

WYROK
z dnia 26 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2011 r. przez wykonawcę **Wiesława Bąkowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „CERBER” Wiesław Bąkowski z siedzibą w Żaganiu, ul. Chrobrego 14** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Ministra Obrony Narodowej – Ministerstwo Obrony Narodowej – Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Szczecinie, ul. Narutowicza 17B**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Impel Cleaning sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1725/11 po stronie zamawiającego
- B. wykonawcy **Piotra Świdzińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Technicznych Usług Komunalnych „ECO-PLAN” Piotr Świdziński z siedzibą w Słupsku, ul. Szczecińska 99** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1725/11 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty Impel Cleaning spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118 w części IX i XVI zamówienia, nakazuje powtórzyć czynność badania i oceny ofert w części IX i XVI zamówienia z uwzględnieniem oferty odwołującego oraz nakazuje dokonać czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnie z przyjętym kryterium oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa - Ministra Obrony Narodowej – Ministerstwo Obrony Narodowej – Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Szczecinie, ul. Narutowicza 17B** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez **Wiesława Bąkowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „CERBER” Wiesław Bąkowski z siedzibą w Żaganiu, ul. Chrobrego 14** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Skarbu Państwa - Ministra Obrony Narodowej – Ministerstwo Obrony Narodowej – Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Szczecinie, ul. Narutowicza 17B** na rzecz **Wiesława Bąkowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „CERBER” Wiesław Bąkowski z siedzibą w Żaganiu, ul. Chrobrego 14** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługę polegającą na sprzątaniu pomieszczeń wewnętrznych budynków, zewnętrznych powierzchni utwardzonych oraz utrzymania terenów zielonych w jednostkach, instytucjach i obiektach wojskowych położonych w rejonie odpowiedzialności RZI Szczecin zostało wszczęte przez zamawiającego Ministra Obrony Narodowej – Ministerstwo Obrony Narodowej – Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Szczecinie, ul. Narutowicza 17B, ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 maja 2011r. za numerem 2011/S 99-162369.

W dniu 5 sierpnia 2011r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania, w tym o odrzuceniu oferty wykonawcy Wiesław Bąkowski prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „CERBER” Wiesław Bąkowski z siedzibą w Żaganiu, ul. Chrobrego 14 - zwanego dalej odwołującym Cerber, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) z uwagi na wykluczenie tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z uwagi na niewykazanie spełniania warunków wiedzy i doświadczenia wymaganych dla części IX, X, XIV, XV i XVI zamówienia. Poinformował także o wyborze następujących wykonawców :

- dla części IX, X, XVI Impel Cleaning sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118,
- dla części XIV Piotra Świdzińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Technicznych Usług Komunalnych „ECO-PLAN” Piotr Świdziński z siedzibą w Słupsku, ul. Szczecińska 99- zwany dalej odwołującym Eco-Plan,
- dla części XV Jana Jodkiewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlano-Usługowe Jan Jodkiewicz z siedzibą w Złocieńcu, ul. Piłsudskiego 4/1.

W dniu 12 sierpnia 2011r. wpłynęło do Prezesa Izby odwołanie odwołującego Cerber, w którym zaskarżył on czynność wyboru oferty najkorzystniejszej tj. w częściach :

- IX, X, XVI Impel Cleaning sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118,
- XIV Piotra Świdzińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Technicznych Usług Komunalnych „ECO-PLAN” Piotr Świdziński z siedzibą w Słupsku, ul. Szczecińska 99- zwany dalej odwołującym Eco-Plan,
- XV Jana Jodkiewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlano-Usługowe Jan Jodkiewicz z siedzibą w Złocieńcu, ul. Piłsudskiego 4/1 oraz czynność wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty. Zarzucił zamawiającemu

naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 , art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez bezpodstawne wykluczenie go z postępowania, naruszenie art. 7 ustawy, naruszenie art. 6 Kodeks Cywilny poprzez zaniechanie przytoczenia dowodów, przesłanek, na jakich zamawiający uznał, iż odwołujący Cerber nie przedstawił wymaganych referencji, a także zaniechanie pełnego uzasadnienia podstaw faktycznych i prawnych o wykluczeniu oferenta z przetargu i nierówne traktowanie firm i ograniczanie konkurencji, a także wybór wskazanych ofert w podanych wyżej częściach bez oceny jego oferty. Wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia go z postępowania, unieważnienia czynności wyboru ofert w podanych częściach oraz uznanie, że oferta złożona przez niego została złożona kompletna i w zakresie żądanym przez zamawiającego w SIWZ oraz z ostrożności procesowej przywrócenia terminu składania wyjaśnień na wezwanie zamawiającego, nakazanie równego traktowania oferentów w postępowaniu o zamówienie publiczne jak też uzasadnienie prawne i faktycznej decyzji o wykluczenia oferenta z przetargu, ponowną ocenę ofert z zachowaniem obowiązku zawartym w art. 7 ustawy i dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty cenowej. W uzasadnieniu podniósł, że zamawiający w informacji o wynikach nie uzasadnił w pełni podstaw prawnych i faktycznych wykluczenia odwołującego Cerber z przetargu mimo, że winien odnieść się do wyjaśnień złożonych przez niego w toku postępowania przetargowego, jak też wskazać jakie dokumenty uznaje za właściwe, a których nie uznał i dlaczego. Brak uzasadnienia uniemożliwia odwołującemu Cerber w pełni ustosunkowanie się do stanowiska zamawiającego w zakresie wykluczenia z przetargu. Podał, że w dniu 14 lipca 2011 r. zamawiający wezwał go do uzupełnienia dokumentów, a w tym przedstawienia referencji, mimo dostarczenia kompletu referencji wraz z ofertą. Odwołujący Cerber spełnił wymagania zamawiającego kolejny raz dosyłając Wykaz Usług wraz z referencjami potwierdzonymi za zgodność z oryginałem - na łączną kwotę 2 937 673,08 zł. mimo wymaganych przez zamawiającego referencji na kwotę 2 800 000 zł. Zamawiający nie uznał referencji RZI Bydgoszcz na kwotę 438 798,56 zł brutto podając, iż brak jest jednoznacznych danych wskazujących wykonanie tej usługi w wymaganym zakresie, oraz referencji z RZI Zielona Góra wskazując, iż całość wykazanych referencji winna się zawierać w datach 3 lata przed dniem otwarcia ofert, a faktycznie zawierały się pomiędzy datami 2 kwietnia 2007 - 28 lutego 2009 r. Odwołujący z tym się nie zgodził i uznał, że zamawiający błędnie zinterpretował postawione przez siebie warunki. Odwołujący Cerber uważa, iż zgodnie z wolą ustawodawcy zakres doświadczenia winien zawierać się maksymalnie w ostatnich 3 latach, ale dla daty zakończenia zamówienia, a nie całości jego wykonania, co potwierdza także orzecznictwo Izby np. wyrok w sprawie sygn. akt KIO 2280/10 . Natomiast podał, że przedłożona przez niego referencja od RZI Bydgoszcz określa jednoznacznie, że czas wykonania usługi nie mógł być wcześniejszy niż data podpisania umowy tj. 2.02.2010 r., i późniejszy niż data 24.06.2011 r. to jest data wystawienia referencji, a wystawca referencji jednoznacznie podał wartość wykonanych usług w ramach jednej umowy na kwotę 438798,56 zł. Podniósł, że nie ma możliwości zobowiązania wystawcy referencji do wskazania treści referencji w tym min. zakresie

ich treści, dat i innych informacji. Nadto zamawiający oczekując w referencjach takich informacji także nadinterpretowuje ustawę. Z rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów jasno i wyraźnie wynika, że wykonawca przedstawia "wykaz wykonanych w okresie ostatnich trzech lat dostaw lub usług, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy lub usługi te zostały wykonane należycie".

