

**Sygn. akt: KIO 2771/13**

**WYROK**  
**z dnia 12 grudnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kawa**

**Protokolant: Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 grudnia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2013 r. przez **Odwołującego** - Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Uniwersytet Śląski, ul. Bankowa 12, 40-007 Katowice, przy udziale **Wykonawcy** - AGRO-SERVICE P..... K....., ul. Twarda 16A, 40-761 Katowice, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, 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 2013 r. poz. 907), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

**Przewodniczący: .....**

### Uzasadnienie

Uniwersytet Śląski, ul. Bankowa 12, 40-007 Katowice, zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę sprzątnięcia i utrzymania czystości w obiektach Uniwersytetu Śląskiego zlokalizowanych na terenie miast: Katowice, Sosnowiec, Chorzów, Boguchwałowice, Cieszynie.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2013/S 180-310930 z dnia 17 września 2013 roku.

Zamawiający w dniu 22 listopada 2013 r., przekazał wykonawcom informację o wyborze w postępowaniu oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez wykonawcę: „AGRO-SERVICE” P..... K....., który to wykonawca skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Od takiej czynności zamawiającego wykonawca Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (KIO).

We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie jego zastosowania i niewykluczenie z Postępowania Wykonawcy AGRO-SERVICE P..... K..... z siedzibą w Katowicach (40-761), ul. Twarda 16 A mimo, iż ww. wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu - wiedza i doświadczenie;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie jego zastosowania i nieodrzućenie oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę: AGRO-SERVICE P..... K..... z siedzibą w Katowicach (40-761), ul. Twarda 16 A, mimo że treść ww. oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
- 4) art. 91 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu;

- 1) uchylenie czynności wyboru, jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Wykonawcę: AGRO-SERVICE P..... K..... z siedzibą w Katowicach (40-761), ul. Twarda 16
- 2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w P postępowaniu
- 3) nakazanie zamawiającemu wykluczenia z postępowania wykonawcy: AGRO-SERVICE

P..... K..... z siedzibą w Katowicach (40-761), ul. Twarda 16 A ;

.4) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę: AGRO-SERVICE P..... K..... z siedzibą w Katowicach (40-761), ul. Twarda 16 A, z uwagi na okoliczność, że treść tejże oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ);

Odwołujący w uzasadnieniu podniesionych *de facto* dwóch zarzutów podał, że wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu - wiedza i doświadczenie - w zakresie odpowiadającym żądaniom ustalonym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Ponadto treść oferty wskazanego Wykonawcy nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) i jako taka powinna być zostać odrzucona.

W zakresie nie wykazania spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazał, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, zobowiązany był, zgodnie z postanowieniami Rozdziału III pkt 1 ppkt 1 lit. b) SIWZ wykazać, że „w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje w sposób należyty: minimum 3 (trzy) usługi w zakresie sprzątania pomieszczeń, z których każda spełnia poniższe przesłanki: - dotyczyła lub dotyczy sprzątania, dla jednego zleceniodawcy, powierzchni wewnątrz budynków nie mniejszej niż 20.000 m<sup>2</sup> dziennie, i - była lub jest wykonywana w budynkach użyteczności publicznej (budynki użyteczności publicznej w rozumieniu § 3 pkt. 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. 2009 r. nr 56 poz. 461) z wyłączeniem: supermarketów, hal targowych, produkcyjnych i magazynowych, dworców, obiektów widowiskowo-sportowych, budynków mieszkalnych, centrów handlowych i - minimum 12 miesięczny okres jej realizacji został zakończony i jednocześnie zawiera się w całości w 3 letnim okresie wymaganym przez zamawiającego (tj. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert).”

Wykonawca, którego oferta uznana została za najkorzystniejszą, na poświadczenie ww. warunku wiedza i doświadczenie, przedstawił wraz z ofertą oraz w wyjaśnieniach i uzupełnieniach do oferty, iż zrealizował cztery (4) usługi (Zamawiający wymagał 3 usług), spośród, których tylko jedna spełnia wymagania określone w SIWZ. Wykonawca wykazał, że należycie zrealizował usługi sprzątania w następujących obiektach: 1. Uniwersytet Śląski w Katowicach; 2. Węzła Ekspedycyjno - Rozdzielniczego Poczty Polskiej S.A. (WER) w Pruszczu Gdańskim; 3. Węzła Ekspedycyjno - Rozdzielniczego Poczty Polskiej S.A. (WER) w Krakowie; 4. Węzła Ekspedycyjno - Rozdzielniczego Poczty Polskiej S.A. (WER) w Zabrze. Zamawiający wymagał, aby usługa była wykonywana w budynkach użyteczności publicznej z zastrzeżeniem dotyczącym supermarketów, hal targowych, produkcyjnych i magazynowych, dworców, obiektów widowiskowo-sportowych, budynków mieszkalnych,

