

WYROK

z dnia 2 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Ewa Sikorska

Protokolant: Patrycja Kaczmarek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

Impel Cleaning Sp. z o. o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego

Zakład Ubezpieczeń Społecznych ul. Szamocka 3,5 01-748 Warszawa

protestu z dnia 23 grudnia 2010 r.

przy udziale **Inwemer System Sp. z o.o. ul. Sulejowska 45 97-300**

Piotrków Trybunalski zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie, nakazuje: unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,**

2. kosztami postępowania obciąża Zakład Ubezpieczeń Społecznych ul. Szamocka 3,5 01-748 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Impel Cleaning Sp. z o. o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych ul. Szamocka 3,5 01-748 Warszawa** na rzecz **Impel Cleaning Sp. z o. o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 10 556 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Impel Cleaning Sp. z o. o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław**.

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „sprzątanie obiektów Centrali ZUS, mycie okien i utrzymanie porządku na posesji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie przy ul. Szamockiej 3,5” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w trybie przetargu nieograniczonego. Wszczęcie postępowania nastąpiło, zgodnie z art. 40 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, 9 października 2009 r. (ogłoszenie w siedzibie Zamawiającego i stronie internetowej). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 14 października 2009 r. w Dz. Urz. UE pod numerem 2009/S 198-284942. Wartość zamówienia wynosi 1.817.669,43 zł, tj. 468.821,91 euro, przekracza więc tzw. progi unijne.

16 grudnia 2010 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyniku postępowania, w tym o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz

o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Inwemer System Sp. z o.o. Na tę czynność 23 grudnia 2010 r. Odwołujący wniósł protest, który Zamawiający oddalił w całości 7 stycznia 2010 r.

Od tego rozstrzygnięcia 18 stycznia 2010 r. (poniedziałek) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 3, art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane i wnosząc o nakazanie Zamawiającemu:

1. uchylenia czynności wyboru oferty Inwemer System Sp. z o.o.,
2. wykluczenia Inwemer System Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i odrzucenia jej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych,
3. uchylenia czynności wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,
4. dokonanie ponownej oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu Odwołujący stwierdził, iż ma interes prawny w złożeniu odwołania, ponieważ, w razie jego uwzględnienia, jego oferta stanowi ofertę najkorzystniejszą.

W ofercie Inwemer System Sp. z o.o. występują błędy w obliczeniu ceny w punkcie dotyczącym „odśnieżania na posesji”, której wartość z podatkiem wynosi 212.364,00 zł. Natomiast wynik został wyliczony w następujący sposób: $0,06 \times 11.798 \times 300 = 212.366,00$. Wartość całości zamówienia powinna wynieść 1.649.100,49 zł, a nie, jak podano w ofercie 1.649.098,49 zł. Błąd ten nie jest oczywistą omyłką, którą można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale błędem w obliczeniu ceny, wobec czego oferta winna być odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dodatkowo usługa dla Poczty Polskiej, w której występuje powierzchnia wewnętrzna 17.856,26 m², nie spełnia wymagań Zamawiającego, który wymagał powierzchni wewnętrznej min. 20.000 m².

Poza tym Odwołujący wskazał, iż sam spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, gdyż prawidłowo uzupełnił wszystkie wymagane dokumenty na wezwanie Zamawiającego w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ani przepisy, ani postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie nakładają wymogu, aby usługa zawarta w wykazie dla potwierdzenia niezbędnego doświadczenia, była wykonana dokładnie w przedziale 3 lat przed wszczęciem postępowania. Nie ma żadnych przeszkód, aby posługiwać się usługami, których moment rozpoczęcia realizacji nastąpił przed wymaganym 3-letnim okresem, zaś wyłącznie zakończenie nastąpiło w tym czasie.

Warunek w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którym usługa musi być wykonywana przez minimum 12 miesięcy, jest niezgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych oraz rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zatem nie może być on podstawą wykluczenia Odwołującego.