Zatem referencje mają tylko potwierdzać należyte wykonanie usług, i nic poza tym. Natomiast wszystkie pozostałe niezbędne informacje, znajdują się w wykazie usług (wartość, przedmiot, daty wykonania, odbiorcy). Wykaz jest formą oświadczenia woli i wykonawca ponosi odpowiedzialność za to, co w nim napisał. Wskazał także na stanowisko orzecznictwa w tym zakresie wyrażone w wyrokach sygn. akt : UZP/ZO/0-640/05, UZP/ZO/0-3653/05, UZP/ZO/0-85/06, UZP/ZO/0-346/06, UZP/ZO/0-1510/06, KIO/UZP 0-43/07, KIO/UZP 0-62/07, KIO/UZP 0-27/08, KIO/UZP 0-270/08, KIO/UZP 0-386/08, 0-390/08, KIO/UZP 0-426/08. Podniósł, że jego interes prawny został naruszony i odwołanie jest w pełni uzasadnione. Wniósł o przeprowadzenie dowodu z wykazu usług, referencji oraz pisma odwołującego Cerber z dnia 14 lipca 2011r. wraz z załącznikami. Odwołanie zostało podpisane przez właściciela firmy, kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 9 sierpnia 2011r.

W dniu 12 sierpnia 2011r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię oraz wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 16 sierpnia 2011r. drogą elektroniczną zgłoszenie przystąpienia wniósł Impel Cleaning spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118 w ramach części IX, X i XVI zamówienia. Wskazał, że przystępuje po stronie zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego. Podał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż w ten sposób chroni wybór swoich ofert w częściach IX, X i XVI. Zgłoszenie zostało opatrzone podpisem cyfrowym weryfikowanym w okresie ważności certyfikatu, tj. od 30 czerwca 2010r. do dnia 29 czerwca 2012r. Podpis cyfrowy należy do pełnomocnika zgłaszającego przystąpienie, działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 16 sierpnia 2011r. udzielonego przez prokurenta samoistnego zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS, z którego odpis załączono do zgłoszenia. Kopia przystąpienia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu Cerber faksem w dniu 16 sierpnia 2011r.

W dniu 16 sierpnia 2011r. drogą elektroniczną zgłoszenie przystąpienia wniósł Piotr Świdziński prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Technicznych Usług Komunalnych „ECO-PLAN” Piotr Świdziński z siedzibą w Słupsku, ul. Szczecińska 99 w ramach części XIV zamówienia. Wskazał, że przystępuje po stronie zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania z powodu braku interesu w uzyskaniu zamówienia odwołującego Cerber. Wskazał, że złożył ofertę najkorzystniejszą cenowo, a oferta odwołującego Cerber jest droższa, a odwołujący Cerber nie

stawia żadnych zarzutów, co do oferty zgłaszającego przystąpienie. Podał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż w ten sposób chroni wyboru swojej oferty w części XIV. Zgłoszenie zostało opatrzone podpisem cyfrowym weryfikowanym w okresie ważności certyfikatu, tj. od 3 września 2010r. do dnia 2 września 2011r. Podpis cyfrowy należy do właściciela firmy, zgodnie z zaświadczeniem z EDG, którego odpis załączono do zgłoszenia. Kopia przystąpienia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu Cerber faksem w dniu 16 sierpnia 2011r.

W dniu 25 sierpnia 2011r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości oraz o zasądzenie kosztów postępowania. W uzasadnieniu wskazał, że co do części IX, X, XIV i XV odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożone przez niego oferty są droższe niż oferty wybrane i wskazał ceny ofert wybranych w poszczególnych częściach oraz ceny zaoferowane przez odwołującego w tych częściach. W odniesieniu do części XVI zamawiający nie kwestionował istnienia interesu w tym przypadku, ale wskazał, że o ile same usługi mogły wykraczać poza okres trzyletni określony przez zamawiającego, to wartość oceniana przy spełnianiu warunku może być brana pod uwagę jedynie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, dlatego usługi wykazane w pozycjach 1, 2 i 3 nie mogły być w zakresie wartości uwzględnione w całości przez zamawiającego. W konsekwencji odwołujący wykazał spełnienie warunku na kwotę ok. 2 525 tys. zł. w miejsce wymaganych przez zamawiającego 2 800 tys. zł. Zamawiający podniósł, że na odwołującym ciąży obowiązek udowodnienia faktu, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, a odwołujący tego nie wykazał.

