

WYROK
z dnia 2 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 grudnia 2013 r. przez **wykonawcę Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Pocztę Polską S.A., ul. Stawki 2, 00-940 Warszawa**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę 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 **wykonawcę Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** na rzecz **Poczty Polskiej S.A., ul. Stawki 2, 00-940 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

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 z późn. 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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie kompleksowej usługi sprzątnia nieruchomości użytkowanych przez Poczta Polska na obszarze działania Pionu Infrastruktury Obszarów Operacyjnych ds. Nieruchomości w Katowicach i we Wrocławiu”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Poczta Polska S.A. (dalej „zamawiający”) wykonawca Impel Cleaning Sp. z o.o. (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie w zakresie zadania nr 2, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”], poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania i niewykluczenie z postępowania konsorcjum spółek: DGP Clean Partner Sp. z o.o., DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS- ZEC Sp. z o.o. (dalej „konsorcjum”) mimo, iż nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,
3. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum do złożenia dokumentów, o których mowa art. 25 ust. 1 ustawy Pzp mimo, że konsorcjum nie przedstawiło dokumentów potwierdzających spełnianie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia,
4. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący (w zakresie zadania nr 2, którego dotyczy odwołanie)wniósł o:

1. uchylenie czynności wyboru oferty złożonej przez konsorcjum,
2. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
3. nakazanie zamawiającemu wezwania konsorcjum do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
4. nakazanie zamawiającemu wykluczenia z postępowania konsorcjum w przypadku, gdy ten pomimo wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie wykaże spełniania warunków udziału w postępowaniu,
5. nakazanie zamawiającemu wyboru oferty odwołującego.

W ocenie odwołującego konsorcjum nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu co do wiedzy i doświadczenia w zakresie odpowiadającym żądaniom ustalonym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”).

Podał, że zgodnie z postanowieniami SIWZ wykonawca miał wykazać, że należycie zrealizował co najmniej dwie usługi kompleksowego sprzątnia o zakresie zbliżonym do przedmiotu zamówienia, każda usługa brutto co najmniej 1,5 mln zł.

Wskazał, że konsorcjum wykazało w ofercie, w wykazie wykonanych usług oraz referencjach, iż zrealizowało dwie usługi spośród, których żadna nie spełnia wymagań określonych w SIWZ - wykazało, że należycie zrealizowało dwie usługi sprzątnia pomieszczeń w obiektach dydaktyczno-administracyjnych i Domach Studenta Uniwersytetu Zielonogórskiego (pomieszczenia biurowe, sale wykładowe, sale ćwiczeniowe, aula, pomieszczenia Biblioteki, pracownie komputerowe, sala gimnastyczna, pokoje gościnne, portiernie, toalety, ciągi komunikacyjne itp.), co oznacza, że wykonywało usługi kompleksowego sprzątnia wyłącznie wewnątrz obiektów, przy czym w przypadku pierwszej z usług całkowita powierzchnia wewnętrzna wynosiła 26.501 m², w przypadku drugiej z usług 28.146 m².

Odwołujący, powołując się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 13 sierpnia 2010 r. KIO/UZP 1616/10, stwierdził, że informacje zawarte w przedłożonych lub uzupełnionych przez wykonawcę dokumentach i oświadczeniach powinny jednoznacznie potwierdzać, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Wskazał, że zamawiający wymagał wykazania się świadczeniem usługi kompleksowego sprzątnia o zakresie zbliżonym do przedmiotu zamówienia, tj. wymagał sprzątnia i utrzymania w czystości obiektów użytkowanych przez jednostki organizacyjne zamawiającego, w tym przyległych do nich placów, chodników i schodów zewnętrznych (§ 1 Umowy stanowiącej Załącznik do SIWZ i stanowiącej jej integralną część), przy czym wskazał, że zgodnie z załącznikiem nr 1-2 B do formularza ofertowego przedmiotem zamówienia jest oprócz sprzątnia pomieszczeń wewnętrznych także sprzątnie terenów zewnętrznych utwardzonych wraz z odśnieżaniem (168 556,05 m²), sprzątnie terenów zewnętrznych zielonych (79 996,51 zł), odśnieżanie dachów (69 646,92 m²).

