

Sygn. akt KIO/UZP 125/10

WYROK
z dnia 23 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Członkowie: Jolanta Markowska
Agata Mikołajczyk

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 marca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych ŚMIGIEL Sp. z o.o., 45-260 Opole, ul. Olsztyńska 25** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Pocztę Polską S.A., 00-940 Warszawa, ul. Rakowiecka 26** protestu z dnia **30 grudnia 2009 r.**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie powtórnej oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Pocztę Polską S.A., 00-940 Warszawa, ul. Rakowiecka 26 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych ŚMIGIEL Sp. z o.o., 45-260 Opole, ul. Olsztyńska 25,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Pocztę Polską S.A., 00-940 Warszawa, ul. Rakowiecka 26** na rzecz **Przedsiębiorstwa Usług Wielobranżowych ŚMIGIEL Sp. z o.o., 45-260 Opole, ul. Olsztyńska 25** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Usług Wielobranżowych ŚMIGIEL Sp. z o.o., 45-260 Opole, ul. Olsztyńska 25.**

Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Poczta Polska S.A. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług w zakresie kompleksowego sprzątnięcia obiektów pocztowych zlokalizowanych na terenie działania CI OR w Bydgoszczy z/s w Lisim Ogonie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 września 2009 r. pod pozycją 2009/S 170-245716.

W dniu 22 grudnia 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej dla zadania 4 oferty wykonawcy SOEN Sp. z o.o.

W dniu 30 grudnia 2009 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Śmigiel Sp. z o.o. zwany dalej Odwołującym wniósł protest wobec zaniechania odrzucenia oferty SOEN Sp. z o.o. jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i zawierającej dane nieprawdziwe, mające wpływ na wynik postępowania oraz zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, że wykonawca SOEN Sp. z o.o. przyjął przy obliczeniu ceny błędną ilość czynności usuwania śniegu z dachów – SOEN Sp. z o.o. przyjęła dziesięciokrotne usuwanie śniegu (Formularz ofertowy, zadanie 4, pozycja 9 tabeli), podczas gdy Zamawiający jednoznacznie określił, że dla obliczenia ceny należy przyjąć ośmiokrotne usuwanie śniegu z dachów. Powyższe nie może zostać uznane, w ocenie Odwołującego, za oczywistą omyłkę rachunkową, jak też za inną omyłkę polegającą na niezgodności treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zdaniem Odwołującego, oferta SOEN Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp jako niezgodna z treścią Specyfikacji oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny.

Odwołujący wywiódł ponadto, że SOEN Sp. z o.o. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia określonego przez Zamawiającego w pkt V ppkt 5.1 lit. b Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający błędnie stwierdził w piśmie z dnia 25 listopada 2009 r. skierowanym do SOEN Sp. z o.o., iż wykonawca ten wykazał się wykonaniem zamówienia o największej wartości na kwotę 865 676,96 zł. brutto rocznie, tj. 2 597 030,88 zł brutto w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania, bowiem dokument dotyczący tej pozycji wskazywał jedynie na jej należyte wykonanie w okresie od 1997 r. do dnia 12 lutego 2007 r. (data wystawienia referencji), z czego tylko niecałe 5,5 miesiąca wykonywania tej usługi (wrzesień

2006 - luty 2007) przypada na okres ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania. Podobny pogląd wyraził Odwołujący odnośnie pozostałych usług wykazanych przez SOEN Sp. z o.o. w Załączniku nr 4.

Odnosząc się do wykazu usług przekazanego przez SOEN Sp. z o.o. na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów Odwołujący wskazał, że zarówno z treści uzupełnionych wykazu i referencji, jak również z porównania treści tych dokumentów z wykazem i referencjami złożonymi wraz z ofertą wynika, że usługi wykonywane na rzecz ENERGA-OPERATOR S.A. nie są wykonywane w ramach jednej umowy, zatem nie stanowią wymaganej przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu jednej usługi, a żadna z nich nie opiewa na podaną w wykazie wartość 4 123 116 zł brutto rocznie. Jak oświadczył Odwołujący, zwrócił się on do ENERGA-OPERATOR S.A. o udostępnienie ofert, protokołów z postępowań przetargowych oraz umów zawartych z SOEN Sp. z o.o., jednak dokumenty te nie zostały mu ujawnione. W opinii Odwołującego, zaniechanie przez Zamawiającego przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w tym zakresie może doprowadzić do zawarcia umowy z wykonawcą, który w swojej ofercie przedstawił dane nieprawdziwe, a w konsekwencji, może prowadzić do nieważności zawartej umowy.