Poza tym działania Zamawiającego zmierzające do zatrzymania wadium są bezprawne, a Zamawiający nie ma podstaw do zastosowania przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący dostarczył Zamawiającemu w wyznaczonym terminie żądane przez niego dokumenty i potwierdził posiadanie wymaganego doświadczenia.

Zdaniem Zamawiającego zarzuty i żądania Odwołującego są niezasadne.

W załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Formularz Ofertowy” Zamawiający przedstawił wzór tabeli, w której Wykonawcy zobowiązani byli do wskazania cen jednostkowych z VAT (kolumna nr 3), stawki VAT (kolumna nr 6) oraz ceny z podatkiem VAT (kolumna nr 7) obliczonej na podstawie iloczynu ceny jednostkowej z VAT, określonej przez Zamawiającego ilości m² (kolumna nr 4) oraz liczby miesięcy/dni/razy wykonywania danej usługi (kolumna nr 5).

Oferta złożona przez Inwemer System Sp. z o.o. zawiera oczywistą omyłkę rachunkową poprzez omyłkowe obliczenie iloczynu $0,06 \text{ zł} \times 11.798 \text{ m}^2 \times 300 \text{ dni} = 212.366,00 \text{ zł}$.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie wskazuje sposobu ani metodologii dokonania poprawy oczywistej omyłki rachunkowej, a jedynie w art. 87 ust. 2 zobowiązuje Zamawiającego do jej poprawienia. Zamawiający pismem z 25 listopada 2009 r. poprawił tę omyłkę rachunkową poprzez wskazanie prawidłowej kwoty w wysokości 212.364,00 zł. Zamawiający przyjął, iż prawidłowo wskazana została cena jednostkowa z VAT, a jedynie cena określona w kolumnie nr 7, w wierszu 4. została wskazana omyłkowo. Wskazuje na to wynik iloczynu danych określonych w wierszu 4. W związku z tym nie można zgodzić się z twierdzeniem, iż powyższa omyłka stanowi błąd w obliczeniu ceny.

W Rozdziale IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wymagał od wykonawców m.in. wykazania się doświadczeniem w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, w zakresie wykonania lub wykonywania co najmniej dwóch usług, przy czym każda usługa polega na sprzątaniu łącznie: powierzchni biurowej o wielkości co najmniej 20.000 m² oraz terenów zewnętrznych o powierzchni co najmniej 10.000 m² przez okres min. 12 miesięcy. Na potwierdzenie powyższego warunku Zamawiający wymagał przedstawienia wykazu wykonanych lub wykonywanych usług z podaniem odbiorcy usługi, ilości i rodzaju sprzątanej powierzchni, wartości usługi brutto, daty rozpoczęcia oraz ewentualnego zakończenia świadczenia usługi wraz z załączonymi dokumentami potwierdzającymi, że usługi sprzątania zostały wykonane należycie.

Do oferty Inwemer System Sp. z o.o. dołączony został wykaz zawierający listę trzech usług wraz z dokumentami potwierdzającymi, że usługi sprzątania zostały wykonane należycie. W pozycji nr 2 wykazu umieszczona została informacja o usłudze wykonywanej dla Poczty Polskiej Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Warszawie wraz z dołączonym dokumentem potwierdzającym, że usługa została wykonana należycie.

Zarówno w wykazie, jak i w treści referencji wskazane jest, iż wielkość powierzchni biurowej wynosi 17.856,26 m², zatem usługa ta nie spełnia wymagań Zamawiającego. Jednak dwie pozostałe usługi wskazane w wykazie wraz z dokumentami potwierdzającymi spełniają wymagania, czego Odwołujący nie kwestionuje w proteście.

§ 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów... stanowi m.in., iż w celu potwierdzenia warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia, zamawiający może żądać wykazu wykonanych lub 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 z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te usługi zostały wykonane należycie.

