Sygn. akt: KIO 104/19

WYROK
z dnia 4 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 1 lutego 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 stycznia 2019 r. przez wykonawcę – **Impel Facility Services Sp. z o.o.** z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Ślężnej 118 (53-111 Wrocław) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Sąd Rejonowy w Piasecznie**
z siedzibą w Piasecznie przy ul. Kościuszki 14 (00-500 Piaseczno)
przy udziale wykonawcy – **A. S.** prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą AGNUS A. S. z siedzibą w Warszawie przy ul. Białostockiej 9 (03-741 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:
1.1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
1.2. unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, w tym uznania jego oferty za odrzuconą;
1.3. powtórzenie czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu z zastosowaniem wobec odwołującego art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.);
1.4. powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – Sąd Rejonowy w Piasecznie i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę – Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiutytułem wpisu od odwołania;
2.2. zasądza od zamawiającego – Sądu Rejonowego w Piaseczniena rzecz wykonawcy Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu kwotę 11 701 zł 77 gr (słownie: jedenaście tysięcy siedemset jeden złotych siedemdziesiąt siedem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na wyznaczone posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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:……..…….

Sygn. akt KIO 104/19

UZASADNIENIE

Sąd Rejonowy w Piasecznie zwany dalej „zamawiającym" prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Wykonywanie usług sprzątania i utrzymywania czystości w obiektach mieszczących komórki organizacyjne Sadu Rejonowego w Piasecznie*, (znak postępowania nr ZP-3/18). Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 6 grudnia 2018 r. pod numerem 658722-N-2018. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp".

W dniu 22 stycznia 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wniósł wykonawca Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwany dalej „odwołującym".

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:
1. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami Pzp;
2. art. 24 ust 1 pkt 12 oraz 24 ust. 4 Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania oraz bezpodstawne odrzucenie złożonej przez niego oferty, mimo że odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i wykazał, że w okresie ostatnich 3 (trzech) lat przed upływem terminu składania ofert, wykonał należycie co najmniej 3 (trzy) usługi sprzątania obiektów o powierzchni co najmniej 2 500 m^2 każdy;

3. art. 91 ust 1 Pzp poprzez nieuzasadniony i bezpodstawny wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę – A. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą AGNUS A. S. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej: „przystępującym";
ponadto z ostrożności procesowej odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
4. art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania polegające na niewezwaniu odwołującego do uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu - wiedza i doświadczenie - w zakresie poświadczającym, że ww. wykonawca zrealizował lub realizuje należycie co najmniej 3 (trzy) usługi sprzątania obiektów o powierzchni co najmniej 2 500 m^2 każdy.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:
- unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego;
- unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu oraz uznania jego oferty za odrzuconą;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;
- wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu, niepodlegającej odrzuceniu oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów, złożonej przez wykonawcę niewykluczonego z udziału w postępowaniu tj. oferty odwołującego;
ewentualnie, z ostrożności procesowej:
- nakazanie zamawiającemu wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp odwołującego do uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu – wiedza i doświadczenie – w zakresie poświadczającym, że odwołujący zrealizował lub realizuje należycie usługi wskazane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej: „SIWZ".

Jeśli chodzi o interes we wniesieniu odwołania, odwołujący wyjaśnił, że ma interes w złożeniu odwołania, gdyż jest wykonawcą ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, a ponadto, w razie uwzględnienia odwołania, jego oferta w postępowaniu jako przedstawiająca najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oraz nie podlegająca odrzuceniu i złożona przez wykonawcę spełniającego warunki udziału w postępowaniu będzie ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazał, że w dniu 17 stycznia 2019 r., na podstawie przekazanego przez zamawiającego zawiadomienia, powziął informację, że został wykluczony z postępowania a jego oferta odrzucona na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz 24 ust. 4 Pzp. Ponadto odwołujący wyjaśnił, że na podstawie ww. zawiadomienia zamawiającego dowidział się, że za najkorzystniejszą w postępowaniu uznano ofertę złożoną przez przystępującego.

