

WYROK
z dnia 7 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz
Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 kwietnia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **"Pamar" Sp. z o. o. Zakład Pracy Chronionej Pl. Konstytucji 3, 00-647 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **P.P.U.P. Poczta Polska Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Warszawie ul. Świętokrzyska 31/33, 00-941 Warszawa** protestu z dnia **6 marca 2009 r.**

przy udziale **Work Service S.A. ul. Ruska 51, 50-079 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenie wykonawcy wybranego oraz odrzucenie jego oferty a także nakazuje ponowną ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty.

2. Kosztami postępowania obciąża **P.P.U.P. Poczta Polska Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Warszawie ul. Świętokrzyska 31/33, 00-941 Warszawa** 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 **"Pamar" Sp. z o. o. Zakład Pracy Chronionej Pl. Konstytucji 3, 00-647 Warszawa**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 173 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt trzy złote zero grosze) przez **P.P.U.P. Poczta Polska Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Warszawie ul. Świętokrzyska 31/33, 00-941 Warszawa** na rzecz **"Pamar" Sp. z o. o. Zakład Pracy Chronionej Pl. Konstytucji 3, 00-647 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (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 **"Pamar" Sp. z o. o. Zakład Pracy Chronionej Pl. Konstytucji 3, 00-647 Warszawa**.

Uzasadnienie

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 09.01.2009r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2009/S 5 -005899

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi polegającej na wykonywaniu czynności z zakresu eksploatacji pocztowej na terenie funkcjonowania Centrum Poczty - Węzeł Ekspedycyjno -Rozdzielczy w Warszawie, ul. Łączyny 8,

Zamawiającym jest Państwowe Przedsiębiorstwo Użyteczności Publicznej Poczta Polska ul. Rakowiecka 26, 00 - 940 Warszawa Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Warszawie ul. Świętokrzyska 31/33 00-941 Warszawa zwany dalej również „Zamawiającym”

Odwołującym jest "PAMAR" Sp. z o.o. Zakład Pracy Chronionej Pl. Konstytucji 3 00-647 Warszawa Biuro: ul. Biezuńska 1 03-578 Warszawa zwany dalej również „Odwołującym”

Przystępującym do postępowania odwoławczego jest Work Service S.A. ul. Ruska 51 50-079 Wrocław zwany dalej również „Przystępującym” lub „Wykonawcą wybranym”

W dniu 24 marca 2009r. "PAMAR" Sp. z o.o. Zakład Pracy Chronionej Pl. Konstytucji 3 00-647 Warszawa Biuro: ul. Biezuńska 1 03-578 Warszawa złożył odwołanie zawierające zarzuty podniesione w proteście tj.:

1. nie wykluczenie Wykonawcy Work Service S.A. z postępowania zgodnie z treścią art. 24 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. 2007r. Nr 223 poz.1655, zm. Dz.U. 2008r. Nr 171 poz.1058) zwanej dalej „Prawo zamówień publicznych” lub ”ustawą”
2. nie uznanie przez Zamawiającego, że oferta Wykonawcy Work Service S.A. podlega odrzuceniu zgodnie z treścią art. 24 ust. 4 ustawy -Prawo zamówień publicznych;
3. nie uznanie przez Zamawiającego, iż oferta Wykonawcy Work Service S.A. podlega odrzuceniu zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy -Prawo zamówień publicznych;
4. dokonanie wyboru oferty, która winna podlegać odrzuceniu, w myśl przywołanych powyżej artykułów ustawy -Prawo zamówień publicznych

Odwołujący złożył następujące wnioski, co do rozstrzygnięcia odwołania i wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania ofert oraz dokonania wyboru oferty złożonej przez firmę Work Service S.A. z Wrocławia,
2. wykluczenie wykonawcy Work Service S.A. z Wrocławia,
3. odrzucenie oferty Wykonawcy Work Service S.A. z Wrocławia,
4. wybór oferty Odwołującego się, jako oferty najkorzystniejszej i zgodnej z przepisami prawa i warunkami SIWZ.

Odwołanie zawiera następujące uzasadnienie faktyczne i prawne.

Odwołujący składa odwołanie od rozstrzygnięcia w dniu 16 marca 2009 roku przez Zamawiającego protestu Odwołującego się, a złożonego dnia 6 marca 2009 roku, w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący się, nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego przedstawionym w rozstrzygnięciu protestu, przedstawiając co następuje.

W odniesieniu do zarzutu nie wykluczenia przez Zamawiającego Wykonawcy Work Service S.A. z postępowania zgodnie z treścią art. 24 ustawy -Prawo zamówień publicznych, Odwołujący podtrzymuje zarzut określony w pkt. 1 protestu, gdyż zdaniem Odwołującego się, Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ustawy prawo zamówień publicznych i rozstrzygnięcie protestu oparł wyłącznie na twierdzeniu Przystępującego do protestu po stronie Zamawiającego, firmy Work Service S.A.

Zdaniem Odwołującego się, polisa ubezpieczeniowa, przedłożona przez firmę Work Service S.A. a wystawiona przez Towarzystwo Ubezpieczeń Allianz Polska S.A. nie jest ważnym dokumentem potwierdzającym spełnianie przez Wykonawcę Work Service S.A. warunku udziału w postępowaniu - określonego w pkt. 8.1.c, gdyż:

- jest umową ubezpieczenia, w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego,
- nie odnosi się zarówno do przedmiotu zamówienia jak i do działalności prowadzonej przez Work Service S.A.

Odwołujący, stawiając powyższy zarzut, odniósł się do treści obowiązujących przepisów kodeksu cywilnego i ustawy o działalności ubezpieczeniowej, które to przepisy w sposób bezsporny i bezpośredni warunkują ważność umowy ubezpieczenia jak i określają dokumenty ubezpieczeniowe, potwierdzające fakt zawarcia umowy ubezpieczenia. Bezspornym pozostaje dla Odwołującego się treść art. 809 § 1 kodeksu cywilnego stanowiąca, że "Ubezpieczyciel zobowiązany jest potwierdzić zawarcie umowy dokumentem ubezpieczenia"

Jednakże, zdaniem Odwołującego się, przedłożony przez Wykonawcę Work Service S.A. dokument, oznaczony numerem seryjnym zakładu ubezpieczeń 000-08-430-05859548, nie jest dokumentem potwierdzającym zawarcie umowy ubezpieczenia, czy też polisą ubezpieczeniową, lecz jest również i przede wszystkim umową ubezpieczenia.