Podobnie, jak stwierdził Odwołujący, w przypadku drugiej usługi wykazanej w uzupełnionym wykazie tj. usługi realizowanej na rzecz Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Bydgoszczy - usługi te nie są wykonywane w ramach jednej umowy, zatem nie stanowią wymaganej przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu jednej usługi. Odwołujący zwrócił uwagę, że z wglądu do dokumentów udostępnionych mu przez Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Bydgoszczy wynika, że SOEN Sp. z o.o. świadczy bądź świadczyła usługi na rzecz Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Bydgoszczy od 2007 r. na podstawie 15 umów. W ocenie Odwołującego, żadna z ww. 15 usług nie potwierdza spełniania przez SOEN Sp. z o.o. wymagań Zamawiającego odnośnie posiadanego doświadczenia, zatem dane zawarte w wykazie złożonym przez SOEN Sp. z o.o. są nieprawdziwe i mają bezpośredni wpływ na wynik tego postępowania.

Odwołujący wyraził pogląd, że przez jedną usługę należy rozumieć usługę świadczoną w ramach jednej i tej samej umowy – nieuprawnione jest sumowanie wartości usług realizowanych w ramach różnych umów.

Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, wykonawca SOEN Sp. z o.o. powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:

- powtórne przeprowadzenie czynności badania ofert w zakresie zadania nr 4,

- odrzucenie oferty złożonej przez SOEN Sp. z o.o. w zakresie zadania nr 4 jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i zawierającej dane nieprawdziwe, mające wpływ na wynik postępowania,
- dokonanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 4.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 12 stycznia 2009 r. przez jego oddalenie w całości. Podtrzymał stanowisko, że omyłka popełniona przez SOEN Sp. z o.o. w pozycji 9 tabeli w Formularzu ofertowym stanowi omyłkę rachunkową. Zamawiający nie znalazł przesłanek, aby stwierdzić, że wykonawca ten przyjął do obliczenia ceny niewłaściwe dane.

Ponadto Zamawiający, wobec dokumentów złożonych w ramach uzupełnienia przez SOEN Sp. z o.o., nie znalazł podstaw do twierdzenia, że wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia. Oświadczył, że za wystarczającą do stwierdzenia spełniania przedmiotowego warunku uznał usługę realizowaną na rzecz ENERGIA-OPERATOR S.A., podczas gdy wątpliwości Odwołującego dotyczą głównie usługi wykonanej dla Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Bydgoszczy, której Zamawiający nie oceniał. Jak wyjaśnił Zamawiający, przyjął on założenie, że usługi wykazane w pierwotnym wykazie na rzecz Rejonów Dystrybucji ENERGIA-OPERATOR S.A. nie są tożsame z usługą kompleksowego utrzymania czystości realizowaną na rzecz ENERGIA-OPERATOR S.A. od 1996 r. Na powyższe wskazuje, jak zauważył Zamawiający, zarówno nazwa zamawiającego, miejsce świadczenia usług, jak i wartość usług, która nie stanowi sumy usług pierwotnie wykazanych. Zamawiający zwrócił też uwagę na wyjaśnienia SOEN Sp. z o.o. z dnia 11 stycznia 2009 r., w których wykonawca poinformował, że usługa na rzecz ENERGIA-OPERATOR S.A. znajduje swoje potwierdzenie w umowie o współpracy z dnia 1 lutego 1993 r. Zamawiający wyraził pogląd, że zawarcie kilku umów jest jedynie „technicznym zabiegiem” wynikającym z woli stron. Ww. „techniczny zabieg” nie może, w ocenie Zamawiającego, przesądzać o tym, że Zamawiający nie uzna doświadczenia wykonawcy nabytego w wyniku realizacji tych umów, bowiem jest ono takie samo, jak doświadczenie zdobyte przy realizacji usługi w ramach jednej umowy. Zdaniem Zamawiającego, brak jest przesłanek do uznania, że wykonawca SOEN Sp. z o.o. posłużył się w wykazie usług nieprawdziwymi informacjami.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący wnosząc w dniu 19 stycznia 2010 r. odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji,