Na rozprawie zamawiający wycofał zarzut, że w części IX odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, pytania i wyjaśnienia treści siwz, protokołu otwarcia ofert, protokołu postępowania wraz z załącznikami, oferty odwołującego Cerber, wezwania do uzupełnienia dokumentów, odpowiedzi odwołującego na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, informacji o wynikach postępowania.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, co następuje :

W sekcji III.2.3 ogłoszenia –Zdolność techniczna zamawiający w pkt. 1 postawił warunek posiadania wiedzy i doświadczenia tj. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert o udzielenie przedmiotowego zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, nabyli wiedzę i doświadczenie wykonując usługi polegające na utrzymaniu czystości powierzchni wewnętrznych lub utrzymaniu w czystości powierzchni

wewnętrznych oraz utwardzonych powierzchni zewnętrznych lub w utrzymaniu czystości powierzchni wewnętrznych oraz terenów zielonych o wartości nie mniejszej niż podane poniżej :

- dla części I – 2 500 000,00 PLN,
- dla części II – 1 500 000,00 PLN,
- dla części III – 2 000 000,00 PLN,
- dla części IV – 600 000,00 PLN,
- dla części V – 1 000 000,00 PLN,
- dla części VI – 800 000,00 PLN,
- dla części VII – 400 000,00 PLN,
- dla części VIII – 1 200 000,00 PLN,
- dla części IX – 600 000,00 PLN,
- dla części X - 400 000,00 PLN,
- dla części XI – 600 000,00 PLN,
- dla części XII – 400 000,00 PLN,
- dla części XIII – 1 500 000,00 PLN,
- dla części XIV – 500 000,00 PLN,
- dla części XV – 700 000,00 PLN,
- dla części XVI – 600 000,00 PLN,
- dla części XVII – 800 000,00 PLN,
- dla części XVIII – 900 000,00 PLN
- dla części XIX – 700 000,00 PLN.

W przypadku składania oferty na kilka części, należy wykazać wartość usług stanowiących sumę tych części. Warunki o identycznej treści znalazły się w rozdziale VII pkt. 2 str. 70 siwz.

Odwołujący Cerber składał ofertę na części : IX, X, XIV, XV i XVI i we wszystkich częściach został z postępowania wykluczony, a jego oferta nie podlegała ocenie. W każdej ze wskazanych części zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

W części IX zamawiający wybrał przystępującego Impel Cleaning za cenę 481 747,79zł., odwołujący w tej części zamówienia zaoferował cenę 468.387,30zł.

W części X zamawiający wybrał przystępującego Impel Cleaning za cenę 296 335,18zł., odwołujący w tej części zamówienia zaoferował cenę 316 942,07zł.

W części XIV zamawiający wybrał przystępującego Eco-Plan za cenę 327 878,84zł., odwołujący w tej części zamówienia zaoferował cenę 377 830,04zł.

W części XV zamawiający wybrał wykonawcę Jana Jodkiewicza za cenę 476 348,68zł., odwołujący w tej części zamówienia zaoferował cenę 605 530,20zł.

W części XVI zamawiający wybrał przystępującego Impel Cleaning za cenę 524 217,46zł., odwołujący w tej części zamówienia zaoferował cenę 503 614,96zł.

W ofercie odwołującego Cerber na stronie 254 – 255 dokumentacji przetargowej według

numeracji zamawiającego znajduje się załącznik nr 6 – Wykaz usług, w którym wskazano następujące usługi :