Zawiera wszelkie istotne elementy umowy ubezpieczenia jak: okres odpowiedzialności, zakres i warunki odpowiedzialności zakładu ubezpieczeń, warunki płatności, jak i przede wszystkim zawiera zapis jaki wymagany jest wyłącznie w odniesieniu do umowy ubezpieczenia (a nie dokumentu polisy czy innego dokumentu potwierdzającego zawarcie umowy ubezpieczenia) a mianowicie, zapis znajdujący się na stronie 3 przedstawionego dokumentu o treści:

"Potwierdzam, że otrzymałem i zapoznałem się z treścią Polisy wraz z wyżej wymienionymi Ogólnymi Warunkami Ubezpieczenia i załącznikami"

Zapis ten, wymagany jest treścią art. 384 § 1 kodeksu cywilnego o treści

"Ustalony przez jedną ze stron wzorzec umowy, w szczególności ogólne warunki umów, wzór umowy, regulamin, wiąże drugą stronę, jeżeli został jej doręczony przed zawarciem umowy." i w sposób bezpośredni wskazuje na fakt, iż przedłożony dokument jest umową ubezpieczenia i dla swojej ważności wymaga złożenia dwóch podpisów osób upoważnionych do reprezentowania firmy Work Service S.A.

Tym samym, twierdzenie Zamawiającego, że podpis Prezesa Zarządu firmy Work Service S.A. potwierdzający zapoznanie się przez niego, z treścią umowy - a nie jej zawarcie - należy uznać za rażące naruszenie art. 7 ustawy prawo zamówień publicznych przez Zamawiającego.

W związku z brakiem odniesienia się Zamawiającego, w rozstrzygnięciu protestu, do zarzutu określonego w punkcie b) powyżej, Odwołujący pragnie przytoczyć treść przystąpienia do protestu po stronie Zamawiającego: jaką otrzymał od wykonawcy Work Service S.A.

"Nie można zgodzić się z zarzutem protestującego Wykonawcy, że zakres polisy nie obejmuje przedmiotu zamówienia. W tym miejscu odnieść się należy do przedmiotu zamówienia, który określony został w SIWZ. Z treści załącznika Nr. 1 oraz 1.1. do SIWZ wynika, że przedmiotem zamówienia są pewne określone przez Zamawiającego czynności, które polegają m.in. na wypisywaniu stosowanych dokumentów w zakresie wewnętrznej organizacji Zamawiającego, przygotowywaniu do wysyłki (ale nie sama wysyłka), rozładunek, załadunek, segregacja ładunków, dzielenie przesyłek, opróżnianie zasobników, wprowadzanie danych itp... Wszystkie powyższe zapisy w sposób jednoznaczny świadczą, że przedmiotem zamówienia jest realizacja wybranych zadań eksploatacyjnych i czynności pocztowych, rozumianych jako czynności pomocnicze i wspomagające (wykonywane przez pracowników Wykonawcy) działalność Zamawiającego, polegająca na świadczeniu usług pocztowych.

Innymi słowy, zadaniem Wykonawcy, będzie wykonywanie określonych przez Zamawiającego czynności, służących realizacji przez niego usługi zasadniczej tj. usługi pocztowej, według procedur i organizacji pracy obowiązujących u Zamawiającego.

... w świetle powyższego należy uznać, że przedłożona przez nas polisa w pełni obejmuje zakres przyszłych świadczeń na rzecz Zamawiającego. Zgodnie z treścią polisy ubezpieczeniem objęty jest leasing pracowniczy, świadczenie usług w zakresie pracy tymczasowej, doradztwo personalne oraz outsourcing. W związku z powyższym rodzaj ubezpieczonej działalności obejmuje zatem delegowanie pracowników ubezpieczonego do wykonywania zadań w zakresie, na terenie i pod kierownictwem osób trzecich, w tym przypadku Zamawiającego."

Powyższe sformułowanie, w szczególności w związku z brakiem reakcji Zamawiającego na postawiony przez Odwołującego się zarzut, należy analizować również pod względem naruszenia przez Zamawiającego zasad wynikających z art. 7 ustawy -Prawo zamówień publicznych.

Jak wynika z treści ogłoszenia, SIWZ i innych dokumentów, przedmiotem zamówienia jest wykonanie usługi polegającej na wykonywaniu czynności z zakresu eksploatacji pocztowej a nie wykonanie usługi polegającej na leasingu pracowników do wykonywania określonej czynności.

Zauważyć należy w tym miejscu, że Zamawiający jakim jest Państwowe Przedsiębiorstwo Użyteczności Publicznej POCZTA POLSKA, wielokrotnie korzystała z usług tzw. leasingu pracowników przy realizacji czynności z zakresu eksploatacji pocztowej, lecz przedmiot postępowań zawsze był określany w sposób należyty, nie budzący wątpliwości i zgodny z dyspozycją art. 38 ustawy -Prawo zamówień publicznych. Na potwierdzenie powyższego, Odwołujący załącza (załącznik nr 3, 4 i 5) posiadane przez siebie dokumenty potwierdzające powyższe zdarzenia.

Odwołujący podtrzymuje zarzut naruszenia przez Zamawiającego podstawowych zasad należytego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności naruszenia zasady równego traktowania Wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, Zamawiający (po powzięciu wątpliwości co do prawdziwości załączonych do oferty wykonawcy Work Service S.A. dokumentów -a w konsekwencji do ich nie uznania za ważne i spełniające warunki udziału w postępowaniu) pismem z dnia 18 lutego 2009 roku pismo nr DZ -87 12009, wystąpił do Work Service S.A. o złożenie dokumentów potwierdzających że wykonane przez nich usługi zostały wykonane należycie zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 przywołanej ustawy (załącznik nr 6).

W odpowiedzi na powyższe, firma Work Service S.A., nie złożyła w określonym przez Zamawiającego terminie wymaganych prawem dokumentów, lecz złożyła wyjaśnienia i dokonała nieuprawnionego uzupełnienia oferty.

Powyższe działanie, w przypadku rzetelnego prowadzenia przez Zamawiającego postępowania winno skutkować wykluczeniem wykonawcy Work Service S.A. oraz uznaniem jego oferty za odrzuconą.

Zamawiający na tak postawiony przez Odwołującego się zarzut, potwierdza fakt złożenia przez Work Service S.A. wyjaśnień, a nie żądanych przez siebie dokumentów i nie podejmuje żadnych działań, do których jest obowiązany mocą ustawy.

O ile działanie Zamawiającego można by uznać za uzasadnione, w przypadku gdyby w SIWZ znajdował się zapis o którym mowa w art. 138c ust. 1 pkt. 5 ustawy -Prawo zamówień publicznych, lecz z uwagi na brak powyższego zapisu, obowiązany jest on do równego traktowania Wykonawców i należytego przeprowadzania postępowania.

Jednocześnie Odwołujący, pragnie zwrócić uwagę na treść dokumentów, które zostały złożone przez Wykonawcę Work Service S.A. w odpowiedzi na powyższe wezwanie.

Wśród złożonych dokumentów, stanowiących załącznik do pisma firmy Work Service S.A. z dnia 20 lutego 2009 roku, znajdują się kopie pierwszych stron umów o udzielenie zamówień publicznych z Zamawiającym jakim jest Poczta Polska reprezentowana przez Centrum Usług Pocztowych Oddział Regionalny w Łodzi. Odwołujący pragnie zwrócić szczególną uwagę, na fakt, że umowa nr CUPOR/DOIDW/III1789/06 -w swojej treści odpowiada umowie załączonej jako wzór w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wybór wykonawcy usług w zakresie pozyskiwania pracowników handlowych i przemysłowych (strona 27 załącznika nr 3 do odwołania), oraz umowa nr CUPOR/DOIDW/III/KI39/07 -w swojej treści odpowiada umowie załączonej jako wzór w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wybór wykonawcy usług w zakresie pozyskiwania pracowników handlowych i przemysłowych (strona 27 załącznika nr4 do odwołania).