W ocenie odwołującego czynności dokonane przez zamawiającego były wadliwe, gdyż odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu a złożona przez niego oferta przedstawiała najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert. Odwołujący wskazał, że zgodnie z utrwalonym poglądem orzecznictwa i doktryny, uważa się że z obowiązujących przepisów prawa nie sposób wywieść, że w treści dokumentów składanych na potwierdzenie należytego wykonania usług, dostaw lub robót budowlanych, bezwzględnie wymagane jest użycie zwrotu „należyte wykonanie" lub zwrotów podobnych. Odwołujący podnosi, że kluczowe znaczenie dla kwalifikacji i rozpoznania treści oświadczenia złożonego przez Uniwersytet Medyczny im. Piastów Śląskich we Wrocławiu ma fakt potwierdzenia wykonania zamówienia wyrażony w treści "referencji". W ocenie odwołującego sprzecznym z zasadami elementarnej logiki jest wywód, że skoro dokument wystawiony przez Uniwersytet Medyczny im, Piastów Śląskich we Wrocławiu nie zawiera wprost sformułowania, że usługa została wykonana należycie, pomimo, że cały dokument został nazwany referencjami, to należy domniemywać, iż nie potwierdza on prawidłowego wykonania usługi. Doświadczenie życiowe wskazuje, iż podmiot, który ma zastrzeżenia do sposobu spełnienia świadczenia przez swojego dłużnika albo w ogóle odmawia mu wydania dokumentu tego rodzaju, albo też w jego treści umieszcza wzmiankę wskazującą na aspekt nienależytego wykonania zobowiązania. Tymczasem w referencjach - poświadczeniu wystawionym przez Uniwersytet Medyczny im. Piastów Śląskich we Wrocławiu nie było takiego zastrzeżenia, a literalna treść dokumentu potwierdzała wykonanie dostawy przez odwołującego.

Odwołujący podniósł również, że dla interpretacji dokumentu poświadczenia wystawionego przez Uniwersytet Medyczny im. Piastów Śląskich we Wrocławiu istotne znaczenie ma również kontekst sytuacyjny, w którym doszło do złożenia tego oświadczenia oraz zatytułowanie tego dokumentu nazwą "referencje". Zwrot ten jednoznacznie nawiązuje do postanowień § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2016.1126 z dnia 2016.07.27). Zgodnie z przywołanym aktem prawnym dokument nazywany "referencją" stanowi dokument potwierdzający wykonanie usług wykazywanych przez wykonawców w wykazie usług przedkładanym na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Skoro zatem podmiot będący zamawiającym w rozumieniu art. 3 ust. 1 Pzp (w tym przypadku Uniwersytet Medyczny im. Piastów Śląskich we Wrocławiu) wystawia dokument, który

zgodnie z przepisami prawa obowiązującymi tego zamawiającego ma stanowić dowód potwierdzający wykonanie dostaw, to trudno uznać, iż wystawia go w innym celu niż potwierdzenie wykonania dostawy, o której mowa w tym dokumencie. Odwołujący zaznacza, że do tak jednoznacznego wniosku skłania również treść art. 65 § 1 k.c., który stanowi, że oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W tym przypadku kontekst sytuacyjny wystawiania "referencji" przez Uniwersytet Medyczny im. Piastów Śląskich we Wrocławiu jednoznacznie wskazał, iż podmiot ten chciał potwierdzić wykonanie dostaw, o których pisał w poświadczeniu.

