

r'

Sygn. akt XII Ga 311/09

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 2 października 2009r

Sąd Okręgowy w Krakowie Wydział XII Gospodarczy - Odwoławczy

w następującym składzie:

Przewodniczący - Sędzia:	SO Aniela Pakosiewicz
Sędzia:	SO Janusz Beim (spr.)
Sędzia:	SO Robert Jurga
	protokolant Rafał Bielski

Protokolant:

po rozpoznaniu w dniu 2 października 2009r w Krakowie

na rozprawie

sprawy ze skargi Konsorcjum ASPEN Spółki z ograniczoną

odpowiedzialnością w Krakowie oraz ASPEN-PLUS Spółki z ograniczoną
odpowiedzialnością w Krakowie

przy uczestnictwie Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. L.
Rydygiera w Krakowie, Spółdzielni Inwalidów Naprzód w Krakowie, Adama
Gołygowskiego, Zbigniewa Gołygowskiego i Marka Kalickiego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 24 lipca 2009r sygn. akt KIO/UZP 887/09

I. oddala skargę;

**II. zasądza solidarnie od skarżących ASPEN Spółki z ograniczoną
odpowiedzialnością w Krakowie i ASPEN - PLUS Spółki z
ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie na rzecz
zamawiającego Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. L.
Rydygiera w Krakowie koszty postępowania skargowego w kwocie
1.200,00 zł (słownie: jeden tysiąc dwieście złotych).**

oryginał wtaWhw P<>«R

Sygn. akt XII Ga 311/09

Uzasadnienie

Konsorcjum utworzone przez „Aspen” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie i „Aspen Plus” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie (zwane dalej skarżącym) wniosło odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych od oddalenia jej protestu przez zamawiającego - Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. L. Rydygiera w Krakowie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi „specjalistycznego sprzątania, całodobowego utrzymania czystości w pomieszczeniach Szpitala, dezynfekcji, dezynsekcji i deratyzacji, segregacji i transportu surowców wtórnych, odpadów medycznych i komunalnych do miejsca składowania, transportu wewnętrznego i usług pomocniczych w oddziałach szpitala, oczyszczania ulic wewnętrznych, placów i terenów zielonych, usuwania śniegu i lodu oraz wywozu odpadów pochodzących z oczyszczania ulic wewnętrznych, planów i terenów zielonych” oznaczonego numerem 11 / 29/2009.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie jego żądania i nakazanie zamawiającemu;

1. unieważnienia wyboru oferty wykonawcy - konsorcjum utworzonego przez Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Kontener” s.c. (wspólnicy: Adam Gołygowski, Zbigniew Gołygowski i Marek Kalicki) jako najkorzystniejszej;
2. dokonania ponownej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz ponownej oceny ofert;
3. wykluczenia konsorcjum utworzonego przez Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Kontener” s.c. w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt. 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy i w zw. z cz VII pkt. 1.1.b SIWZ oraz art. 24 ust. 2 ustawy z jednoczesnym uznaniem oferty wykonawcy za odrzuconą w oparciu o art. 24 ust. 4 ustawy;
4. dokonania wyboru oferty złożonego przez konsorcjum utworzone przez „Aspen” sp. z o. o. i „Aspen Plus” Sp. z o. o. jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając swoje stanowisko, odwołujący wskazał jakie zarzuty podniósł w proteście w dniu 12 czerwca 2009 roku. Protest został przez zamawiającego oddalony.

Skarżący zarzucił, że zamawiający popełnił błędy w postępowaniu na etapie oceny spełnienia warunków przez wykonawców - zarówno w aspekcie pozytywnym (nienależycie ocenił przedłożone przez konsorcjum wygrywające dokumenty), jak i w aspekcie negatywnym (zignorował wiadomości o niewykonaniu podobnych usług przez Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód”). W

konsekwencji zamawiający dokonał wyboru podmiotu, który nie spełnia wymogów postępowania w zakresie doświadczenia, wiedzy i potencjału, a w konsekwencji nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia.

Skarżący wskazał, że na skutek wyroku KIO z dnia 12 maja 2009 roku (sygn. KIO/UZP 540/09) zamawiający wezwał konsorcjum „Naprzód-Kontener” do uzupełnienia oferty poprzez dołączenie wykazu wykonanych zamówień odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, w celu udokumentowania spełnienia warunku określonego w cz. VII pkt. 1.1.b SIWZ. Zgodnie z tym postanowieniem SIWZ wykonawcy mieli obowiązek wykazania się posiadaniem niezbędnej wiedzy i doświadczenia poprzez przedłożenie wykazu wykonanych lub wykonywanych usług (co najmniej dwóch) w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie o wartości co najmniej 6.000.000 zł każda, w zakresie usług sprzątnięcia, w liczących co najmniej 200 łóżek szpitalach, zakładach opiekuńczo - leczniczych, zakładach pielęgnacyjno - opiekuńczych, sanatoriach, prewentoriach lub innych zakładach przeznaczonych dla osób, których stan zdrowia wymaga całodobowych lub całodziennych świadczeń zdrowotnych w odpowiednim stałym pomieszczeniu - z podaniem wartości usług, przedmiotu, dat wykonania (wykonywania) i odbiorców oraz dokumenty potwierdzające, że te usługi zostały wykonane i były wykonywane należycie.