Niezależnie od powyższego, Odwołujący się, pragnie zwrócić uwagę na zapis znajdujący się na stronie 26 przywołanych powyżej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, gdzie Zamawiający jakim jest Poczta Polska potwierdza że opis przedmiotu zamówienia jest zgodny ze Wspólnym Słownikiem Zamówień -CPV 74.52.30.00-1 -usługi w zakresie pozyskiwania pracowników handlowych i przemysłowych.

Mając na względzie powyższe, stwierdzić należy, że Zamawiający Poczta Polska, w chwili kierowania wezwania do uzupełnienia dokumentów, wiedział, że przedłożone przez Wykonawcę Work Service S.A. dokumenty -nie odpowiadają usługom objętym przedmiotowym zamówieniem.

Dlatego też, działania Zamawiającego, który posiadając wiedzę o powyższym, należy traktować jako działania rażąco naruszające podstawowe przepisy prawa, w szczególności zasadę równego traktowania Wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Odwołujący, podtrzymuje zarzut, nie odrzucenia oferty Wykonawcy Work Service S.A. z uwagi na zapis artykułu 89 ust. 3 ustawy -Prawo zamówień publicznych o treści: "Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji."

Odwołujący pragnie zwrócić również uwagę na ujawniony w rozstrzygnięciu protestu zapis dotyczący rzetelności prowadzonego postępowania, w świetle dyspozycji art. 30 ust. 7 ustawy -Prawo zamówień publicznych o treści "Do opisu przedmiotu zamówienia stosuje się nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień."

Cytując za Zamawiającym "Określając kod CPV w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający, posiłkował się tym, że czynności wykonywane przez potencjalnego Wykonawcę, będą dotyczyły świadczonych przez Zamawiającego usług pocztowych, dla podmiotów zewnętrznych" tym samym Zamawiający potwierdził, że zarówno opis przedmiotu zamówienia, jak i zastosowany przez niego kod CPV nie są tożsame a tym samym są niezgodne z obowiązującymi przepisami prawa zamówień publicznych.

W świetle powyższego, jak również z uwagi na stanowisko firmy Work Service S.A. przedstawione zarówno w wyjaśnieniach udzielonych niezgodnie z przepisami prawa, jak i przystąpieniu do protestu po stronie Zamawiającego, stwierdzić należy, że oferta firmy Work Service S.A. odnosi się do usługi leasingu pracowników, a nie wykonywaniu usługi eksploatacji pocztowej i winna podlegać odrzuceniu zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy -Prawo zamówień publicznych.

Mając na względzie powyższe, Odwołujący wnosi jak we wstępie odwołania.

Do postępowania protestacyjnego, a następnie odwoławczego przystąpił wykonawca wybrany Work Service S.A. ul. Ruska 51 50-079 Wrocław wnosząc o oddalenie protestu jako oczywiście bezzasadnego.

Przystępujący podniósł następującą argumentację.

Uznanie przez Zamawiającego protestu PAMAR Sp. z o.o. Zakład Pracy Chronionej za zasadny narusza zatem w sposób bezpośredni interes prawny naszej Spółki.

W wyniku przeprowadzonego postępowania Zamawiający dokonał oceny i wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Odnosząc się do zarzutów protestującego Wykonawcy stwierdził, co następuje:

1. Zgodnie z wymogami postępowania Spółka złożyła polisę ubezpieczeniową Nr 000-08-430-05859548, wydaną przez TU Allianz Polska S.A. Dokument ten, podpisany przez ubezpieczyciela, potwierdza fakt zawarcia umowy ubezpieczenia, zgodnie z art. 809 § 1 Kodeksu cywilnego. Polisa nie stanowi sama w sobie umowy, którą ubezpieczony miałby podpisać zgodnie z reprezentacją ujawnioną we właściwym rejestrze. Zatem wbrew twierdzeniom protestującego Wykonawcy przedmiotowa polisa ubezpieczeniowa nie wymaga dla swej ważności złożenia podpisów przez dwóch członków zarządu reprezentujących Work Service S.A. Podpis, widniejący na przedstawionej polisie, świadczy jedynie o potwierdzeniu zapoznania się z treścią polisy przez Prezesa Zarządu. Ponadto należy podnieść, że Prezes Zarządu posiada stosowne upoważnienie udzielone mu przez Zarząd Spółki do jednoosobowego podpisywania tego rodzaju dokumentów.
2. Nie można zgodzić się z zarzutem protestującego Wykonawcy, że zakres polisy nie obejmuje przedmiotu zamówienia. W tym miejscu odnieść się należy do przedmiotu postępowania, który został określony w SIWZ. Z treści załącznika Nr 1 oraz 1.1. do SIWZ wynika, że przedmiotem zamówienia są pewne określone przez Zamawiającego czynności, które polegają m. in., na wypisywaniu stosownych dokumentów w zakresie wewnętrznej organizacji Zamawiającego, przygotowywaniu do wysyłki (ale nie sama wysyłka), rozładunek, załadunek, segregacja ładunków, dzielenie przesyłek, opróżnianie zasobników, wprowadzanie danych itp. Ponadto załącznik Nr 1 zastrzega m. in., że:
 - a) Zamawiający ma prawo wydawania poleceń osobom, za pomocą których Wykonawca będzie realizował usługę, Zamawiający zastrzega sobie prawo odsunięcia pewnych osób, zatrudnione osoby wykonywać będą swoje obowiązki w dniach i godzinach określonych w harmonogramie, ostateczną ilość osób potrzebnych do pracy w danym okresie będzie określał Zamawiający,
 - b) Zamawiający oczekuje pełnej realizacji zamówienia tj. zapewnienia odpowiedniej liczby osób potrzebnych do pracy.
 - c) Dodać również należy, że całość prac ma być wykonywana w jednostkach należących do Zamawiającego i przy użyciu jego narzędzi .

Wszystkie powyższe zapisy w sposób jednoznaczny świadczą, że przedmiotem zamówienia jest realizacja wybranych zadań eksploatacyjnych i czynności pocztowych, rozumianych jako czynności pomocnicze i wspomagające (wykonywane przez pracowników Wykonawcy) działalność Zamawiającego, polegającą na świadczeniu usług pocztowych. Innymi słowy zadaniem wykonawcy będzie wykonywanie określonych przez Zamawiającego czynności, służących realizacji przez niego usługi zasadniczej tj. usługi pocztowej, według procedur i organizacji pracy obowiązujących u Zamawiającego.