Odwołujący stwierdził ponadto, że podkreślenia również wymaga, że nie istnieje ani żaden normatywny wzorzec referencji, ani też nie ma żadnych ugruntowanych zwyczajów w zakresie wywodzenia skutków prawnych z faktu wystawienia przez poprzedniego kontrahenta dokumentu zatytułowanego "referencje". Dokument ten, jak każde inne oświadczenie woli musi podlegać wykładni. W tym przypadku rezultat tej wykładni, dokonywanej w kontekście faktu, iż wystawcą dokumentu był zamawiającym w rozumieniu Pzp i z pewnością znał przepisy Pzp oraz aktów wykonawczych do tej ustawy, prowadzi do jednoznacznego wniosku, że dokument wystawiony przez Uniwersytet Medyczny im. Piastów Śląskich we Wrocławiu potwierdza fakt wykonania dostaw przez odwołującego na rzecz tego zamawiającego. Wobec powyższego odwołujący podniósł, że wykluczenie go z postępowania na podstawie przyczyn
i okoliczności opisanych w zawiadomieniu o wykluczeniu z postępowania stanowiło naruszenie przepisów Pzp.

Niezależnie od powyższego, odwołujący wskazał, że przyjmując nawet, że referencja wystawiona przez Uniwersytet Medyczny im. Piastów Śląskich we Wrocławiunie potwierdzała należytego wykonania, to zamawiający i tak uchybił przepisom Pzp i dokonał wybory oferty najkorzystniejszej z rażącym naruszeniem ustawy, gdyż zaniechał wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 3 Pzp. W tym zakresie odwołujący przytoczył fragment wyroku Izby z dnia 1 października 2018 r. o sygn. akt: KIO 1848/18. Wobec powyższego, mając na względzie, że w postępowaniu nie zachodziły przesłanki umożliwiające zamawiającemu odstąpienie do stosowania procedury opisanej w art. 26 ust. 3 Pzp, zaniechanie ww. czynności stanowiło w jego ocenie naruszenie Pzp. Odwołujący podkreślił, że nie został wezwany do uzupełnienia dokumentów poświadczających należyte wykonanie usług wymaganych na potwierdzenie spełniania warunku w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, mimo że, przedstawione przez niego dokumenty zostały przez zamawiającego sklasyfikowane i ocenione negatywnie. Odwołujący, zaznaczył ponadto, że złożona przez niego oferta nie została również odrzucona ani nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 Pzp. Wobec powyższego odwołujący wskazał, że zamawiający istotnie naruszył przepisy Pzp, w konsekwencji czego niezasadnie i z naruszeniem przepisów wykluczył odwołującego z postępowania a nadto doprowadził do wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która nie przedstawia najkorzystniejszego bilansu ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 1 lutego 2019 r. zamawiający złożył oryginał odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami, w której wniósł o oddalenie odwołania podając uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

W uzasadnieniu tym zamawiający wskazał, że postawione zarzuty opierają się na mylnym stwierdzeniu, iż przedstawione przez odwołującego „referencje" Uniwersytetu Medycznego im. Piastów Śląskich we Wrocławiu spełniają wymóg zamawiającego określony w Rozdziale XI ust.6 SIWZ tj. stanowi *„wykaz wykonanych usług… w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie...".* W tym miejscu zamawiający wskazał, że odwołujący pismem z dnia 19 grudnia 2018 r. został zgodnie z art. 26 ust. 2 Pzp wezwany do potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym właśnie do wykazania wykonania należycie ww. usług. W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie w dniu 20 grudnia 2018 r. odwołujący przedstawił m.in. List Referencyjny wystawiony w dniu 4 kwietnia 2018 r. przez Uniwersytet Medyczny im. Piastów Śląskich we Wrocławiu. Przedmiotowy list w przeciwieństwie do przedstawionych równocześnie Listu Referencyjnego Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie z dnia 17 stycznia 2018 r. oraz referencji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu Ośrodka Zamiejscowego w Pile nie zawierał informacji o należytym wykonaniu umowy. Na skutek podjętych wątpliwości oraz stwierdzonych różnic zamawiający skontaktował się z Uniwersytetem Medycznym im. Piastów Śląskich we Wrocławiu, gdzie uzyskał informację, iż usługi wykonywane przez odwołującego nie były wykonywane należycie, zostały mu naliczone dwukrotnie kary umowne, zaś treść referencji dotyczy jedynie zakresu zrealizowanej umowy. W związku z otrzymaną uprzednio informacją, zamawiający uzyskał pisemnie potwierdzenie wskazanej informacji w dniu 23 stycznia 2019 r.