Zdaniem odwołującego wybrane konsorcjum nie wykazało w przedstawionych usługach ani jednej usługi sprzątnia terenów zewnętrznych, ani odśnieżania dachów, czy też terenów zewnętrznych, co oznacza, że przedstawione przez konsorcjum usługi nie są usługami zbliżonymi do usług, które mają być świadczone dla zamawiającego, a samo konsorcjum nie potwierdziło zgodnie z wymogami ustawy Pzp i SIWZ spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w zakresie i na poziomie żądanym przez zamawiającego, tym bardziej, że wybrane konsorcjum wyceniło sprzątnie terenów zewnętrznych na łączną kwotę 4.270.524,79 zł, tj. na ponad 65% wartości całej oferty i dodatkowo odśnieżanie dachów na kwotę 601749, 39 zł. Na tej podstawie odwołujący uznał, że sprzątnie terenów zewnętrznych jest usługą wiodącą co implikuje fakt, że konsorcjum powinno w takim

przypadku wykazać w referencji sprzątanie przede wszystkim powierzchni zewnętrznych.

Powołując się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 25 września 2012 r. sygn. akt: KIO 1927/12, odwołujący stwierdził, że ponieważ zakres wykazanej w ofercie usługi nie obejmuje usług odpowiadających rodzajowo usługom będących przedmiotem zamówienia, a także z uwagi, że ustanowienie warunku udziału w postępowaniu ma służyć wyłonieniu wykonawcy zdolnego do należytego wykonania zamówienia, należy uznać, że zamawiający powinien badać doświadczenie wykonawców oceniając rzeczywisty rodzaj i zakres wykonanych usług w stosunku do wiodących usług stanowiących przedmiot zamówienia, przy czym dokonywana ocena nie może sprowadzać się do oceny czysto formalnej, tj. potwierdzenia spełnienia warunku w oparciu o nazwę nadaną wykonanemu zamówieniu. Nadto podał, że Zespół Arbitrów orzekł także, że jeżeli jedna z wykazanych wykonywanych usług zawiera niepełny zakres robót ujęty w przedmiocie zamówienia, to ta usługa nie może być uznana jako potwierdzenie spełnienia warunku posiadania odpowiedniego doświadczenia zawodowego (Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 18 lipca 2005 r. UZP/ZO/0-1735/05).

Odwołujący stwierdził, że ponieważ w przedmiotowym postępowaniu, w zakresie zadania nr 2, wybrane konsorcjum przedstawiło dwie usługi, z których żadna nie zawiera pełnego zakresu robót ujętych w przedmiocie zamówienia, to obowiązkiem zamawiającego było wykluczenie konsorcjum - konsorcjum nie spełnia warunku posiadania odpowiedniego doświadczenia.

Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poniżej dowodów, a także stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującego.

Na podstawie pkt 9 „Zestawienie ofert” „Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego – Druk ZP-PN” skład orzekający Izby ustalił bowiem, iż odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (zadanie nr 2) ofertę z drugą w rankingu ceną (po ofercie konsorcjum), co biorąc pod uwagę fakt, że cenie zamawiający przypisał 100% znaczenie (Rozdział XXIII pkt 1 SIWZ), a zarzuty odwołania zmierzają do nakazania zamawiającemu wezwania konsorcjum do uzupełnienia

dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia oznacza, że uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (oferty konsorcjum) i nakazania zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, co dałoby odwołującemu szansę (w przypadku, gdy konsorcjum dokumentów by nie uzupełniło) na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem:

1. Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego – Druk ZP–PN.
2. Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej nadal „SIWZ”), pisma zamawiającego z dnia 29 października 2013 r., 5 listopada 2013 r. i 14 listopada 2013 r., zawierających odpowiedzi na zapytania wykonawców, a także zmiany SIWZ.
3. Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 6 grudnia 2013 r.
4. Odpowiedzi zamawiającego z dnia 2 stycznia 2014 r. złożonej na rozprawie.

Skład orzekający dopuścił także oferty złożone w przedmiotowym postępowaniu w zadaniu nr 2 (przedłożone Izbie przez zamawiającego do wglądu w oryginale).

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Stan faktyczny nie był między stronami sporny.

Kwestią kluczową dla rozstrzygnięcia sprawy jest ustalenie, czy wskazany przez zamawiającego w Rozdziale V pkt 1 ppkt 2 SIWZ opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia o treści: „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy (...) należycie zrealizowali co najmniej dwie usługi kompleksowego sprzątnia, o zakresie zbliżonym do przedmiotu zamówienia, każda usługa o wartości brutto 1.500.000 zł” należy, jak chce tego odwołujący, rozumieć w ten sposób, że usługi te powinny polegać nie tylko na sprzątniu i utrzymywaniu w czystości obiektów wewnętrznych (sprzątniu pomieszczeń wewnętrznych), ale także na sprzątniu terenów zewnętrznych utwardzonych wraz z odśnieżaniem, ponieważ to także, zgodnie z załącznikiem nr 1-2B do formularza ofertowego, stanowi przedmiot zamówienia.