Protestujący Wykonawca stwierdza, że przywołany przez Zamawiającego kod CPV Nr 64.11.00.00-0 odpowiada następującym kodom klasyfikacji PKD 2004: 64.11.Z lub 64.12.8. Należy zatem podkreślić, że PKD 64.11.Z. - dotyczy tylko i wyłącznie działalności operatora publicznego, obowiązane do świadczenia powszechnych usług pocztowych. Obowiązek świadczenia tego typu usług na podstawie art. 46 ust. 2 ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. Prawo Pocztove (tj. 2008 r. Dz.U. Nr 189, poz. 1159, z późn. zrn.), powierzony został Poczcie Polskiej S.A. Z tych też względów ani Przystępujący, ani żaden inny podmiot nie może świadczyć w zakresie swojego przedsiębiorstwa tego typu usług. Działalność pocztowa sklasyfikowana pod Nr 64.12.8. (PKD 2004) obejmuje swoim zakresem zbieranie, przewóz i doręczanie przesyłek listowych i paczek w zakresie przedmiotowym niezastrzeżonym dla operatora publicznego. Takie określenie działalności oznacza, że dany podmiot ma uprawnienia do samodzielnego wykonywania, we własnym imieniu usług pocztowych. Usługę pocztową stanowi, zgodnie z definicją ustawową zawartą w Prawie Pocztowym, wykonywane w obrocie krajowym lub zagranicznym, zarobkowe: a) przyjmowanie, przemieszczanie i doręczanie przesyłek oraz druków nieopatrzonych adresem, zwanych dalej drukami bezadresowymi"; b) prowadzenie punktów wymiany umożliwiających przyjęcie i wymianę korespondencji między podmiotami korzystającymi z obsługi tych punktów; c) realizowanie przekazów pocztowych.

Tak rozumiane usługi pocztowe oznaczają wykonywanie tego typu usług przez dany podmiot w sposób samodzielny, w swoim własnym imieniu, a nie wykorzystywanie pracowników Wykonawców do wykonywania pojedynczych czynności pod szyldem Zamawiającego, jak to ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Nie można zatem zgodzić się z twierdzeniem, że przedmiotem zamówienia są stricte usługi pocztowe. Określenie przez Zamawiającego kodu CPV, w przedmiotowym postępowaniu wskazuje jedynie na fakt, że czynności wykonywane przez wybranego wykonawcę dotyczyć będą świadczonych przez Zamawiającego usług pocztowych dla podmiotów zewnętrznych. Opieranie się na samym kodzie CPV wskazanym przez Zamawiającego, w świetle powyższej analizy, prowadziłoby do wyciągnięcia absurdalnych wniosków. Znacząca w tej sprawie jest przede wszystkim treść przedmiotu zamówienia, a nie jej nazewnictwo lub oznaczenie kodowe. Zakres przedmiotowy zamówienia, zawarty w załączniku Nr 1 i 1.1. do SIWZ odbiega od definicji ustawowej usług pocztowych czy jakiegokolwiek oznaczenia kodowego.

W tym miejscu należy wskazać na istotną okoliczność dotyczącą zapisu punktu

8.1. SIWZ. Zgodnie z art. 22 ust.2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zabronione jest określanie warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zakaz ten oznacza, że formułując te warunki Zamawiający nie może stosować kryteriów dyskryminujących i w sposób dowolny różnicujących

wykonawców. Dlatego ustawa i przepisy wykonawcze tak drobiazgowo określają jakiego rodzaju okoliczności faktyczne i jakimi dokumentami powinny być potwierdzone.

Precyzując warunki udziału w postępowaniu, Zamawiający powinien opierać się na obiektywnych przesłankach opisanych w Prawie zamówień publicznych tak, aby do udziału w postępowaniu był dopuszczony każdy wykonawca zdolny do wykonania zamówienia. Jak wskazuje się w doktrynie, celem takiego unormowania nie jest jakiegokolwiek zawężenie kręgu potencjalnych wykonawców lecz wyłącznie ochrona interesu publicznego.

W świetle powyższego należy uznać, że przedłożona polisa w pełni obejmuje zakres przyszłych świadczeń na rzecz Zamawiającego.

Zgodnie z treścią polisy ubezpieczeniem objęty jest leasing pracowniczy,

świadczenie usług w zakresie pracy tymczasowej, doradztwo personalne oraz outsourcing.

W związku z powyższym rodzaj ubezpieczonej działalności obejmuje zatem delegowanie pracowników ubezpieczonego do wykonywania zadań w zakresie, na terenie i pod kierownictwem osób trzecich, w tym przypadku Zamawiającego.

Wobec uzasadnienia zawartego powyżej zarzut protestującego Wykonawcy, co do braku w przedmiocie działalności usług pocztowych należy uznać za całkowicie chybiony. Jak była o tym mowa powyżej de facto przedmiotem zamówienia jest wykonywanie poszczególnych czynności (nie usług), przez oddelegowanych do tego pracowników Wykonawcy, przy czym wykonywanie poszczególnych czynności nie wymaga posiadania jakichkolwiek dodatkowych uprawnień, pozwoleń, zezwoleń itp., czy szczególnych kwalifikacji pracowników.

Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego Przystępujący przedstawił referencje oraz wykazał wykonanie w okresie ostatnich trzech lat w ilości nie mniejszej niż trzy, usług z zakresu, będącego przedmiotem niniejszego postępowania o zamówienie publiczne. Zamawiający określił również, że wartość świadczonych wcześniej usług nie może być niższa niż 5.000.000,00 zł. W wykonaniu powyższych wymagań Przystępujący wykazał, w załączniku Nr 5 Doświadczenie Zawodowe, realizowane wcześniej usługi w zakresie czynności z zakresu eksploatacji pocztowej. Do przedmiotowego załącznika zostały dołączone dokumenty w postaci referencji potwierdzających, że wyszczególnione usługi zostały wykonane należycie.

Zgodnie z treścią referencji wystawionych przez podmioty zlecające, to spółka Work Service S.A. świadczyła usługi polegające na wykonywaniu czynności z zakresu eksploatacji pocztowej. Usługi świadczone, wbrew twierdzeniom protestującego Wykonawcy, nie polegały na rekrutacji pracowników. Treść referencji wyraźnie wskazuje, że usługi były świadczone przez Przystępującego. Bez znaczenia pozostaje fakt, jakim rodzajem

pracowników posłużyła Spółka przy wykonywaniu poprzednich usług i posłuży w przyszłości. Osoby wytypowane do wykonania poszczególnych czynności nie muszą być bowiem tożsame w obu przypadkach, a nawet jeśli zajdzie tożsamość osobowa to inna może być więź prawna łącząca naszą Spółkę z dedykowanymi pracownikami. Istotne jest zatem jedynie to, że to Work Service S.A. świadczyła usługi na wykonanie określonych czynności, które są również przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu. To nasza Spółka ponosiła odpowiedzialność wobec Zamawiających za działania skierowanych pracowników. Przyjęcie odmiennego stanowiska oznaczałoby konieczność uzyskiwania przedkładania referencji dla poszczególnych pracowników.

