22% dotyczyły usług sprzątania. W pozostałym zakresie wynagrodzenie, aby utrzymać prawidłowość działań arytmetycznych zawartych w § 2 ust. 1 umów, musiało być zwolnione z VAT. Zwolnieniem objęte są takie usługi dodatkowe jak m.in. segregowanie odpadów, ale również i czynności powołane przez Zamawiającego w piśmie odrzucającym protest. Tego typu usługi zwolnione z podatku VAT występują często jako składnik kompleksowych usług utrzymania czystości. Zazwyczaj, biorąc pod uwagę wartość, jest to jednak znacznie niższa proporcja (1/5 do 1/3). Tymczasem w ZOZ w Pszczynie udział usług zwolnionych z VAT wynosił 49,1%, 73,8% i 74,3%. S.I. Naprzód zajmowała się więc w Pszczynie głównie pracami innymi niż sprzątanie, o którym mowa w przedmiotowym warunku.

W odniesieniu do usługi w WSZ w Lesznie konsorcjum Naprzód złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik tego postępowania. Ponieważ usługi znajdujące się w wykazie pod pozycjami 1 i 3 nie mogą być brane pod uwagę jako poświadczające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, przekazanie nieprawdziwych informacji odnośnie usługi umieszczonej w pozycji 4. ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 27 maja 2009 r. o podanie wartości brutto zamówienia wykonanego od 1 kwietnia 2006 r. do 31 marca 2009 r. na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Lesznie, konsorcjum Naprzód podało w piśmie z 1 czerwca 2009 r. kwotę brutto 6.713.925 zł. Informacje te nie są prawdziwe, a ich podanie nie jest przypadkowe. S.I. Naprzód świadczyła usługi na podstawie umowy nr 40/06 zawartej na podany wyżej okres (§ 2 ust. 1). Wynagrodzenie zostało określone na kwotę 131.482,56 zł netto miesięcznie (§ 5 ust. 1). Iloczyn stawki miesięcznej i liczby miesięcy wynosi: 4.733.372,16 zł netto. WSZ w Lesznie jest podatnikiem VAT, a zatem to właśnie kwota netto jest wartością zamówienia. Jednak nawet możliwa kwota brutto przy założeniu najwyższej stawki VAT, czyli 22%, wynosi 5.774.714,04 zł.

Podanie przez konsorcjum Naprzód kwoty brutto 6.713.925 zł nie stanowiło przypadkowego błędu, lecz celowe wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Konsorcjum Naprzód dołączyło do pierwotnego uzupełnienia ogłoszenie z Biuletynu Zamówień Publicznych o udzieleniu zamówienia, z którego wynika jedynie wartość netto prac planowanych, a nie wykonanych.

Zamawiający nie dokonał należytej oceny spełniania warunków uczestnictwa w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust.1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z rozdz. VII pkt 1.1.b specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w konsekwencji zaniechał wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych. W toku postępowania okazało się, że powinien wykluczyć wykonawcę także na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Już na wcześniejszych etapach postępowania Zamawiający miał dostęp do informacji wskazujących na potrzebę dokładnej oceny spełnienia przez konsorcjum Naprzód warunków udziału w postępowaniu, dysponował bowiem wiedzą na temat przedwczesnego zakończenia przez S.I. Naprzód realizacji kontraktu na sprzątnięcie w Szpitalu Uniwersyteckim w Krakowie ze względu na złą jakość prac, a także o kontrowersjach dotyczących realizacji usług w WSZ w Lesznie oraz w ZZOZ w Ostrowie Wlkp.

Stanowisko Zamawiającego przedstawione w rozstrzygnięciu protestu.

Zamawiający ustalił, iż wszystkie usługi w wykazie spełniają wymagania Zamawiającego. Nie podzielił poglądu, jakoby usługa kompleksowego sprzątnia szpitala ZOZ MSWiA w Łodzi stanowiła kilka oddzielnych usług. W oświadczeniu złożonym przez dyrektora ZOZ stwierdza on, iż konsorcjum Naprzód realizowało w sposób ciągły usługę od 16 sierpnia 2004 r. do 28 stycznia 2009 r. oraz iż jej wartość w tym okresie przekroczyła 6.000.000 zł, również w wykazie konsorcjum Naprzód wskazało, iż wykonywało jedną usługę. Nie zmienia tego fakt, iż zawarto kilka umów, gdyż zachowana została tożsamość stron umowy, pomiędzy dniem zakończenia obowiązywania jednej umowy a rozpoczęciem kolejnej nie zachodzi luka czasowa, przedmiotem wszystkich umów jest ta sama usługa. Z punktu widzenia ZOZ, jego pacjentów i pracowników usługa ta miała charakter jednolity. Również argument odnoszący się do efektu skali nie ma znaczenia, bowiem niezależnie, czy podstawą świadczenia była jedna, czy kilka umów, świadczenia obu stron wyglądałyby identycznie.