centrów handlowych. Odwołujący stwierdził, że obiekty, którymi wykazał się wybrany wykonawca, w zakresie dotyczącym Węzłów Ekspedycyjno - Rozdzielniczych (WER) w Pruszczu Gdańskim, Krakowie i w Zabrze, nie noszą znamion „budynku użyteczności publicznej”. Definicja obiektu użyteczności publicznej zgodnie ze stanowiskiem zamawiającego zawartym w cytowanym powyżej fragmencie SIWZ, powinna być odnoszona oraz interpretowana w oparciu i zgodnie z obowiązującą wykładnią przepisu § 3 pkt. 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie. Zgodnie ze wskazanym przepisem prawa pod pojęciem „*budynek użyteczności publicznej - należy rozumieć budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny.*”

Wskazał, że bezsprzecznym jest, że cechą decydującą o przeznaczeniu budynku - posiadaniu przez niego waloru (funkcji) użyteczności publicznej - jest charakter działalności, który jest w oznaczonym obiekcie realizowany. Definicja budynku użyteczności publicznej zawarta w ww. rozporządzeniu, pozwala uznać, że działalność prowadzona w przywołanym obiekcie powinna być, co do zasady realizowana na rzecz i przy bezpośrednim udziale społeczeństwa lub oznaczonej społeczności. Powyższe potwierdza w szczególności sformułowanie: „budynek na potrzeby”, „przeznaczony do obsługi bankowej, handlowej itp.: „budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji.” Istotnym jest także przymiot ww. obiektu dotyczący jego ogólnej dostępności. Ustawodawca w przywołanym powyżej rozporządzeniu, oznaczając katalog budynków, które powinny być kwalifikowane, jako budynki użyteczności publicznej wskazał, że obiektem takim jest każdy ogólnodostępny budynek spełniający funkcje identyczne lub podobne do oznaczonych powyżej. Wykonawca, którego ofert uznana została za najkorzystniejszą, wykazał się usługami świadczonymi na rzecz Poczty Polskiej S.A.. Wykonawca w złożonych wraz z ofertą dokumentach (wykaz usług i referencje oraz uzupełnienia tychże) oświadczył jednoznacznie, iż usługi te wykonywane były w Węzłach Ekspedycyjno - Rozdzielniczych.

Zdaniem odwołującego usługi świadczone przez wybranego wykonawcę w Węzłach Ekspedycyjno - Rozdzielniczych, jako realizowane w obiektach zamkniętych dla publiczności, ogólnie niedostępnych, nieprzeznaczonych do bezpośredniej obsługi pocztowej klientów Poczty Polskiej S.A., nie mogą być w postępowaniu traktowane, jako potwierdzające spełnianie warunku udziału wiedza i doświadczenie. Ponadto podniósł, że charakter

wykonywanej w tychże budynkach (WER-ach) działalności zasadniczo różni się, więc od działalności prowadzonej przez zamawiającego w budynkach Uniwersytetu Śląskiego.

W związku z powyższym, przywołane usługi, zdaniem odwołującego nie potwierdzają spełnienia przez tegoż wykonawcę wymogu określonego w SIWZ. Tym samym wykonawca ten nie potwierdził spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w zakresie i na poziomie żądanym przez zamawiającego. Tym samym, winien podlegać wykluczeniu z postępowania.

W zakresie drugiego zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty wybranego wykonawcy z treścią SIWZ odwołujący podniósł, że zgodnie z postanowieniami Załącznika nr 3 do SIWZ (Wzór umowy, par. 3 ust. 4), każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, zobowiązany był przedłożyć wraz z ofertą, wykaz środków czystości przewidzianych do wykonania zamówienia. Wybrany wykonawca nie złożył wraz z ofertą ww. wykazu. Tym samym ww. wykonawca złożył ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ i która jako taka podlega odrzuceniu. Przedkładany przez wykonawcę AGRO-SERVICE wykaz środków czystości, ze względu na dopuszczalną, w myśl SIWZ, swobodę jego sporządzenia, jest jednostronnym oświadczeniem wykonawcy o sposobie spełnienia świadczenia. W związku z powyższym, przedmiotowy wykaz, jako treść oferty nie podlega uzupełnieniu. Ponadto zaniechanie złożenia ww. wykazu wraz z ofertą, skutkuje brakiem, wymaganego zgodnie z SIWZ, oświadczenia o sposobie wykonania zamówienia. Biorąc ten zdaniem odwołującego kwalifikuje ofertę do odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

**Zamawiający** w odpowiedzi na odwołanie odnosząc się do zarzutów odwołania podał, że wykonawca - AGRO SERN/ICE P..... K....., na potwierdzenie spełnienia warunku, złożył wraz z ofertą wykaz usług wykonanych i wykonywanych, w którym wskazał 3 usługi spośród których 2 wykonane na rzecz Poczty Polskiej S.A. w budynkach WER (Węzły Ekspedycyjno-Rozdzielcze) Poczty Polskiej S.A. Do wykazu dołączone zostały referencje jako dokumenty potwierdzające, że wskazane przez wykonawcę-usługi zostały zrealizowane należycie.

Wskazał iż nie zgadza się z twierdzeniami odwołującego podniesionych w uzasadnieniu zarzutu, gdyż zamawiający wymagał, aby wykazane przez wykonawców na potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia usługi wykonane lub wykonywane, były w budynkach użyteczności publicznej, Jednocześnie dodał, że oceniając złożony wykaz stwierdził, że wykonawcy nie określili tego jednoznacznie w przedłożonych wykazach usług, dlatego też zamawiający pismami z dnia 07.11.2013r. na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zwrócił się do wszystkich wykonawców o stosowne wyjaśnienie. Pismem (Ldz. DZP.381.33.2013.UG/2389) zwrócił się do wykonawcy AGRO-SERVICE Pi..... K..... o wyjaśnienie, czy Węzły Ekspedycyjno-Rozdzielcze wskazane w wykazie usług są budynkami użyteczności publicznej. Wykonawca AGRO-SERVICE P..... K..... oświadczył, w

wyjaśnieniach, które złożył zamawiającemu w dniu 13.11.2013r. (pismo I.dz. 294/2013), iż Węzły Ekspedycyjno-Rozdzielcze są budynkami użyteczności publicznej. Ponadto uzupełnił wykaz wykonanych lub wykonywanych usług wskazując dodatkową usługę, świadczoną w Węzle Ekspedycyjno-Rozdzielczym w Zabrze, w odniesieniu, do którego oświadczył, iż jest to budynek użyteczności publicznej. Zamawiający uznał dokument uzupełniony za prawidłowy. Zamawiający podkreśla, że Węzły Ekspedycyjno-Rozdzielcze wypełniają wszystkie znamiona definicji budynku użyteczności publicznej, do której odwołuje się zamawiający w SIWZ (rozdział III ust. 1 pkt 1 lit. b) - warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia.

Zgodnie z tą definicją budynkiem użyteczności publicznej, jest budynek „przeznaczony na potrzeby” - potrzebny, niezbędny, konieczny do właściwego funkcjonowania „usług, w tym usług pocztowych”. Ustawa z dnia 23 listopada 2012r. Prawo pocztowe (Dz.U. z 2012r, poz. 1529) w art. 2 ust.1 określa co stanowi „usługę pocztową”.

*„usługę pocztową stanowi, wykonywane w obrocie krajowym lub zagranicznym, zarobkowe:*

*1) realizowane łącznie lub rozdzielnie przyjmowanie, **sortowanie**, doręczanie przesyłek pocztowych oraz druków bezadresowych;*

*2) przemieszczanie przesyłek pocztowych oraz druków bezadresowych, jeżeli jest wykonywane łącznie z przynajmniej jedną spośród czynności, o których mowa w pkt 1*

Uwzględniając powyższe zamawiający stwierdził, że Węzły Ekspedycyjno-Rozdzielcze są budynkami przeznaczonymi na wykonywanie w szerokim znaczeniu dla potrzeb usług pocztowych. Biorąc pod uwagę przeznaczenie i charakter wykonywanej w nich działalności (sortowanie, przemieszczanie przesyłek pocztowych oraz druków bezadresowych) wprost świadczone są w nich usługi pocztowe w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012r. Prawo pocztowe. Usługi te mają charakter powszechny, służą jak podkreśla sam odwołujący „dla szerokiej publiczności”