- w poz. 1 dla RZI w Zielonej Górze, ul. Chrobrego 7, WAK Krosno Odrzańskie, wartość usługi w PLN 615 000, termin realizacji/odbiorca – 02.04.2007-28.02.2009, informacja sposobie dysponowania wiedzą i doświadczenie – własne, załączniki – referencja,
- w poz. 2 dla RZI w Zielonej Górze, ul. Chrobrego 7, WAK Krosno Odrzańskie, wartość usługi w PLN 623 000, termin realizacji/odbiorca – 02.04.2007-28.02.2009, informacja sposobie dysponowania wiedzą i doświadczenie – własne, załączniki – referencja,
- w poz. 3 dla RZI w Szczecinie, ul. Narutowicza 17b, WAK Darłowo, WAK Wałcz, WAK Kołobrzeg wartość usługi w PLN 755 543,18, termin realizacji/odbiorca – 04.03.2008-30.04.2009, informacja sposobie dysponowania wiedzą i doświadczenie – własne, załączniki – referencja,
- w poz. 4 dla RZI w Bydgoszczy, ul. Chrobrego 7, WAK Krosno Odrzańskie, wartość usługi w PLN 438 798,56, termin realizacji/odbiorca – 02.02.2010 – 24.06.2011, informacja sposobie dysponowania wiedzą i doświadczenie – własne, załączniki – referencja,
- w poz. 5 dla RZI w Szczecinie, ul. Narutowicza 17b, WAK Szczecin Podjuchy, WAK Złocieniec, wartość usługi w PLN 505 328,34, termin realizacji/odbiorca – 20.07.2010-06.06.2010., informacja sposobie dysponowania wiedzą i doświadczenie – własne, załączniki – referencja.

Na stronie 256 znajduje się list referencyjny RZI Szczecin z 6 czerwca 2010r., z którego wynika, że odwołujący realizował na rzecz RZI Szczecin usługi sprzątnięcia pomieszczeń wewnętrznych i terenów utwardzonych w WAK w Szczecinie – Podjuchach oraz w Złocieniu na podstawie umowy PM/0066/WE/2010 z dnia 20 lipca 2010r. do 01.06.2011 r. na kwotę 505 328,34 PLN brutto. Usługi wykonano należycie.

Na stronie 257 znajduje się list referencyjny nr 11/09 RZI w Zielonej Górze z dnia 22 czerwca 2009r., z którego wynika, że odwołujący wykonywał w okresie od 2 kwietnia 2007 do 28 lutego 2009r. usługi kompleksowego sprzątnięcia pomieszczeń wspólnego użytkowania oraz utrzymania terenów zewnętrznych w obiektach wojskowych w Dobrem n/Kwisą, Krośnie Odrzańskim i Skwierzynie na łączną kwotę 1 374 730,61zł. Wskazano, że odwołujący wykazał się elastycznością w dostosowaniu systemu pracy do wymagań zamawiającego, a współpraca przebiegała bezkonfliktowo oraz z zachowaniem ustalonych terminów.

Na stronie 258 znajduje się referencja RZI Szczecin z dnia 30 kwietnia 2009r. z której wynika, że odwołujący Cerber realizował w okresie od 4 marca 2008r. do 30 kwietnia 2009r. usługi sprzątnięcia pomieszczeń wewnętrznych i terenów utwardzonych na kwotę 755 543, 18 PLN brutto. Wykonano prace określone umową w pełnym zakresie oraz należycie.

Na stronie 259 znajduje się referencja RZI Bydgoszcz, która potwierdza wykonanie umowy nr 10/SP/SGKiE/2010-2011 z dnia 2 lutego 2010r. usług utrzymania czystości i porządku w

kompleksach wojskowych rejonu działania Zarządu w zakresie kompleksowego utrzymania czystości w budynkach biurowych i koszarowych, sprzątnia, odśnieżania placów, ulic i chodników, sprzątnia i koszenia trawników. Powyższe usługi do daty wystawienia referencji wykonywane były zgodnie z obowiązującą umową. Łączna wartość usług to 438 798,56zł.

W dniu 14 lipca 2011r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonego w części VII siwz ust. 1 pkt 2 i 4. W uzasadnieniu wezwania zamawiający wskazał, że w części VII ust. 2 pkt 7 siwz zamawiający żądał wykazu wykonanych usług określonych części VII siwz ust. 1 pkt. 2, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz z załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te usługi zostały wykonane należycie lub są wykonywane należycie. Do swojej oferty, według zamawiającego odwołujący załączył wykaz usług potwierdzający wykonanie usług na kwotę 2 525 118,05 PLN, podczas gdy warunkiem było by wykonawca składający ofertę na części IX, X, XIV, XV, XVI wykazał wykonanie usług na kwotę min. 2 800 000zł.

