**Sygn. akt: KIO/UZP 818/08**

**KIO/UZP 819/08**

**WYROK**
**z dnia 22 sierpnia 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz**

**Członkowie: Ryszard Tetzlaff**
**Renata Tubisz**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie* w dniu/w dniach* **22.08.2008 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **11.08.2008 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:
**A. Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych ŚMIGIEL Bogusław Śmigiel, 45-594 Opole, ul. Obrońców Stalingradu 48/1 (sygn. akt KIO/UZP 818/08)**
**B. Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych ŚMIGIEL Sp. z o.o., i Bogusław Śmigiel, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych ŚMIGIEL, 45-594 Opole, ul. Obrońców Stalingradu 48/1 (sygn. akt KIO/UZP 819/08)**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PPUP Poczta Polska, 00-940 Warszawa, pl. Małachowskiego 2** protestów:

**A Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych ŚMIGIEL Bogusław Śmigiel, 45-594 Opole, ul. Obrońców Stalingradu 48/1** z dnia **16.07.2008 r.**

---

**B Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych ŚMIGIEL Sp. z o.o., i Bogusław Śmigiel, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych ŚMIGIEL, 45-594 Opole, ul. Obrońców Stalingradu 48/1** z dnia **16.07.2008 r.**

**orzeka:**

1. **Oddala oba odwołania**

2. Kosztami postępowania obciąża:

**A. Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych ŚMIGIEL Bogusław Śmigiel, 45-594 Opole, ul. Obrońców Stalingradu 48/1**
**B. Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych ŚMIGIEL Sp. z o.o., i Bogusław Śmigiel, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych ŚMIGIEL, 45-594 Opole, ul. Obrońców Stalingradu 48/1**

i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt szczery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:

**A** koszty w wysokości 2 032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych ŚMIGIEL Bogusław Śmigiel, 45-594 Opole, ul. Obrońców Stalingradu 48/1,**

**B** koszty w wysokości 2 032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Usług ŚMIGIEL Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowych**

**i Bogusław Śmigiel, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych ŚMIGIEL, 45-594 Opole, ul. Obrońców Stalingradu 48/1,**

2) dokonać wpłaty kwoty ..... zł ..... gr (słownie:.....) stanowiącej uzasadnione koszty strony , w tym:



---

**A** kwoty ..... zł ..... gr (słownie:.....) przez **.....** na rzecz **……...,** uzasadnione koszty strony z tytułu stanowiącej ..... zł ..... gr przez **B** kwoty ..... (słownie:.....) **.....** na rzecz **.....,** uzasadnione koszty strony z tytułu stanowiącej .....

3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym
**A** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**
**B** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**

4) dokonać zwrotu kwoty 35 936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
**A** kwoty 17 968 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych ŚMIGIEL Bogusław Śmigiel, 45-594 Opole, ul. Obrońców Stalingradu 48/1,**
**B** kwoty 17 968 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych ŚMIGIEL Sp. z o.o., i Bogusław Śmigiel, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych ŚMIGIEL, 45-594 Opole, ul. Obrońców Stalingradu 48/1.**

**Uzasadnienie**

W postępowaniu, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Sprzątanie placówek pocztowych i przyległych terenów zewnętrznych podległych Wydziałowi Zarządzania Nieruchomościami w Katowicach" Odwołujący - Konsorcjum Przedsiębiorstwa Usług Wielobranżowych ŚMIGIEL Sp. z o.o. i Bogusława Śmigiel, prowadzącego działalność



---

gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych, zwany dalej Konsorcjum, w dniu 11.07.2008r. otrzymał od Zamawiającego - Poczty Polskiej Oddział Regionalny w Katowicach, informację o wykluczeniu Konsorcjum i odrzuceniu jego oferty, a także o unieważnieniu postępowania.

Konsorcjum w dniu 18.07.2008r. złożyło protest na czynności Zamawiającego, polegające na:

1. wykluczeniu Konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (w zakresie zadania nr 4),
2. odrzuceniu oferty złożonej przez Konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (w zakresie zadania nr 4),
3. unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (w zakresie

zadania nr 4).

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) - zwanej dalej ustawą Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji,
2. art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że wykonawca nie spełnia wymagań stawianych przez Zamawiającego w SIWZ i w konsekwencji niezasadne wykluczenie wykonawcy z postępowania,
3. art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że wykonawca nie złożył wykazu wykonanych lub wykonywanych usług i w konsekwencji niezasadne wykluczenie protestującego z postępowania,
4. art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty wykonawcy pomimo, że oferta wykonawcy spełnia wszystkie wymagania przewidziane SIWZ i powinna zostać uznana za ważną,
5. art. 93 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezzasadne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

oraz wnosząc o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (w zakresie zadania nr 4),
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty wykonawcy (w zakresie zadania nr 4),
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (w zakresie zadania nr 4),

a w konsekwencji o:



---

4. wybór oferty Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej (w zakresie zadania nr 4).

Interes prawny w uzyskaniu zamówienia Konsorcjum uzasadniło tym, że wskutek wykluczenia wykonawcy z postępowania oraz odrzucenia jego oferty Zamawiający unieważnił postępowanie, co w konsekwencji sprawiło, że nie wybrana została oferta Konsorcjum.

W uzasadnieniu protestu odwołujące się Konsorcjum stwierdziło, że w wykonaniu wyroków Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2008 roku w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 334/08 oraz w sprawie o sygnaturze akt KIO/UZP 335/08 Zamawiający starał się ponownie dokonać oceny ofert złożonych w niniejszym postępowaniu.
Zdaniem Konsorcjum, niezgodne z prawdą jest twierdzenie Zamawiającego o tym, że zgodnie z postanowieniami zawartymi w wyroku KIO z dnia 24.04.2008r. oferty złożone przez PUW Śmigiel Bogusław Śmigiel na zadanie nr 4 i 5 winny być rozpatrywane łącznie. Konsorcjum podkreśliło, że Krajowa Izba Odwoławcza zarówno w wyroku o sygn. akt KIO/UZP 334/08, jak również w wyroku o sygn. akt KIO/UZP 335/08 w żaden sposób nie wskazała, że oferty na zadanie nr 4 i nr 5, złożone odpowiednio przez: 1) Konsorcjum PUW ŚMIGIEL sp. z o.o. w Opolu i Bogusława Śmigiel, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PUW ŚMIGIEL oraz 2) Bogusława Śmigiel, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PUW ŚMIGIEL w Opolu, winny być rozpatrywane łącznie.

Zdaniem Konsorcjum, cytowany przez Zamawiającego fragment uzasadnienia wyroku KIO: „każdy z wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu miał obowiązek złożyć tylko jedną ofertę„ potwierdza fakt, że intencją Zamawiającego było to, aby jeden wykonawca mógł złożyć tylko jedną ofertę na jedno zadanie, jednak Zamawiający pomija, że na podstawie przepisów ustawy Pzp konsorcjum traktowane jest jako jeden podmiot (art. 23 ust. 1 i 3 ustawy Pzp). Jako oddzielny podmiot traktowany jest również sam Bogusław Śmigiel, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PUW ŚMIGIEL. Taki stan rzecz prowadzi z kolei do wniosku, że możliwe jest złożenie dwóch oddzielnych ofert na zadanie nr 4 i nr 5, tak jak to zostało w niniejszym postępowaniu dokonane. Same natomiast oferty nie powinny być w żaden sposób ze sobą łączone.

Odwołujące się Konsorcjum podniosło, że ustawa Pzp wymienia bardzo szeroki krąg podmiotów, które mogą być wykonawcą - są to osoby fizyczne, osoby prawne i jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej. Uprawnienie do ubiegania się wspólnie

o udzielenie zamówienia przez kilku wykonawców wynika bezpośrednio z art. 23 ustawy Pzp. Nie jest więc niezbędne dokonanie jakiejkolwiek czynności przez Zamawiającego, w szczególności nie jest wymagane, aby Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) wyraźnie dopuścił taką możliwość. W takim



przypadku każdą z ofert częściowych należy traktować autonomicznie, co oznacza, że ocena ofert powinna przebiegać oddzielnie dla każdej oferty częściowej (UZP/ZO/0-3448/05).

Odwołujące się Konsorcjum wskazało, że powyższe twierdzenia zostały zaakceptowane przez KIO podczas rozpatrywania dwóch oddzielnych odwołań - jednego wniesionego przez Konsorcjum, drugiego wniesionego przez Bogusława Śmigiel.

W ocenie Konsorcjum, błędne pozostają również ustalenia Zamawiającego odnośnie nie posiadania wystarczającego doświadczenia do wykonywania przedmiotu zamówienia objętego niniejszym postępowaniem.

Wskazano, że wartość wykonanej do dnia rozpoczęcia postępowania usługi na rzecz Zarządu Gospodarowania Nieruchomościami w Warszawie Oddział Bielany, począwszy od początku 2006 roku, wynosi łączną kwotę 1 845 115,18 złotych. Wartość wykonanej przez wykonawcę usługi stanowi kilka elementów składowych w postaci następujących umów: 144/NE/2006, 03/NE/2007, 20/NE/2007, 27/NE/2006, 28/NE/2007 oraz częściowo umowy (do momentu rozpoczęcia postępowania): 125/ZE/2007, 126/ZE/2007, a także usługa tożsama z przedmiotem zamówienia świadczona na rzecz firmy ANN-POL na terenach ZGN Bielany o wartości 620 590,74 złotych w okresie od 01.04.2007 do 31.12.2007r. Doliczając do powyższej kwoty wartość tej części usługi, która nie została jeszcze wykonana w postaci elementów składowych usługi, tj. umów 125/ZE/2007 i 126/ZE/2007, Konsorcjum stwierdziło, że jest w stanie wykazać się usługą wykonywaną na rzecz Zakładu Gospodarowania Nieruchomościami w Warszawie w łącznej kwocie 2 627 085,18 złotych. Wobec powyższego odwołujące się Konsorcjum spełnia wymagania stawiane przez Zamawiającego odnośnie wymaganego doświadczenia, albowiem usługa wykonywana na rzecz ZGN Warszawa Dzielnica Bielany pomimo, że została wykonywana za pomocą kilku umów, stanowi jedną tożsamą, ciągłą i nierozerwalną usługę. Za tożsamością jednej usługi przemawia fakt wykonywania usługi na rzecz tego samego podmiotu, w tym samym zakresie - sprzątanie terenu wewnętrznego, zewnętrznego utwardzonego i zielonego w budynku i na terenie. Powyższe okoliczności potwierdzają referencje ZGN, załączone do oferty.

Odwołujące się Konsorcjum podniosło także, że w ramach wykonywania usługi (umowa 28/NE/2007) wykonano m.in. usługę sprzątania powierzchni wewnętrznych w budynkach należących do ZGN w Warszawie, a mieszczących się w budynku przy ul. Szegedyńskiej 13 A. Obejmowało ono swym zakresem sprzątanie powierzchni wewnętrznych budynku w postaci klatek schodowych, korytarzy, ciągów komunikacyjnych o powierzchni 10 883 $m^2$. Wielkość ta wynika bezpośrednio z oświadczenia Zarządu Gospodarowania Nieruchomościami w Warszawie, złożonego na prośbę wykonawcy. ZGN w Warszawie oświadczył, że kubatura budynku przy ul. Szegedyńskiej 13 A w Warszawie wynosi 63 635 $m^3$.



Odwołujące się Konsorcjum założyło, że jeżeli wysokość pomieszczeń w budynku przy ul. Szegedyńskiej 13 A w Warszawie nie przekracza 3 m, to można podzielić łączną kubaturę 63 635 $m^3$ na 3 m co pozwoli wyliczyć przybliżoną powierzchnię całego budynku (63 635 $m^3$ : 3 m = 21 211,66 $m^2$). Odejmując następnie od całkowitej powierzchni budynku powierzchnię lokali wynoszącą 10 328,60 $m^2$ (wskazana przez ZGN w Warszawie w załączniku nr 15 do SIWZ - załączony przez Wykonawcę do umowy 28/NE/2007) otrzymuje się powierzchnię ok. 10 883,06 $m^2$ wewnętrzną budynku w postaci klatek schodowych korytarzy, ciągów komunikacyjnych. itp. (21 211,66 $m^2$ – 10 328,60 $m^2$ = 10 883,06 $m^2$). Sprzątanie powierzchni wewnętrznych o powyższych wielkościach przekracza wielkości wymagane przez Zamawiającego w SIWZ dla zadania 4.

W ocenie odwołującego się Konsorcjum, Konsorcjum to wykazało wykonywanie zadania sprzątania powierzchni wewnętrznych zbliżonych do przedmiotu zamówienia w zdaniu nr 4 - 18 946,85 $m^2$ lub nr 5 - 12 137,75 $m^2$. Sprzątanie powierzchni wewnętrznych - w postaci klatek schodowych, korytarzy i ciągów komunikacyjnych o pow. 10 883 $m^2$,

z powodzeniem spełnia wymagania Zamawiającego, i z całą pewnością potwierdza referencje i doświadczenie Odwołującego się Konsorcjum.

Odwołujące się Konsorcjum wskazało również, że niezasadna jest decyzja Zamawiającego odnośnie wykluczenia go z powodu nie złożenia uzupełnionego wykazu wykonanych usług (załącznik nr 6 do SIWZ).

Zgodnie z zapisem SIWZ (Rozdz. IV ust. 3 - "brak któregokolwiek (dokumentu) - w tym również wykazu wykonanych usług - skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia - art. 24 ust. 2 pkt. 3, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 ustawy"

Konsorcjum oświadczyło, że wraz z ofertą złożyło wykaz wykonanych usług potwierdzających jego doświadczenie, co uniemożliwia Zamawiającemu wykluczenie go. Samo żądanie natomiast uzupełnienia wykazu wykonanych usług budzi wątpliwości. Zgodnie bowiem z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający jest uprawniony żądać przedłożenia m.in wykazu wykonanych usług w dwóch przypadkach:

1. jeżeli wykonawca nie złożył takiego dokumentu z ofertą,

lub

2. jeżeli wykaz złożony przez wykonawcę zawiera błędy.

Skoro zatem Zamawiający nie wskazał, że złożony przez wykonawcę wykaz wykonanych lub wykonywanych usług zawiera błędy, to wykonawca nie był zobowiązany do przedkładania nowego lub zmienionego wykazu wykonanych lub wykonywanych usług.
Samo sformułowanie w piśmie Zamawiającego z dnia 1 lipca 2008 roku, że prosi on o „uszczegółowienie, uzupełnienie załączonych do oferty referencji, względnie o dostarczenie dodatkowych dokumentów (referencji, protokołu odbioru, lub inne) oraz



---

o uzupełnienie wykazu wykonanych usług, kierując się postanowieniami zawartymi w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.04. 2008r." nie stanowi prawnie skutecznego wezwania do uzupełnienia wykazu wykonanych lub wykonywanych usług.
Ponadto wskazało Konsorcjum, Krajowa Izba Odwoławcza w wyrokach z dnia 24.04.2008r. nie wskazała, że wykaz wykonanych lub wykonywanych usług powinien zostać zmieniony lub uzupełniony. Z tych też powodów odwołujące się Konsorcjum nawet gdyby chciało uzupełnić wykaz wykonywanych lub wykonanych usług, kierując się postanowieniami wyroków KIO, to nie wiedziałoby, w jakim zakresie powinno te wykazy uzupełnić.

Bezzasadne wykluczenie odwołującego się Konsorcjum z postępowania i uznanie tym samym jego oferty za odrzuconą, przyczyniło się do podjęcia kolejnej błędnej decyzji o unieważnieniu postępowania. Gdyby Zamawiający uznał, że Konsorcjum może skutecznie ubiegać się o udzielenie zamówienia, a jego oferta jest ważna i spełnia wymagania SIWZ, to nie doszłoby do unieważnienia postępowania.

Protest złożony przez Bogusława Śmigiel, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych ŚMIGIEL, w dniu 18.07.2008r., dotyczący zadania nr 5, zawierał zarzuty, żądania i argumentację tożsamą do tych, które zawarło w proteście odwołującego się Konsorcjum.

W terminie ustawowym, pismem z dnia 28.07.2008r., które w dniu 29.07.2008r. doręczono Konsorcjum, Zamawiający protest rozstrzygnął poprzez jego oddalenie.
W uzasadnieniu oddalenia protestu Zamawiający wskazał, że zgodnie z postanowieniami zawartymi w wyroku KIO z dnia 24.04.2008 r. oferty złożone przez PUW „Śmigiel" Bogdan Śmigiel na zadanie 4 i 5 winny być rozpatrywane łącznie: „każdy z wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu miał obowiązek złożyć tylko jedną ofertę z uwzględnieniem ilości zadań, w których ma zamiar brać udział. Wniosek taki wynika wprost z opisu warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów i oświadczeń jakich żądał Zamawiający w celu ich potwierdzenia. ( ) Zamawiający żądał przedłożenia jednej oferty, a jeśli wykonawcy chcą uczestniczyć w więcej niż w jednym zadaniu winni dołączyć odpowiednią ilość formularzy".
Protestujący PUW „Śmigiel" Bogusław Śmigiel złożył ofertę na zadanie nr 4 (jako członek Konsorcjum) i ofertę na zadanie nr 5 jako PUW „Śmigiel" Bogusław Śmigiel.
Do oferty składanej przez Konsorcjum na zadanie nr 4 i do oferty składanej na zadanie 5 przez PUW „Śmigiel" dołączono takie same wykazy usług (dla zadania 4 o dwie pozycje

więcej) i takie same dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług.
Zamawiający podniósł, że analogiczna sytuacja dotyczyła firmy PU KOMPETO Białystok, która złożyła jedną ofertę na dwa zadania - nr 4 i 5, a w wykazie usług wykazała te same



usługi dla zadania nr 4 i 5, na co odwołujące się Konsorcjum złożyło protest, a w następstwie odwołanie do KIO.

Zamawiający podał, że w rozdz. IV ust. 1 pkt 8 SIWZ wymagał od wykonawców, celem spełnienia wymaganych warunków, przedłożenia wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, nie mniejszej niż 50 % wartości składanej oferty, z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane należycie.
Zamawiający wymagał od wykonawcy, aby zrealizował we wskazanym wyżej okresie co najmniej 1 usługę zbliżoną zakresem, przeznaczeniem i wartością nie mniejszą niż 50% wartości składanej oferty (załącznik nr 6 do siwz).

Do oferty na zadanie nr 4 (wykonawca Konsorcjum) i na zadanie 5 (wykonawca - PUW „Śmigiel" Bogusław Śmigiel) został dołączony wykaz wykonanych usług (załącznik nr 6). Wykazy te zawierają te same usługi (dla zadania nr 4 o dwie usługi więcej). Mimo, że wykazy składają się z 20 i 18 pozycji, to żadna z nich nie potwierdza wykonania jednej usługi o 50 % wartości składanej oferty. Zamawiający, wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.04.2008 r., dokonał szczegółowego badania ofert złożonych w ww. postępowaniu na zadanie nr 4 i nr 5 i stwierdził, co następuje:
usługa wykazana w załączniku nr 6 do SIWZ w poz. 6 dla zadania nr 4 oraz w poz. 4 dla zadania nr 5 o wartości 926 774, 00 zł zawiera usługi, które nie są objęte przedmiotem zamówienia - opalanie i dozorowanie. Zamawiający - PKP ZLK Wrocław - potwierdziło wykonanie usług sprzątania na kwotę 128 832, 00 zł brutto, o czym Zamawiający informował protestujących (dowód: pismo o znaku referencyjnym CIOR/DZP/1 7/877/2008 z dnia 03.06.2008r.).
Również usługa wykazana w załączniku nr 6 do SIWZ w poz. 4 wykazu dla zadania 4 oraz w poz. 2 wykazu dla zadania nr 5 na kwotę 1 408 280, 00 zł nie została potwierdzona przez Zamawiającego - ZGN Warszawa. Potwierdzone zostały usługi wykonywane na terenach zewnętrznych i zielonych. Brak potwierdzenia usług wykonywanych na powierzchniach wewnętrznych. Oznacza to, że Zamawiający nie może uznać, że ww. usługi odpowiadają wymaganiom szczegółowo opisanym w rozdz. I SIWZ.
W uzupełnieniu dokumentów, do których został wezwany wykonawca, po wyroku KIO z dnia 24.08.08r., dostarczono dokumenty (umowy - tylko pierwsze strony, protokoły odbioru), również takie same dla zadania nr 4 i 5, z których wynika potwierdzenie wykonywania usług na terenach zewnętrznych i zielonych. Wśród nich nie ma również żadnej usługi, która



wartością odpowiadałaby wymaganiom Zamawiającego. Na wykazaną w pismach do Zamawiającego wielkość składają się cząstkowe umowy, zawierane na różne okresy.
Ze strony 1 umowy nr 125/ZE/2007, którą załączono dla zadania nr 4 i dla zadania nr 5 wynika, iż usługa sprzątania powierzchni wewnętrznej w budynku (klatki schodowe, korytarze) przy ul. Szegedyńskiej 13 w Warszawie wykonywana jest w okresie od 01.01.2008r. i będzie wykonywana do 31.12.2008r. Na dzień rozpoczęcia postępowania - 01.02.2008r. wykonawca wykonał usługę sprzątania klatek schodowych tylko przez 1 miesiąc.
Zamawiający podniósł także, że podana powierzchnia sprzątania wewnątrz ww. budynku, tj. 10 883 $m^2$ nie odpowiada wielkością powierzchniom wewnętrznym przewidzianym do sprzątania przez Zamawiającego: 18 946,85 $m^2$ w zadaniu 4 oraz 12 137,75 $m^2$ w zadaniu 5, tym bardziej, że sposób jej wyliczenia, przyjęty przez Konsorcjum jest co najmniej nieprecyzyjny.
Zamawiający wskazał, że zgodnie z warunkami technicznymi, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, kubatura budynku - czyli kubatura wszystkich kondygnacji - jest to

iloczyn powierzchni całkowitej, mierzonej po zewnętrznym obrysie przegród zewnętrznych i wysokości budynku, przy czym do kubatury wlicza się również kubaturę przejść, prześwitów, przejazdów bramowych, poddaszy nieużytkowych, loggi, podcieni, ganków, krużganków, balkonów, tarasów. Zatem podany sposób wyliczenia powierzchni komunikacyjnych (korytarzy) i klatek schodowych jest jak wspomniano wyżej, nieprecyzyjny. Powierzchnia klatek schodowych, ciągów komunikacyjnych (korytarzy) jest zawyżona. Prawidłowa powierzchnia korytarzy i klatek schodowych powinna wynikać z projektu lub pomiaru z natury. Prawidłowo projektowany budynek mieszkalny wielorodzinny posiada powierzchnie komunikacyjne w granicach do 30% powierzchni całkowitej, a z wyliczenia Konsorcjum wynika, że powierzchnia klatek schodowych w budynku - 10 883,00 $m^2$ - jest większa od powierzchni lokali mieszkalnych w budynku - 10 328,60 $m^2$.
Zamawiający dodatkowo stwierdził, że specyfika sprzątania placówek pocztowych różni się od sprzątania klatek schodowych, a wyrok KIO z dnia 24.04.2008 r. bardzo precyzyjnie określa, co rozumie pod pojęciem sprzątanie powierzchni wewnętrznych: „zamiatanie oraz mycie podłóg i schodów (powierzchnie PCV, panele, kafelki, terakotę jak i podłogi kamienne i betonowe itp.), czyszczenie biurek, innych mebli na stanowiskach pracy, usuwanie pajęczyn i kurzu ze ścian i sufitów oraz czyszczenie lamp biurkowych, luster, klamek i aparatów telefonicznych, polerowanie szyb stanowisk operacyjnych oraz mycie powierzchni kamiennych i drewnianych lad na holach głównych, utrzymywanie w czystości pomieszczeń sanitarnych (mycie toalet, umywalek, dozowników na mydło, pojemników na papier, baterii łazienkowych, podłóg itp.) odkurzanie dywanów, wykładzin i chodników oraz wycieraczek, sprzątanie powierzchni pod meblami, czyszczenie wycieraczek wejściowych, wycieranie nóg



stołów i krzeseł". Ponadto w placówkach pocztowych znajdują się różnego rodzaju urządzenia techniczne (komputery, drukarki, monitory, urządzenia kopiujące).

W ocenie Zamawiającego zasadne jest również wykluczenie Konsorcjum z powodu nie złożenia uaktualnionego wykazu wykonanych usług. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej nakazuje Zamawiającemu powtórzyć czynność badania ofert. Zamawiający bada je zgodnie z założeniami wynikającymi z SIWZ, nie z wyrokiem KIO. Wyrok KIO nie dotyczył zapisów SIWZ, w której w rozdz. IV ust. 1 pkt 8 Zamawiający wymagał złożenia „wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia (...)„. Ponieważ Konsorcjum nie dopełniło obowiązku uaktualnienia wykazu wykonanych usług uwzględniając zmiany, Zamawiający, zgodnie z zapisami rozdz. IV ust. 3 SIWZ, wykluczył Konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia (art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp), a ofertę odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp.
W związku z powyższym, ponieważ nie złożono żadnej oferty, która nie podlegałaby odrzuceniu, przedmiotowe postępowanie w zakresie zadania nr 4 i nr 5 zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp.

Rozstrzygnięcie protestu z dnia 28.07.2008r. dotyczyło obu złożonych protestów.

W dniu 01.08.2008r. pismem z tego samego dnia, z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 184 ust. 2 ustawy Pzp, Konsorcjum wniosło odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych poprzez jego nadanie w placówce pocztowej operatora publicznego, ponawiając zarzuty zawarte uprzednio w proteście oraz żądając nakazania wykonania wskazanych uprzednio w proteście czynności.

W uzasadnieniu odwołania Konsorcjum zwróciło uwagę, że w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający położył nacisk na 3 kwestie uzasadniające jego decyzje:

1. konieczność łącznego rozpatrywania oferty złożonej przez Bogusława Śmigiel w zakresie zadania nr 4 i zadania nr 5,
2. brak wymaganego doświadczenia do wykonywania przedmiotu zadania, a w szczególności brak co najmniej jednej usługi zbliżoną zakresem, przeznaczeniem i wartością nie mniejszą niż 50 % wartości składanej oferty,
3. nie złożenie uzupełnionego wykazu wykonanych usług.

Konsorcjum podniosło, że w żadnym miejscu uzasadnienia do wyroku z dnia 24.04.2008r. Krajowa Izba Odwoławcza nie sugeruje nawet, że oferta złożona przez Bogusława Śmigiel,

prowadzącego działalność gospodarczą oraz oferta złożona przez Konsorcjum składające



się ze spółki Śmigiel sp. z o.o. oraz Bogusława Śmigiel, prowadzącego działalność gospodarczą jako osoba fizyczna powinna być rozpatrywana łącznie.

Konsorcjum podkreśliło, że Zamawiający, dopuszczając możliwość składania ofert na poszczególne zadania, dopuścił możliwość składania ofert częściowych. Rozdział I pkt 4 ppkt 7 SIWZ stanowi „zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych (art. 83. ust. 2) - odrębnie dla każdego zadania". Skoro zatem, jeżeli zamawiający dopuszcza taką możliwość, to konsekwencją tego jest, że Bogusław Śmigiel samodzielnie mógł złożyć ofertę w ramach zadania nr 5 oraz mógł złożyć ofertę w ramach konsorcjum na zadanie nr 4.

Konsorcjum powołało się na wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 15 lutego 2007r., w którym stwierdzono, że nie ma żadnych przeszkód, aby wykonawca składający ofertę częściową na wybrane zadania występował jednocześnie w charakterze podwykonawcy w ofercie innego wykonawcy składającego ofertę na inne zadania (UZP/ZO/0-140/07). Orzeczenie to w sposób jednoznaczny nie daje odpowiedzi na pytania związane z niniejszym postępowaniem, jednakże odnosząc powyższe orzeczenie per analogia do niniejszego postępowania należy stwierdzić, że nie ma żadnych przeszkód, aby partner konsorcjum składający ofertę częściową na wybrane zadanie występował jednocześnie w charakterze innego wykonawcy składającego ofertę na inne zadanie.
W ocenie Konsorcjum wnioskowanie powyższe jest jak najbardziej prawidłowe i logiczne - skoro ustawa Pzp, jak również SIWZ, nie zabrania wprost takiego rozwiązania, to należy uznać, że jest ono dozwolone. Zapisy SIWZ muszą być na tyle jednoznaczne, aby nie dopuszczały rozbieżności interpretacyjnych, a wszelkie wątpliwości nie mogą być tłumaczone na niekorzyść wykonawców (UZP/ZO/0-597/07). Ponadto rozwiązanie takie nie jest sprzeczne z podstawowymi zasadami kształtującymi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ze szczególnym uwzględnieniem zasady uczciwej konkurencji. Skoro dwie oferty, złożone na dwa oddzielne zadania częściowe, nie konkurują ze sobą, to należy uznać, że nie jest zagrożona zasada uczciwej konkurencji.

Konsorcjum podkreśliło, że złożenie oferty przez konsorcjum, w którym liderem pozostaje spółka z o.o. ŚMIGIEL ma na celu połączenie sił podmiotów i łączne spełnienie określonych w SIWZ przez Zamawiającego wymogów (por. UZP/ZO/0-117/06 oraz UZP/ZO/0-1603/06). Celem działania konsorcjum jest bowiem wspólne ubieganie się o zamówienie publiczne, a wiec połączenie swoich potencjałów ekonomicznych, finansowych (UZP/ZO/0-2641 /06).

Konsorcjum podniosło również, że Zamawiający w żadnym miejscu w SIWZ nie określił, co należy zrobić w sytuacji, gdy jedna oferta na zadanie częściowe zostanie złożona przez konsorcjum, natomiast partner tego konsorcjum złoży ofertę na inne zadanie częściowe. Zdaniem Konsorcjum zapis taki powinien się znajdować w SIWZ, albowiem



Zamawiający dość szczegółowo uregulował postępowanie dotyczące złożenia oferty przez konsorcjum (rozdział V pkt 1 ppkt 1 lit. c) SIWZ), w związku z czym przewidywał możliwość składania ofert przez konsorcja.

Konsorcjum wskazuje, że Zamawiający błędnie porównuje jego sytuację do sytuacji złożenia oferty przez Bożenę Karpińską-Czerniak, prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „KOMPETO" w Białymstoku, ponieważ Bożena Karpińska - Czerniak złożyła tylko jedną ofertę na dwa zadania. Firma ta nie występowała w konsorcjum z innym podmiotem i nie składała wraz z tym konsorcjum oferty na drugie zadanie. W tym zakresie słusznie zostało przez Krajową Izbę Odwoławczą stwierdzone, że oferta firmy KOMPETO na zadanie nr 4 i nr 5 powinna być rozpatrywana łącznie. W związku z tym słusznie również podkreślono, że firma ta powinna wykazać się co najmniej jedną usługą o wartości co najmniej 50 % wartości składanej oferty.

Konsorcjum stwierdziło, że Zamawiający błędnie przyjmuje, że „usługa wykazana w załączniku nr 6 do SIWZ w poz. 6 dla zadania nr 4 i w poz. 4 dla zadania nr 5 o wartości 926 774,00 zł zawiera usługi, które nie są objęte przedmiotem zamówienia - opalanie i dozorowanie. Zamawiający - PKP ZLK Wrocław - potwierdziło wykonanie usług sprzątania

na kwotę 128 832,00 zł brutto (...)". Dodało, że faktycznie na rzecz PKP ZLK Wrocław wykonało usługę o wartości 926 744,00 złotych. W ramach tejże usługi wykonawca wykonywał usługę sprzątania i utrzymania czystości obiektów należących do PKP ZLK Wrocław, jak również usługę dozorowania i opalania. Decydujące znaczenie ma jednak wartość tejże usługi i fakt, że przedmiot tej usługi był podobny do przedmiotu zmówienia. Wykonywanie usług opalania i dozorowania, obok usług sprzątania i utrzymania w czystości obiektów PKP ZLK Wrocław, świadczy jedynie w sposób pozytywny o potencjale technicznym i doświadczeniu wykonawcy, który wykazał, że nie tylko potrafi wykonywać usługi sprzątania, ale również o wiele bardziej skomplikowane i odpowiedzialne zadania.

Konsorcjum wskazało, że przed złożeniem oferty, wystosowało do Zamawiającego zapytania co do SIWZ o treści:

1. Czy kolejno następujące po sobie kontrakty realizowane dla tego samego Zamawiającego (na każdy kontrakt wystawiona jest oddzielna referencja) można zsumować i podać w jednej pozycji Wykazu Zrealizowanych Usług (załącznik nr 6 do SIWZ) jako wartość jednej usługi i jeden okres realizacji, czy może każdy z tych kontraktów będzie traktowany jako odrębna usługa i należy je wykazać w różnych pozycjach wykazu?
2. czy kontrakty realizowane w tym samym bądź zbliżonym okresie dla tego samego Zamawiającego, ale na podstawie oddzielnych umów (na każdy kontrakt wystawiona jest oddzielna referencja) można zsumować i podać w jednej pozycji Wykazu Zrealizowanych Usług (załącznik nr 6 do SIWZ) jako łączną wartość usługi i łączny



---

okres realizacji, czy może każdy z tych kontraktów będzie traktowany jako odrębna usługa i należy je wykazać w różnych pozycjach wykazu?

Na tak postawione pytania Zamawiający w zasadzie nie odpowiedział, albowiem pismo z dnia 3 marca 2008 roku (CIOR/DZP/17/323/2008) ogranicza się jedynie do zacytowania odpowiedniego fragmentu SIWZ.

Konsorcjum odwołało się do pojęcia „usług" i jego ustawowego i doktrynalnego rozumienia. Powszechnie przyjmuje się, że ustawa Pzp w sposób negatywny rozumie pojęcie usług jako wszystkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy (art. 2 pkt 10 ustawy Pzp). Uzupełnienia tej definicji można upatrywać w doktrynie prawa cywilnego. Zgodnie bowiem z art. 139 ust. 1 ustawy do umów w sprawach zamówień publicznych, a zatem samych zamówień publicznych, stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. W doktrynie prawa cywilnego funkcjonuje podział świadczeń m. in. na jednorazowe i ciągle. Kryterium tego podziału jest czas. I tak świadczenie jest jednorazowe, gdy jego spełnienie wymaga jednorazowego w zasadzie zachowania się dłużnika, choćby miało się na nie składać kilka czynności faktycznych Świadczenie jednorazowe może być, gdy jest podzielne, spełniane częściami np. w ratach. I tak cena kupna może być rozłożona na raty, dostawa pewnego towaru może być umówiona w mniejszych partiach i w oznaczonych odstępach czasu itp. Są to tzw. umowy o świadczenia sukcesywne, które razem wzięte składają się na całe świadczenia. Tym jednak różnią się one od zwykłych świadczeń jednorazowych, że ich spełnienie jest rozłożone w czasie. Nie zmienia to jednak faktu, że świadczenia takie mogłyby być skumulowane i wykonane jednorazowo, a jedynie z woli stron spełnione będzie w określonych odstępach czasu. Odstępy te mogą być regularne (np. miesięczne raty pożyczki) lub nieregularne. Natomiast świadczenie jest ciągłe, gdy jego spełnienie wymaga jakiegoś zachowania się dłużnika przez pewien okres czasu i gdy ponadto, ze względu na rodzaj czynności, wskazanych w treści stosunku prawnego, nie może być ono wykonane jednorazowo Świadczenie ciągłe ma to do siebie, że nie da się w nim wyodrębnić poszczególnych zachowań dłużnika, które mogłyby być potraktowane jako samoistne świadczenia albo partie świadczenia. Charakter ciągły mają np. świadczenia wynajmującego, wydzierżawiającego, przyjmującego zlecenie, świadczenia usług ochrony, utrzymania w czystości itp. Dla uznania świadczenia za ciągłe nie jest konieczne, aby zachowanie się dłużnika stanowiące treść świadczenia trwało nieprzerwanie w ciągu istnienia stosunku prawnego. Dla uznania świadczenia za ciągłe wystarcza, jeżeli składa się one z pewnych następujących po sobie psychofizycznych aktów dłużnika, nawet oddzielonych od siebie w czasie, o ile tworzą razem funkcjonalną całość, która ma to do siebie, że trwa w czasie, że czas jest jej miernikiem i że interes wierzyciela jest zaspokojony właśnie dlatego, że

odpowiednie zachowanie się dłużnika ma charakter trwały.



Konsorcjum podkreśliło, że wykonując na rzecz ZGN Warszawa usługę utrzymania w czystości powierzchni wewnętrznych i zewnętrznych pomimo, że formalnie na podstawie kilku umów, to rozumiało to świadczenie jako wykonywanie jednej usługi. Skoro kierowane zapytania do Zamawiającego nie przyniosły żadnego rezultatu, a Zamawiający odpowiedział na pytania poprzez zacytowanie fragmentu SIWZ, to wykonawca, nawet gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła ww. stanowiska, nie może ponosić negatywnych konsekwencji. Ponadto niezgodne z prawdą jest twierdzenie Zamawiającego, że wykonawca wykonywał usługę na rzecz ZGN Warszawa jedynie przez miesiąc czasu przed rozpoczęciem postępowania. Faktycznie wykonywanie usługi sprzątania i utrzymania w czystości trwało nieprzerwanie od ponad półtorej roku przed rozpoczęciem postępowania. Fakt ten wykazany został zarówno w załączniki nr 6 do SIWZ - Wykaz wykonanych usług - jak również w dokumentach i wyjaśnieniach przekazanych Zamawiającemu w piśmie z dnia 3 lipca 2008r.

Niezgodne z prawdą jest również stanowisko Zamawiającego odnośnie sposobu obliczenia powierzchni z kubatury całego budynku. Budynki znajdujące się przy ul. Szegedyńskiej 13 A w Warszawie są budynkami zaadaptowanymi na cele mieszkalne. W budynkach tych znajdują się m.in. duże sale konferencyjne, pomieszczenia administracyjne, lokale mieszkalne itp. Na każdej kondygnacji znajdują się dwa duże i szerokie ciągi komunikacyjne. Konstrukcja tego budynku daleko odbiega od standardowego budynku wielorodzinnego, a same ciągi komunikacyjne i klatki schodowe zdecydowanie przekraczają 30 % powierzchni całkowitej budynku i mogą nawet przekraczać powierzchnię lokali mieszkalnych.
Utrzymując w czystości i porządku ww. budynek, odwołujący dokonywał m.in. następujące czynności: sprzątanie w szczególności klatek schodowych, korytarzy, piwnic, podestów, usuwanie z budynków oraz pomieszczeń i urządzeń przeznaczonych do ogólnego użytku ogłoszeń, plakatów, afiszy, napisów i rysunków umieszczonych bez zgody zamawiającego, mycie klatek schodowych, korytarzy, podestów, sprzątanie toalet ogólnodostępnych, ścieranie kurzu z kaloryferów, skrzynek pocztowych, szafek i gablot umieszczonych na klatkach schodowych, mycie szyb w drzwiach wejściowych na klatki schodowe, mycie powierzchni malowanych farbą olejną lub wyłożonych glazurą na klatkach schodowych i w pomieszczeniach wspólnego użytku, mycie balustrad, parapetów, sprzątanie pomieszczeń wodomiarów, węzła co itp., mycie kloszy, sprzątanie korytarzy piwnicznych, mycie okien na klatkach schodowych łącznie z ramami okiennymi w pomieszczeniach wspólnego użytku oraz okienek piwnicznych.

W ocenie Konsorcjum powyższe okoliczności nie powinny mieć i tak większego znaczenia dla niniejszego postępowania, albowiem Zamawiający wskazał w SIWZ, że wymaga co najmniej jednej usługi odpowiadającej swoim rodzajem i wartością usługom



stanowiącym przedmiot zamówienia, nie mniejszej niż 50 % wartości składanej oferty. Wykonawcy mieli zatem wykazać się, że wykonywali usługę podobną do przedmiotu zamówienia, a nie taką samą. Ze stanowiska Zamawiającego zawartego w rozstrzygnięciu protestu wynika, że chce on, aby wykonawcy wykonali taką samą usługę, a najlepiej jeszcze na rzecz samego Zamawiającego. Stanowisko takie jest naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, albowiem preferuje on podmioty, które w chwili obecnej wykonują usługi sprzątania na rzecz zamawiającego, jak chociażby firma prowadzona przez Bożenę Karpińską-Czerniak.

Odwołanie złożone przez Bogusława Śmigiel, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych ŚMIGIEL, w dniu 01.08.2008r., dotyczące zadania nr 5, zawiera zarzuty, żądania i argumentację tożsamą do tych, które zawarło w odwołaniu Konsorcjum.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. dokumentacji postępowania oraz stanowisk i oświadczeń stron, złożonych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił

i zważył, co następuje:

Obaj wykonawcy wnoszący odwołanie posiadali interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający ich do złożenia protestu i odwołania, ponieważ potwierdzenie się zarzutów o niezasadności odrzucenia złożonych przez nich ofert oznaczałoby dla tych wykonawców szansę na uzyskanie zamówienia odpowiednio w części, w której złożyli oferty.

Zgodnie z postanowieniem Rozdziału I „Informacje wstępne" pkt 4 „Informacje uzupełniające" ppkt 7) SIWZ Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych - odrębnie dla każdego zadania, przy czym, zgodnie z Rozdziałem II „Opis przedmiotu zamówienia" pkt I ppkt 1 „Przedmiot zamówienia", przedmiot zamówienia obejmuje 6 zadań, odpowiadających placówkom pocztowym objętym usługą sprzątania:

Zadanie 1 - placówki pocztowe rejon Chorzów i Zabrze,
Zadanie 2 - placówki pocztowe rejon Rybnik,
Zadanie 3 - placówki pocztowe rejon Częstochowa,
Zadanie 4 - placówki pocztowe rejon Opole,
Zadanie 5 - placówki pocztowe rejon Kędzierzyn Koźle,
Zadanie 6 - placówki pocztowe rejon Katowice.



Zamawiający nie ograniczył możliwości składania ofert częściowych do jednego, dwóch, trzech, czterech czy pięciu zadań.

W Rozdziale III „Warunki udziału wykonawcy w postępowaniu" pkt 1 lit. b tiret pierwszy SIWZ Zamawiający, w odniesieniu do doświadczenia, zażądał, aby wykonawcy wykonywali usługi w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienie, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadające swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia.

W Rozdziale IV „Wykaz wymaganych dokumentów" pkt 1 ppkt 8) SIWZ Zamawiający zażądał, aby wykonawcy złożyli: „wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, nie mniejszej niż 50% wartości składanej oferty, z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane należycie. Zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zrealizował we wskazanym wyżej okresie co najmniej 1 usługę zbliżoną zakresem, przeznaczeniem i wartością nie mniejszą niż 50% wartości składanej oferty".

Pomimo dopuszczenia składania ofert częściowych, Zamawiający nie wskazał warunków udziału w postępowaniu odrębnie dla każdej z części (dla każdego zadania), ani nie zróżnicował tych warunków w zależności od tego, ile formularzy oferty (ile ofert częściowych) złoży wykonawca.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 24.04.2008r. (sygn. akt KIO/UZP 334/08 i KIO/UZP 335/08) położyła szczególny nacisk na to, że Zamawiający wymagał złożenia jednej oferty z uwzględnieniem ilości zadań. Patrząc przez pryzmat tego wymogu Zamawiającego, Izba doszła do wniosku, że warunek udziału w postępowaniu, określony w Rozdziale IV pkt 1 ppkt 8) dotyczy wartości oferty, którą wskazał wykonawca KOMPETO, na którą to wartość składały się wartości dla zadania 4 i 5.

W ocenie składu orzekającego Izby, fakt dopuszczenia możliwości składania ofert częściowych, przy jednoczesnym braku ograniczenia składania tych ofert do jednego, dwóch, trzech, czterech czy pięciu zadań, oznacza, że każdy z wykonawców mógł złożyć ofertę na wybraną przez siebie liczbę zadań - od 1 do 6. W wyroku z dnia 24.04.2008r. Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedziała się co do sposobu oceny spełniania przez wykonawcę KOMPETO warunku w zakresie doświadczenia, w sytuacji, gdy wykonawca ten

złożył ofertę obejmująca dwa zadania, a jednocześnie w sytuacji, gdy sam Zamawiający nie zróżnicował oczekiwanego doświadczenia w zależności od liczby zadań. Innymi słowy, im więcej zadań obejmowała oferta wykonawcy, tym większa winna być wartość uprzednio świadczonych usług.

W przedmiotowym postępowaniu wykonawca Bogusław Śmigiel, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych ŚMIGIEL złożył samodzielnie ofertę, obejmującą zadanie nr 5 oraz złożył ofertę wspólnie z innym wykonawcą, tj. Przedsiębiorstwem Usług Wielobranżowych ŚMIGIEL Sp. z o.o., obejmującą zadanie nr 4. W takim działaniu Bogusława Śmigiel skład orzekający Izby nie dopatrzył się niezgodności z przepisami ustawy Pzp, czy postanowieniami SIWZ. Niezgodność z przepisami ustawy i postanowieniami SIWZ miałaby miejsce wówczas, gdyby Bogusław Śmigiel, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych ŚMIGIEL złożył ofertę obejmującą którekolwiek z 6 zadań w sytuacji, gdy jednocześnie ofertę obejmującą to zadanie złożyłoby konsorcjum, którego członkiem byłby Bogusław Śmigiel. Tylko bowiem w takim przypadku doszłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Skład orzekający Izby nie znalazł także podstaw do stwierdzenia, że w przypadku złożenia oferty obejmującej zadanie nr 5 przez Bogusława Śmigiel, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych ŚMIGIEL oraz złożenia oferty obejmującej zadanie nr 4 przez konsorcjum w składzie Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych ŚMIGIEL Sp. z o.o. oraz Bogusława Śmigiel, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych ŚMIGIEL, należy zsumować wartość zaoferowanych przez tych wykonawców usług, ponieważ w przypadku zadania 4 ofertę złożył wykonawca, będący w świetle przepisu art. 2 pkt 11) ustawy Pzp, jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, w przypadku zaś zadania 5 wykonawca, będący osobą fizyczną. Oferty złożyło zatem dwóch różnych wykonawców - każdy z nich złożył jedną ofertę na inne zadanie.

Zamawiający nie sprecyzował w SIWZ, jaki zakres i przeznaczenie będzie uznawał za „zbliżone" do zakresu i przeznaczenia przedmiotowego zamówienia. Jedynie w odniesieniu do wartości wykazywanych usług Zamawiający podał, że wartość ta ma być nie mniejsza niż 50% wartości składanej oferty. Zamawiający nie przewidział także w treści SIWZ, w tym w ramach przygotowanych dla wykonawców wzorów, załączanych do SIWZ, podania przez wykonawców powierzchni objętych sprzątaniem w ramach uprzednio realizowanych usług. W ocenie składu orzekającego Izby oznacza to, że Zamawiający pozbawił się tym samym możliwości domagania się od wykonawców informacji w tym



zakresie, a w konsekwencji możliwości weryfikowania usług wykazanych przez wykonawców pod tym właśnie kątem (powierzchnia).

Wykonawca - Konsorcjum Śmigiel złożył ofertę, obejmującą wykonanie zadanie nr 4 za kwotę 2 383 480,32 zł brutto. 50% wartości złożonej przez tego wykonawcę oferty stanowi kwota 1 191 740,11 zł, co w świetle postanowień Rozdziału IV pkt 1 ppkt 8) SIWZ oznacza, że wykonawca ten winien wykazać, że zrealizował co najmniej 1 usługę o tej wartości.

Wykonawca - Bogusław Śmigiel, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych ŚMIGIEL złożył ofertę, obejmującą wykonanie zadanie nr 5 za kwotę 1 848 436,52 zł brutto. 50% wartości złożonej przez tego wykonawcę oferty stanowi 924 218,26 zł, co w świetle postanowień Rozdziału IV pkt 1 ppkt 8) SIWZ oznacza, że wykonawca ten winien wykazać, że zrealizował co najmniej 1 usługę o tej wartości.

Obaj Odwołujący nie złożyli, w odpowiedzi na pismo Zamawiającego CIOR/DZP/17/1002/2008 z dnia 01.07.2008r., nowych Wykazów zrealizowanych usług, a zatem podstawą oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia mogą być wyłącznie pozycje ujęte w wykazach, złożonych przez każdego z tych wykonawców wraz z ofertą.

Biorąc pod uwagę załączony do oferty złożonej przez Konsorcjum Śmigiel Wykaz zrealizowanych usług, sporządzony zgodnie z załącznikiem nr 6 do SIWZ oraz biorąc pod uwagę dokumenty załączone przy piśmie z dnia 03.07.2008r, złożone w ramach

uzupełnienia dokumentów, stwierdzić należy, że w Wykazie, obejmującym łącznie 20 pozycji, jedynie jedna pozycja osiąga wartość powyżej 1 191 740,11 zł, tj. pozycja nr 4 (1 408 280 zł).

Biorąc pod uwagę załączony do oferty złożonej przez Bogusława Śmigiel, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych ŚMIGIEL Wykaz usług, sporządzony zgodnie zrealizowanych z załącznikiem nr 6 do SIWZ oraz biorąc pod uwagę dokumenty załączone przy piśmie z dnia 03.07.2008r., złożone w ramach uzupełnienia dokumentów, stwierdzić należy, że w Wykazie, obejmującym łącznie 18 pozycji, dwie pozycje osiągają wartość powyżej 924 218,26 zł, tj. pozycja nr 2 (1 408 280 zł) oraz pozycja nr 4 (926 774 zł).

Analizując wskazane powyżej pozycje Wykazów zrealizowanych usług, skład orzekający Izby stwierdził, że:

1. w przypadku pozycji nr 4 i 2 Wykazu złożonego odpowiednio przez Konsorcjum ŚMIGIEL oraz Bogusława Śmigiel wskazano okres realizacji: 01.06.2006 -



31.12.2007 oraz Zamawiającego: Zarząd Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Bielany m.st. Warszawy (dalej ZGN),
2. w przypadku pozycji nr 4 Wykazu złożonego przez Bogusława Śmigiel wskazano w zakresie zakresu zrealizowanych usług: opalanie, dozorowanie oraz sprzątanie w obiektach Zamawiającego, okres realizacji: 15.10.2005 - 14.10.2007 oraz Zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Zakład Linii Kolejowych we Wrocławiu.