W pierwszej dostrzeżenia wymaga, że odwołujący nie kwestionował, że usługi wskazane przez zwycięskie konsorcjum w Wykazie usług nie były usługami kompleksowymi (co wynika z treści odwołanie - „A zatem Wykonawca wykonywał usługi kompleksowego sprzątnia wewnątrz obiektów (...)).”

W ocenie składu orzekającego Izby stanowiska odwołującego, w świetle brzmienia Rozdziału V pkt 1 ppkt 2 SIWZ, nie można zaakceptować z poniższych względów:

1. Pojęcie „zakres” na gruncie języka polskiego oznacza „granice zasięgu danego zjawiska, faktu itp.; dziedzina objęta tymi granicami”; zacytowana powyżej treść Rozdziału V pkt 1 ppkt 2 SIWZ nie wyznacza tych granic w aspekcie innym niż wartościowy, tj. zamawiający doprecyzował jedynie, że każda usługa ma być o wartości co najmniej 1,5 mln zł.
2. Wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia co do zadania nr 2 została ustalona przez zamawiającego na kwotę 6 773 000,00 zł netto, zaś kwota, jaką zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to 7 458 000,00 zł brutto; przyrównanie każdej z tych kwot do 1,5 mln zł prowadzi do wniosku, że zamawiający liberalnie podszedł do granicy – wartości uprzednio wykonanych usług, w ramach których wykonawca zdobył wiedzę i doświadczenie.
3. Wobec faktu, że granicy co do zbliżonego do przedmiotu zamówienia charakteru usługi w aspekcie rzeczowym zamawiający nie sprecyzował oraz wobec liberalnego podejścia zamawiającego co do tej granicy w aspekcie wartościowych, zasadnym jest przyjęcie, że zamawiający nie żądał, aby uprzednio wykonywane usługi obejmowały pełne spektrum prac objętych przedmiotowym zamówieniem, a tym samym, aby obejmowały każdą „kategorię sprzątnia”.
4. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej Izba wielokrotnie prezentowany był pogląd, iż warunki szczegółowe (opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu) muszą być – ze względu na sankcję w postaci wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, prowadzącą do przekreślenia szans wykonawcy na uzyskanie zamówienia – jednoznaczne, a wątpliwości nie mogą negatywnie wpływać na status wykonawcy w postępowaniu; nadto w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej Izby wielokrotnie prezentowany był pogląd, iż nie należy warunków szczegółowych (opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu) utożsamiać z opisem przedmiotu zamówienia; z poglądami tymi skład orzekający Izby w pełni się utożsamia; opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu nie był jednoznaczny – odwołujący opis rozumiał inaczej niż zamawiający.
5. Odwołujący utrzymywał, że ze względu na fakt, że zwycięskie konsorcjum w ofercie najwyższej wyceniło sprzątnie terenów zewnętrznych (wycena ta stanowiła 65% wartości całej oferty), to ten rodzaj sprzątnia jako wiodący winien być przede wszystkim przez konsorcjum wykazany; stanowisko takie jest nie do zaakceptowania z punktu widzenia zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ponieważ autorem opisu sposobu spełniania warunku nie byłby zamawiający (jak

wymaga tego przepis art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp), ale poszczególni wykonawcy, co oznaczałoby, że opis byłby zmienny – różny dla poszczególnych wykonawców; innymi słowy nie do zaakceptowania jest odczytywanie opisu spełniania warunku przez pryzmat wyceny „kategorii sprzątnia/prac” przez poszczególnych wykonawców.

6. Nie można także podzielić stanowiska odwołującego, że usługi sprzątnia wewnątrz i na zewnątrz nie mogą być uznane za zbliżone ze względu na ich odmienność co do osób usługi te wykonujących i ich uprawnień, a także organizacji pracy; dostrzeżenia wymaga, że usługi sprzątnia nie są usługami wysoce specjalistycznymi; zamawiający żadnych wymagań co do uprawnień osób sprzątnających nie stawiał, zaś sam odwołujący nie wykazał, iżby doświadczenie uzyskane przy organizacji pracy w przypadku sprzątnia wewnątrz było nieprzydatne (np. z tego powodu, że organizacja ta jest „mniej skomplikowana”) przy organizowaniu sprzątnia na zewnątrz.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby stanął na stanowisko, iż brzmienie Rozdziału V pkt 1 ppkt 2 SIWZ nie uprawniało zamawiającego do uznania, że zwycięskie konsorcjum nie wykazało w sposób opisany przez zamawiającego warunku wiedzy i doświadczenia, poprzez wskazanie w Wykazie usług wyłącznie usług sprzątnia wewnątrz obiektów.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz stosownie do postanowień § 3 pkt 1 lit. a i § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: