

**Sygn. akt: KIO 1793/12**

**WYROK**  
**z dnia 31 sierpnia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Honorata Łopianowska**

**Protokolant: Radosław Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 sierpnia 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2012 r. przez wykonawcę Vision Group spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Agencję Mienia Wojskowego w Warszawie przy udziale Atos spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie;**

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Vision Group spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Vision Group spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, tytułem wpisu od odwołania.

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 Warszawie.

**Przewodniczący:**

### Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „ochronę fizyczną wraz z elementami technicznego utrzymania nieruchomości znajdujących w województwach Mazowieckim i Łódzkim” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 19 lipca 2012 r. pod nr 2012/S 137-229026.

Odwołujący w dniu 17 sierpnia 2012 r. otrzymał informację o wyniku postępowania, w tym o wykluczeniu z postępowania zaś w dniu 22 sierpnia 2012 r. wobec tej czynności wniósł odwołanie.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez bezpodstawne uznanie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji niezgodne z ww. przepisem wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu,
- 2) art. 24 ust. 4 ustawy, poprzez bezpodstawne odrzuceniu oferty odwołującego;
- 3) art. 25 ust. 2 ustawy w zw. z § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2009 r., Nr 226. poz. 1817), poprzez bezpodstawne żądanie dokumentu mającego potwierdzić, że usługi były przez skarżącego wykonane, podczas gdy winny wystarczyć jedynie referencje kontrahenta wystawione w trakcie wykonywania umowy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w tym czynności polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania, powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem wniosku odwołującego, dopuszczenie odwołującego do dalszego udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał, iż:

- udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest ochrona fizyczna wraz z elementami technicznego utrzymania nieruchomości znajdujących w województwach Mazowieckim i Łódzkim. Zamawiający ustanowił jedno kryterium oceny ofert: cenę. W zawiadomieniu zamawiający wskazał, że spośród piętnastu uczestników, którzy złożyli oferty, wykluczono czterech, w tym m.in.

odwołującego, którego oferta zawierała najniższą cenę.

- uzasadniając wykluczenie odwołującego, zamawiający wskazał, że wezwał odwołującego w toku sprawy do uzupełnienia braków oferty, lecz odwołujący w ocenie zamawiającego braków nie uzupełnił. Stanowisko zamawiającego uznać należy za w całości nieprawidłowe. Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozdz. VI pkt 2 ppkt 3 SIWZ, miał złożyć wykaz wykonanych usług polegających na bezpośredniej ochronie fizycznej, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również usług wykonywanych, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, obejmujący co najmniej 2 usługi o wartości nie mniejszej niż 1 mln zł każda. Nadto wykonawca winien załączyć dokumenty potwierdzające, że usługi te zostały wykonane należycie lub były wykonywane należycie. Odwołujący złożył wraz z ofertą wykaz robót zgodnie z wymogami SIWZ, a także złożył dokumenty potwierdzające, że usługi zawarte w wykazanie zostały wykonane lub były wykonywane należycie. Zamawiający wskazał jednak, że referencje z dnia 14 października 2011 r. dotyczyły umowy, która trwała do końca stycznia 2012 r. Z uwagi na powyższe zażądał od odwołującego, by ten przedstawił referencje wystawione po realizacji umowy i wyznaczył termin do dnia 13 sierpnia 2012 r. Odwołujący pismem z dnia 13 sierpnia 2012 r. uzupełnił dokumenty zgodnie z żądaniem zamawiającego, lecz dostarczone one zostały dnia 14 sierpnia 2012 r.

- żądanie przedłożenia wymaganych przez zamawiającego dokumentów uznać należy za naruszające przepisy ustawy. Zgodnie z treścią SIWZ i § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia, wykonawca ma obowiązek załączyć do oferty dokument potwierdzający, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub były wykonywane należycie. Odwołujący przedłożył taki dokument - referencje z dnia 14 października 2011 r., zgodnie z którymi umowa była wykonywana należycie. W ocenie odwołującego przedłożenie powyższego dokumentu w powiązaniu z oświadczeniem zawartym w załączniku nr 4 wyraźnie potwierdza, że wymagania zostały przez odwołującego spełnione. W szczególności należy zauważyć, że w treści SIWZ wskazano jedynie, że należy przedłożyć dokumenty potwierdzające należyte wykonanie bądź wykonywanie usług. Nie zawarto żadnych innych dodatkowych warunków ani wymogów z tym związanych, w szczególności, że referencje dotyczące umów już zakończonych muszą być wystawione po dacie zakończenia. Wykonawca natomiast nie może ponosić negatywnych skutków niejasnych intencji zamawiającego, nie wyrażonych w SIWZ. Zgodnie z treścią specyfikacji, należało przedłożyć dokument o należyтым wykonaniu bądź wykonywaniu usług i odwołujący taki dokument przedłożył. Nadto, z referencji z dnia 9 lipca 2012 r., załączonej do pisma odwołującego z dnia 13 sierpnia 2012 r. wynika, że umowa została wykonana prawidłowo. Nie można więc czynić odwołującemu zarzutu, że np. przedłożył referencje uzyskane w toku realizacji umowy, a nie przedłożył uzyskanej po zakończeniu, bo pomiędzy 14 października 2011 r. a zakończeniem realizacji umowy doszło np. do jakichś nieprawidłowości i odwołujący chciał to np. ukryć. Nic takiego nie miało miejsca, a odwołujący