Na potwierdzenie zasadności stawianych tez uzasadniających jego postępowanie przy wyborze najkorzystniejszej oferty wskazał na wyrok WSA w Białymstoku z dnia 14 lipca 2011r. sygn. II SA/Bk 287/11 w którym sąd orzekł, iż *„przy kwalifikowaniu budynku do budynków użyteczności publicznej bez znaczenia jest, czy dostęp do niego mają osoby trzecie, czy wyłącznie pracownicy zatrudnieni w danym budynku”.*

Reasumując swoje stanowisko w zakresie tego zarzutu podał, że cechą decydującą o przeznaczeniu budynku – posiadaniu przez niego waloru (funkcji) użyteczności publicznej - jest charakter działalności, który jest w oznaczonym obiekcie realizowany”. Zatem, tak jak wspomniał odwołujący, charakter działalności, decyduje o przeznaczeniu budynku, posiadaniu przez niego waloru (funkcji) użyteczności publicznej. Biorąc pod uwagę, iż w WER-ach świadczone są usługi pocztowe o charakterze powszechnym, realizowane na rzecz społeczeństwa, budynki te należy zaklasyfikować do budynków użyteczności

publicznej.

W zakresie drugiego zarzutu odwołania dotyczącego niezgodności treści oferty wybranego wykonawcy zauważa iż odwołujący twierdzi, że zgodnie z postanowieniami załącznika nr 3 do SIWZ (wzór umowy, par. 3, ust. 4) „każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, zobowiązany był przedłożyć wraz z ofertą wykaz środków czystości przewidzianych do wykonania zamówienia”. Biorąc pod uwagę określenie „przykładowy” podał iż z treści SIWZ trudno wyczytać bezwzględny obowiązek do złożenia takiego wykazu, ponadto zamawiający zawarł opis potrzeb i wymagań odnośnie środków czystości w załączniku nr 2 do SIWZ (Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia) na str. 4 i 5, określając ich rodzaj i parametry techniczne oraz obligując wykonawców do dostarczenia środków higienicznych/czystości (gdzie wymienił ręczniki papierowe, papier toaletowy i mydło do dozowników) o parametrach nie gorszych od opisanych przez zamawiającego w tabeli na str. 4 i 5 przedmiotowego opisu oraz nakładając obowiązek zaferowania tychże środków, posiadających wymagane przepisami prawa, aktualne atesty, zezwolenia, dopuszczenia, oraz ważne w okresie świadczenia usługi terminy przydatności do użytku. Zamawiający odniósł się zatem do jakości środków czystości. Zamawiający określił, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego, natomiast wykonawcy mieli jedynie oświadczyć, że środki czystości wymienione w wykazie - wyczeniu zawartym w tymże oświadczeniu w pkt 9 ppkt 1-2 formularza ofertowego (załącznik nr 1A do SIWZ), co do których jednocześnie zamawiający określił swoje wymagania, spełniają te wymagania. Zamawiający nie postawił żadnych innych wymagań odnośnie środków czystości, poza tymi, które zawarł w załączniku nr 2 do SIWZ na str. 4 i 5 oferty.

Nadto podniósł, że gdyby zamawiający żądał złożenia dodatkowego dokumentu w postaci wykazu środków czystości, z pewnością nie dopuściłby swobody co do treści takiego dokumentu po pierwsze ze względu na nieporównywalność ofert w postępowaniu, po drugie w obawie, iż z uwagi na dowolność zawartych w nim informacji, wykaz taki niczemu nie będzie służył, nie spełni w postępowaniu żadnej funkcji. Ponadto wykaz środków czystości jako przykładowy nie byłby wiążący dla wykonawcy na etapie realizacji zamówienia.

Przystępujący do postępowania odwoławczego wykonawca „AGRO-SERVICE” P..... K..... poparł w całej rozciągłości stanowisko prezentowane zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie, uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i uczestnika, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.**

### **Odwołanie jest niezasadne.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż uwzględnienie odwołania umożliwiłoby mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, bowiem jego oferta byłaby najkorzystniejszą w postępowaniu biorąc pod uwagę ustalone kryterium oceny ofert.

Również przystępujący w sposób prawidłowy wykazał interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, gdyż uwzględnienie odwołania mogłoby uniemożliwić mu uzyskanie zamówienia.

W zakresie zarzutu dotyczącego niezasadnego zdaniem odwołującego niewykluczenia wykonawcy AGRO-SERVICE z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunku podmiotowego, dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnej do wykonania przedmiotowego zamówienia, Izba stwierdza, że zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny spełniania tego warunku w świetle treści postanowień SIWZ.