Potwierdzeniem należytego wykonania tych usług były:

1. referencje ZGN z dnia 15.01.2008r. dotyczące wykonywania usług w zakresie sprzątania terenu wewnętrznego, zewnętrznego utwardzonego i zielonego w budynku i na terenie będącego w zarządzie ZGN w okresie 04.04.2007 - 31.12.2007r., zgodnie z umową Nr 20/NE/2007,
2. referencje ZGN z dnia 04.02.2008r. dotyczące wykonywania usług w zakresie sprzątania terenów zewnętrznych utwardzonych i zieleni na terenach będących w zarządzie ZGN w okresie 01.04.2007 - 31.12.2007r. zgodnie z umową Nr 28/NE/2007,
3. referencje ZGN z dnia 27.06.2007r. dotyczące wykonywania usług w zakresie sprzątania terenów wewnętrznych, zewnętrznych utwardzonych i zieleni w budynkach i na terenie będącym w zarządzie ZGN w okresie 01.06.2006 - 31.03.2007r. oraz 16.01.2007 - 31.03.2007r.,
4. referencje PKP PLN S.A. ZLK we Wrocławiu z dnia 26.11.2007r. dotyczące świadczenia usługi polegającej na opalaniu (w sezonie grzewczym), dozorowaniu oraz sprzątaniu w obiektach zamawiającego w okresie 15.10.2006 - 14.10.2007r. w ramach umowy C/19/05a/079/00/5555/06,
5. referencje PKP PLN S.A. ZLK we Wrocławiu z dnia 20.12.2006r. dotyczące świadczenia usługi polegającej na opalaniu (w sezonie grzewczym), dozorowaniu oraz sprzątaniu w obiektach zamawiającego w okresie 15.10.2005 - 14.10.2006r.

Odwołujący się, wykazując wartość usług wykonywanych na rzecz ZGN oraz na rzecz PKP PLN S.A. ZLK we Wrocławiu, zsumowali wartości usług realizowanych w ramach różnych umów, uzasadniając to faktem, iż pomimo, że usługa była wykonywana za pomocą kilku umów, to stanowi jedną tożsamą, ciągłą i nierozerwalną usługę, za której tożsamością przemawia to, że była wykonywana na rzecz tego samego podmiotu, w tym samym zakresie.



Skład orzekający Izby nie podziela stanowiska Odwołujących, co do dopuszczalności sumowania wartości usług, realizowanych w wyniku zawarcia różnych umów. W ocenie składu orzekającego Izby dopuszczenie takiej możliwości oznaczałoby w konsekwencji sprowadzenie warunku wykazania posiadanego doświadczenia do wykazania, że wykonawca świadczył w okresie trzyletnim przed dniem wszczęcia postępowania usługi

odpowiadające rodzajowo przedmiotowi zamówienia i w tym okresie uzyskał z tego tytułu wynagrodzenie co najmniej równe wartości granicznej, żądanej przez Zamawiającego w danym postępowaniu o zamówienie publiczne. Bez znaczenia w takim przypadku pozostawałaby skala poszczególnych usług, jak i początkowa data wykonywania usługi. Nadto nie do przyjęcia, z punktu widzenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, byłoby założenie, że dopuszcza się sumowania tych tylko usług, które miałyby być świadczone na rzecz tego samego odbiorcy.

W ocenie składu orzekającego Izby, informacje, o których mowa w par. 1 ust. 2 pkt 2) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.05.2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, to informacje, które składają się na istotne postanowienia umowy, której przedmiotem mogą być w szczególności usługi tj. wartość, przedmiot usługi, daty wykonywania oraz oznaczenie stron (odbiorca – ewentualny wystawca dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie umowy oraz sam wykonawca, który w ramach tej umowy jest zobowiązanym do świadczenia usługi). Potwierdzeniem stanowiska składu orzekającego Izby jest dopuszczenie w przywołanym już punkcie w/w rozporządzenia wykazywania w przypadku usług ciągłych usług, które nie zostały zakończone, a który to moment zakończenia wynika przecież z postanowień umowy.

Zwrócić także należy uwagę na fakt, że zarówno Dyrektywa 2004/17/WE (Dyrektywa sektorowa), jak i Dyrektywa 2004/18/WE (Dyrektywa klasyczna) zawierają jedynie definicję zamówienia publicznego na usługi, co także wpływa na sposób rozumienia usługi, tj. przede wszystkim jako zamówienia, a zatem umowy odpłatnej.

Stwierdzając zatem niedopuszczalność sumowania wartości usług, świadczonych na podstawie różnych umów, w celu wykazania się doświadczeniem o skali usługi na żądanym, wysokim poziomie, skład orzekający Izby ustalił, że Odwołujący nie wykazali odpowiednio dla zadania 4 i 5 żadnej usługi, która odpowiadałaby wymaganiom Zamawiającego, wskazanym w Rozdziale IV „Wykaz wymaganych dokumentów” pkt 1 ppkt 8) SIWZ co do ich wartości.



---

Wobec ustalenia, że żaden z Odwołujących nie wykazał spełnienia warunku w zakresie żądanego przez Zamawiającego doświadczenia, skład orzekający Izby uznał, że zasadnie Zamawiający wykluczył obu wykonawców, choć podstawę wykluczenia winien stanowić art. 24 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp, nie zaś art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W konsekwencji, wobec braku innych ofert nie podlegających odrzuceniu w zakresie zadania 4 i 5, Zamawiający zasadnie unieważnił postępowanie w tych częściach na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby nie znalazł także podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego w toku prowadzonego postępowania art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Pomimo, że w ocenie składu orzekającego Izby, Zamawiający błędnie, jako podstawę prawną wykluczenia Odwołujących, przyjął art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (zamiast art. 24 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp) oraz pomimo, że Zamawiający błędnie jako podstawę prawną odrzucenia ofert Odwołujących, przyjął art. 85 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (podstawę odrzucenia w takim przypadku stanowi wprost art. 24 ust. 4 ustawy Pzp), to uchybienia te w żaden sposób nie wpłynęły niekorzystnie na sytuację prawną Odwołujących w tym postępowaniu. Skoro sama czynność wykluczenia wykonawców i odrzucenia ich ofert była zasadna, to brak jest podstaw do uwzględnienia odwołań z powodu błędnej kwalifikacji podstaw prawnych tych czynności.

Dodatkowo skład orzekający Izby stwierdza, że obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym z art. 38 ust. 1 ustawy Pzp jest udzielanie wykonawcom, w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyjaśnień dotyczących treści SIWZ.
W zostały przedmiotowym postępowaniu wątpliwości wykonawcy ujęte w dwóch szczegółowo sprecyzowanych pytaniach. Udzielenie na nie odpowiedzi winno sprowadzać się do potwierdzenia lub zaprzeczenia, nie zaś zacytowania brzmienia treści SIWZ, które wątpliwości te wywołały. Choć z formalnego punktu widzenia Zamawiający udzielił

odpowiedzi (pismo z dnia 03.03.2008r. CIOR/DZP/17/323/2008), to trudno w takim działaniu dopatrzeć się zgodności z celem, jakiemu przepis art. 38 ust. 1 ustawy Pzp ma służyć.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.



---

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

**Przewodniczący:**
**.....**
**Członkowie:**
**……..**
**……...**

_____
* *niepotrzebne skreślić*