Sygn. akt: KIO 2867/12

WYROK
z dnia 14 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 grudnia 2012 r. przez wykonawcę: **„Małopolkom" R……. K……..., I……. F……. Usługi Komunalno-Zieleniarskie s.c., ul. Wysłouchów 20/44, 30-611 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, ul. Centralna 53, 31-586 Kraków,**

przy udziale wykonawcy: **Firma Handlowo-Usługowa Rapidex, M…….. Z……., M…….. K……. s.c., ul. Królewska 49/12, 30-040 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2867/12 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **„Małopolkom" s.c. R…….. K……., I……. F……. Usługi Komunalno-Zieleniarskie, ul. Wysłouchów 20/44, 30-611 Kraków ,** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **„Małopolkom" s.c. R……. K……., I……. F……... Usługi Komunalno-Zieleniarskie, ul. Wysłouchów 20/44, 30-611 Kraków,** 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 **Krakowie.**

Przewodniczący: …….....…

Sygn. akt: KIO 2867/12

Uzasadnienie

Zamawiający: Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Bieżące utrzymanie toalet miejskich na terenie Miasta Krakowa". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz.1012/S 208-342497 w dniu 27 października 2012 r.

Odwołujący „Małopolkom" s.c. R……. K……., I…… F…….. Usługi Komunalno-Zieleniarskie z siedzibą w Krakowie wniósł odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej - oferty złożonej przez Firmę Handlowo-Usługową Rapidex, M……. Z……, M…… K…….. s.c. z siedzibą w Krakowie oraz wobec wykluczenia odwołującego
z postępowania. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „Pzp":

- art. 26 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających doświadczenie zawodowe;
- art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 36 ust. 1, 3, 5 i 6 art. 140 ust. 1 i 3, art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 38 ust. 4 Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania, pomimo wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, poprzez wskazanie w tabeli (zał. nr 4 zatytułowany doświadczenie zawodowe firmy Birbud w pkt 2 dot. Szpitala im. Babińskiego), że „prace były wykonywane w obiekcie czynnym, co wiązało się z bieżącym utrzymaniem czystości w czasie prowadzonych prac remontowych;
- art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Firmy Handlowo-Usługowej, Rapidex, M…….. Z…….., M…… K……. s.c., pomimo braku wystarczającego doświadczenia zawodowego po stronie tego wykonawcy (w odwołaniu omyłkowo wskazano art. 89 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, zgodnie z wyjaśnieniem odwołującego złożonym na rozprawie);
- art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, poprzez wybranie oferty wykonawcy, który nie wykazał posiadania odpowiednich uprawnień, wiedzy i doświadczenia, niezbędnych do wykonania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wniósł o:
- powtórzenie czynności badania, oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonanie jej zgodnie z przepisami Pzp;
- zobowiązanie zamawiającego do wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień i dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp;

- nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Firmę Handlowo-Usługową Rapidex M…….. Z…….., M……. K……. s.c.;
- unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Firmy Handlowo-Usługowej Rapidex M…… Z…….., M…….. K…… s.c. oraz obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący podniósł w uzasadnieniu, że w dniu 6 grudnia 2012 r. zamawiający na zasadzie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, tj. wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. W wezwaniu zamawiający wskazał, że z załączonego do oferty doświadczenia zawodowego nie wynika spełnienie warunku udziału, polegającego na utrzymaniu czystości w obiektach użyteczności publicznej na kwotę co najmniej 500.000 zł. W opinii zamawiającego z przedstawionego w ofercie doświadczenia zawodowego można zaliczyć tylko jego część na kwotę 321.703,00 zł. Pozostałe prace wykazane w tabeli doświadczenia zawodowego, objęte zobowiązaniem przedsiębiorstwa „Birbud" do oddania do dyspozycji odwołującego, doświadczenia zawodowego nie zostały przez zamawiającego uznane, gdyż bieżące utrzymanie czystości wymienione w tych pracach było wykonywane podczas prowadzenia prac remontowych. Zamawiający przyjął, że jeżeli w obiekcie prowadzone są prace remontowe, to nie jest on ogólnie dostępny, a więc nie jest obiektem użyteczności publicznej.

Odwołujący wyjaśnił, że nie podzielając powyższych zastrzeżeń zamawiającego, z ostrożności procesowej, przedłożył kolejne dokumenty, zgodnie z zobowiązaniem nałożonym przez zamawiającego. Zdaniem odwołującego załączone do oferty dokumenty potwierdzające doświadczenie zawodowe, wbrew twierdzeniom zamawiającego, wypełniają warunek udziału w postępowaniu, określony w siwz, a zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców (cz. III ust. 1 pkt. b). *Odwołujący* stwierdził, że spełniał ww. warunek już od chwili złożenia oferty. Zgodnie z przedłożoną dokumentacją, odwołujący wykonywał zamówienia samodzielnie na kwotę 321.703,00 zł, natomiast w pozostałym zakresie przedstawił zobowiązanie Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „Birbud" M…… M…….. do przekazania doświadczenia zawodowego, polegającego na wykonaniu zamówienia w zakresie wykonywania prac remontowo-budowlanych, instalacji wod-kan, C.O., elektrycznych wraz z bieżącym utrzymaniem czystości w czasie prowadzonych prac remontowych na obiektach użyteczności publicznej na łączną kwotę 4.178.851,50 zł brutto. Wszystkie ww. prace poparte były stosownymi referencjami i wykazami prac.

Odwołujący przyznał, że prowadzenie remontu może powodować wyłączenie budynku z użytkowania, jednakże wcale tak być nie musi i nie w każdym przypadku. W niniejszej sprawie zamawiający nie wyjaśnił ani nie zweryfikował okoliczności, czy prace remontowe spowodowały wyłączenie obiektu z użytkowania, stwierdzając z góry, że powyższe prace toczyły się w zamkniętym obiekcie. Skoro odwołujący powołał się na doświadczenie w postaci robót remontowych w budynku przy ul. Śniadeckich (budynek Szpitala Specjalistycznego im. dr J. Babińskiego, ul. Babińskiego 29, 30-393 Kraków - załącznik do oferty nr 4), wskazując, że prace były wykonywane w obiekcie czynnym, co wiązało się z bieżącym utrzymaniem czystości w czasie prowadzonych prac remontowych, to stwierdzić należy, że istniały obiektywne wątpliwości czy przedmiotowy remont połączony był z wyłączeniem budynku szpitalnego z użytkowania, czy też prace toczyły się w warunkach funkcjonowania placówki, co miało istotne znaczenie do zakwalifikowania tych prac jako spełniających przesłanki niezbędne dla zaliczenia ich w poczet wymaganego doświadczenia. Pomimo tych wątpliwości, zamawiający zaniechał wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących prac w przedmiotowym szpitalu wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 26 ust. 4 Pzp **(patrz:** wyrok Krajowej Izby Odwoławczej KIO 595/11, LexPolonica, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej KIO 86/11, LexPolonica). W ocenie odwołującego w przedmiotowej sprawie zachodziła niespójność treści wykazu i protokołu końcowego odbioru robót. Z wykazu wynikało, że remont w Szpitalu im. Babińskiego odbywał się w warunkach jego funkcjonowania, natomiast nie wynikało to z przedłożonego protokołu. W tych okolicznościach zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień było sprzeczne z ww. przepisem, przez co zamawiający przedwcześnie i niepotrzebnie wezwał odwołującego do złożenia innych dokumentów. Odwołujący przedstawił jako dowód protokół końcowy odbioru robót z dnia 28 listopada 2011 r. oraz protokół przekazania placu budowy z dnia 22 września 2011 r., z którego wynika, że remontowany budynek pozostawał czynny.

Odwołujący zaznaczył dodatkowo **,** że podniesione przez niego argumenty odnoszą się w równym stopniu do pozostałych punktów doświadczenia zawodowego przedsiębiorstwa Birbud, których zamawiający również nie poddał szczegółowemu badaniu oraz nie wdrożył wobec istniejących wątpliwości procedury z art. 26 ust. 4 Pzp.

Odwołujący wyjaśnił, że z ostrożności, na wezwanie zamawiającego, w dniu 10 grudnia 2012 r. złożył dodatkowe dokumenty - zobowiązanie spółki Promos sp. z o.o., z którego wynika, że ww. przedsiębiorstwo przekazuje odwołującemu doświadczenie zawodowe polegające na wykonywaniu zamówień w zakresie kompleksowego utrzymania czystości obiektów użyteczności publicznej na kwotę 568.150,00 zł. Zamówienia w ramach powyższego zobowiązania obejmowały kompleksowe utrzymanie porządku i czystości

w obiekcie użyteczności publicznej w Krakowie przy ul. Rydla 50, w tym toalet i wind dla niepełnosprawnych (wartość - 330.000,00 zł brutto) oraz kompleksowe utrzymanie czystości i porządku w obiekcie użyteczności publicznej przy ul. Ujastek 7 w Krakowie, w tym toalet i wind dla niepełnosprawnych (wartość - 238,150,00 zł brutto).

Zamawiający uznał jednak, że ww. dokument zobowiązania nie potwierdza spełnienia warunku na dzień składania ofert, tj. na dzień 5 grudnia 2012 r.

Zdaniem odwołującego także w tym przypadku działania i konkluzje zamawiającego są pochopne i przedwczesne. Data widniejąca na dokumencie, tj. 10 grudnia 2011 r. nie decyduje o skuteczności wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu *(wyrok* Krajowej Izby Odwoławczej KIO 854/11, LexPolonica). Odwołujący wskazał, że przedłożone zobowiązanie świadczy o tym, że odwołującego i spółkę Promos łączy porozumienie, mocą którego spółka Promos udostępnia swoje zasoby odwołującemu. Widniejąca na data się tylko do przedmiotowym dokumencie odnosi potwierdzenia pisemnego zobowiązania, które zostało zawarte wiele tygodni wcześniej w sposób ustny, konkludentny. Wobec tego, w sytuacji, w której zamawiający powziął wątpliwości co do istnienia takiego porozumienia na dzień składania ofert, powinien był wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień także w tym zakresie (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej KIO 86/11, LexPolonica). Czynność zamawiającego w postaci wezwania do uzupełnienia dokumentów była

niewystarczająca do podjęcia decyzji o wykluczeniu.

Co do zaniechania odrzucenia oferty Firmy Handlowo-Usługowej Rapidex M……. Z…….., M……. K…… s.c. odwołujący podniósł, że zamawiający powinien był wykluczyć tego wykonawcę, albowiem nie posiadał on na dzień składania ofert doświadczenia zawodowego odpowiadającego siwz ani odpowiednich uprawnień niezbędnych do wykonania przedmiotowego zamówienia. Ww. wykonawca nie przedłożył żadnego dokumentu ani innego dowodu, z którego wynikałoby, iż ma on doświadczenie nie tylko w utrzymaniu czystości, ale także w zakresie utrzymania obiektów, zgodnie z wymogami prawa budowlanego i sztuką budowlaną. Brak doświadczenia w tym zakresie dyskwalifikuje wykonawcę, a jego oferta podlega odrzuceniu, gdyż potwierdza, że wykonawca nie posiada uprawnień budowlanych czy uprawnień w przedmiocie instalacji elektrycznych niezbędnych do realizacji niniejszego zamówienia (art. 22 ust. 1 Pzp).

Jak wynika z dokumentów przedstawionych przez wykonawcę, posiada on doświadczenie zawodowe tylko w jednym z dwóch obszarów przewidzianych w siwz, tj. w zakresie utrzymywania czystości. Natomiast do prawidłowego realizowania niniejszego zamówienia niezbędne jest ponadto doświadczenie w pracach remontowych, takich jak malowanie ścian i sufitów, stolarki okiennej i drzwiowej, konserwacji instalacji wod-kan i elektrycznych, etc. (załącznik nr 5 do siwz). W tym kontekście oświadczenie wykonawcy o posiadaniu odpowiednich uprawnień odnosić należy wyłącznie do prac, które faktycznie

dotychczas wykonywał. W pozostałym zakresie zapewnienia wykonawcy, nie poparte stosowną dokumentacją, pozostają gołosłowne.

Dalszą konsekwencją zaniechania odrzucenia ww. oferty oraz wykluczenia odwołującego jest rażące naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, bowiem zamawiający zastosował odmienne kryteria, niezgodne z siwz, niesłusznie uznając doświadczenie ww. wykonawcy, z jednoczesnym błędnym zakwestionowaniem doświadczenia odwołującego. Tym samym sposób prowadzenia postępowania nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji i doprowadził do nierównego traktowania wykonawców.