- art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1-3 ustawy Pzp przez ich niewłaściwe zastosowanie przejawiające się tym, że Zamawiający zaniechał wykluczenia z postępowania SOEN Sp. z o.o. pomimo, że wykonawca ten nie spełnia wymagań przewidzianych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp przez jego pominięcie, przejawiające się tym, że Zamawiający zaniechał wykluczenia z postępowania SOEN Sp. z o.o. pomimo, że spółka ta podała nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania,
- art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie, przejawiające się tym, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty SOEN Sp. z o.o. pomimo, że oferta tej firmy jest niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty SOEN Sp. z o.o. w zakresie zadania nr 4,
- nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania ofert w zakresie zadania nr 4 i nakazanie wykluczenia SOEN Sp. z o.o. oraz nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty ww. wykonawcy, a w konsekwencji dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego w zakresie zadania nr 4,
- zwrócenie się do spółki ENERGA-OPERATOR S.A. z żądaniem przedłożenia umów potwierdzających wykonywanie przez SOEN Sp. z o.o. usług sprzątnia powierzchni zewnętrznych i wewnętrznych w Toruniu, Włocławku, Grudziądzu, Radziejowie, Rypinie, Brodnicy, Ciechocinku oraz Aleksandrowie Kujawskim.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, treść oferty złożonej przez SOEN Sp. z o.o., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz

niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Jeden z zarzutów podniesionych przez Odwołującego dotyczy przyjęcia przez SOEN Sp. z o.o. niewłaściwej ilości odśnieżania dachu, które wykonawca zobowiązany jest wykonywać w ramach zadania 4. Zamawiający w Formularzu ofertowym pod tabelą zamieścił uwagę, w której wskazał, że przy obliczeniu ceny za usługę usuwania śniegu z dachów należy przyjąć założenie, że odśnieżanie to będzie wykonane ośmiokrotnie. Bezsporne jest między stronami, że wykonawca SOEN Sp. z o.o. dokonując obliczenia ceny przyjął dziesięciokrotne usuwanie śniegu z dachów. W ocenie Izby, przyjęcie opisanej powyżej niewłaściwej ilości odśnieżania stanowi omyłkę polegającą na niezgodności oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia podlegającą poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. O powyższym świadczy to, że z okoliczności przedmiotowego postępowania wynika zamiar złożenia przez SOEN Sp. z o.o. oferty zgodnej z wymogami Zamawiającego w powyższym zakresie, a także fakt, że Zamawiający posiada wszystkie dane do dokonania poprawy formularza ofertowego opracowanego przez SOEN Sp. z o.o. w pozycji 9 tabeli, w związku z czym nie będzie zmuszony w sposób istotny ingerować w treść oferty – istnieje tylko jeden sposób dokonania poprawy omyłki popełnionej przez ww. wykonawcę, co nie wymaga negocjacji z wykonawcą. Tym samym, Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego, który uznał powyższą omyłkę za omyłkę rachunkową. Jednakże z uwagi na to, że bez względu na kwalifikację popełnionej omyłki skutek jej poprawienia pozostaje bez zmian, Izba uznała przedmiotowy zarzut za bezzasadny.

