

Sygn. akt: KIO 1757/10

WYROK
z dnia 31 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej: Barbara Bettman

Protokolant: Przemysław Śpiewak

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę: **Impel Cleaning Sp. z o. o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Stołeczny Zarząd Infrastruktury Al. Jerozolimskie 97, 00-909 Warszawa.**

Przy udziale wykonawcy **Piotra Fabijańskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „CLEAN-SERVICE” z siedzibą w Chyliczkach ul. Melanii 21B, 05-500 Piaseczno**, zgłaszającego swoje przystąpienie do odwołania po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania w kwocie 15 000,00 zł. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) obciąża odwołującego Impel Cleaning Sp. z o. o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław.

3. zasądza od odwołującego Impel Cleaning Sp. z o. o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław na rzecz zamawiającego: Stołecznego Zarządu Infrastruktury Al. Jerozolimskie 97, 00-909 Warszawa kwotę 3 600,00 zł. (słownie: trzy tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącej uzasadnione koszty zamawiającego z tytułu zastępstwa przez pełnomocnika.

Przewodniczący

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na usługę stałego sprzątnia powierzchni biurowych wewnętrznych oraz powierzchni zewnętrznych na terenie kompleksów wojskowych administrowanych przez WAK-2 (Dz. Urz. UE 2010/S 115 – 174305 z 16.06.2010 r.), w dniu 16 sierpnia 2010 r. w formie pisemnej zostało złożone bezpośrednio w siedzibie Izby odwołanie przez wykonawcę Impel Cleaning Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu, z kopią odwołania przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie.

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności zamawiającego: wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia oferty odwołującego, jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), o których odwołujący został powiadomiony drogą faksu w dniu 5 sierpnia 2010 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Stołecznemu Zarządowi Infrastruktury w Warszawie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010r. Nr 113, poz. 759), tj.:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, przez uchybienie zasadom zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez wadliwe odrzucenie oferty odwołującego.

Powołując się na interes prawny w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ w razie jego uwzględnienia złożona oferta - jako najtańsza - stanowi ofertę najkorzystniejszą, odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy: Profesjonalny Zakład Usług Porządkowych CLEAN-SERVICE z siedzibą w Piasecznie,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy,
3. dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący nie zgodził się z twierdzeniem zamawiającego, że jego oferta podlega odrzuceniu, gdyż w wykazie osób została podana mniejsza liczba osób (jeden pracownik) do wykonania usługi sprzątnia niż żądał zamawiający. Odwołujący wskazywał, iż w minimalnych wymaganiach jakie podał zamawiający zostało dokładnie określone, że „w czasie wykonywania usługi na jedną osobę nie może przypadać więcej niż 1000 m² powierzchni wewnętrznej objętej niniejszym zamówieniem w przeliczeniu na pełne etaty zatrudnienia.” Ponadto, według zamawiającego, w załączniku nr 8, odwołujący nie wyszczególnił chemii zewnętrznej.

Zdaniem odwołującego, kwestionowane czynności zostały dokonane z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy prawo zamówień publicznych, gdyż w świetle postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz złożonej oferty nie ma podstaw do przyjęcia, że zaproponował mniejszą liczbę osób do wykonania zamówienia. Odwołujący powołał się na pkt. 3 SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia,” gdzie zamawiający dokonał następującego podziału zamówienia:

Podział powierzchni wewnętrznej oraz częstotliwość wykonywanych usług:

| L.p. | Rodzaj pomieszczenia | Powierzchnia w m | Częstotliwość |
|---------|----------------------------------|------------------|----------------|
| 1. | Pomieszczenia biurowe | 9 723,11 | 2 x w tygodniu |
| 2. | Łazienki, toalety, natryski | 1 563,43 | codziennie |
| 3. | Korytarze, hole, klatki schodowe | 6 987,21 | codziennie |
| Ogółem: | | 18 273,75 | |

Nadto, zgodnie z załącznikiem nr 6 do SIWZ - „Minimalne wymagania zamawiającego dotyczące struktury zatrudnienia i podstawowego sprzętu zmechanizowanego do realizacji zamówienia” - zamawiający wprowadził następujący wymóg w odniesieniu do pracowników zatrudnionych bezpośrednio przy wykonywaniu usługi sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych: „w czasie wykonywania usługi na jedną osobę nie może przypadać więcej niż 1000 m2 powierzchni wewnętrznej objętej niniejszym zamówieniem, w przeliczeniu na pełne etaty zatrudnienia.”