W zakresie rozbieżności, co do poz. 3 wykazu Doświadczenia Zawodowe należy podkreślić, że w uzupełnieniu oferty dokonano zmiany załącznika, w którym wykazano poszczególne umowy z jednym podmiotem mieszczące się w okresie wykazanym w pierwotnym załączniku. Każda z tych umów stanowi o odrębności każdej ze świadczonych usług przez naszą Spółkę. Wystawione przez Zamawiającego referencje obejmują zaś w sposób łączny wszystkie poszczególne umowy, również te nie wykazane w zmienionym załączniku. W tej sytuacji nie było konieczności wymieniaania referencji, gdyż referencje wystawione przez Centrum Usług Poczтовых, Oddział Regionalny w Łodzi obejmują swym zakresem pozycje wykazane w zmienionym przez nas załączniku Doświadczenia Zawodowe. Wskutek uzupełnienia oferty powstały różnice pomiędzy treścią nowego załącznika a referencjami, co do okresu łącznego świadczenia odrębnych usług oraz kwoty. Podnieść jednakże należy, że rozbieżność ta nie może stanowić podstawy do odrzucenia naszej oferty. Zgodnie bowiem z wymogami Zamawiającego zostało wykazane świadczenie przez nas określonego zakresu prac w ciągu ostatnich trzech lat, na podstawie odrębnych umów, przy czym łączna wykazana kwota znacznie przewyższa wymagany przez Zamawiającego próg 5.000.000,00 zł. Podnieść również należy, że wykonane przez nas usługi nie budziły zastrzeżeń Centrum Usług Poczтовых, Oddział Regionalny w Łodzi, co znalazło swój bezpośredni wyraz w treści referencji.

Pismem z dnia 16 marca 2009 r. Zamawiający po rozpatrzeniu, protestu wniesionego w dniu 6 marca 2009 roku, postanowił protest oddalić.

W rozstrzygnięciu protestu przedstawił następującą argumentację formalną i prawną.

1. Zarzut nie wykluczenia Wykonawcy Work Service S. A., z postępowania z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu dokonane zostało z naruszeniem art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 3, art. 91, ustawy Prawo zamówień publicznych oraz innych wynikających z uzasadnienia protestu -dotyczy złożonego dokumentu -polisy ubezpieczeniowej.

Firma "Work Service" S. A., załączyła do złożonej oferty, polisę ubezpieczeniową odpowiedzialności cywilnej Nr 000-08-430-05859548, wydaną przez TU Allianz Polska S. A.

Zgodnie z postanowieniami art. 809 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku -Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.) "Ubezpieczyciel zobowiązany jest potwierdzić zawarcie umowy dokumentem ubezpieczenia." Dokument ten podpisany przez ubezpieczyciela, potwierdza fakt zawarcia umowy ubezpieczenia. Przedmiotowa polisa ubezpieczeniowa nie wymaga dla swej ważności, złożenia podpisów przez dwóch członków Zarządu Work Service S. A. Widniejący na niej podpis Prezesa Zarządu Work Service S. A., potwierdza, że zapoznał się z jej treścią oraz, że ją otrzymał. Zgodnie z art. 806, ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku -Kodeks cywilny nieważność i bezskuteczność umowy ubezpieczenia, może nastąpić tylko w przypadkach określonych w przywołanym artykule.

Z tych względów Zamawiający nie uznaje zarzutu Wykonawcy w tym zakresie.

2. Zarzut nie uznania przez Zamawiającego, iż oferta Wykonawcy Work Service S. A., podlega odrzuceniu zgodnie z treścią art. 24 ust. 4 ustawy -Prawo zamówień publicznych -w zakresie dokumentów potwierdzających doświadczenie zawodowe:

Zamawiający precyzując warunki udziału w postępowaniu, opierał się na obiektywnych przesłankach, opisanych w ustawie Pzp, tak aby do udziału w postępowaniu był dopuszczony każdy Wykonawca zdolny do wykonania zamówienia. Celem takiego unormowania, nie jest zawężanie kręgu potencjalnych Wykonawców, lecz wyłącznie ochrona interesu publicznego.

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest usługa, polegająca na wykonywaniu poszczególnych czynności eksploatacyjnych pocztowych przez oddelegowanych do tego pracowników Wykonawcy. Wykonywanie poszczególnych czynności przez pracowników Wykonawcy, nie wymaga posiadania przez nich jakichkolwiek dodatkowych kwalifikacji, czy też: uprawnień, zezwoleń, koncesji, itp.

W świetle otrzymanych od Firmy Work Service S. A., wyjaśnień, w których Wykonawca stwierdza, że "Usługi wskazane powyżej zostały wykonane należycie, na co wskazują złożone w postępowaniu przetargowym referencje oraz że usługi te były wykonywane na rzecz Poczty Polskiej stwierdzić należy że miały one charakter zgodny z przedmiotowym zamówieniem. Istotne jest, że to Firma Work Service S. A., świadczyła przedmiotową usługę i to ona ponosiła odpowiedzialność wobec Zamawiającego za działania, skierowanych do świadczenia usługi -pracowników.

Z tych względów Zamawiający nie uznaje zarzutu Wykonawcy w tym zakresie.

3. Zarzut nie uznania przez Zamawiającego, iż oferta Wykonawcy Work Service S. A. podlega odrzuceniu zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy -Prawo zamówień publicznych w zakresie braku wpisu do KRS zakresu działalności -usługi pocztowe:

Zapisy w SIWZ jednoznacznie świadczą, że przedmiotem zamówienia nie są usługi pocztowe w rozumieniu ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r., Prawo pocztowe (tj.: Dz. U. z 2008 r., Nr 189, poz. 1159, z późniejszymi zmianami), lecz usługi polegające na realizacji wybranych zadań eksploatacyjnych i czynności pocztowych, rozumianych jako czynności pomocnicze i wspomagające działalność Zamawiającego, polegającą na świadczeniu usług pocztowych.

Przywołany przez "Protestującego" kod klasyfikacji PKD 2004: 64.11.Z., dotyczy wyłącznie działalności operatora publicznego, jakim jest m.in. Poczta Polska, obowiązanej do świadczenia:

1. powszechnych usług pocztowych, w oparciu o postanowienia ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r., Prawo pocztowe (tj.: Dz. U. z 2008 r., Nr 189, poz. 1159, z późn. zm.). Natomiast przywołany kod klasyfikacji PKD 2004: 64.12.8. -obejmuje swoim zakresem: zbieranie, przewóz i doręczanie przesyłek listowych i paczek, w zakresie przedmiotowym nie zastrzeżonym dla operatora publicznego (m.in. Poczta Polska). Takie określenie oznacza, że podmiot ma uprawnienia do samodzielnego wykonywania usług pocztowych, we własnym imieniu. Rozumiane w ten sposób usługi pocztowe, oznaczają wykonywanie tego typu usług przez dany podmiot, w sposób samodzielny, na swój własny rachunek, a nie wykorzystywanie pracowników Wykonawcy do wykonywania pojedynczych czynności, pod szyldem Zamawiającego, jak to ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Określając kod CPV, w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający posiłkował się tym, że czynności wykonywane przez potencjalnego Wykonawcę, będą dotyczyć świadczonych przez Zamawiającego usług pocztowych, dla podmiotów zewnętrznych. Zamawiający uznaje, że w przedmiotowej sprawie ważna jest przede wszystkim, treść przedmiotu zamówienia, a nie jej nazewnictwo lub oznaczenie kodowe. Ponadto, zgodnie z postanowieniami art. 22 ust. 2, ustawy „Pzp”, zabronione jest określanie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Z tych względów Zamawiający nie uznaje zarzutu Wykonawcy w tym zakresie.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, w myśl art.197 ust.1 ustawy, ponieważ w postępowaniu złożono dwie oferty i w przypadku uwzględnienia odwołania, przez wykluczenie z postępowania wykonawcy, którego oferta została wybrana, Odwołujący

mógłby uzyskać zamówienie. Powyższe wypełnia przesłanki posiadania interesu prawnego do wniesienia odwołania.