Zdaniem zamawiającego jak wynika z bogatej linii orzecznictwa KIO, przedstawionej, również w przystąpieniu (wbrew twierdzeniom odwołującego) dokumenty poświadczające doświadczenie zawodowe i właściwe wykonanie robót, dostaw lub usług muszą zawierać wprost informacje o „właściwym wykonaniu umowy". Przykładowo wskazał np.

wyrok z dnia 13 czerwca 2011 r. o sygn. akt KIO 1156/11 gdzie stwierdzono *„Dokument mający poświadczać należyte wykonanie robót, dostaw lub usług, nie musi przybrać konkretnej określonej postaci np. referencji. Na okoliczność należytego wykonania umowy świadczenia usługi referencyjnej mógłby być złożony dowolnie nazwany dokument lub dokumenty, wystawione przez osobę upoważnioną ze strony inwestora, z których jednak wprost wynikałoby potwierdzenie akceptacji i pozytywnego wyniku zrealizowanych przez wykonawcę usług, ujętych w wykazie doświadczenia zawodowego, stanowiący przy tym oświadczenie wiedzy podmiotu zlecającego”*.

Wobec powyższego zamawiający stwierdził, że słusznie uznał, iż odwołujący nie przedstawił właściwych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług, a zatem nie spełnił warunku w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia, w związku z czym wykluczenie odwołującego z przedmiotowego postępowania było w pełni zasadne oraz zgodne z zapisami dokumentacji postępowania i przepisami prawa. Ponadto wyjaśnił, że należy wziąć pod uwagę okoliczność, iż zamawiający posiadał wiedzę o nienależytym wykonaniu usługi przez odwołującego na rzecz Uniwersytetu Medycznego im. Piastów Śląskich we Wrocławiu oraz literalną treścią przedstawionych referencji, brak było podstaw do wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. W tym miejscu wskazał, że ewentualne wezwanie odwołującego, w ww. trybie w żaden sposób nie zmieniłoby wyników postępowania. Z uwagi na naliczone kary umowne, oraz zastrzeżenia w zakresie świadczonej usługi przez odwołującego na rzecz Uniwersytetu Medycznego im. Piastów Śląskich we Wrocławiu, odwołujący nie mógł wykazać się należytym wykonaniem umowy. W związku z powyższym decyzja zamawiającego o niewzywaniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp odwołującego była racjonalna i zgodna z ekonomiką postępowania, w żaden sposób nie naruszając zarazem praw odwołującego się. Dodatkowo wskazał, że odwołujący złożył dokumenty wymagane przez zamawiającego, zaś dodatkowe oświadczenia nie były konieczne, z uwagi na fakt, że z przedstawionych „referencji”, wynikał brak właściwie wykonanej usługi na rzecz Uniwersytetu Medycznego we Wrocławiu. Zdaniem zamawiającego dyspozycja art. 26 ust. 3 Pzp zwalnia zamawiającego z obowiązku wzywania do złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

W związku z powyższym zamawiający stwierdził, iż odwołanie powinno zostać w całości oddalone.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy zgłosił przystąpienie wykonawca – A. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą AGNUS A. S. z siedzibą w Warszawie, który już piśmie o zgłoszeniu przystąpienia przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska i wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania, ustaliła i zważyła co następuje.

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym, jako uczestnika wykonawcę – A. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą AGNUS A. S. z siedzibą w Warszawie, zwanego nadal: „przystępującym”