W dniu 31 grudnia 2012 r. wykonawca Rapidex M…….. Z……., M……. K…… s.c. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że z przedstawionych dokumentów dotyczących doświadczenia udostępnionego odwołującemu przez firmę Birbud nie wynika, że firma ta świadczyła usługi utrzymania czystości, a jedynie, że zobowiązana była do doprowadzenia do stanu pierwotnego terenu budowy. Przedstawiony przez odwołującego protokół przekazania placu budowy dla roboty budowlanej „Przebudowa wraz ze zmianą sposobu użytkowania istniejących pomieszczeń przy ul. Śniadeckich 12 dla potrzeb utworzenia jednostki świadczącej usługi medyczne" potwierdza, że w trakcie prac budowlanych budynek był czynny na parterze, co nie oznacza, że wykonując remont wykonawca świadczył również usługi bieżącego utrzymywania czystości na parterze budynku. Z informacji zawartej na stronie internetowej www.bip.babinski.pl wynika, że przedmiot ww. zamówienia na roboty budowlane nie obejmował takich usług. Zgodnie z informacją zawartą na stronie Szpitala im. Babińskiego w Krakowie usługi te wykonywała od dnia 14 września 2011 r. firma Zakłady Usługowe EZT S.A. – wybrana w ramach przetargu. Wobec niewykazania wymaganego doświadczenia odwołujący podlega wykluczeniu, a jego oferta podlega odrzuceniu.

Odnosząc się do uzupełnionych przez odwołującego dokumentów, przystępujący wskazał, że zobowiązanie spółki Promos z dnia 10 grudnia 2012 r. nie potwierdza okoliczności udostępnienia odwołującemu zasobów w postaci doświadczenia w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. W ocenie przystępującego złożone dokumenty nie pozostawiają żadnych wątpliwości co do ich treści, zatem zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp jest bezzasadny. Przystępujący podkreślił zasadę pisemności postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, w tym w szczególności pisemną formę zobowiązania podmiotu do udostępnienia swoich zasobów (art. 26 ust. 2b). Pisemne zobowiązanie firmy Promos zostało przez odwołującego złożone, zatem nie ma podstaw aby domniemywać, że odwołującego i ww. podmiot powyższa relacja łączyła wcześniej.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, wykonawca oświadczył, że spełnia warunek siwz dotyczący doświadczenia, co potwierdza świadczenie

usługi „Bieżącego utrzymywania toalet miejskich na terenie Miasta Krakowa" od 2010 r., poparte stosownymi referencjami. W zakresie uprawnień budowlanych wskazał, że zamawiający takich uprawnień nie wymagał w przedmiotowym postępowaniu, które obejmuje wyłącznie usługi utrzymania toalet i nie dotyczy w żadnym stopniu wykonywania robót budowlanych.

Zamawiający w dniu 31 grudnia 2012 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie. Zamawiający podniósł, że odwołujący nie kwestionował wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 6 grudnia 2012 r. Złożenie przez wykonawcę nowych dokumentów utwierdziło zamawiającego w przekonaniu, że załączone do oferty dokumenty nie dotyczyły obiektów użyteczności publicznej na łączną kwotę co najmniej 500,000 zł.

Zamawiający stwierdził, że nie może przyjąć wyjaśnień odwołującego, iż odwołującego i firmę Promos łączy ustne porozumienie rzekomo zawarte przed terminem składania ofert. W zamówieniach publicznych obowiązuje pisemność postępowania w celach dowodowych. Z uzupełnionych dokumentów wynika, że po otrzymaniu wezwania, tj. kilka dni po terminie składania ofert, odwołujący pozyskał doświadczenie zawodowe od firmy Promos.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Rapidex M…….. Z…….., M…… K…….. s.c. zamawiający wyjaśnił, że wymagania dotyczące doświadczenia zawodowego w zakresie utrzymania obiektów, zgodnie z wymogami prawa budowlanego i sztuką budowlaną, uprawnień budowlanych, uprawnień w zakresie instalacji elektrycznych nie zostały określone w siwz, a ponadto warunki takie należałoby uznać za nieuzasadnione, gdyż przedmiotem zamówienia są usługi bieżącego utrzymania toalet miejskich, a nie robót budowlanych.

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

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący posiada legitymację materialno-prawną do wniesienia odwołania. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania oferta odwołującego podlegałaby uznaniu za najkorzystniejszą, a tym samym odwołujący miałby możliwość uzyskania zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawca, Firma Handlowo-Usługowa RAPIDEX M……. Z……., M…… Kopeć s.c., skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie

zamawiającego. Przystępujący zgłosił przystąpienie w ustawowym terminie, określonym w art. 185 ust. 2 Pzp oraz wykazał interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, jako wykonawca, którego oferta została wybrana w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejsza.

Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu.

Izba nie rozpoznawała zarzutów naruszenia przepisów art. 36 ust.1, 3, 5 i 6, art. 140 ust.1 i 3, art. 38 ust. 4 Pzp, które w żadnym stopniu nie zostały przez odwołującego uzasadnione. Odwołujący nie podał jakichkolwiek okoliczności na poparcie tezy o naruszeniu tych przepisów. Izba uznała powyższe zarzuty za całkowicie nieuzasadnione.

Dodatkowo Izba wskazuje, że odwołanie w zakresie dotyczącym treści postanowień siwz (art. 36 Pzp), powinno być wniesione w terminie określonym w art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp. Podnoszenie zarzutów dotyczących treści specyfikacji, w tym m.in. opisu przedmiotu zamówienia lub opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, na etapie oceny ofert należy uznać za zgłoszone po upływie ustawowego terminu. Podobnie odwołanie wobec czynności, o której mowa w art. 38 ust. 4 Pzp, tj. zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – powinno być wniesione w terminie 10 dni od dnia, w którym wykonawca powziął wiadomość lub z zachowaniem należytej staranności mógł powziąć wiadomość o treści tej czynności (art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp). Izba nie mogła odnieść się do odwołania w powyższym zakresie wobec braku argumentacji odwołującego, a nawet braku wskazania czynności, w odniesieniu do której podniósł naruszenie tego przepisu. Bez

uzasadnienia faktycznego zostało podniesione przez odwołującego także naruszenie przepisów art. 140 ust. 1 i ust. 3 Pzp, dotyczących tożsamości świadczenia wykonawcy wynikającego z umowy oraz z zobowiązania zawartego w ofercie i przesłanki unieważnienia umowy w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w siwz. Również w tym zakresie odwołujący ani w odwołaniu ani też na rozprawie nie przedstawił uzasadnienia merytorycznego.

Za niezasadny należało uznać zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających doświadczenie zawodowe.

Izba ustaliła, że w części III pkt 1 lit. b siwz zamawiający wymagał wykazania przez wykonawców, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert zrealizowali zamówienia podobne do przedmiotu zamówienia, polegające na utrzymaniu czystości w obiektach użyteczności publicznej o łącznej wartości na kwotę co najmniej

500 000,00 zł.

W części IV „Wymagane oświadczenia i dokumenty" pkt 1 lit. g siwz, w odniesieniu do powyższego warunku, zamawiający żądał przedłożenia „wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres wykonywania działalności jest krótszy – w tym okresie – z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie – wg zał. 4."

W ocenie Izby opis warunku i sposobu oceny jego spełnienia nie wymaga interpretacji pojęcia „zamówienia podobne do przedmiotu zamówienia", które zastało użyte w pierwszej części opisu warunku. Zamawiający w treści opisu warunku pojęcie to jednoznacznie doprecyzował, wskazując, ze są to usługi polegające na utrzymaniu czystości obiektów użyteczności publicznej o określonej wartości. Nie ma zatem żadnych podstaw, aby wbrew ww. jednoznacznemu opisowi warunku zawartemu w specyfikacji, definiować powyższe pojęcie na nowo w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia, skoro zamawiający podał wyraźne jego wyjaśnienie w dokumentacji przetargowej. Gdyby w treści warunku powyższego doprecyzowania nie było, a zamawiający posłużyłby się samym tylko ogólnym pojęciem „podobne zamówienia", to wówczas uzasadnione byłoby odniesienie tego pojęcia do opisu przedmiotu zamówienia, w celu określenia, jakie zamówienia w tym konkretnym postępowaniu należy uznać za podobne. Taka sytuacja jednak nie ma miejsca w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący złożył w ofercie załącznik nr 4 (str. 23), w którym przedstawił własne doświadczenie w poz. 1-4, o wartości ogółem 321 703,00 zł oraz w poz. 5 wskazał zobowiązanie Przedsiębiorstwa Birbud do udostępnienia odwołującemu doświadczenia o wartości 4 178 851,50 zł. W dodatkowym załączniku nr 4 (str. 25, 26 i 27 oferty) odwołujący przedstawił doświadczenie ww. podmiotu. Z treści opisu wykonanych przez ten podmiot zamówień wynika zrealizowanie 7 zamówień obejmujących roboty budowlane i remontowe wraz z „bieżącym utrzymaniem czystości w czasie prowadzenia prac".