Co do zarzutu, iż suma wartości umów nie przekracza 6.000.000 zł, Zamawiający przyjął domniemanie prawdziwości oświadczenia dyrektora ZOZ wskazującego, iż wartość wykonanych usług w okresie od 16 sierpnia 2004 r. do 28 stycznia 2009 r. wyniosła 6.005.324,98 zł. Zamawiający nie dostrzegł sprzeczności między tym oświadczeniem a wysokością wynagrodzenia określonego w umowach, bowiem wynagrodzenie konsorcjum Naprzód w listopadzie i grudniu 2007 r. mogło być wyższe niż w poprzednich miesiącach. Poza tym Zamawiający wezwał konsorcjum Naprzód do przedstawienia wartości usług w okresie od 16 sierpnia 2004 r. do 10 marca 2009 r. (zgodnie z wyrokiem KIO) i konsorcjum Naprzód oświadczyło, że kwota ta wyniosła 6.182.433,58 zł. Zsumowanie kwot wynagrodzenia z umów również daje kwotę ponad 6.000.000 zł. Umowy te zawierają klauzule waloryzacyjne oparte na publikowanym przez Główny Urząd Statystyczny wskaźniku inflacji, które wchodzi w życie automatycznie.

Z tych samych powodów Zamawiający nie zgodził się z argumentacją, jakoby usługa na rzecz ZOZ w Pszczynie stanowiła kilka oddzielnych usług. W oświadczeniu dyrektor tego szpitala stwierdził, iż konsorcjum Naprzód

realizowało w sposób ciągły usługę od 1 lipca 2004 r. do 30 maja 2008 r. Również w wykazie przedstawionym przez konsorcjum Naprzód wskazało ono, iż w ww. okresie wykonawca realizował jedną usługę.

Niezasadny jest zarzut, iż usługa wykonywana ta nie miała charakteru usługi sprzątania. Wynika to z oświadczenia dyrektora ZOZ w Pszczynie oraz z § 1 umowy. Poza tym zwolnione z VAT, zgodnie opinią GUS w Łodzi, jest nie tylko segregowanie odpadów, ale również inne elementy, które niewątpliwie uznać należy za część usługi sprzątania, tj. „usługi w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego pozostałe, gdzie indziej nie sklasyfikowane” (PKWiU 85.14.18-00.00).

Zamawiający uznał wiarygodność oświadczenia co do wartości usługi świadczonej dla WSZ w Lesznie. Mimo że suma miesięcznych wynagrodzeń brutto określona w § 5 umowy nie przekracza kwoty 6.000.000 zł, Zamawiający wziął pod uwagę, iż strony mogły zastosować klauzulę waloryzacyjną (§ 5 ust. 5 umowy), a ponadto Zamawiający mógł udzielić zamówień uzupełniających.

Nie ma też podstaw, aby wartość wykonanych (wykonywanych) usług obliczać bez uwzględniania podatku VAT. Zgodnie z art. 5 ustawy o podatku od towarów i usług odpłatne świadczenie usług podlega opodatkowaniu, zaś podatnik z chwilą wystawienia faktury zobowiązany jest naliczyć kwotę podatku do wartości wynagrodzenia (art. 19), dopiero zatem suma tych kwot stanowi wartość usługi, niezależnie od tego, że kwota podatku może nie stanowić rzeczywistego kosztu po stronie Zamawiającego.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie pozwala dokonywać oceny doświadczenia wykonawców w sposób inny niż wynikający z tej ustawy i rozporządzeń wykonawczych. Szpital także nie jest w stanie samodzielnie przeprowadzić dochodzenia w sprawie prawdziwości dokumentów.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz oświadczeń złożonych podczas rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes prawny w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i zgodnie z którym środki ochrony prawnej przysługują każdemu podmiotowi, którego interes prawny w uzyskaniu zamówienia dozna lub choćby zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Zgodnie z rozdziałem VI „Warunki udziału w postępowaniu oraz sposób dokonywania oceny spełnienia tych warunków” oraz VII „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu” specyfikacji istotnych warunków zamówienia o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie, a wraz z ofertą złożą wykaz wykonanych lub wykonywanych usług (co najmniej dwóch) w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, o wartości co najmniej 6.000.000 zł każda, w zakresie usługi sprzątania 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 – z podaniem wartości usług, przedmiotu, dat wykonania (wykonywania) i odbiorców oraz dokumenty potwierdzające, że te usługi zostały wykonane (były wykonywane) należycie.