W dniu 18 lipca 2011r. odwołujący złożył pismo, w którym wyjaśnił zamawiającemu, że w załączeniu przesyła ponownie wykaz usług wykonanych i wykonywanych wraz z referencjami wystawionymi przez :

- 1) RZI w Zielonej Górze na łączną kwotę 1 374 730,61 w tym dla zadania :
 - a) WAK Skwierzyna 615 000zł.,
 - b) WAK Krosno Odrzańskie 623 000zł.
- 2) RZI w Szczecinie – wykonanie zadaniach w ramach jednej umowy na kwotę 755 543,18zł.
- 3) RZI w Szczecinie – wykonanie zadaniach w ramach jednej umowy na kwotę 505 328 34zł.
- 4) RZI w Bydgoszczy – za wykonanie zadania na kwotę 438 798, 56zł.

Razem przedstawione referencje opiewają na kwotę 2 937 670,08zł., wobec wymaganej kwoty 2 800 000zł.

Do tego pisma odwołujący załączył wykaz usług identycznej treści jak złożony do oferty, oraz 4 załączone do oferty referencje, a także referencje RZI Bydgoszcz z dnia 7 czerwca 2011r. z których wynika wykonanie usług utrzymania czystości i porządku w kompleksach wojskowych w Łasku i Tomaszowie Mazowieckim obejmujące kompleksowe utrzymanie czystości budynków kubaturowych, sprzątnia odśnieżanie placów, ulic i chodników, sprzątnia i koszenie trawników. Usługi wykonano zgodnie z obowiązującymi umowami, a łączna wartość świadczonych usług to 663 097zł. brutto. Nadto odwołujący przedłożył referencję Starostwa Powiatowego w Bolesławcu z dnia 7 czerwca 2011r., z której wynika, że odwołujący w okresie od 20 maja 2009 do 19 maja 2011r. wykonywał usługi sprzątnia pomieszczeń biurowych i terenów zewnętrznych i dał się

poznać jako rzetelny partner. Usługi, których dotyczą wskazane powyżej referencje, nie zostały wskazane w wykazie usług, ani w ofercie, ani w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego.

Nas stronach 226- 233 i 203 – 212 znajdują się stanowiska Komisji Przetargowej, co do przesłanych wyjaśnień do złożonych dokumentów oraz do złożonych ofert. W odniesieniu do odwołującego wynika z nich, że zamawiający dokonując oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu zaliczył odwołującemu następujące usługi :

- z poz. 1 w części na kwotę 213 913, 04zł., gdyż umowa trwała od 1 kwietnia 2007, czyli dłużej niż 3 lata od otwarcia ofert,
- z poz. 2 w części na kwotę 216 695,65zł. z analogicznym wyjaśnieniem,
- z poz. 3 w części na kwotę 539 673,70zł., gdyż obejmuje okres dłuższy niż 3 lata,
- z poz. 4 w części na kwotę 324 260,73zł., gdyż uzyskano informację z RZI Bydgoszcz, że podana przez odwołującego kwota, to wartość całego zamówienia, które jest w trakcie realizacji i zakończy się 31 grudnia 2011r.,
- z poz. 5 całość na kwotę 505 328,34zł.

Według obliczeń zamawiającego dało to łączną wartość 1 799 871,46zł., zamiast wymaganej 2 800 000zł. Podano także, że odwołujący załączył referencję RZI Bydgoszcz bez umieszczenia jej w wykazie usług na kwotę 663 097zł., Termin zakończenia świadczenia tej usługi to także 31 grudnia 2011r., a zatem można byłoby zaliczyć jedynie 488 715,59zł., co w dalszym ciągu nie potwierdzałoby spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż wówczas wartość usług wynosiłaby 2 288 587,05zł., a więc także poniżej 2 800 000 zł. Komisja zaproponował odrzucić ofertę.

W informacji o wyniku postępowania w uzasadnieniu faktycznym zamawiający wskazał, że w poz. 1 i 2 wykazu usług termin realizacji jest niezgodny z żądanym, bo termin początkowy to 07.07.2008r., a rozpoczęcie realizacji usług w poz. 1 i 2 wykazu nastąpiło 2 kwietnia 2007r., a więc 15 miesięcy wcześniej, a dodatkowo nadesłany dokument referencja RZI Bydgoszcz z 7 czerwca 2011r. potwierdza termin początkowy oraz wartość 663097zł., a nie wskazano wartości usługi w terminie do 7 lipca 2011r. tj. d dnia otwarcia ofert.