W ocenie Izby nie ma wątpliwości, że w ww. zamówieniach „bieżące utrzymanie czystości w czasie prowadzenia prac", stanowiło jedynie niewielką część zrealizowanych zamówień. Jak wynika z wykazu oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie ww. zamówień, przedmiotem tych zamówień były roboty budowlane. W ocenie Izby powyższe wskazuje, że były to prace jedynie pomocnicze przy wykonywanych robotach budowlanych. Prace polegające na utrzymywaniu czystości przy wykonywanych robotach

budowlanych mają nieco odmienny charakter niż utrzymanie czystości w obiektach użyteczności publicznej, a zatem w obiektach ogólnodostępnych, ale nawet jeśli uznać, że są to prace podobne swoim charakterem do przedmiotu niniejszego zamówienia, to należy zauważyć, że zgodnie z treścią warunku musiałyby one być wykonywane w obiektach

czynnych, tj. ogólnodostępnych w trakcie prowadzonych robót lub remontów.

Na marginesie należy też zauważyć, że nie ma podstaw, aby przyjąć, że wartość prac polegających na utrzymaniu czystości w trakcie wykonywanych robót budowlanych, które stanowią niewątpliwie jedynie element zamówienia na roboty budowlane, pokrywa się z wartością wykonanych robót budowlanych, co wskazywał odwołujący w wykazie. Nie można zatem przyjąć, że wartość wykonanych robót budowlanych (w świetle opisu warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu) w całości może być zaliczona jako wartość usług polegających na utrzymaniu czystości w obiektach użyteczności publicznej.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz treść złożonych przez odwołującego dokumentów (załącznik nr 4 dot. zamówień wykonanych przez Przedsiębiorstwo Birbud oraz dokumenty potwierdzające należyte wykonanie tych zamówień) Izba stwierdziła, że zamawiający nie miał obowiązku wezwania odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych w ofercie ww. dokumentów w odniesieniu do „Roboty remontowe w budynku przy ul. Śniadeckich 12". Jak wynika z tych dokumentów mają one treść jednoznaczną, nie budzącą wątpliwości. W wykazie wskazano, że zamówienia dotyczyły robót budowlanych, a zatem nie obejmują usług, które zostały wyraźnie opisane przez zamawiającego w części III pkt 1 lit. b siwz. Roboty budowlane i remonty, jako takie, nie potwierdzają spełniania warunku w zakresie – usług utrzymania czystości obiektów użyteczności publicznej. Ponadto zdaniem Izby zamawiający słusznie przyjął, że jeżeli w obiekcie prowadzone są prace remontowe, to nie jest to w tym czasie obiekt ogólnodostępny, a więc nie jest to obiekt użyteczności publicznej.

Ze złożonych w ofercie odwołującego dokumentów referencji oraz w przypadku zamówienia „Roboty remontowe w budynku przy ul. Śniadeckich 12" (druga pozycja wykazu) – „protokołu końcowego odbioru robót" z dnia 28 listopada 2011 r. nie wynika potwierdzenie, aby wykazane zamówienia dotyczyły usług utrzymania czystości w obiektach użyteczności publicznej oraz jaka była ich wartość. Dokumenty te potwierdzają wyłącznie wykonanie robót budowlanych. Zatem, skoro z przedstawionego w ofercie doświadczenia zawodowego nie wynika spełnienie warunku udziału, polegającego na utrzymaniu czystości w obiektach użyteczności publicznej na kwotę co najmniej 500.000 zł, zamawiający słusznie uznał, że odwołujący ma prawo uzupełnić dokumenty w powyższym zakresie. Zamawiający wezwał zatem odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia dokumentów. Podkreślić należy w szczególności, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek

wykazania (udowodnienia) spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie ma obowiązku dopytywać wykonawcę – wzywać do „wyjaśnienia" treści dokumentów, które nie potwierdzają spełniania warunku podmiotowego. Stanowiłoby to niewątpliwie naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów może uzupełnić dokumenty w odpowiednim zakresie ale może też złożyć wyjaśnienia do dokumentów już wcześniej złożonych. Jest także uprawniony do wniesienia odwołania na czynność wezwania, uznając, że uprzednio złożone dokumenty są prawidłowe i potwierdzają spełnianie warunków. Ryzyko i skutek działań wykonawcy w tym zakresie zawsze obciąża wykonawcę, po którego stronie leży obowiązek udowodnienia, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W przedmiotowym postępowaniu w dniu 6 grudnia 2012 r. zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, w zakresie, który został przez zamawiającego wyraźnie określony, nie wniósł odwołania, nie złożył też żadnych wyjaśnień dotyczących wskazanych w ofercie wykonanych zamówień. Odwołujący tym samym zgodził się z oceną zamawiającego, że złożone w ofercie dokumenty nie potwierdzają spełniania warunku w pełnym wymaganym zakresie.