Odwołujący argumentował, iż zamawiający przy badaniu jego oferty najprawdopodobniej przyjął, (co nie wynika to w żaden sposób z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia bądź z uzasadnienia powiadomienia o odrzuceniu oferty), że do realizacji zamówienia w odniesieniu do powierzchni wewnętrznych niezbędne jest dziewiętnaście osób zatrudnionych na pełny etat. Wskazywał dalej, że takie stanowisko zamawiającego byłoby słuszne w sytuacji, gdyby w opisie przedmiotu zamówienia (por. powyższą tabelę z pkt. 3 SIWZ) w pozycji nr 1 „pomieszczenia biurowe” powierzchnia 9.723,11 m2 przyjęto częstotliwość „codziennie”, tak jak to uczyniono w odniesieniu do pozycji nr 2 i pozycji nr 3. Jednakże w stosunku do czynności sprzątnięcia pomieszczeń biurowych, o których mowa w pozycji nr 1 tabeli, przyjęto częstotliwość „2 razy w tygodniu.” Oznacza to zdaniem odwołującego, że w konsekwencji w odniesieniu do czynności dotyczących sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych przyjęto odmienną jednostkę miary. Reasumując: wobec czynności z pozycji nr 1 - częstotliwość „2 razy w tygodniu”, natomiast w wobec czynności z pozycji nr 2 i 3 - częstotliwość „codziennie” - co w istocie oznacza częstotliwość „5 razy w tygodniu.”

W ocenie odwołującego, nie jest zatem możliwe dokonanie prostego matematycznego podzielenia całej powierzchni 18 273 m2 przez 1 000 m2 w celu ustalenia spełnienia wymogu z załącznika nr 6 w zakresie liczby pracowników, w wyniku której

otrzymuje się wprawdzie liczbę 18,273, co w rezultacie mogłoby oznaczać 19 pracowników na pełnym etacie. Jednakże z uwagi na zastosowanie różnych jednostek miary przy przeliczeniu, nie jest to w przekonaniu odwołującego, wielkość prawidłowa, gdyż powierzchnia 9 723,11 m² nie będzie sprządana codziennie, czyli pięć razy w tygodniu, lecz tylko dwa razy w tygodniu.

W odniesieniu do powierzchni z pozycji nr 2 i 3 wykazu, odwołujący dokonał poniższego wyliczenia:

| | | | |
|----|----------------------------------|----------|---------------|
| 2. | łazienki, toalety, natryski | 1 563,43 | - codziennie, |
| 3. | korytarze, hole, klatki schodowe | 6 987,21 | - codziennie, |

Po zsumowaniu pozycji nr 2 i 3 - (1 563,43+6 987,21) łączna powierzchnia wynosi: 8 550,64m, która po podzieleniu przez 1 000 m² daje wynik 8,550, co oznacza bezsporny obowiązek zatrudnienia 9 pracowników na pełnym etacie w celu spełnienia wymogu z załącznika nr 6 w zakresie liczby pracowników, gdyż usługa będzie realizowana codziennie.