Skład orzekający Izby w toku postępowania wyjaśniającego na rozprawie oraz na podstawie przedłożonej dokumentacji postępowania ustalił co następuje.

Odwołujący podtrzymując zarzuty zawarte w proteście, zarzucił Zamawiającemu:

1. nie wykluczenie Przystępującego (Wykonawca wybrany) z postępowania zgodnie z treścią art. 24 ustawy
2. nie uznanie przez Zamawiającego, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu zgodnie z treścią art. 24 ust. 4 ustawy.

Zdaniem Odwołującego się, polisa ubezpieczeniowa, przedłożona przez Przystępującego, a wystawiona przez Towarzystwo Ubezpieczeń Allianz Polska S.A. nie jest ważnym dokumentem potwierdzającym spełnianie przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu -określonego w pkt. 8.1.c, gdyż:

-jest umową ubezpieczenia, w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego,
-nie odnosi się zarówno do przedmiotu zamówienia jak i do działalności prowadzonej przez Przystępującego.

Odwołujący, stawiając powyższy zarzut, odniósł się do treści obowiązujących przepisów kodeksu cywilnego i ustawy o działalności ubezpieczeniowej, które to przepisy w sposób bezsporny i bezpośredni warunkują ważność umowy ubezpieczenia jak i określają dokumenty ubezpieczeniowe, potwierdzające fakt zawarcia umowy ubezpieczenia. Bezspornym pozostaje dla Odwołującego się treść art. 809 § 1 kodeksu cywilnego stanowiąca, że "Ubezpieczyciel zobowiązany jest potwierdzić zawarcie umowy dokumentem ubezpieczenia".

Ponadto Odwołujący zarzucił nie wykazanie przez Przystępującego należytego wykonania usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia zgodnie z pkt 8 SIWZ czyli nie przedstawienie stosownych referencji.

Skład orzekający Izby w zakresie naruszenia art. 24 ustawy w przedmiocie polisy ubezpieczenia lub innego dokumentu potwierdzającego zawarcie umowy ustalił.

Zgodnie z SIWZ, w pkt 8 Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków 8.1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają postanowienia art.22 ust.1 ustawy Pzp t.j.:

- znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia tzn.: przedłożą aktualną polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej w wysokości co najmniej 1.000.000,00 zł. na jedno i wszystkie zdarzenia.

Do oferty Przystępującego załączona jest polisa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, wystawiona przez Towarzystwo Ubezpieczeń Allianz Polska S.A. nr 000-08-430-05859548. Z treści przedłożonego dokumentu wynika, że polisa odnosi się do ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie:

"leasing pracowniczy, świadczenie usług w zakresie pracy tymczasowej, doradztwa personalnego, outsourcingu" .

Okres ubezpieczenia przedmiotowej polisy obejmuje od 01.07.2008r. do 30.06.2008r.

Suma gwarancyjna to 2.000.000,zł. na jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia, z tytułu szkód rzeczowych i osobowych łącznie.

Polisa została wystawiona przez ubezpieczyciela w dniu 26.06.2008r.

Widnieje również na niej zapis „otrzymałem i zapoznałem się z treścią Polisy wraz z wyżej wymienionymi Ogólnymi Warunkami Ubezpieczenia i załącznikami.” oraz podpis Prezesa zarządu Przystępującego P. Tomasza Szpikowskiego.

Skład orzekający Izby w zakresie naruszenia art.24 ustawy w przedmiocie polisy ubezpieczenia lub innego dokumentu potwierdzającego zawarcie umowy zważył.

W ocenie Izby polisa zawiera wszystkie wymagane elementy w SIWZ, bowiem spełnia wymóg aktualności. Zgodnie z SIWZ w pkt 16 Miejsce oraz termin składania i otwarcia ofert, oferty należy składać do 17 lutego 2009r. Natomiast okres obowiązywania polisy to okres od 01.07.2008r. do 30.06.2009r. Tak więc polisa jest aktualna na dzień składania ofert.

Zamawiający wymagał złożenia polisy lub innego dokumentu potwierdzającego spełnienie obowiązku ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej. Obowiązek został spełniony wprost, ponieważ Przystępujący złożył oczekiwany przez Zamawiającego dokument o nazwie „polisa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej” wystawiony przez Towarzystwo Ubezpieczeń Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie.

Spełniony został również wymóg SIWZ ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. Zgodnie z brzmieniem polisy ubezpieczeniu podlega "leasing pracowniczy, świadczenie usług w zakresie pracy tymczasowej, doradztwa personalnego, outsourcingu" .

Fakt prowadzenia przedmiotowej działalności przez Przystępującego został potwierdzony wypisem z Krajowego Rejestru Sądowego zgodnie z którym w dziale 3 ma wpis „Działalność związana z rekrutacją i udostępnianiem pracowników”

Należy w tym miejscu podkreślić, że zgodnie z brzmieniem SIWZ Zamawiający nie wymagał od wykonawców ubezpieczenia przedmiotu działalności będącego przedmiotem postępowania, a ubezpieczenia prowadzonej działalności.

Spełniony został również wymóg sumy ubezpieczenia, ponieważ zgodnie z SIWZ wynosi ona 1 mln zł. na jedno i wszystkie zdarzenia, a przedstawiona w ofercie polisa obejmuje ubezpieczenie na kwotę 2 mln zł na jedno i wszystkie zdarzenia.

Co do twierdzeń Odwołującego, że Przystępujący nie przedstawił zgodnie z wymogiem SIWZ dokumentu potwierdzającego zawarcie polisy tylko przedstawił umowę ubezpieczenia, to pogląd ten Izba uznała za bezpodstawny.

Zgodnie z art. 809. § 1. k.c. Ubezpieczyciel zobowiązany jest potwierdzić zawarcie umowy dokumentem ubezpieczenia. § 2. Z zastrzeżeniem wyjątku przewidzianego w art. 811, w razie wątpliwości umowę uważa się za zawartą z chwilą doręczenia ubezpieczającemu dokumentu ubezpieczenia.