przedłożył referencje z 14 października 2011 r., bo na to pozwalała specyfikacja. Tym samym żądanie dodatkowego dokumentu uznać należy za naruszenie ww. przepisów rozporządzenia. Jednocześnie samo wykluczenie odwołującego z przetargu i odrzucenie jego oferty jawi się jako naruszające przepisy ustawy. Mimo bowiem, iż odwołujący spełniał wymagania zawarte w SIWZ, został wykluczony, a jego oferta odrzucona.

- w sytuacji, w której zgodnie z duchem ustawy ma ona zapewnić wybór najlepszego z punktu widzenia zamawiającego wykonawcy, odrzucenie oferty odwołującego i wykluczenie go z przetargu uznać należy za sprzeczne z tym duchem. Odczytanie oferty odwołującego w sposób kompleksowy pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że spełnia on wymogi SIWZ. Natomiast wybór oferenta nr 125/12 zamiast wyboru odwołującego spowoduje zwiększenie kosztów przedsięwzięcia o ponad 100.000 zł.

Do postępowania odwoławczego przystąpił wykonawca Atos spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi po stronie zamawiającego, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Zamawiający w dniu 30 sierpnia 2012 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania, wskazując, że odwołujący, wezwany do uzupełnienia w nieprzekraczalnym terminie do dnia 13 sierpnia 2012 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy dokumentu referencji wystawionych po zakończeniu wykonywania usługi podanej w wykazie usług, złożył ten dokument po wyznaczonym terminie, to jest 14 sierpnia 2012 r., co uniemożliwiło zamawiającemu ich uwzględnienie (tak wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 marca 2012 r. w spr. o sygn. KIO 369/12, 7 października 2011 r. w spr. o sygn. KIO 2072/12). Zamawiający podał również, w odniesieniu do zarzutu bezpodstawnego wezwania do uzupełnienia dokumentu referencji, że zarzut ten został zgłoszony po upływie 10-dniowego terminu na jego wniesienie. Zamawiający argumentuje, że dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi musi być wystawiony po zakończeniu wykonywania usługi w przypadku, gdy świadczenie usługi zostało zakończone, co potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2008 r. w sprawie KIO/UZP 1034/08 oraz treść rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zgodnie z którym zamawiający może żądać wykazu wykonanych, w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług oraz załączenia dokumentu potwierdzającego, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. W ocenie zamawiającego, w związku z tym że pomiędzy wykazem a dokumentami, które mają potwierdzać należytość wykonanych lub wykonywanych usług istnieje ścisły, nierozzerwalny związek, ocena spełnienia warunku musi się odbywać łącznie; w przypadku usług wykonanych wykonawcy mieli obowiązek przedstawić dokument, który będzie wystawiony po zakończeniu świadczenia usługi.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofertę złożoną przez odwołującego wraz z jej uzupełnieniem, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustalono i zważono, co następuje.**

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż w razie uwzględnienia zarzutów odwołania oferta odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą.

### **Odwołanie podlega oddaleniu.**

Po pierwsze, podkreślenia wymaga, że zamawiający miał pełne postawy, by wezwać odwołującego do uzupełnienia dokumentu stanowiącego referencje potwierdzające należyte wykonanie usługi opisanej w wykazie usług w pozycji 1: usługa wykazana dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonywana była bowiem w okresie 1 lutego 2011 – 31 stycznia 2012, podczas gdy dotyczące jej referencje, wystawione zostały w dniu 14 października 2011 r. potwierdzają zatem należyte wykonanie usługi do tej daty.

Ocena powyższej kwestii nie może abstrahować od brzmienia postawionego w konkretnej sytuacji warunku udziału w postępowaniu. O ile nie można w konkretnym układzie faktycznym definitywnie wykluczyć dopuszczalności posłużenia się dokumentem wystawionym w trakcie świadczenia ciągłego lub okresowego, pomimo że w dacie posłużenia się tym dokumentem świadczenie usługi jest już zakończone, to powyższe powinno być rozpatrywane na gruncie wymagań postawionych w danym postępowaniu, w szczególności dotyczyć to może sytuacji gdy postawiony warunek udziału w postępowaniu obejmuje pewien wycinek czasu, który zostaje potwierdzony dokumentem dotyczącym

niepełnego okresu świadczenia usługi (tak np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia 2012 r. w sprawie KIO 1533/12).