Odwołujący wywodził, iż w odniesieniu do pozycji nr 1 takie obliczenia nie są możliwe:

1) gdyby hipotetycznie przyjąć, że usługa będzie realizowana na całej powierzchni 9 723,1 m² codziennie - a zatem pięć razy w tygodniu od poniedziałku do piątku, to wówczas po podzieleniu przez 1 000 m² wynik wynosiłby 9, 723, co oznaczałoby obowiązek zatrudnienia każdego dnia roboczego 10 pracowników na pełnym etacie - w celu spełnienia wymogu z załącznika nr 6 w zakresie liczby pracowników;

Podkreślał, iż zamawiający nie wprowadził w specyfikacji istotnych warunków zamówienia obowiązku jednorazowego sprzątnięcia całej powierzchni 9 723,1 m² w ciągu jednego dnia roboczego;

2) gdyby hipotetycznie przyjąć, że usługa będzie realizowana na powierzchni 9 723,1 m² tylko raz w tygodniu to wówczas po podzieleniu przez 1 000 m² wynik wynosi 1,944 (9 723,1 m² podzielone przez 1 000 m² oraz podzielone przez liczbę dni roboczych tj. przez 5 - gdyż usługa w odniesieniu do całej powierzchni 9 723,1 m² byłaby realizowana przez pięć dni roboczych w tygodniu), to oznaczałoby obowiązek zatrudnienia 2 pracowników na pełnym etacie w celu spełnienia wymogu z załącznika nr 6 w zakresie liczby pracowników;

3) odwołujący wyliczył, że skoro usługa ma być realizowana na powierzchni 9 723,1 m² dwa razy w tygodniu, to wówczas po podzieleniu przez 1.000 m² wynik wynosi 3,899 (9 723,1 m² przemnożone razy 2, następnie podzielone przez 1.000 m² oraz podzielone przez liczbę dni roboczych tj. przez 5 - gdyż usługa w odniesieniu do całej powierzchni 9 723,1 m² sprząanej dwukrotnie w tygodniu byłaby realizowana przez pięć dni roboczych w tygodniu), co oznacza obowiązek zatrudnienia 4 pracowników na pełnym etacie w celu spełnienia wymogu z załącznika nr 6 w zakresie liczby pracowników.

Mając na uwadze wyżej przedstawione obliczenia, odwołujący stwierdził, że do spełnienia wymogu z załącznika nr 6 do SIWZ, polegającego na tym, iż w czasie wykonywania usługi na jedną osobę nie może przypadać więcej niż 1 000 m² powierzchni wewnętrznej objętej niniejszym zamówieniem w przeliczeniu na pełne etaty zatrudnienia, wystarczy zatrudnienie 13 pracowników na pełny etat tj. 4 pracowników do sprzątnięcia powierzchni biurowych oraz 9 pracowników do sprzątnięcia łazienek, toalet, natrysków, korytarzy, holi i klatek schodowych.

Odwołujący zaznaczał, iż w załączniku „wykaz osób” dla powierzchni wewnętrznych przewidział do realizacji zamówienia wystarczającą liczbę pracowników zatrudnionych na pełny etat, czyli spełnił powyższy wymóg zamawiającego w sposób nie budzący wątpliwości.

Niezależnie od powyższego, odwołujący z ostrożności procesowej argumentował, że nawet gdyby przyjąć stanowisko zamawiającego w odniesieniu do liczby niezbędnych pracowników, to podnosił, iż rzekomy błąd w jego ofercie jest nieistotny, który nie uzasadnia odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy prawo zamówień publicznych, ponieważ na jedną osobę przypada powierzchnia 1 015 m², czyli przekracza zaledwie o 15 m², co przy wielkości 1 000 m², stanowi zaledwie przekroczenie o 1,5%.

Zarzut, stanowiący drugą podstawę odrzucenia oferty, że w załączniku nr 8 nie został wyszczególniona chemia zewnętrzna, odwołujący uznał za chybiony. Zaznaczył, iż zaproponował wszystkie środki niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ocenie odwołującego brak było uzasadnionych podstaw do odrzucenia złożonej oferty.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 18 sierpnia 2010 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił w dniu 20 sierpnia 2010 r. pismem złożonym bezpośrednio w siedzibie Izby wykonawca Piotr Fabijański, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: „CLEAN-SERVICE” z siedzibą Piasecznie, którego oferta została wybrana do realizacji zamówienia. Kopia przystąpienia została przekazana stronom postępowania.