Za komentarzem Chróścicki Andrzej Oficyna 2008 Komentarz do art.809 kodeksu cywilnego (Dz.U.64.16.93), [w:] A. Chróścicki, Umowa ubezpieczenia po nowelizacji kodeksu cywilnego. ...”1. Przepis § 1 wyraźnie stwierdza, że dokument ubezpieczenia nie jest umową, a tylko potwierdzeniem jej zawarcia2. Umowa ubezpieczenia zawierana jest najczęściej w trybie ofertowym i jako oferent występuje tu ubezpieczający. Oferta tego ostatniego ma postać wniosku o ubezpieczenie skierowanego do ubezpieczyciela jako oblata. Ubezpieczyciel, przyjmując ofertę, potwierdza to z reguły przez doręczenie dokumentu ubezpieczenia i chwila, w której to następuje, wyznacza moment zawarcia umowy.”

Tak więc polisa nie jest umową tylko potwierdzeniem zawarcia umowy ubezpieczenia. W związku z powyższym wywody Odwołującego o niewłaściwej reprezentacji Przystępującego na przedmiotowej polisie są bezprzedmiotowe i nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutu Odwołującego. Podzielić w tym zakresie należy zatem pogląd Zamawiającego i Przystępującego wyrażony na rozprawie, że do zawarcia umowy ubezpieczenia dochodzi poprzez zaakceptowanie przez zakład ubezpieczeń wniosku ubezpieczającego o objęcie ubezpieczeniem, zaś sama umowa ma charakter adhezyjny i następuje poprzez przystąpienie przez ubezpieczającego (akceptację) ogólnych warunków ubezpieczenia.

Reasumując Izba nie uznała zarzutu Odwołującego, co do naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ustawy, w zakresie nie wykluczenia z postępowania Przystępującego, z powodu nie przedłożenia dokumentu potwierdzającego zawarcie umowy ubezpieczenia.

Skład orzekający Izby w zakresie naruszenia art. 24 ustawy w przedmiocie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia ustalił.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu w SIWZ pkt 8 Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków 8.1. o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają postanowienia art. 22 ust.1 ustawy Pzp t.j. określił:

b) posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawia pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia, tj. wykażą, że wykonali w okresie ostatnich trzech lat, przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej trzy usługi, odpowiadające swoim rodzajem usługom, stanowiącym przedmiot zamówienia z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi wykonane zostały należycie. Zamawiający wymaga wykonania co najmniej trzech usług o łącznej wartości brutto, nie mniejszej niż 5.000.000,00zł.

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest świadczenie usługi polegającej na wykonywaniu czynności z zakresu eksploatacji pocztowej.

Przy czym zgodnie z zapisami w SIWZ przedmiotem zamówienia nie są usługi pocztowe w rozumieniu ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r., Prawo pocztowe (tj.: Dz. U. z 2008 r., Nr 189, poz. 1159, z późniejszymi zmianami), lecz usługi polegające na realizacji wybranych zadań eksploatacyjnych i czynności pocztowych, rozumianych jako czynności pomocnicze i wspomagające działalność Zamawiającego, polegającą na świadczeniu usług pocztowych.

Do złożonej oferty Przystępujący załączył wypełniony Załącznik nr 5 - Doświadczenie zawodowe z dnia 16 luty 2009 r. i między innymi referencję Poczty Polskiej Centrum Poczty Oddział Regionalny w Łodzi al. Kościuszki 5/7, z której wynika, że Przystępujący świadczył usługę polegającą na wykonaniu czynności z zakresu eksploatacji pocztowej z udziałem personelu tymczasowego na kwotę 10.857.631 zł. brutto w okresie od 01.04.2006r. do 22.01.2009r.

W toku badania ofert, Zamawiający podniósł zastrzeżenie, że Przystępujący nie złożył wraz z ofertą wymaganych dokumentów potwierdzających, że usługi (wskazane w Załączniku nr 5 do SIWZ -Doświadczenie zawodowe) zostały wykonane należycie i wezwał Wykonawcę dnia 18 lutego 2009r. (pismo nr DZ -87/2009), do ich złożenia zgodnie z treścią art. 26 ust. 3

ustawy, wyznaczając na tę czynność termin do dnia 23 lutego 2009 do godz.12:00. Zamawiający w wezwaniu zaznaczył, że dostarczone do oferty referencje dotyczą usługi rekrutacji pracowników tymczasowych (umowa z Agencją Pracy Tymczasowej) i skierowania ich do pracy, a nie usługi określonej w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Przystępujący odpowiadając na wezwanie Zamawiającego do złożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi, w okresie ostatnich trzech lat, przed dniem wszczęcia postępowania, polegającej na wykonywaniu czynności z zakresu eksploatacji pocztowej, nie przedłożył dokumentów żądanych przez Zamawiającego, lecz przedłożył nowy zaktualizowany Załącznik nr 5 do SIWZ - Doświadczenie zawodowe z datą 20 lutego 2009r., wraz z kopiami pierwszych stron zawartych umów.

Do nowego Załącznika nr 5, Przystępujący nie przedłożył referencji tj. nie uzupełnił dokumentów załączonych do oferty na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pomimo, że wskazane w nim zamówienia dotyczyły innych podmiotów niż wymienionych w Załączniku nr 5 do SIWZ z dnia 16 lutego 2009 r.

Wykazy z dnia 16 lutego 2009 r. i z dnia 20 lutego 2009 r. różnią się co do podmiotów na rzecz których wykonywane były usługi.

Ponadto wartość umowy wskazana w poz. 3 wykazu "Doświadczenie zawodowe" - Centrum Usług Poczтовых, Oddział Regionalny w Łodzi al. Kościuszki 5/7 (Wykaz do oferty) wynosi 10. 857631,00 zł i taka kwota jest wskazana w referencji załączonej do oferty, nie odpowiada łącznej kwocie wskazanej w uzupełnionym Wykazie (9.487.597,40zł.), w którym Przystępujący dokonał wyszczególnienia umów wskazanych początkowo w poz. 3 pierwszego Wykazu, z tymże w nowym Wykazie wymienia się Oddziały Regionalne w Łodzi przy ul. Kościuszki 5/7 i przy ul. Włókniarzy 227. Zliczając usługę w nowym Wykazie dla Oddziału Regionalnego przy ul. Kościuszki 5/7 otrzymuje się kwotę 6.717.318zł.

Podsumowując Przystępujący podaje trzy różne kwoty na, które były świadczone usługi w Łodzi: 10.857.631,00 zł, (poz.3 Wykazu z 16.02.2009r. i referencja al. Kościuszki 5/7), 9.487.597,40zł (Wykaz z 20.02.2009r. Oddział Regionalny przy al. Kościuszki 5/7 i ul. Włókniarzy 227) w tym 6.717.318zł. w Wykazie z 20.02.2009r. Oddział Regionalny przy ul. Kościuszki 5/7).

Natomiast Przystępujący do nowego Wykazu z dnia 20 lutego 2009r. nie przedkłada nowej referencji.

Również terminy realizacji usługi w Łodzi są rozbieżne w porównaniu Wykazu z dnia 16.02.2009r. i referencji z Wykazem z dnia 20 luty 2009r.

Z pierwotnego Wykazu wynika, iż umowa była realizowana w okresie od dnia 1 kwietnia 2006 r. do dnia 22 stycznia 2009 r.