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w wersji elektronicznej zapisanej na płycie CD w dniu 30 stycznia 2019 r. w tym w szczególności z treści: Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej nadal „SIWZ”), pisma z dnia 4 kwietnia 2018 r. Uniwersytetu Medycznego im. Piastów Śląskich we Wrocławiu stanowiącego „referencje” złożone przez odwołującego oraz pismo z dnia 10 stycznia 2019 r. stanowiące informację w sprawie wykluczenia oraz wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, a także dowody załączone do odpowiedzi na odwołanie tj. pismo zamawiającego z dnia 22 stycznia 2019 r. skierowane do Uniwersytetu Medycznego im. Piastów Śląskich we Wrocławiu i pismo z dnia 23 stycznia 2019 r. stanowiące odpowiedź ww. podmiotu oraz złożone na rozprawie przez przystępującego pismo z dnia 28 stycznia 2019 r. skierowane do niego z Uniwersytetu Medycznego im. Piastów Śląskich we Wrocławiu.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:
Zamawiający w rozdziale X ust. 3 pkt 3 SIWZ postawił następujący warunek w zakresie zdolności technicznej i zawodowej – *Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 (trzech) lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał lub należycie wykonuje, co najmniej 3 usługi sprzątania obiektów o powierzchni co najmniej 2500 m2 każdy*. Ponadto zgodnie z rozdziałem XI ust. 6 pkt 1 lit. a) SIWZ zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, może w określonym tam terminie wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Wzór wykazu stanowił Załącznik nr 4 do SIWZ.
Zamawiający pismem z dnia 19 grudnia 2018 r. na podstawie art. 26 ust. 2 Pzp wezwał odwołującego m. in. do złożenia ww. dokumentów. W odpowiedzi na to odwołujący pismem z dnia 20 grudnia 2018 r. złożył stosowne – w jego ocenie – dokumenty, w tym także na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale X ust. 3 pkt 3) SIWZ, list referencyjny z dnia 4 kwietnia 2018 r. wystawiony przez Uniwersytet Medycznego im. Piastów Śląskich we Wrocławiu, który dotyczył umowy nr UMW/AZ/PN-74/14 z dnia 22 lutego 2015 r. obowiązującej od dnia 22 lutego 2015 r. do 21 lutego 2018 r.
Następnie zamawiający pismem z dnia 10 stycznia 2019 r. (przekazanym odwołującemu 17 stycznia 2019 r.) poinformował odwołującego o wykluczeniu go z postępowania. W piśmie tym znalazła się też informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu. W piśmie tym zamawiający poinformował, że wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp i zgodnie z art. 24 ust 4 Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. W uzasadnieniu faktycznym wykluczenia odwołującego stwierdził, że:
Zamawiający w prowadzonym postępowaniu ZP-3/18 dot. usługi sprzątania zastosował procedurę odwróconą zgodnie z art. 24aa ust.1 pzp i najpierw dokonał oceny ofert. Następnie wyniku wyboru oferty najwyżej ocenionej wezwał w dniu 19.12.2018 r. Wykonawcę którego oferta otrzymała największą ilość punktów do złożenia oświadczeń i dokumentów, o których jest mowa w SIWZ rozdział XI ust. 6,aktualnych na dzień złożenia, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia". Wykonawca w dniu 20.12.2018 r. złożył dokumenty mieszcząc się tym samym w terminie podanym przez Zamawiającego. Złożona przez Wykonawcę dokumentacja nie potwierdziła, że wszystkie trzy usługi wykonywane na innych obiektach są realizowane w sposób należyty. Wykonawca przedstawił trzy poświadczenia wykonywanych usług. Dwa poświadczenia Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu Ośrodek zamiejscowy w Pile jaki i Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie posiadają informację o prawidłowym i terminowym (należytym) wykonywaniu usługi o co wnosił Zamawiający. Natomiast trzecie poświadczenie Uniwersytetu Medycznego im. Piastów Śląskich we Wrocławiu zawiera tylko informacje o wykonywaniu usługi natomiast brakuje potwierdzenia, że usługa jest realizowana w sposób należyty. Powyższy dowód nie potwierdził należytej realizacji przedmiotu zamówienia.
Trzeba zauważyć, że Zamawiający w SIWZ w prowadzonym postępowaniu na usługę sprzątania w rozdziale XI ust. 6 zwrócił się do Wykonawcy, którego oferta była najkorzystniejsza o złożenie minimum trzech referencji, które miały potwierdzać należyte wykonanie usługi. Z przedstawionych referencji tylko dwie zawierały potwierdzenie prawidłowej (należytej) realizacji umowy. Dlatego Zamawiający zgodnie z art. 24.1 (12) pzp wykluczył Wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia podlega wykluczeniu, i tym samym na podstawie art. 24 ust.4 pzp Zamawiający uznał ofertę Wykonawcy za odrzuconą.