Przystępujący wnosił o odrzucenie odwołania, z uwagi na okoliczność, iż pełnomocnik odwołującego, który wniósł odwołanie, zgodnie z załączonym pełnomocnictwem umocowany został do wniesienia protestu. W przypadku nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie odwołania wnosił o jego oddalenie, gdyż zamawiający jasno określił jaką powierzchnia do sprzątnięcia przypada na jednego pracownika, tym samym każda ilość mniejsza od ilości minimalnej, powoduje niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Przystępujący popierał stanowisko zamawiającego, iż odwołujący nie podał środków chemicznych, jakich będzie używał do sprzątnięcia powierzchni zewnętrznych, zatem uważał, iż oferta odwołującego słusznie została odrzucona. W następnym piśmie z

dnia 26 sierpnia 2010 r. przystępujący podkreślał, iż odwołujący dla sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych podał 18 osób i jedną do nadzorowania prac, co zaprzecza argumentacji odwołania, iż w myśl wskazań SIWZ, z uwagi na częstotliwość sprzątnięcia pomieszczeń, wystarczające byłoby wskazanie 13 osób. Zdaniem przystępującego osoba skierowana do nadzorowania nie może być traktowana jako osoba sprzątnięca ze względu na duży zakres obowiązków pracownika nadzoru, tym bardziej, iż usługi porządkowe będą wykonywane w 21 budynkach znacznie od siebie oddalonych. Przystępujący wywodził, iż odwołujący nie uważał, iż popełnił omyłkę, gdyż utrzymywał, iż jego oferta jest prawidłowa. Natomiast art. 87 ust. 2 ustawy Pzp odnosi się wyłącznie do prostowania omyłek. Przystępujący podkreślał również, iż odwołujący nie podniósł zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zaniechania przez zamawiającego wezwania go do uzupełnienia dokumentu - wykazu osób wyznaczonych do realizacji zamówienia.

Zamawiający pismem z dnia 26 sierpnia 2010 r. złożonym na posiedzeniu Izby, udzielił odpowiedzi na odwołanie w trybie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, w której wnosił o odrzucenie odwołania z uwagi na wadliwe umocowanie pełnomocnika odwołującego.

Odnosząc się do merytorycznej treści odwołania wnosił o jego oddalenie. Wskazywał, iż w sposób jasny sformułował w specyfikacji warunki jakim miały odpowiadać oferty. Zdaniem zamawiającego, odwołujący był świadom wymagania, aby bezpośrednio przy sprzątnięciu terenów wewnętrznych przypadająca nie mniej niż jedna osoba na 1000 m² - przedstawiając do realizacji zamówienia w tym zakresie 18 osób, a nie 13 jak wyliczył w odwołaniu. W posumowaniu zamawiający stwierdził, iż oferta odwołującego jako niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia podlegała odrzuceniu, albowiem popełniony błąd nie mógł zostać zakwalifikowany jako omyłka i poprawiony w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła dopuścić wykonawcę Piotr Fabijański prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „CLEAN-SERVICE” z siedzibą Piasecznie, którego oferta została wybrana do realizacji zamówienia, gdyż okoliczność ta wskazuje na posiadanie interesu w popieraniu czynności zamawiającego.

Izba nie uwzględniła wniosku o odrzucenie odwołania, jako wniesionego przez osobę nieuprawnioną. Faktem jest, iż dołączone do odwołania pełnomocnictwo dla p. Tomasza Iwańskiego, który złożył podpis pod odwołaniem, upoważniało jedynie do wnoszenia protestów. Wymieniony środek ochrony prawnej funkcjonuje jeszcze w obrocie w odniesieniu do postępowań wszczętych przed dniem 29 stycznia 2010 r. Prezes Izby wezwał odwołującego, zgodnie z nakazem ustawowym określonym w przepisie art. 187 ust. 3