Izba zważyła, co następuje :

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu w części IX i XVI zamówienia, albowiem tych częściach zaoferował cenę niższą niż wykonawca wybrany. Zatem w przypadku uwzględnienia odwołania odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia w tych częściach. Odwołujący może ponieść szkodę w związku z jego wykluczeniem z postępowania w postaci nie uzyskania korzyści, które zakładał osiągnąć z uzyskania zamówienia.

Przesłanka materialno prawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona w zakresie części IX i XVI zamówienia.

Izba uznała, że odwołujący nie wykazał istnienia interesu w uzyskaniu zamówieniu w częściach X, XIV i XV. We wszystkich tych częściach oferta odwołującego jest droższa cenowo od ofert wybranych. Przywrócenie zatem odwołującego do postępowania w ramach tych części nie doprowadzi do uzyskania przez niego zamówienia w tych częściach. Odwołujący podnosi bowiem jedynie zarzuty odnoszące się do czynności wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty, a nie kwestionuje prawidłowości oceny ofert wybranych w tych częściach. W ocenie Izby odwołujący nie wypełnił przesłanki materialno prawnej dopuszczalności odwołania w częściach X, XIV, XV zamówienia.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 , art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez bezpodstawne wykluczenie go z postępowania, a w konsekwencji naruszenia przez zamawiającego art. 7 ustawy poprzez nierówne potraktowanie traktowanie firm i ograniczanie konkurencji, a także wybór wskazanych ofert w podanych wyżej częściach bez oceny jego oferty

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Jak wynika z dopuszczonych dowodów zamawiający uznał, że postawiony przez niego warunek wiedzy i doświadczenia musi wykazywać nabycie doświadczenia w ściśle określonym przedziale czasowym tj. od 7 lipca 2008 do 7 lipca 2011r. Doświadczenie nabyte w okresie wykraczającym poza te ramy czasowe nie było przez zamawiającego uwzględniane, a wartość usług zrealizowana w takich okresach nie była brana pod uwagę przez zamawiającego przy ocenie spełniania warunku pod względem postawionego cenzusu wartościowego dla poszczególnych części zamówienia i łącznie dla wszystkich części, na które składana była oferta. Izba uznaje, że w niniejszej sprawie przedmiotem zamówienia jest usługa o charakterze ciągłym, składająca się z czynności faktycznych powtarzających się najczęściej w stałych odstępach czasu np. raz dziennie, raz na tydzień raz na miesiąc. W związku z tym zamawiający przy ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu powinien był brać pod uwagę usługi już wykonane jak i wykonywane w dacie upływu terminu składania ofert. Takiej interpretacji nie przeczy także sam zamawiający, o czym świadczy choćby treść wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 14 lipca 2011r. skierowana do odwołującego, jak również stanowisko Komisji Przetargowej, która brała do oceny usługi wykonane jak i jeszcze niezakończone. Warunek wiedzy i doświadczenia służy weryfikacji wykonawcy, pod kątem tego, czy umie i wie jak zrealizować zamówienie objęte postępowaniem. Tym samym zarówno przy stawianiu tego warunku jak i przy ocenie jego spełnienia trzeba w pierwszej kolejności odpowiedzieć na pytanie, kiedy dochodzi do nabycia wiedzy i doświadczenia. W przypadku wiedzy jest to najczęściej moment ukończenia szkoły, uczelni, kursu, szkolenia i złożenia egzaminu potwierdzającego nabycie umiejętności. W ten sposób