Na potwierdzenie określonego wcześniej warunku doświadczenia Odwołujący wraz z ofertą złożył wymagany wykaz, w którym wskazane zostały dwie usługi, wraz z dokumentami mającymi potwierdzać ich należyte wykonanie. Z informacji przedstawionych przez Wykonawcę w poz. nr 1 wykazu oraz z referencji wystawionych przez firmę Vattenfall Heat Poland S.A. wynika, iż świadczenie usługi zostało zakończone w dniu 31 sierpnia 2007 r. Biorąc pod uwagę fakt, że wszczęcie przedmiotowego postępowania nastąpiło 9 października 2009 r., referencje te nie potwierdzają należytego wykonania usługi przez okres minimum 12 miesięcy, w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania. Odwołujący, wezwany do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, przedstawił w terminie nowy wykaz wykonanych 2 usług wraz z dokumentami mającymi potwierdzać ich należyte wykonanie. Z informacji przedstawionych w poz. 1. wykazu wynika, iż świadczenie usługi na rzecz Banku Millennium S.A. zostało zakończone 1 lipca 2007 r. Biorąc pod uwagę fakt, że wszczęcie niniejszego postępowania nastąpiło 9 października 2009 r. referencje te również nie potwierdzają należytego wykonania usługi przez okres minimum 12 miesięcy, w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia

postępowania o udzielenie zamówienia. W pozycji nr 2 natomiast została wskazana usługa, która była zawarta w wykazie załączonym do oferty. Uznanie przedmiotowego wykazu prowadziłoby do nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu, ponieważ Odwołujący zakończył wykonywanie usługi w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, jednakże nie wykazał się doświadczeniem w zakresie wykonywania usługi przez okres min. 12 miesięcy w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania.

Na podstawie stanu faktycznego ustalonego na podstawie dokumentacji postępowania, treści protestu, jego rozstrzygnięcia, odwołania, przystąpień, a także oświadczeń Stron i Przystępującego złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, iż stan faktyczny nie jest sporny pomiędzy Stronami, a przedmiotem sporu są jedynie jego konsekwencje prawne.

Zgodnie z rozdziałem IV pkt I.2.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wymagał od wykonawców, aby w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali lub wykonują co najmniej dwie usługi, przy czym każda usługa miała polegać na sprzątaniu łącznie: powierzchni biurowej o wielkości co najmniej 20.000 m² oraz terenów zewnętrznych o powierzchni co najmniej 10.000 m² przez okres min. 12 miesięcy. Na potwierdzenie powyższego warunku w rozdziale IV pkt III.1.1.7 Zamawiający wymagał przedstawienia wykazu wykonanych lub wykonywanych usług z podaniem odbiorcy usługi, ilości sprzątanej powierzchni, wartości usługi brutto, daty rozpoczęcia oraz ewentualnego zakończenia świadczenia usługi wraz z załączonymi dokumentami potwierdzającymi, że usługi sprzątania zostały wykonane należycie.

Odwołujący w złożonym wraz z ofertą wykazie wskazał usługę dla Uniwersytetu Gdańskiego, którą Zamawiający zaakceptował oraz dla Vattenfall Heat Polska S.A. o wymaganej powierzchni z datami wykonania od

1 maja 2002 r. do 31 sierpnia 2007 r. Uzupełniając wykaz na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący wskazał dodatkowo usługę dla Banku Millennium S.A. o wymaganej powierzchni oraz datach wykonania od 1 lipca 2005 r. do 1 lipca 2007 r., która również nie została przez Zamawiającego zaakceptowana.

W zakresie zarzutu nieprawidłowego wykluczenia Odwołującego, Izba na wstępie stwierdziła, iż wszystkie zastrzeżenia co do treści tego warunku są spóźnione i powinny zostać przez Odwołującego zgłoszone w ciągu 14 dni od publikacji ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak stanowi art. 180 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W pozostałym zakresie przyznała jednak rację Odwołującemu.

Z treści tego warunku nie wynika bowiem, iż samo wykonywanie usługi miało trwać 12 miesięcy przed wszczęciem postępowania, lecz że usługa miała trwać przez ten minimalny okres, natomiast jej zakończenie miało nastąpić we wskazanym 3-letnim okresie. Świadczy o tym użycie nie czasownika niedokonanego „wykonywał” (przez okres 3 lat przed wszczęciem postępowania), lecz dokonanego „wykonał” – a więc zakończył w tym okresie (3 lat przed wszczęciem postępowania).

Jest to zgodne z ogólnie przyjętą koncepcją zaliczania danego doświadczenia, zgodnie z którą, właśnie ze względu na użyty w § 1 ust. 2 pkt 1 i 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów... czasownik „wykonanych” (czyli: dokonanych, zakończonych), za datę uprawniającą do uznania danych robót budowlanych, usług lub dostaw za mieszczącą się we wskazanym przedziale czasowym, jest data ich zakończenia, a nie całego ich trwania. Koncepcja ta wynika również z faktu, iż w przypadku kontraktów trwających dłużej niż wskazane 3 lub 5 lat (np. wieloletniej budowy skomplikowanych obiektów budowlanych), wykonawcy w ogóle lub prawie w ogóle nie mogliby posługiwać się swoim doświadczeniem. Natomiast czasownik niedokonany „wykonuje” odnosi się do usług w ogóle nie zakończonych w chwili składania ofert (lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) i nie ma zastosowania w niniejszej sytuacji.

Tym samym Izba uznała, iż nie było podstaw do wykluczenia Odwołującego ze względu na daty wykonywania usług dla Vattenfall Heat Poland S.A.

i Banku Millennium S.A., a tym samym zatrzymania wadium w oparciu o art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednak ewentualne roszczenia w zakresie zwrotu nienależnie zatrzymanego wadium, są roszczeniami typowo majątkowymi i nie podlegają kognicji Izby, lecz sądów powszechnych.

Natomiast w odniesieniu do zarzutu niespełnienia przez Inwemer System Sp. z o.o. warunku udziału w postępowaniu ze względu na to, iż wskazana przez Odwołującego usługa świadczona na rzecz Poczty Polskiej nie spełnia wymagań Zamawiającego ze względu na zbyt małą powierzchnię wewnętrzną, Izba stwierdziła, iż Zamawiający wyraźnie przyznał ten fakt i oświadczył, iż nie zaliczył tej usługi do doświadczenia tego wykonawcy. Jednocześnie uznał jednak pozostałe dwie wskazane w wykazie usługi (dla PKO Banku Polskiego S.A. o powierzchni biurowej 140.000 m² i zewnętrznej 54.000 m² oraz PGE Dystrybucja Łódź Sp. z o.o. o powierzchni biurowej 20.000 m² i zewnętrznej 149.500 m²), których Odwołujący nie zakwestionował. Tym samym – skoro Przystępujący wykazał dwie niekwestionowane usługi – Izba nie stwierdziła przesłanek do wykluczenia Inwemer System Sp. z o.o. z postępowania.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Inwemer System Sp. z o.o. jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny, Izba stwierdziła, iż rzeczywiście, w ofercie tej błędnie podano cenę brutto w poz. 4., w kolumnie 6. 212.366,00, podczas gdy powinno być 212.364,00 zł. Jednak cena końcowa oferty w wysokości 1.649.098,49 złotych jest obliczona prawidłowo (pomimo poprawienia poz. 4., nie ulega zmianie).

Izba uznała, iż zaistniały w ofercie Inwemer System Sp. z o.o. błąd rachunkowy jest typowym błędem arytmetycznym w mnożeniu podlegającym poprawieniu w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jako „oczywista omyłka rachunkowa” i został przez Zamawiającego poprawiony prawidłowo. Nie stwierdziła tym samym przesłanek do odrzucenia tej oferty.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) 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:

.....

.....