ustawy Pzp pod rygorem zwrotu odwołania do przedłożenia pełnomocnictwa upoważniającego p. Tomasza I. do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. W określonym terminie pełnomocnictwo zostało złożone, zgodnie z procedurą określoną w § 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280). Stosownie do postanowień § 11 wymienionego rozporządzenia, jeżeli odwołanie odpowiada wymaganiom formalnym, a więc nie podlega zwrotowi, jest kierowane do rozpatrzenia przez skład orzekający Izby. Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Z uwagi na datę udzielenia pełnomocnictwa w dniu 13 sierpnia 2010 r., należało przyjąć, iż pełnomocnik odwołującego p. Tomasz I. był umocowany do wniesienia odwołania w dniu 16 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, udzielonych wyjaśnień do SIWZ, protokołu postępowania, oferty złożonej przez odwołującego oraz oferty wybranego wykonawcy.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron i przystępującego, przedstawione do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Nie zachodziły podstawy do kwestionowania interesu wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej, w sytuacji gdy odwołujący utrzymywał, iż czynności i zaniechania zamawiającego naruszyły zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, pozostawały niezgodne z wymogiem ustawowym równego traktowania wykonawców i zapewnienia reguł uczciwej konkurencji, a nadto pozbawiły odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, mimo że złożył ofertę najkorzystniejszą w jedynym kryterium ceny.

Rozpatrując sprawę merytorycznie w granicach podnoszonych zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Pismem doręczonym faksem w dniu 5 sierpnia 2010 r. zamawiający powiadomił odwołującego, że odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz załącznika nr 6 do SIWZ. W uzasadnieniu wskazał, iż wykonawca w wykazie osób podał mniejszą liczbę osób (jeden pracownik) do wykonania usługi sprzątnia niż żądał zamawiający. W minimalnych wymaganiach zamawiającego zostało dokładnie określone, iż „w czasie wykonywania usługi na jedna osobę nie może przypadać więcej niż 1000 m² powierzchni wewnętrznej objętej niniejszym zamówieniem, w przeliczeniu na pełne etaty zatrudnienia.” Ponadto w załączniku nr 8 wykonawca nie wyszczególnił chemii zewnętrznej.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia określa przedmiot zamówienia jako wykonywanie usługi stałego sprzątnia powierzchni biurowych wewnętrznych oraz powierzchni zewnętrznych na terenie kompleksu wojskowego przy ul. Żwirki i Wigury 9/13 w Warszawie. Pkt 3.1 SIWZ podaje powierzchnie wewnętrzne i zewnętrzne oraz częstotliwość wykonywania sprzątnia z rozróżnieniem wg rodzaju powierzchni, według szczegółowych postanowień załącznika nr 9 do SIWZ oraz załącznika 1.

W załączniku nr 1 do SIWZ, zamawiający szczegółowo opisał zakres czynności usługi sprzątnia i częstotliwość wykonywania w zależności od powierzchni i rodzaju czynności.

Powierzchnia wewnętrzna do sprzątnia wynosi ogółem 18 272,75 m²,

Powierzchnia zewnętrzna do sprzątnia wynosi ogółem 104 200,00 m².

Oferowana usługa sprzątnia powierzchni wewnętrznych miała przedstawiać się następująco:

Podział powierzchni wewnętrznej oraz częstotliwość wykonywanych usług:

| L.p. | Rodzaj pomieszczenia | Powierzchnia w m | Częstotliwość |
|---------|----------------------------------|------------------|----------------|
| 1. | Pomieszczenia biurowe | 9 723,11 | 2 x w tygodniu |
| 2. | Łazienki, toalety, natryski | 1 563,43 | codziennie |
| 3. | Korytarze, hole, klatki schodowe | 6 987,21 | codziennie |
| Ogółem: | | 18 273,75 | |