Jednocześnie trzeba zauważyć, że fakt, iż roboty remontowe w budynku przy ul. Śniadeckich (budynek Szpitala Specjalistycznego im. dr J. Babińskiego) były wykonywane w obiekcie czynnym na parterze, nie dowodzi z pewnością tego, że wykonawca wykonywał usługi utrzymania czystości w tej części obiektu, która była „czynna". Okoliczności tej odwołujący w przedmiotowym postępowaniu nie wykazał. Przedstawiony przez odwołującego „Protokół przekazania placu budowy" z dnia 22 września 2011 r.,

potwierdza co prawda, że w trakcie robót budynek pozostawał czynny na parterze, jednak dokument ten nie potwierdza faktu, że wykonawca Birbud oprócz przywrócenia terenu budowy do stanu pierwotnego po zakończeniu robót budowlanych, był w ramach tego zamówienia zobowiązany także do świadczenia usługi utrzymywania czystości w „części czynnej" tego obiektu, co jest konieczne do wykazania spełniania warunku dotyczącego doświadczenia w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący nie zaprzeczył również twierdzeniom przystępującego, że z informacji zawartej na stronie internetowej Szpitala wynika, że przedmiot ww. zamówienia na roboty budowlane nie obejmował takich usług, a usługi te wykonywała od dnia 14 września 2011 r. firma Zakłady Usługowe EZT S.A. – wybrana w ramach przetargu.

Izba uznała wobec powyższego, że zamawiający nie miał obowiązku wezwania

odwołującego do wyjaśnienia złożonych w ofercie dokumentów wykazu i referencji dotyczących wykonanych przez firmę Birbud, a fakt wezwania do uzupełnienia dokumentów nie ograniczył odwołującego w zakresie swobody i sposobu wykazywania, że spełnia on dany warunek udziału w postępowaniu.

Odwołujący, na wezwanie zamawiającego, w dniu 10 grudnia 2012 r. złożył dodatkowe dokumenty - zobowiązanie spółki Promos sp. z o.o. z dnia 10 grudnia 2012 r. dotyczące „przekazania" odwołującemu doświadczenia zawodowego polegającego na wykonywaniu zamówień w zakresie kompleksowego utrzymania czystości obiektów użyteczności publicznej na kwotę 568.150,00 zł, obejmujących kompleksowe utrzymanie porządku i czystości w obiekcie użyteczności publicznej w Krakowie przy ul. Rydla 50, w tym toalet i wind dla niepełnosprawnych (wartość - 330.000,00 zł brutto) oraz kompleksowe utrzymanie czystości i porządku w obiekcie użyteczności publicznej przy ul. Ujastek 7 w Krakowie, w tym toalet i wind dla niepełnosprawnych (wartość - 238,150,00 zł brutto).

Złożone zobowiązanie nie potwierdza spełniania warunku na dzień nie późniejszy niż termin składania ofert, tj. 5 grudnia 2012 r. Z treści tego dokumentu wynika, że powyższe zobowiązanie zostało podjęte w dniu 10 grudnia 2012 r. W szczególności należy podkreślić w treści ww. zobowiązania sformułowanie „przekazujemy", które zostało użyte w czasie teraźniejszym (a zatem w dacie określonej w tym dokumencie) i nie wskazuje w jakikolwiek sposób, że zobowiązanie to zostało udzielone w jakimś terminie wcześniejszym.

Izba w pełni podziela pogląd utrwalony w orzecznictwie, iż data widniejąca na dokumencie nie ma decydującego znaczenia dla oceny czy warunek podmioty został spełniony najpóźniej na dzień składania ofert. Jednak, aby uznać, że dokument potwierdza spełnianie warunku w dacie innej aniżeli data widniejąca na dokumencie, to z treści tego dokumentu musi jednoznacznie wynikać ten fakt.

W analizowanym przypadku przedłożone zobowiązanie, wbrew twierdzeniu
nie żadnej informacji o zawarciu pomiędzy odwołującego, zawiera porozumienia
a spółką spółka zasoby odwołującym Promos, mocą którego udostępnia swoje odwołującemu, w innym terminie niż data pisma (np. wiele tygodni wcześniej w sposób ustny, jak twierdził odwołujący). Podkreślić należy w tym miejscu, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązuje jako jedna z naczelnych zasad - zasada pisemności postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Ponadto zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp w przypadku korzystania przez wykonawcę z zasobów innego podmiotu wymagana jest pisemna forma zobowiązania tego podmiotu do udostępnienia swoich zasobów.