Izba zważyła co następuje.

Na wstępie należy wskazać, że dokument z dnia 4 kwietnia 2018 r. określony jako list referencyjny, wystawiony przez Uniwersytet Medyczny im. Piastów Śląskich we Wrocławiu złożony przez odwołującego na okoliczność spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wskazywał, że odwołujący wykonywał prace wskazane w tym dokumencie natomiast nie potwierdzał, że zostały one wykonane należycie, tak jak wymagał tego

zamawiający. Ponadto z dokumentu dołączonego do odpowiedzi na odwołanie tj. pisma Uniwersytetu Medycznego im. Piastów Śląskich we Wrocławiu z dnia 23 stycznia 2019 r. dotyczącego realizacji umowy nr UMW/AZ/PN-74 z dnia 22 lutego 2015 r., na którą powoływał się odwołujący na okoliczność spełnienia ww. warunku wynika, że w okresie obowiązywania ww. umowy na odwołującego zostały naliczone kary umowne w październiku 2015 r oraz w styczniu 2018 r. Podobnie z dowodu złożonego na rozprawie przez przystępującego tj. pisma Uniwersytetu Medycznego im. Piastów Śląskich we Wrocławiu z dnia 28 stycznia 2019 r. wynika, że w okresie obowiązywania umowy nr UMW/AZ/PN-74/14 cz. A wystawca tego dokumentu naliczył odwołującemu kary umowne. W ocenie Izby zebrany materiał dowodowy potwierdzający okoliczność naliczenia kar umownych na odwołującego w związku z realizacją wskazanej usługi potwierdza w sposób niepodważalny, że podana przez odwołującego usługa wykonywana na rzecz Uniwersytetu Medycznego im. Piastów Śląskich we Wrocławiu nie została wykonana należycie. Warto także dodać, że odwołujący w przedmiotowej materii zachował się biernie tj. nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających należyte wykonanie ww. usługi, poprzestając wyłącznie na gołosłownych twierdzeniach. Tym samym Izba stwierdziła, że odwołujący nie spełnił postawionego w rozdziale X ust. 3 pkt 3 SIWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, ponieważ nie wykazał się należytym wykonaniem trzech usług.

Niemniej w przedmiotowym stanie sprawy ustalenie poczynione przez zamawiającego nie mogło zdaniem Izby skutkować automatycznym wykluczeniem odwołującego z postępowania. Zamawiający powinien mieć na uwadze w przedmiotowej sprawie dyspozycje zawartą w art. 26 ust. 3 Pzp. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 (o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia), oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 (spełnianie warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji, braku podstaw wykluczenia, spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego), oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia, lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia, lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Tym samym zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający zobowiązany jest do wezwania wykonawcy do złożenia brakujących oświadczeń lub dokumentów, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów i oświadczeń złożonych fizycznie, lecz nieodpowiadających wymaganiom określonym przez zamawiającego zarówno co do treści, jak i formy, udzielenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, co do których zamawiający powziął wątpliwości. Ponadto zdaniem Izby relacja pomiędzy art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, a art. 26 ust. 3 Pzp została słusznie przedstawiona w wyroku z dnia 1 października 2018 r. o sygn. akt KIO 1848/18, na który powołał się odwołujący. W wyroku tym Izba wskazała, że *czynność wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp wymaga wcześniejszego zastosowania przez zamawiającego procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 Pzp. Przepis ten stanowi bowiem, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Dokonanie wezwania do uzupełnienia jest zatem obowiązkiem wykonawcy, od wykonania którego może on odstąpić jedynie w dwóch przypadkach. Po pierwsze, kiedy już takiego wezwania dokonał, a uzupełnione oświadczenia i dokumenty nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postepowaniu, gdyż czynności tak co do zasady może być wykonana tylko raz. Po drugie, gdy mimo uzupełnienia oferta wykonawcy podlegałaby odrzuceniu lub postępowanie podlegałoby unieważnieniu*.