Jak wynika z punktu 9.7 specyfikacji, zamawiający wymagał, aby w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca do oferty dołączył, między innymi (pkt 9.7.3) wykaz osób które będą wykonywać zamówienie lub będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (odrębnie dla powierzchni wewnętrznych i zewnętrznych) wraz z podaniem zakresu wykonywanych czynności (w tym imię i nazwisko pracowników ze strony wykonawcy, którzy będą kierować realizacją zamierzeń będących przedmiotem zamówienia). Analogiczne postanowienie zawiera sekcja III.2.3, podpunkt 1.1.3 ogłoszenia o zamówieniu 2010/S 115 – 174305 z 16.06.2010 r. w odniesieniu do postawionych warunków udziału w postępowaniu i sposobu oceny ich spełnienia.

W liście załączników do SIWZ wymieniony został załącznik nr 6 zawierający minimalne wymagania zamawiającego dotyczące struktury zatrudnienia i podstawowego sprzętu zmechanizowanego do realizacji zamówienia.

W odpowiedzi na pytanie udzielonej dnia 20 lipca 2010 r. zamawiający wyjaśnił, iż niezależnie od tego, że zatrudnianie pracowników leży w gestii wykonawcy, zamawiający nie może naruszać przepisów bezwzględnie obowiązujących w tym zakresie – Kodeksu pracy. W związku z tym pracownicy mają być zatrudnieni na umowie o pracę. Dlatego też w

przypadku spełnienia przesłanek wykonywania pracy pod stałym nadzorem (kierownictwem) przez określony czas, codziennie w danym miejscu i gdy prace te są czynnościami tego samego rodzaju, zamawiającego stwierdził, iż „będziemy mieli do czynienia ze stosunkiem pracy w oparciu o umowę o pracę.”

W załączniku nr 6 do SIWZ zamawiający podał minimalne warunki jakie muszą być spełnione przy zatrudnianiu pracowników. Nakazał aby w odniesieniu do usługi:

- bezpośrednio przy sprzątnięciu powierzchni wewnętrznych, w czasie wykonywania usługi na jedną osobę nie przypadało więcej niż 1000 m² powierzchni wewnętrznej objętej niniejszym zamówieniem w przeliczeniu na pełne etaty zatrudnienia.
- bezpośrednio przy sprzątnięciu powierzchni zewnętrznych, w czasie wykonywania usługi na jedną osobę nie przypadało więcej niż 3 500 m² powierzchni zewnętrznej objętej niniejszym zamówieniem w przeliczeniu na pełne etaty zatrudnienia.

Jako osobny rodzaj zatrudnienia zamawiający wymagał podania pracowników nadzoru, zatrudnionych bezpośrednio na terenie obsługiwanych obiektów – „nadzór musi być zapewniony w sposób skuteczny i ciągły na czas wykonywania usługi objętej niniejszym postępowaniem.”

Pkt 9.9.3 SIWZ wymagał złożenia zestawienia ilości i rodzaju środków jakie będą używane w skali jednego miesiąca, według wzoru załącznika nr 8.

W punkcie 16 SIWZ zamawiający żądał podania przewidywanego kosztu użytych środków chemicznych do wykonania zamówienia, wskazał: należy dołączyć szczegółowe zestawienie ilości i rodzaju ww. środków jakie będą używane w skali jednego miesiąca do niniejszego zamówienia (załącznik nr 8).

Załącznik nr 8 do SIWZ obejmował wykaz materiałów i środków chemicznych przewidzianych do użycia przy realizacji zamówienia i wymagał podania nazwy materiału lub środka chemicznego, jednostki miary, jego ilości i wartości.

Z druku ZP 12 wynika, iż oferty złożyło 8 wykonawców, z czego oferta odwołującego przewidująca cenę brutto 1 493 013,01 zł. była najkorzystniejsza w jedynym ustanowionym kryterium ceny. Po odrzuceniu oferty odwołującego, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, zamawiający wybrał do realizacji zamówienia wykonawcę Piotra Fabijańskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „CLEAN-SERVICE” z siedzibą Piasecznie, którego oferta podawała cenę brutto 1 767 292,59 zł.