Jak już wskazano powyżej, to na wykonawcy spoczywa ciężar dowodu spełnienia

warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie jest zobowiązany do „wyjaśniania" dokumentów, które wyraźnie nie potwierdzają spełniania warunków.

Izba uznała wobec powyższego za niezasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania. Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, w szczególności poprzez wskazanie w załączniku nr 4 doświadczenia zawodowego firmy Birbud w pkt 2 dot. Szpitala im. Babińskiego, że „prace były wykonywane w obiekcie czynnym, co według twierdzenia odwołującego wiązało się z bieżącym utrzymaniem czystości w czasie prowadzonych prac remontowych.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego odpowiadającego siwz ani odpowiednich uprawnień, niezbędnych do wykonania przedmiotowego zamówienia przez wykonawcę: Firma Handlowo-Usługowa Rapidex M…… Z……., M…… K…….. s.c., albowiem wykonawca ten nie przedłożył żadnego dokumentu, ani innego dowodu, z którego wynikałoby, iż ma on doświadczenie nie tylko w utrzymaniu czystości, ale także w zakresie utrzymania obiektów zgodnie z wymogami prawa budowlanego i sztuką budowlaną, Izba uznała, że zarzut ten jest niezasadny.

Zamawiający w zakresie wiedzy i doświadczenia określił w części III pkt 1 lit. b siwz w sposób jednoznaczny warunek udziału w postępowaniu. Wiedza i doświadczenie wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie może być weryfikowane wyłącznie w zakresie w nim opisanym. Z treści specyfikacji wynika, że zamawiający nie wymagał w przedmiotowym postępowaniu posiadania przez wykonawców doświadczenia w zakresie robót budowlanych lub w zakresie „utrzymania obiektów zgodnie z wymogami prawa budowlanego i sztuką budowlaną", co podnosił odwołujący. Zamawiający nie postawił w siwz wymogu odnośnie uprawnień budowlanych czy też uprawnień w przedmiocie instalacji elektrycznych. Podkreślić należy, że przy ocenie spełniania warunków podmiotowych zamawiający jest związany opisem sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu zawartym w ogłoszeniu o zamówieniu lub siwz (art. 22 ust. 1 Pzp). Ponadto treść warunku w pierwszej kolejności należy odczytywać zgodnie z jego literalnym brzmieniem. W szczególności nie wymaga interpretacji opis warunku, który jest jednoznaczny, jasny i zrozumiały.

W analizowanym przypadku treść warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia nie budzi żadnych wątpliwości, w szczególności nie budzi żadnych wątpliwości fakt, że zamawiający nie wymagał w tym zakresie wykazania doświadczenia w robotach budowlanych lub posiadania uprawnień budowlanych. Jak już Izba wskazała powyżej w niniejszym uzasadnieniu, z treści warunku dotyczącego wymaganego doświadczenia

opisanego w części III pkt 1 lit. b siwz wynika, że zamawiający zdefiniował jakie zamówienia uznaje za podobne do przedmiotu tego zamówienia, zatem nieuprawnione jest rozszerzanie zakresu określonych w siwz wymagań, jak domagał się tego odwołujący. Nie może mieć także znaczenia dla rozstrzygnięcia tej sprawy sposób wykazywania spełniania warunku w postępowaniu sprzed trzech lat, w którym warunek nie w zakresie doświadczenia nie był opisany w sposób tożsamy jak w obecnie prowadzonym postępowaniu.

Wobec powyższego Izba uznała, że przystępujący wykazał, że spełnia w całości warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia, określony w siwz, co potwierdza świadczenie usługi „Bieżącego utrzymywania toalet miejskich na terenie Miasta Krakowa" od 2010 r., i złożone w ofercie w tym zakresie referencje.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Firmy Handlowo-Usługowej, Rapidex, M…….. Z……., M…… K…… s.c., pomimo braku wystarczającego doświadczenia zawodowego po stronie tego wykonawcy oraz art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, poprzez wybranie oferty wykonawcy, który nie wykazał posiadania odpowiednich uprawnień, wiedzy i doświadczenia, niezbędnych do wykonania przedmiotowego zamówienia. W konsekwencji Izba nie stwierdziła także naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie 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: ……..……