Rozpoznając zarzut dotyczący spełniania przez SOEN Sp. z o.o. warunku doświadczenia Izba stwierdziła, że wśród dokumentów złożonych wraz z ofertą wykonawca ten przekazał Zamawiającemu Wykaz zrealizowanych zadań z ostatnich 3 lat, w którym wykazał 7 usług polegających na kompleksowym utrzymaniu czystości:

1. Usługa wykonana dla ENERGA OPERATOR S.A. Rejon Dystrybucji Grudziądz – wartość 582 997,30 zł brutto rocznie, od 1996 r. na czas nieokreślony,
2. Usługa wykonana dla ENERGA OPERATOR S.A. Rejon Dystrybucji Włocławek – wartość 355 999,27 zł brutto rocznie, od 1998 r. na czas nieokreślony,
3. Usługa wykonana dla ENERGA OPERATOR S.A. Rejon Dystrybucji Toruń – wartość 444 397,80 zł brutto rocznie, od 1997 r. na czas nieokreślony,

4. Usługa wykonana dla ENERGA OPERATOR S.A. Dyrekcja Toruń – wartość 865 676,96 zł brutto rocznie, od 1997 r. na czas nieokreślony,
5. Usługa wykonana dla Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Bydgoszczy podległy Wojskowej Administracji Koszar - wartość 447 209,64 zł brutto rocznie, od 1 lipca 2007 r. do 31 grudnia 2010 r.,
6. Usługa wykonana dla Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Bydgoszczy, miejsce świadczenia usługi: Jednostka Wojskowa 4392, Nowy Glinnik - wartość 571 630,08 zł brutto rocznie, od 2 lutego 2009 r. do 31 grudnia 2010 r.,
7. Usługa wykonana dla Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Bydgoszczy miejsce świadczenia usługi: Jednostka Wojskowa 1158, Łask - wartość 290 584,20 zł, od 15 stycznia 2009 r. do 31 grudnia 2010 r.

SOEN Sp. z o.o. dołączyła też dokumenty potwierdzające należyte wykonanie ww. usług.

Zgodnie z warunkiem postawionym przez Zamawiającego w zakresie doświadczenia, wykonawcy zobowiązani byli do wykazania się wykonaniem co najmniej jednej usługi polegającej na sprzątnięciu pomieszczeń wewnątrz oraz terenów przyległych o wartości co najmniej 50% kwoty brutto, którą wykonawca oferuje za dane zadanie. Zamawiający zastrzegł jednak, że w przypadku złożenia oferty na kilka zadań, wykonawca zobowiązany jest wykazać się wykonaniem jednej usługi o wartości co najmniej 50% sumy kwot brutto, które wykonawca oferuje za realizację zadań, do których przystępuje (pkt V ppkt 5.1. lit. b Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia).

Izba stwierdziła, że SOEN Sp. z o.o. złożyła ofertę na cztery zadania, których wartość wykonawca wycenił na łączną kwotę 7 661 651,23 zł brutto (kwota po dokonaniu poprawy w pozycji 9 tabeli na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Wobec powyższego, zgodnie z warunkiem postawionym przez Zamawiającego, wykonawca ten zobowiązany był wykazać się zrealizowaniem co najmniej jednej usługi polegającej na sprzątnięciu pomieszczeń wewnątrz oraz terenów przyległych o wartości co najmniej 3 830 825,62 zł brutto.

Zamawiający uznał, że usługi opisane powyżej, przedstawione przez SOEN Sp. z o.o. w wykazie nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu, wobec czego wezwał wykonawcę pismem z dnia 25 listopada 2009 r. do uzupełnienia wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

SOEN Sp. z o.o. przekazała Zamawiającemu zmodyfikowany Wykaz zrealizowanych zadań z ostatnich 3 lat, w którym wskazała na realizację dwóch usług polegających na kompleksowym utrzymaniu czystości:

- usługa wykonana dla ENERGA-OPERATOR S.A. (w Toruniu, Włocławku, Grudziądzu, Radziejowie, Rypinie, Brodnicy, Ciechocinku oraz Aleksandrowie Kujawskim) - wartość 4 123 116 zł brutto rocznie, od 1996 r. na czas nieokreślony,

- usługa wykonana dla Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Bydgoszczy – wartość 3 447 107 zł brutto rocznie, od 2007 r. do 31 grudnia 2010 r.

Wykonawca załączył również referencje wydane przez ENERGA-OPERATOR S.A. w dniu 1 września 2009 r. oraz referencje wydane przez Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Bydgoszczy w dniu 17 sierpnia 2009 r.

W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający złożył oświadczenie, że za spełniającą warunek udziału w postępowaniu uznał usługę wykonywaną dla ENERGA-OPERATOR S.A.

Ponadto, w toku postępowania o udzielenie zamówienia, SOEN Sp. z o.o. w piśmie z dnia 8 stycznia 2010 r. skierowanym do Zamawiającego stwierdziła, że kwota wynikająca z przedstawionych referencji w wysokości 4 123 116 zł brutto rocznie znajduje swoje potwierdzenie w umowie o współpracy zawartej w dniu 1 lutego 1993 r. Wykonawca do ww. pisma dołączył tekst przedmiotowej umowy.

Izba stwierdziła, że ww. umowa o współpracy nie potwierdza spełniania przez SOEN Sp. z o.o. warunku doświadczenia. Umowa ta została zawarta w dniu 1 lutego 1993 r. pomiędzy Zakładem Energetycznym Toruń a Zakładem Energetycznym Toruń – Elektrociepłownia Grudziądz, a zgodnie z § 1 ww. umowy, jej przedmiotem jest określenie stałych zasad współpracy polegającej na świadczeniu usług przez Zakład Energetyczny Toruń – Elektrociepłownia Grudziądz na rzecz Zakładu Energetycznego Toruń. Zakres usług miał wynikać ze statutowej działalności Zakładu Energetycznego Toruń – Elektrociepłownia Grudziądz oraz aktualnych potrzeb Zakładu Energetycznego Toruń i został zawarty w załączniku do umowy. Jak wynika z treści Załącznika nr 1 do przedmiotowej umowy o współpracy, w zakres usług wchodzi m.in. produkcja energii cieplnej, realizacja budów i remonty w branżach budownictwa ogólnego, usługi transportowe, analizy chemiczne, gospodarka licznikami energii, produkcja z tworzyw sztucznych elementów prefabrykowanych dla potrzeb sieci energetycznych, produkcja odzieży ochronnej, zbyte złomu itd. W Załączniku tym wskazano ponadto, że w zakres świadczonych usług mogą wchodzić również inne usługi wynikające z aktualnych potrzeb i możliwości. Izba zważyła, że przedmiotowa umowa w żadnym miejscu nie wskazuje, że w zakres świadczeń objętych umową wchodzi utrzymanie czystości, brak zatem związku z usługą wskazaną w Wykazie.

Na rozprawie Zamawiający złożył siedem umów:

- umowę z dnia 1 grudnia 1997 r. zawartą pomiędzy Zakładem Energetycznym Toruń S.A. a Zakładem Energetycznym Toruń – Ciepłownia Grudziądz Sp. z o.o., której przedmiotem

jest wykonanie prac porządkowych w Rejonie Radziejów; miesięczne wynagrodzenie zostało ustalone na kwotę 15 250 zł netto;

- umowę z dnia 30 czerwca 1998 r. zawartą pomiędzy Zakładem Energetycznym Toruń S.A. a Zakładem Energetycznym Toruń – Ciepłownia Grudziądz Sp. z o.o., której przedmiotem jest wykonanie prac porządkowych w Rejonie Brodnica; miesięczne wynagrodzenie zostało ustalone na kwotę 12 700 zł netto;

- umowę z dnia 1 grudnia 1997 r. zawartą pomiędzy Zakładem Energetycznym Toruń S.A. a Zakładem Energetycznym Toruń – Ciepłownia Grudziądz Sp. z o.o., której przedmiotem jest wykonanie prac porządkowych w Rejonie Rypin; miesięczne wynagrodzenie zostało ustalone na kwotę 12 150 zł netto;

- umowę z dnia 1 kwietnia 1997 r. zawartą pomiędzy Zakładem Energetycznym Toruń S.A. a Zakładem Energetycznym Toruń – Ciepłownia Grudziądz Sp. z o.o., której przedmiotem jest wykonanie prac porządkowych w Rejonie Włocławek oraz utrzymanie czystości placów i zieleni wokół budynków mieszkalnych przy ul. Brzozowej i Toruńskiej 75 A z wyjątkiem pomieszczeń zajmowanych przez Zakład Energetyczny Energohandel Sp. z o.o.; miesięczne wynagrodzenie zostało ustalone na kwotę 12 900 zł netto;