Istota sporu pomiędzy stronami w zakresie tego zarzutu sprowadzała się do ustalenia czy usługę sprzątnięcia wykonywaną w Węzłach Ekspedycyjno – Rozdzielczych (WE-R) można zaliczyć do usługi sprzątnięcia w budynkach użyteczności publicznej (rozdział III ust.1 pkt 1 lit.b SIWZ) Odwołujący twierdził, że wykonywanie usługi sprzątnięcia w Węzłach Ekspedycyjno – Rozdzielczych nie można zaliczyć do spełnienia postawionego w SIWZ warunku, gdyż nie można ich zaliczyć do budynków użyteczności publicznej. Zaważenia wymaga, że zamawiający zdefiniował sposób ustalenia tego warunku udziału w zakresie wykonania tychże usług w budynkach użyteczności publicznych, ustalając iż stwierdzenie charakteru budynku w którym wykonywana była usługa sprzątnięcia należy dokonać zgodnie z przepisem *§ 3 pkt. 6) Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie* (Dz. U. 2009 r. nr 56 poz. 461). Jednakże zamawiający ograniczył ten zakres wyłączaając z możliwości zaliczenia do tego typu budynków: supermarketów, hal targowych, produkcyjnych i magazynowych, dworców, obiektów widowiskowo-sportowych, budynków mieszkalnych, centrów handlowych.

Przy interpretowaniu tego typu budynków należy przyjmować literalne brzmienie tego przepisu z podkreśleniem, że budynkiem użyteczności publicznej jest **budynek przeznaczony na potrzeby** określonej działalności lub pełnienia przez niego określonych funkcji społecznych.



Odwołujący starał się wykazać, że pomimo faktu iż dany obiekt jest budynkiem użyteczności publicznej to jednak nie wszystkie jego pomieszczenia spełniają funkcję *użyteczności publicznej* i tym samym winny być wyłączone z powierzchni na których wykonywana usługa sprzątnia może być zaliczana do spełnienia ww. warunku udziału.

Zdaniem Izby stanowisko odwołującego jest niezasadne, gdyż w SIWZ postawiono wymóg tylko co do budynków, z jednoczesnym zastrzeżeniem, że do usługi sprzątnia nie mogą być zaliczane (odpowiednio do WE-Rów) powierzchnie hal produkcyjnych i magazynowych. Natomiast odwołujący podnosi cały szereg zarzutów do określonych pomieszczeń znajdujących się w WE-R, które jego zdaniem w żaden sposób nie można zaliczyć do pomieszczeń gdzie wykonuje się czynności z zakresu użyteczności publicznej. Stanowisko odwołującego jest niezasadne, gdyż w każdym budynku w tym również budynkach użyteczności publicznej znajduje się szereg różnego rodzaju pomieszczeń które ze względu na pełnione funkcje użytkowe lub względów bezpieczeństwa nie są dostępne dla społeczeństwa, a tylko dla wąskiego kręgu pracowników. Tym samym fakt, że do określonej części budynku, a nawet niekiedy do ich całości możliwy jest wstęp tylko pracowników lub dla osób wezwanych/zaproszonych, nie może przesądzać o tym czy jest to budynek użyteczności publicznej. O tym przesądza funkcja, charakter prowadzonej działalności w tym budynku tj. realizowane usługi na rzecz zaspokajania określonych potrzeb społecznych, a nie fakt, kto do pomieszczeń tego budynku ma dostęp. Dlatego też biorąc pod uwagę fakt, że WER-ach świadczone są usługi pocztowe o charakterze powszechnym, realizowane na rzecz społeczeństwa, budynki te należy zaklasyfikować do budynków użyteczności publicznej, a wykonywanie w nich usług sprzątnia może, zgodnie z postawionym w SIWZ warunkiem, zostać zaliczone do posiadania wymaganego doświadczenia.

Nadto nie znajduje w wymogach SIWZ potwierdzenia zarzut iż wykonywane w WE-Rach usługi nie mogą być zaliczone do wymaganego doświadczenia, gdyż nie są podobne do działalności prowadzonej przez zamawiającego w budynkach Uniwersytetu Śląskiego. Warunek podobieństwa usług nie został w SIWZ zawarty. Również niezasadne jest stanowisko odwołującego jakoby SIWZ nie dopuszczał zaliczenia do doświadczenia wykonywania usługi sprzątnia na powierzchni wewnątrz budynków nie mniejszej niż 20.000 m<sup>2</sup> dziennie z tego powodu iż niektóre powierzchnie wymagały w ciągu dnia kilkukrotnego sprzątnia.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba powyższy zarzut uznaje za niezasadny i jako taki nie może zostać uwzględniony.