W informacji o wykluczeniu wykonawcy oraz wyborze najkorzystniejszej oferty opublikowanej w dniu 17 stycznia 2019 r. oraz w trakcie postępowania odwoławczego przed Izbą, zamawiający nie wskazał innych podstaw wykluczenia odwołującego, ani innych podstaw odrzucenia jego oferty określonych w art. 89 Pzp, a także żadna ze stron ani uczestnik postępowania nie sygnalizowali konieczności unieważnienia postępowania na podstawie jednej z przesłanek określonych w art. 93 Pzp, zatem w ocenie Izby nie ma przeszkód do zastosowania przez zamawiającego wobec odwołującego art. 26 ust. 3 Pzp.

Izba nie wzięła także pod uwagę argumentacji zamawiającego podanej na rozprawie wskazującej, że w stanie przedmiotowej sprawy zastosowanie art. 26 ust. 3 Pzp stanowiłoby nieuzasadnione przedłużenie postępowania oraz, że odwołujący na wezwanie zamawiającego mógł przedstawić wykaz, który mógł zawierać większą liczbę usług jak i referencji potwierdzających należyte wykonanie usług spełniających warunek udziału w postępowaniu. Jeśli chodzi o pierwsze stanowisko należy wskazać, że zamawiający przy prowadzeniu procedury przetargowej powinien kierować się przede wszystkim przepisami Pzp i zawartymi w niej zasadami, szczególnie określonymi w art. 7 ust. 1 Pzp zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a nie względami ekonomiki i szybkości prowadzenia procedury

przetargowej. Natomiast jeśli chodzi o drugą kwestię to Izba wyjaśnia, że odwołujący oczywiście mógł podać więcej usług w wykazie usług i złożyć odpowiednią liczbę referencji na ich poświadczenie, ale absolutnie nie miał takiego obowiązku i z tego względu nie może spotykać go ze strony zamawiającego dolegliwość w postaci wykluczenia go z postępowania, ponieważ to zamawiający dokonując czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania powinien postępować zgodnie z przepisami Pzp i poprzedzić tę czynność wezwaniem z art. 26 ust. 3 Pzp.
W związku z powyższym Izba uznała, że zamawiający w przedmiotowej sprawie naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp ponieważ przedwcześnie wykluczył odwołującego z postępowania oraz art. 26 ust. 3 Pzp ponieważ nie zastosował go w przedmiotowej sprawie w stosunku do odwołującego do czego – w ocenie Izby – był zobowiązany. Tym samym zamawiający w przedmiotowej sprawie powinien powtórzyć czynność oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej z zastosowaniem wobec odwołującego treści art. 26 ust. 3 Pzp.
Natomiast co do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 Pzp należy wskazać, że w ocenie Izby zostały one sformułowane jako konsekwencja zarzutów przedstawionych we wcześniejszym akapicie. W związku z tym zarzuty te znalazły potwierdzenie w związku ze stwierdzonymi naruszeniami art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 26 ust. 3 Pzp.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie ziszczenia się zarzutu postawionego w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 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. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na wyznaczone posiedzenie i rozprawę na podstawie rachunku złożonego przez odwołującego na rozprawie.

Izba nie uwzględniła kosztów w wysokości 138,41 zł z tytułu wartości podatku VAT w wysokości 23% od rozliczenia kosztów dojazdu ujętych na fakturze złożonej przez pełnomocnika odwołującego, gdyż nie wykazał on, że w zakresie działalności gospodarczej prowadzonej przez pełnomocnika mieści się usługa transportowa i w tym stanie rzeczy powyższe koszty Izba uznała za nieuzasadnione.

Przewodniczący:……..……