- umowę z dnia 1 lutego 1996 r. zawartą pomiędzy Zakładem Energetycznym Toruń S.A. a Ciepłownią Grudziądz Sp. z o.o., której przedmiotem jest wykonanie prac porządkowych w Rejonie Grudziądz; miesięczne wynagrodzenie zostało ustalone na kwotę 13 600 zł netto;

- umowę z dnia 1 lipca 1997 r. zawartą pomiędzy Zakładem Energetycznym Toruń S.A. a Zakładem Energetycznym Toruń – Ciepłownia Grudziądz Sp. z o.o., której przedmiotem jest wykonanie prac porządkowych w biurowcu dyrekcji ZE Toruń S.A.; miesięczne wynagrodzenie zostało ustalone na kwotę 19 940 zł netto;

- umowę z dnia 1 marca 2004 r. zawartą pomiędzy Zakładem Energetycznym Toruń S.A. – Rejon Energetyczny Toruń a Zakładem Energetycznym Toruń – Ciepłownia Grudziądz Sp. z o.o., której przedmiotem jest wykonanie prac porządkowych w budynkach Zleceniodawcy oraz przyległym terenie; miesięczne wynagrodzenie zostało ustalone na kwotę 12 682 zł netto.

W ocenie Izby, ww. umowy również nie potwierdzają spełniania przez SOEN Sp. z o.o. warunku doświadczenia. W pierwszej kolejności wskazać należy, że zgodnie z postawionym warunkiem, wykonawca zobowiązany był wykazać się doświadczeniem zdobytym w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania. Złożone przez Zamawiającego umowy noszą daty wcześniejsze, przy czym brak jest dowodu na to, że umowy te nadal obowiązują. Umowy te nie odwołują się też do ww. umowy o współpracy. Co więcej, roczna wartość sumy kwot wskazanych w ww. umowach wynosi 1 190 664 zł

netto, co w żaden sposób nie potwierdza kwoty wskazanej w uzupełnionym wykazie i referencji wydanej przez ENERGA-OPERATOR S.A. (4 123 116 zł brutto rocznie). Izba zgodziła się w pełni ze stanowiskiem wyrażonym w wyroku z dnia 22 sierpnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 818/08 i KIO/ UZP 819/08, gdzie stwierdzono, że sumowanie wartości usług realizowanych w wyniku zawarcia różnych umów jest nieuprawnione. Dopuszczenie takiej możliwości oznaczałoby w konsekwencji sprowadzenie warunku wykazania posiadanego doświadczenia do wykazania, że wykonawca świadczył w okresie trzyletnim przed dniem wszczęcia postępowania usługi odpowiadające rodzajowo przedmiotowi zamówienia i w tym okresie uzyskał z tego tytułu wynagrodzenie co najmniej równe wartości granicznej, żądanej przez Zamawiającego w danym postępowaniu o zamówienie publiczne, przy czym bez znaczenia pozostawałaby skala poszczególnych usług oraz początkowa data wykonywania usługi. Ponadto nie do przyjęcia, z punktu widzenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, byłoby założenie, że dopuszcza się sumowania tych tylko usług, które były świadczone na rzecz tego samego odbiorcy.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że z uwagi na brak stanowiska SOEN Sp. z o.o. co do rozbieżności pomiędzy treścią obu złożonych wykazów przy jednoczesnym prawdopodobieństwie tożsamości wykazanych w nich usług, Zamawiający powinien zwrócić się do SOEN Sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp o wyjaśnienie odnośnie ilości umów, w ramach których realizowana była usługa dla ENERGA-OPERATOR S.A. Wobec powyższego, na obecnym etapie postępowania brak jest podstaw do jednoznacznego stwierdzenia, że SOEN Sp. z o.o. złożyła nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1, 1a, i 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

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 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....