W zakresie drugiego zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty z treścią SIWZ wskazać należy, że wymóg z § 3 ust.4 projektu umowy został sformułowany w sposób niejasny i nieprecyzyjny. Nie można stawiać wymagania iż oferta winna zawierać **/zawiera/**

określony załącznik nie wskazując szczegółowo co dany wykaz ma zawierać i wykazywać, a określać go jako „przykładowy” nie przypisując mu żadnej funkcji w postępowaniu.

Takie określenie formy tego wykazu w sposób jednoznaczny, zdaniem Izby wskazuje, że dokument ten nie miał mieć charakteru dokumentu potwierdzającego, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, tym samym zgodnie z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp takie „przykładowe” dokumenty nie mogą być one uzupełnianie. Poddając ocenie stanowisko odwołującego iż brak tego dokumentu - wykazu może być podstawą do odrzucenia oferty, bez możliwości jego uzupełnienia jest niezasadny, gdyż tylko brak wymagalnego dokumentu przedmiotowego może być podstawą odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ, a ponadto jeśli takiemu dokumentowi został by nadany walor „dokumentu przedmiotowego” to przed odrzuceniem oferty z powodu jego braku zamawiający najpierw winien wykorzystać tryb wezwania wykonawcy zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W stosunku do dokumentów przedmiotowych zamawiający może nadać wymaganym przez siebie dokumentom składanym wraz z ofertą i nań się składających odpowiedni status i znaczenie. Taki status może być nadany wprost, bądź poprzez umieszczenie wymagania do jego złożenia w odpowiednim rozdziale SIWZ. Dlatego też w specyfikacjach można znaleźć postanowienia, iż niektóre dokumenty są podstawą do odrzucenia oferty, inne są tylko poglądowe lub wręcz fakultatywne, inne jeszcze (np. nie wymagane przez zamawiającego) nie będą brane pod uwagę. Z tego też powodu w niektórych ofertach pewne dokumenty są „uzupełniane” albo stanowią podstawę odrzucenia oferty, w innych zaś nie. (por. wyrok KIO z dnia 27 lipca 2011 r o sygn. akt KIO 1510/11)

W przedmiotowym przypadku biorąc pod uwagę treść SIWZ stwierdzić należy, że ewentualne złożenie wykazu zawierającego wskazanie środków czystości nie zmieni treści oferty wykonawcy, gdyż temu wykazowi nie została przypisana jakakolwiek funkcja, a ponadto zamawiający nie wymagał wskazania konkretnie z nazwy jakiegokolwiek środka czystości. Zamawiający zawarł opis potrzeb i wymagań odnośnie środków czystości w załączniku nr 2 do SIWZ, określając ich rodzaj i parametry techniczne oraz nakładając na wykonawców obowiązek przedłożenia dla tych środków, aktualnych atestów, zezwoleń, itp.

Tym samym Izba biorąc pod uwagę fakt iż przedmiotowy wykaz miał być tylko dokumentem poglądowym, przykładowym, a tym samym nie został mu w SIWZ nadany odpowiedni charakter mający znaczenie dla treści oferty, Izba uznała iż jego brak nie może być podstawą do odrzucenia oferty. Wskazać należy, że aby możliwe było odrzucenie oferty z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ to niezbędnym jest w sposób nie budzący wątpliwości wykazanie, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom. Sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ zachodzi wówczas, gdy przedmiot

zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą istotnych elementów.

Wskazać należy również, że postępowanie odwoławcze służy do zbadania poprawności czynności i zaniechań zamawiającego w zakresie wyznaczonym podniesionymi zarzutami, ocenianymi przez pryzmat wymagań stawianych w postępowaniu o zamówienie publiczne i z uwzględnieniem instrumentów, jakie zamawiający przewidział w nim dla zbadania ofert. Izba ustaliła biorąc pod uwagę dokumentację postępowania oraz stanowiska stron i przystępującego, że zamawiający prawidłowo, na podstawie przyjętych w tym postępowaniu kryteriów i zasad dokonywania oceny ofert, dokonał oceny poszczególnych ofert w zakresie ich zgodności z SIWZ.

Wobec powyższego omawiany zarzut jak i całe odwołanie nie może zostać uwzględnione.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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: .....