Mimo wymogu wykazania wykonania tylko dwóch usług, wygrywające konsorcjum sporządziło listę czterech usług, jednakże w ocenie skarżącego jedynie usługa wykonana w Szpitalu Powiatowym w Mielcu spełniała wymogi SIWZ. Natomiast pozostałe usługi nie mogły być brane pod uwagę. Zarzuciła strona skarżąca, że usługi wykonane w Pszczynie lub Łodzi minimalnie przekraczały wartość limitu tj. 6.000.000 zł. Skarżąca szczegółowo omówiła w uzasadnieniu odwołania usługi wykonywane przez wygrywające konsorcjum w Łodzi i Pszczynie oraz w Lesznie.

W ocenie skarżącego zamawiający nie dokonał należytej oceny spełnienia warunków uczestnictwa w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy w zw. z cz. VII pkt. 1.1.b SIWZ, a w konsekwencji zaniechał wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 10 ustawy. W toku postępowania powinien zamawiający wykluczyć wykonawcę także na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy.

Skarżący wskazał również na fakt, iż w powszechnie dostępnych wiadomościach serwisów internetowych publikowane były informacje o kontrowersjach dotyczących realizacji usług przez Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Lesznie i Ostrowie Wielkopolskim.

Wyrokiem z dnia 24 lipca 2009 roku Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie i orzekła o kosztach postępowania dokonując stosownego rozliczenia.

Uzasadniając rozstrzygnięcie KIO wskazała, że na skutek wyroku KIO z dnia 12 maja 2009 roku zamawiający wezwał konsorcjum „Naprzód” do uzupełnienia dokumentów poprzez dołączenie nowego wykazu wykonanych zamówień odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, który miał potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VIII pkt. 1.1. b SIWZ.

Konsorcjum przedłożyło listę czterech wykonanych usług, m.in. w Łodzi i w Pszczynie. W obu tych ośrodkach usługi były wykonane w oparciu o

kilka niezależnych od siebie umów. Dopiero zsumowanie wartości wszystkich umów pozwala na uzyskanie kwoty przewyższającej 6.000.000 zł.

W uzasadnieniu wyroku KIO podano jakie zastrzeżenia przedstawiła strona skarżąca do wykazu przedstawionego przez Konsorcjum „Naprzód” i jakie było stanowisko zamawiającego zawarte w rozstrzygnięciu protestu.

W swoich rozważaniach KIO stwierdziło istnienie interesu prawnego po stronie odwołującego się.

Równocześnie KIO stwierdziło, że bezspornie konsorcjum Naprzód wykazało wykonanie usługi na rzecz szpitala w Mielcu, które spełniały wymogi podane w SIWZ. KIO stwierdziła, że usługi wykonane przez konsorcjum „Naprzód” w Łodzi i w Pszczynie wykonywane były na podstawie kilku umów jednakże w ocenie KIO nie oznacza to, że wymienione usługi nie spełniły kryterium zawartego w SIWZ. W ocenie KIO zarówno z treści art. 2 pkt. 10 ustawy PZP jak § 1 ust. 2 pkt. rozp. Prez. R.M. z dnia 19 maja 2006 roku, w sprawie rodzaju dokumentów, jakie może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 87 poz. 605 z 2008 roku, Nr. 188 poz. 1155) jak i z treści art. 2 pkt. 13 ustawy PZP nie wynika, iż Jedna usługa równa się jednej umowie”. Również fakt, że we wzorze wykazu wykonanych zamówień (załącznik nr 5 do SIWZ) w nazwie kolumny 2 użyto liczby pojedynczej, tj. „rodzaj i zakres zamówienia” nie daje podstawy do stwierdzenia, że zamówienie musi wiązać się z jedną umową. KIO zwróciła uwagę, że w praktyce zdarza się, iż umowy mają charakter bardziej skomplikowany, a każdy przypadek należy rozpatrywać indywidualnie. Zdaniem Izby, w niniejszej sytuacji możliwym jest „zakwalifikowanie następujących po sobie umów i aneksów jako jednej usługi, gdyż stanowią jedną funkcjonalną całość i były wykonywane bez przerwy, bezpośrednio jedna po drugiej, a samo ich wykonywanie w rzeczywistości niczym się nie różniło od wykonywania usługi zleconej na podstawie jednej umowy”.