Konsorcjum Naprzód w uzupełnionym wykazie, oprócz zaakceptowanej poprzednio usługi świadczonej dla Szpitala Powiatowego im. Edmunda Biernackiego w Mielcu, przedstawiło trzy inne usługi: dla ZOZ MSWiA w Łodzi, ZOZ w Pszczynie i Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Lesznie.

W odniesieniu do ZOZ MSWiA w Łodzi i ZOZ w Pszczynie wskazane usługi wykonywane były na podstawie kilku zawieranych kolejno umów, z których żadna oddzielnie nie przekracza 6.000.000 zł, natomiast ich suma jest

wyższa (dla ZOZ MSWiA w Łodzi kwotę 6.005.324,98 zł poświadczając „potwierdzenie wykonania usługi” podpisane przez dyrektora ZOZ)

Tak więc istota sporu sprowadza się do tego, czy jedną usługę należy rozumieć w sposób formalny – jako konkretną umowę i tym samym każdą z umów i każdy z aneksów traktować jako osobne usługi, czy też raczej jako realnie wykonywane czynności i tym samym za jedną usługę uznać całość świadczenia dla zleceniodawcy, niezależnie od liczby zawartych umów.

Sporu tego nie rozwiązuje definicja zawarta w art. 2 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykładnia językowa użytego przez Zamawiającego pojęcia „usługi”, czyli „działalność gospodarcza służąca do zaspokajania potrzeb ludzi” ani „zamówienie” (wskazywane jako pojęcie tożsame). Zgodnie bowiem ze słownikową definicją, odpowiednią do niniejszej sytuacji, „zamówienie” to „polecenie dostarczenia lub wykonania czegoś” (wg internetowego „Słownika języka polskiego PWN” www.sjp.pwn.pl). Wszystkie te pojęcia mogą odnosić się zarówno do zamówienia – dokumentu/umowy, jak i zamówienia – zadania (całości realizowanego przedmiotu). Z tego powodu istnieją dwa przeciwstawne poglądy na tę kwestię.

Sytuacji nie wyjaśnia również odniesienie się do § 1 ust. 2 pkt 2 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, z 2008 r. Nr 188, poz. 1155), gdyż w ogóle nie odnosi się on do spornej kwestii. Również definicja zamówienia publicznego zawarta w art. 2 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych lub w dyrektywach stwierdzająca, iż zamówienia publiczne to umowy na usługi określa po prostu możliwy przedmiot umowy, natomiast nie odnosi się wcale do tego, iż jedna usługa równa się jednej umowie. Poza tym nie obejmowałaby ona umów zawartych bez zastosowania tej ustawy.

Interpretacji usługi czy zamówienia jako wskazania przez Zamawiającego pojedynczej umowy nie można wywodzić także z użytej we wzorze wykazu wykonanych zamówień (załącznik nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia) nazwy kolumny 2. w liczbie pojedynczej: „rodzaj i zakres zamówienia”, gdyż to tylko wzór, a zatem ze swojej istoty obejmuje typowe

sytuacje. Poza tym można użyć argumentu przeciwnego – Zamawiający zastosował to określenie, pomimo iż z samego założenia miały być wpisane co najmniej dwie usługi.

Najczęściej spotykaną i nie budzącą wątpliwości sytuacją jest, gdy jedno zlecenie zostało zawarte w jednej umowie. Jednak w praktyce występują różne okoliczności i bardziej skomplikowane umowy (lub kilka umów). Dlatego każdy przypadek należy rozpatrywać i klasyfikować jako jedno lub wiele zamówień (usług) indywidualnie, z uwzględnieniem ich charakteru i przebiegu realizacji.

W niniejszej sytuacji, zdaniem Izby, możliwe jest zakwalifikowanie następujących po sobie umów i aneksów jako jednej usługi, gdyż stanowią jedną funkcjonalną całość i były wykonywane bez przerwy, bezpośrednio jedna po drugiej, a samo ich wykonanie w rzeczywistości niczym się nie różniło od wykonania usługi zleczonej na podstawie jednej umowy. Zatem, skoro celem żądania wykazania się doświadczeniem jest chęć sprawdzenia, co wykonawca wykonywał i w jaki sposób sobie z powierzonymi pracami poradził, ograniczenie jednej usługi do jednej umowy nie wydaje się właściwe. Przy tym charakter tej usługi nie pozwala odnieść oceny doświadczenia wykonawcy do tego, czy potrafi on udźwignąć ciężar jednorazowego wykonania zamówienia, co mogłoby dyskwalifikować tak zdobyte doświadczenie, gdyż istotą tej usługi jest rozłożenie jej świadczenia w czasie.

Niezależnie od sposobu, w jaki doszło do zawarcia umowy, tj. czy była ona wynikiem przetargu, aneksu do umowy, zamówienia z wolnej ręki) istotne jest, w jaki sposób i w jakim rozmiarze zadanie to zostało wykonane, a więc de facto jako jedna „ciągnąca się” usługa.