Z uzupełnionego Wykazu wynika, że prace te były wykonywane w innych terminach tj.:

1. 05.10.2006 r. - 31.12.2006 r.;

2. 26.01.2007 r. - 26.07.2007 r.;
3. 17.09.2007 r. - 11.03.2008 r.;
4. 12.03.2008 r. - 31.08.2008 r.;
5. 01.09.2008 r. - 31.01.2009 r.

oraz obejmują dwa różne Oddziały Regionalne w Łodzi to jest przy al. Kościuszki 5/7 (poz.3-5 Wykazu) i ul. Włókniarzy 227 (pozycje 1-2 Wykazu).

Poza tym do nowego Wykazu zostają załączone pierwsze strony umów, które nie stanowią o należywym wykonaniu tychże umów.

Skład orzekający Izby w zakresie naruszenia art. 24 ustawy w przedmiocie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia zważył.

Zamawiający w dniu 18 lutego 2009r. w trybie art.26 ust.3 ustawy, wezwał w wyznaczonym terminie Przystępującego do doręczenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług.

W wezwaniu wskazał, że dołączone do oferty dokumenty referencyjne dotyczą usług rekrutacji pracowników tymczasowych (umowa z Agencją Pracy Tymczasowej) i skierowania ich do pracy, a nie świadczenia usługi polegającej na wykonywaniu czynności z zakresu eksploatacji pocztowej, będącej przedmiotem zamówienia.

Na powyższe wezwanie Przystępujący pismem z dnia 20 luty 2009r. złożył wyjaśnienia, z których wynika, że w okresie objętym referencją załączoną do oferty, wykonywał usługi na rzecz Oddziału Regionalnego Zamawiającego w Łodzi. Jednocześnie zaktualizował Wykaz i załączył pierwsze strony umów, które miały potwierdzić ujęte w wykazie usługi. Przystępujący stwierdził, że usługi były wykonane należyście co potwierdza referencja załączona do oferty. Wyjaśnił, że nie były to usługi agencji pracy tymczasowej, lecz usługi outsourcingu obejmujące czynności z zakresu eksploatacji pocztowej.

Słusznie podniósł Odwołujący na rozprawie, że Przystępujący nie oprotestował czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu do doręczenia dokumentu potwierdzającego wykonanie usługi odpowiadającej przedmiotowi zamówienia.

W tej sytuacji wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia referencji powinno być wykonane albo jeżeli Przystępujący uznawał wezwanie za nieprawidłowe powinno być zaskarżone protestem.

Natomiast Przystępujący w wykonaniu wezwania Zamawiającego przesłał nowy Wykaz i powołał się na jedną z dotychczasowych referencji zawartych w ofercie. Referencja ta z uwagi na zawarte w niej sformułowania budziła zastrzeżenia Zamawiającego co do przedmiotu świadczonej usługi (rekrutacja pracowników tymczasowych zamiast usług z zakresu eksploatacji pocztowej) i była objęta wezwaniem w trybie art.26 ust.3 ustawy.

Słusznie Odwołujący podniósł, że Przystępujący przekazując w dniu 20 luty 2009r. nowy Wykaz obejmujący usługi wykonywane na rzecz różnych Oddziałów Regionalnych Zamawiającego w Łodzi przy Al. Kościuszki 5/7 i Al. Włókniarzy 227 nie wykazał należytego wykonania tych usług, skoro nadal posługuje się referencją z oferty, która została wystawiona tylko przez jeden z Oddziałów wymienionych w nowym Wykazie z dnia 20 luty 2009r., to jest Oddział Regionalny przy Al. Kościuszki 5/7.

Ponadto wykazane usługi w nowym Wykazie obejmują różne okresy:

05.10.2006 r. -31.12.2006 r.;

26.01.2007 r. -26.07.2007 r.;

17.09.2007 r. -11.03.2008 r.;

12.03.2008 r. -31.08.2008 r.;

01.09.2008 r. -31.01.2009 r.

a referencja z oferty wskazuje na jeden okres od 01.04.2006r. do 22.01.2009r., który nie pokrywa się z okresami wykazanych usług w nowym Wykazie.

Ponadto załączenie do nowego Wykazu pierwszych stron umów odnoszących się do tego Wykazu nie potwierdza należytego wykonania usług, zgodnie z Wymogiem pkt 8 SIWZ. Poza tym kopie pierwszych stron niektórych z załączonych do Wykazu umów nie zawierają także określenia przedmiotu świadczonej usługi, a więc nie pozwalają na zweryfikowanie, czy przedmiotem umów była rekrutacja pracowników, czy też usługa eksploatacji pocztowej, a żadna z nich nie potwierdza należytego wykonania umowy.

W tym stanie rzeczy prezentowane stanowisko Zamawiającego na rozprawie, co do wykazania przez Przystępującego należytego wykonania usług przedstawionych w nowym Wykazie, przez zaliczenie referencji załączonej do oferty nie zasługuje na uwzględnienie.

Bowiem załączona referencja do oferty, wystawiona przez Oddział Regionalny al. Kościuszki 5/7, dotyczy innych umów niż wykazane w nowym Wykazie, do którego nie przedstawiono dokumentów potwierdzających należyte wykonanie umów.

W związku z powyższym Izba uwzględnia zarzut Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art.24 ust.2 pkt 3 o nie wykluczeniu z postępowania Przystępującego (Wykonawcy wybranego), który nie złożył na wezwanie Zamawiającego dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług oraz o nie odrzuceniu na podstawie art.24 ust.4 oferty Wykonawcy wybranego to jest Przystępującego.

Bowiem Przystępujący nie wykonał wezwania w trybie art.26 ust.3 ustawy Zamawiającego z dnia 18 lutego 2009r. o przedłożenie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług objętych Wykazem z dnia 16 lutego 2009r. załączonym do oferty, a jednocześnie

Przystępujący nie wykonując wezwania nie zaskarżył czynności Zamawiającego objętej wezwaniem.

Natomiast dotychczasowa referencja załączona do oferty jest niewiarygodna, ponieważ nie potwierdza usług objętych nowym Wykazem z dnia 20 lutego 2009r. z uwagi na to, że obejmuje inny okres świadczenia usługi oraz jest wystawiona tylko przez jeden z Oddziałów Regionalnych w Łodzi Zamawiającego, a także potwierdza inną wartość wykonanej usługi niż wartość usług w nowym Wykazie.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie na podstawie art. 191 ust.1a ustawy, ponieważ naruszenie przepisów ustawy art.24 ust.2 pkt 3 i art.24 ust.4 ustawy ma wpływ na wynik postępowania.

Bowiem na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej do akt sprawy wynika, że w przedmiotowym postępowaniu złożono dwie oferty to jest ofertę Przystępującego wybraną jako najkorzystniejszą oraz ofertę Odwołującego (pismo Zamawiającego z dnia 25 luty 2009r. Zn.DZ-18/2009r) jako drugą ofertę uczestniczącą w postępowaniu i w związku z tym uwzględnienie odwołania ma wpływ na wynik postępowania.

Natomiast w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że postępowanie Zamawiającego narusza art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 599,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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 ze zmianami).

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:

.....

.....