W ocenie Izby nie można również stwierdzić aby prace wykonane w ZOZ w Pszczynie nie mieściły się „w zakresie usługi sprzątnia”. W konsekwencji Izba uznała, że usługi wykonane przez konsorcjum „Naprzód” w Łodzi i w Pszczynie spełniały warunki przedstawione przez zamawiającego w SIWZ. Natomiast usługa wykonywana w WSZ w Lesznie warunkiem tego nie spełniała bowiem wartość usługi nie przekroczyła kwoty 6 mln. zł. Niezależnie od tego czy wskazana w wyjaśnieniach wartość usługi wynosiła 6.713.925,84 zł, czy też nie, wobec uznania usług wykonanych dla ZOZ w Łodzi i w Pszczynie, nie miało to wpływu na wynik postępowania, a więc nie zachodziła przesłanka do wykluczenia wykonawcy w myśl art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy PZP.

Skarżący w skardze na w/w wyrok KIO wniósł o zmianę wyroku poprzez uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu dokonania tych czynności, które były wymienione w pkt. 1-4 odwołania oraz obciążenia kosztami postępowania skargowego.

Skarżący wyrokowi KIO z dnia 24 lipca 2009 roku zarzucił:

1. naruszenie przepisów prawa materialnego tj. art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy PZP poprzez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że nieprawdziwe informacje złożone w postępowaniu przez konsorcjum „Naprzód” nie miały wpływu na jego wynik;
2. naruszenie przepisów prawa materialnego tj. art. 24 ust. 1 pkt. 10 w zw. z art. 2 pkt. 13, art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy PZP i z częścią VII pkt. 1.1.b SIWZ poprzez niezastosowanie przez KIO art. 24 ust. 1

pkt. 10 ustawy PZP nakazującego wykluczenie wykonawców nie spełniających warunków udziału w postępowaniu, na skutek błędnego przyjęcia przez KIO, że konsorcjum „Naprzód” spełnia te warunki;

3. naruszenie przepisu prawa materialnego tj. art. 22 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 2 pkt. 13 ustawy PZP polegający na uznaniu, że konsorcjum „Naprzód” spełnia warunek posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia wykazując się realizacją dwóch usług o charakterystyce opisanej w części VII pkt. 1.1.b SIWZ;

4. naruszenie prawa materialnego tj. art. 2 pkt. 13 ustawy PP poprzez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że konsorcjum „Naprzód” uzyskało wymaganą przez zamawiającego niezbędną wiedzę i doświadczenie realizując kilka mniejszych usług na podstawie szeregu niezależnych od siebie umów.

W szczegółowym uzasadnieniu skargi skarżący przedstawił jak przebiegało świadczenie usług przez konsorcjum „Naprzód” w placówkach w Łodzi, Pszczynie i w Lesznie.

Skarżący zarzucił, że stanowisko KIO zamieszczone w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku „promuje” podawanie nieprawdy w postępowaniu o udzieleni zamówienia oraz przedstawił jak w jego ocenie należy interpretować termin „wpływ na wynik postępowania”.

Skarżący wskazując na odpowiednie regulacje ustawy PZP i postanowienia części VII pkt. 1.1.b SIWZ zarzucił, że nie było możliwym zakwalifikowanie realizacji kilku następujących po sobie umów jako wykonania usługi spełniającej kryteria przewidziane przez zamawiającego.

Uczestnik postępowania Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w piśmie z dnia 28 września 2009 roku wniósł w pierwszej kolejności o odrzucenie skargi stosownie do treści art. 187 ust. 4 pkt. 5 PZP. Równocześnie w sytuacji nieuwzględnienia przesłanki skutkującej odrzuceniem, wniósł o oddalenie skargi.

Po rozpoznaniu skargi Sąd Okręgowy zważył co następuje;

Skarga jest nieuzasadniona.

Żaden z podniesionych w skardze zarzutów nie może prowadzić do podważenia zasadności rozstrzygnięcia KIO z dnia 24 lipca 2009 roku.

Jakkolwiek strona skarżąca zarzuca naruszenie wymienionych wcześniej przepisów ustawy PZP, to w istocie wszystkie zarzuty wynikają ze stawianej przez skarżącego tezy, iż zamawiający w sposób bezpodstawny przyjął, iż wygrywające konsorcjum spełnia stawiane w SIWZ warunki dotyczące niezbędnej wiedzy i posiadania doświadczenia w realizacji usług będących przedmiotem zamówienia. Wbrew twierdzeniom skarżącego, trafne jest stanowisko KIO, że spełnione są wymagania SIWZ (a zatem wymagania stawiane przez zamawiającego) jeżeli przystępujący do procedury zamówienia publicznego wykaże, że świadczył usługę w sposób ciągły, stanowiącą funkcjonalną całość, nawet jeżeli formalnie była podzielona na kilka umów (aneksów), a których wartość przekracza kwotę 6.000.000 zł. Skarżący zdaje się zapominać, że warunek określony w rozdziale VII pkt. 1.1.b SIWZ zawiera

zarówno kryterium wartości (6.000.000 zł) jak i czasu (co najmniej dwa lata) i rozmiarów usługi (placówka licząca co najmniej 200 łóżek). Sam fakt swoistego rozłożenia umowy o świadczenie usług, które odpowiadają stawianym wyżej kryteriom SIWZ, na kilka odrębnych umów, których jednostkowa wartość jest mniejsza niż 6.000.000 zł nie oznacza, że w istocie nie wykonano usługi, która w całości spełnia stawiane wymogi. W tym kontekście Sąd Okręgowy w pełni podziela stanowisko KIO, iż decydujące znaczenie ma specyfika konkretnej sytuacji, postrzeganie świadczonej usługi jako funkcjonalnej całości. Odwrotna ocena tj. traktowanie każdej oddzielnej umowy jako odrębnej usługi (np. w przypadku świadczenia usługi na ZOZ w Pszczynie) prowadziłoby do absurdalnych wniosków i oceny zdobywanego doświadczenia w skali jednego miesiąca gdy w rzeczywistości była to usługa świadczona na przestrzeni ponad 3 lat. Nie można zgodzić się również ze stanowiskiem skarżącego, iż „dotychczasowy dorobek orzecznicy” KIO przemawia za stanowiskiem prezentowanym w niniejszym postępowaniu przez skarżącego w przedmiocie tzw. łączenia umów. W szczególności wskazane w uzasadnieniu skargi orzeczenia KIO z dnia 20 kwietnia 2009 roku (sygn. KIO/UZP 449/09) oraz z dnia 22 sierpnia 2008 roku (sygn. KIO/UZP 449/09) nie świadczą jeszcze o ukształtowanym dorobku orzecznym KIO w przedmiocie możliwości lub niemożliwości łączenia efektów kilku umów w celu spełnienia wymogów przewidzianych w SIWZ.

Na marginesie jedynie warto zaznaczyć, iż stany faktycznie będące przedmiotem wskazanych orzeczeń były zdecydowanie odmienne i nie mogą automatycznie przemawiać za trefnością stanowiska skarżącego.

Należy zgodzić się ze stanowiskiem skarżącego, iż nie można akceptować podawania nieprawdy w dokumentach sporządzonych na użytek postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie zmienia to jednak faktu, że KIO prawidłowo zastosowało normy art. 24 ust. 2 pkt. ustawy PZP oceniając wpływ informacji o wartości usługi realizowanej w Lesznie na wynik prowadzonego postępowania. Abstrahując już od faktu, że konsorcjum „Naprzód” miało pewne podstawy do twierdzenia, że również usługa realizowana w Lesznie spełniała kryteria dotyczące jej wartości, a które podano w SIWZ (np. konieczność ingerencji sądu nakazującego złożenie oświadczenia woli - wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 7 lutego 2008, sygn. I A Ca 1050/07) to niewątpliwie nawet bez podania tej usługi w wykazie konsorcjum „Naprzód” spełniało wymogi stawiane przez zamawiającego. Nie ma zatem żadnej racjonalnej przesłanki aby stwierdzić, że ewentualnie nieprawdziwa informacja o wartości usługi świadczonej w Lesznie miała jakikolwiek wpływ na rozstrzygnięcie postępowania.

Na marginesie należy zaznaczyć, iż w ocenie Sądu Okręgowego nie zachodziły przesłanki do odrzucenia skargi w myśl art. 187 ust. 4 pkt 5 PZP. Należy zaznaczyć, że protest, odwołanie oraz niniejsza skarga związane były z odmienną sytuacją jaka została ukształtowana wyrokiem KIO z dnia 12 maja 2009 roku. Dlatego też nie można podzielić stanowiska prezentowanego przez uczestnika, iż zarzut podniesiony w kolejnym proteście, a dotyczący wykazania posiadanej wiedzy i doświadczenia był zarzutem spóźnionym.

Mając na uwadze powyższe należało orzec jak w sentencji (art. 385 kpc w zw. z art. 194 ust. 2 ustawy PZP).