Izba nie stwierdziła też, aby zakres prac wykonywanych w ZOZ w Pszczynie nie mieścił się „w zakresie usługi sprzątnia”, jak to określił Zamawiający w warunku. Samo pojęcie sprzątnia jest pojęciem szerokim, a Zamawiający nie uszczegółowił zakresu czynności, który musi być przez wykonawców wykazany. Zatem należy uznać, iż „usługa kompleksowego utrzymania czystości w obiektach” (§ 1 ust. 1 w umowach z ZOZ w Pszczynie) jest usługą sprzątnia.

Również zarzut dotyczący prawidłowości „potwierdzeń wykonania usługi” dla ZOZ MSWiA w Łodzi oraz ZOZ w Pszczynie ze względu na brak daty wystawienia nie potwierdził się. Do ważności tych oświadczeń nie jest konieczne opatrzenie ich datą wystawienia. Wskazanie dat wykonywania usług w sposób wystarczający pozwala na ich zidentyfikowanie.

W związku z powyższym Izba uznała, iż przedstawione w wykazie sporne usługi dla ZOZ MSWiA w Łodzi oraz ZOZ w Pszczynie spełniają warunek postawiony przez Zamawiającego.

Natomiast w odniesieniu do usługi świadczonej na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Lesznie Izba uznała, iż w oparciu o przedstawione informacje, nie może uznać tej usługi za spełniającą przedmiotowy warunek w zakresie wartości.

Na wstępie Izba stwierdziła, iż, jeśli nie zastrzeżono inaczej w warunku udziału w postępowaniu, do określenia wartości zrealizowanych usług powinna być brana pod uwagę cena brutto, niezależnie od tego, czy zlecający jest płatnikiem VAT.

Z umowy nr 40/06 przywołanej w „Potwierdzeniu wykonania umowy” z 22 maja 2009 r. wystawionym przez dyrektora tej placówki wynika, iż wartość tej usługi rzeczywiście nie przekroczyła 6.000.000 zł – przyjmując do obliczeń kwotę miesięcznego wynagrodzenia określoną w § 5 ust. 1, okres realizacji podany w § 2 i wykazie (36 miesięcy) oraz maksymalną stawkę VAT 22%. Co prawda w § 5 ust. 5 jest przewidziana możliwość waloryzacji wynagrodzenia, jednak nie ma informacji, iż ono nastąpiło. Z kolei z § 2 ust. 2 umowy wynika, iż miesięczne wynagrodzenie okresowo mogło być niższe. Jednak te dwie okoliczności, ze względu na brak danych, nie zostały uwzględnione w obliczeniach.

Poza tym okoliczność tę potwierdza przedstawione przez Odwołującego pismo zastępcy dyrektora WSZ w Lesznie z 9 lipca 2009 r., w którym stwierdza on, iż wartość usługi w okresie wskazanym w wykazie (1 kwietnia 2006 – 31 marca 2009 r.) nie przekroczyła 6.000.000 zł. Ani Zamawiający, ani konsorcjum Naprzód nie przedstawiło dowodu przeciwnego, chociaż zarzut

ten, tj. mniejszej niż 6.000.000 zł wartości usługi, podnoszony był już w proteście i odwołaniu. Przy czym Izba nie mogła wywieść żadnych skutków z informacji zawartej w punkcie V.1.2) ogłoszenia w BZP z 30 czerwca 2006 r., gdyż nie do końca wiadomo, czego ona dotyczy – „Cena 5611140” to „informacja o wartości zamówienia lub o najtańszej i najdroższej ofercie branej pod uwagę (bez VAT)”, poza tym informacja ta nie dotyczy wartości faktycznie zrealizowanej usługi, lecz ewentualnie ceny oferty. Również sam fakt, iż sąd wydał orzeczenie zastępujące oświadczenie woli zamawiającego dotyczące zawarcia części umowy, od której ten się uchylał, nie zastępuje danych na temat wartości zleconych na tej podstawie usług.

Niezależnie jednak od tego, czy wskazana przez konsorcjum Naprzód w wyjaśnieniach z 1 czerwca 2009 r. kwota 6.713.925,84 zł brutto była prawidłowa, wobec uznania usług dla ZOZ MSWiA w Łodzi i ZOZ w Pszczynie, nie ma to wpływu na wynik postępowania, a więc nie zachodzi przesłanka wykluczenia wykonawcy wskazana w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

Izba nie brała pod uwagę złożonego przez Przystępującego pisma z 24 lipca 2009 r. pn. „Głos do protokołu”, gdyż zostało złożone po zamknięciu postępowania dowodowego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 4 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. Nr 128, poz. 886, z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

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, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) 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:

.....

.....