nabywa się wiedzę teoretyczną, natomiast doświadczenie to wiedza praktyczna, a więc zdobyta w drodze wykonania określonych czynności samodzielnie, w zespole lub pod nadzorem osoby bardziej doświadczonej. Momentem zatem uzyskania doświadczenia jest chwila prawidłowego ukończenia czynności. W przypadku usług o charakterze ciągłym najczęściej mamy do czynienia z szeregiem powiązanych ze sobą czynności, które mogą trwać w znacznej przestrzeni czasowej. Ustawodawca zatem w takiej sytuacji dopuścił możliwość wykazania się doświadczeniem w realizacji usług jeszcze nie ukończonych. Skoro zatem nabycie doświadczenia co do zasady następuje z chwilą ukończenia wykonywania usługi, to potwierdzenie spełnienia warunku następuje, jeśli termin zakończenia wykonywania usługi mieścił się w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Nielogiczne byłoby bowiem przyjęcie, że doświadczenie, którego nabywanie rozpoczęło się wcześniej niż ostatnie trzy lata przed upływem terminu składania ofert, a zakończyło np. w dniu poprzedzającym składanie ofert nie zostało nabyte, albo jak chce tego zamawiający, zostało nabyte jedynie w okresie mieszczącym się w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający w ocenie Izby błędnie zinterpretował treść § 1 ust.1 pkt. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226 poz. 1817), prawidłowo bowiem powinien był zaliczyć odwołującemu w całości doświadczenie nabyte w poz. 1, 2 i 3 wykazu. Jedynym przypadkiem, kiedy zamawiający ma prawo odmówić zaliczenia całego wykazanego okresu realizacji zamówienia, jest sytuacja, kiedy wykonawca wykazuje doświadczenie za pomocą usług jeszcze wykonywanych. Wówczas zamawiający może zaliczyć jedynie okres, w którym odwołujący doświadczenie już nabył, a pominąć ten który odnosi się do doświadczenia, które wykonawca nabędzie po upływie terminu składania ofert do momentu zakładanego czasu realizacji wykazywanego zamówienia. Zamawiający akurat w tym przypadku prawidłowo dokonał badania czasu trwania umowy z RZI Bydgoszcz i pominął wartość zamówienia jeszcze niezrealizowanego przez wykonawcę tj. odjął od podanej kwoty 438 798,56zł., kwotę 114 537,83zł. tj. kwotę przypadającą do wypłaty dla odwołującego za realizację zamówienia w okresie 7 lipca 2011- 31 grudnia 2011r. W przypadku tej wykonywanej usługi, nabycie doświadczenia nastąpiło w odniesieniu do czynności wykonanych w okresie od 2 lutego 2010 do 6 lipca 2011r., czyli 18 miesięcy. Biorąc to pod uwagę wartość wykazanych przez odwołującego usług przy prawidłowej ocenie powinna przedstawiać się następująco : 615 000zł.(WAK Skwierzyzna) + 623 000 zł. (WAK Krosno Odrzańskie) + 755 543,18 zł. (RZI Szczecin WAK Kołobrzeg, WAK Wałcz, WAK Darłowo) + 324 260,73 zł. (RZI Bydgoszcz) + 505 328,34zł. (RZI Szczecin WAK Szczecin Podjuchy, WAK Złocieniec), co łącznie daje wartość 2 823 132,25zł. Izba uznaje, że zamawiający nieprawidłowo zastosował wobec odwołującego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, a w konsekwencji naruszył art. 7 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 6 Kodeksu Cywilny poprzez zaniechanie przytoczenia

dowodów, przesłanek, na jakich zamawiający uznał, iż odwołujący Cerber nie przedstawił wymaganych referencji, a także zaniechanie pełnego uzasadnienia podstaw faktycznych i prawnych o wykluczeniu oferenta z przetargu.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby zamawiający zbadał i zweryfikował wszystkie dowody przedłożone przez odwołującego, w tym także te, które nie były objęte oświadczeniem wiedzy odwołującego w formie wykazu usług i podał odwołującemu powody, dla których ocena przedłożonych przez odwołującego dokumentów, doprowadziła go do uznania, że odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Badanie to w ocenie Izby było wszechstronne, dokładne i zmierzało do zweryfikowania przez zamawiającego spełniania przez odwołującego postawionego warunku. Naruszenie zamawiającego nie polegało zatem na naruszeniu zasad dowodzenia, czy przytaczania podstaw wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty, ale na błędnej interpretacji przepisów prawa, a w konsekwencji na ich niewłaściwym zastosowaniu, co doprowadziło do nieuzasadnionego wykluczenia odwołującego z postępowania.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy w zw. z § 3 pkt 1 oraz pkt. 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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).

Przewodniczący :

.....