Nie bez znaczenia dla oceny podniesionego zarzutu jest zatem treść postawionego warunku udziału w postępowaniu. W analizowanej sprawie warunek dotyczy wykazania się wykonaniem w sposób należyty (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych – również wykonywaniem) co najmniej 2 usług polegających na bezpośredniej ochronie fizycznej, o wartości nie mniejszej niż 1 000 000 PLN brutto każda w okresie ostatnich trzech lat upływem przed terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie.

Z powyższego wynika, iż rzeczą wykonawcy było – w oparciu o tak postawiony warunek - wykazać się zadaniami stanowiącymi świadczone usługi ochrony o wartości co najmniej 1 000 000 zł.

Na potwierdzenie tego warunku odwołujący podał w wykazie dwie usługi, w tym między innymi usługę świadczoną w okresie od 1 lutego 2011 r. do 31 stycznia 2012 r., wskazując zarazem jej wartość brutto 1 180 060,20 zł. Ze złożonego dokumentu referencji wynika natomiast potwierdzenie należytego wykonania tej usługi jedynie w części – to jest do 14 października 2011 r. W świetle brzmienia postawionego warunku udziału w postępowaniu, należy rozpatrywać wskazaną usługę w całości – zarówno w części dotyczącej okresu jej świadczenia jak i wartości. Złożony dokument mający potwierdzać jej należyte wykonanie, potwierdza ten fakt jedynie do 14 października 2011 r., co czyni niemożliwą ocenę, czy wykazano spełnienie warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do wymaganej wartości świadczonej usługi w tym okresie. Wymagana wartość zadania opiewa na kwotę 1 000 000 zł, podczas gdy wykazywane zadanie – ujmujące pełen okres świadczenia usługi, a zatem również w części niepotwierdzonej referencjami, ma wartość nieznacznie większą od tej kwoty, tj. 1 180 060,20 zł. Stąd za uzasadnione w tych okolicznościach należy uznać wystosowanie przez zamawiającego wezwania do odwołującego do uzupełnienia dokumentu referencji wystawionego po zakończeniu świadczenia usługi. Jakkolwiek bowiem celem referencji jest potwierdzenie należytego wykonania usługi, to na gruncie analizowanej sprawy, skoro przedmiot usługi obejmuje świadczenie jej przez okres 1 lutego 2011 r. do 31 stycznia 2012 r., referencje powinny potwierdzać należyte wykonanie usługi w tym okresie. W przeciwnym bowiem wypadku mamy do czynienia z potwierdzeniem należytego wykonania usługi jedynie do dnia 14 października 2011 r., co uniemożliwia zbadanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w aspekcie wartości świadczonej usługi.

Stąd nie sposób podzielić argumentacji prezentowanej w odwołaniu, jakoby odpowiednie wytyczne dotyczące dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług powinny znaleźć się w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – to wykonawca bowiem decyduje o usłudze, jaką przedstawia na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, przy czym w takim wypadku dokument potwierdzający należyte wykonanie tej usługi powinien korespondować z treścią wykazu, w szczególności w okolicznościach, gdy może skutkować to uznaniem za niespełniony warunku udziału w postępowaniu.

W wezwaniu zamawiający wyznaczył termin złożenia uzupełnionego dokumentu na dzień 13 sierpień 2012 r.

Bezspornym jest, że odwołujący złożył dokument w dniu 14 sierpnia 2012 r., zatem po terminie wyznaczonym przez zamawiającego.

Dokument złożony po terminie nie mógł być zatem brany pod uwagę jako skutecznie złożony. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądowe wyraźnie wskazują, że wyznaczony przez zamawiającego termin złożenia dokumentu jest terminem wiążącym zarówno wykonawcę jak i zamawiającego, zaś uwzględnienie dokumentu złożonego po tym terminie oznaczałoby naruszenie podstawowej zasady postępowania, to jest zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Potwierdzają to, przykładowo, wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 lipca 2012 r. w spr. 1434/12, 5 marca 2012 r. w spr. KIO 369/12, 7 października 2011 r. w spr. KIO 2072/12, czy wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 9 września 2010 r. w spr. XIX Ga 344/10.

Powyższe okoliczności determinowały wniosek, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 24 ust. 4 ustawy, art. 25 ust. 2 ustawy w zw. z § 1 ust. 1 pkt 3 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz.U. z 2009 r., Nr 226. poz. 1817).

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) *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:**