W ofercie odwołującego na stronach od 39 do 43 zawarty jest wykaz osób z podaniem zakresu wykonywanych czynności oraz postawie dysponowania w oparciu o umowę o pracę:

- a) dla powierzchni wewnętrznych obejmujący 19 osób oznaczonych z imienia i nazwiska;
- b) dla powierzchni zewnętrznych, obejmujący 30 osób.

Dla osoby p. Mariusza K. (poz. 9), nie został podany zakres wykonywanych czynności ani podstawa dysponowania.

Dla p. Katarzyny M. (poz. 1), odwołujący wyznaczył funkcję osoby nadzorującej. W pozostałych pozycjach jest wyznaczony zakres czynności osób sprzątających (wykonywanie usług porządkowo- czystościowych zgodnie z SIWZ).

W ofercie przystępującego dla powierzchni wewnętrznych wskazano 19 osób, natomiast dla powierzchni zewnętrznych wskazano 31 osób, z zaznaczeniem zakresu ich czynności sprzątanie odpowiednio: terenów wewnętrznych i zewnętrznych. W osobnej pozycji przystępujący podał osobę wyznaczoną do nadzoru oraz kierowania realizacją zamierzeń będących przedmiotem zamówienia.

Przedstawiony przez odwołującego wykaz materiałów i środków chemicznych przewidzianych do użycia przy realizacji zamówienia podaje nazwy materiałów i środków chemicznych, jednostki miary, jego ilości przewidziane do użycia w skali miesiąca i wartości za zużycie miesięczne. Do sprzątania powierzchni zewnętrznych, zarówno odwołujący jak i przystępujący wskazali piasek – mieszankę drogową.

Izba zważyła co następuje.

Wykaz osób przeznaczonych do realizacji zamówienia był wymagany na potwierdzenie spełnienia ustalonych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, co wyraźnie wynika z punktu 9.7.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz z postanowień sekcji III punkt 2.3 podpunkt 1.1.3 ogłoszenia. Natomiast wykaz środków chemicznych był wymagany na potwierdzenie, iż oferowana usługa odpowiada wymaganiom zamawiającego, stosownie do postanowień art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Nie wykazanie przez wykonawcę, iż spełnia warunki udziału, skutkuje wykluczeniem z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą w myśl postanowień art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 tej ustawy stanowi natomiast podstawę do odrzucenia oferty, jeżeli nie odpowiada ona treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia, do którego w oparciu o postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym postępowaniu, mogły się jedynie zaliczać wykazane środki chemiczne do realizacji usługi, a nie przedstawiony wykaz osób.

Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, iż wykaz osób miał dwojaki charakter - był żądany zarówno na potwierdzenie zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, jak i na potwierdzenie, że oferowana usługa odpowiada wymaganiom zamawiającego. Oprócz podania wielkości powierzchni (w SIWZ i we wzorze umowy) i oznaczenia częstotliwości sprzątnia, zamawiający w żaden sposób nie zaakcentował w dokumentacji postępowania, iż ilość osób jaką ma dysponować wykonawca odnosi do przedmiotowo istotnych postanowień oferty i późniejszej umowy, a w razie niezgodności z wymaganiami, oferta z tych względów będzie podlegała odrzuceniu.

Bezsporną okoliczność stanowiło, iż wewnętrzna powierzchnia do sprzątnia wynosi ogółem 18 272,75 m², z tego względu należało podać liczbę osób przeznaczonych do sprzątnia terenów wewnętrznych w ilości 19, taką też ilość osób podał w swojej ofercie przystępujący, gdyż zgodnie z warunkami podanymi w SIWZ, na 1000m² winna przypadać jedna osoba w przeliczeniu na pełne etaty (18 272,75 dzielone przez 1000 = 18,27). Natomiast powierzchnia zewnętrzna do sprzątnia wynosiła ogółem 104 200,00 m², co przy uwzględnieniu, iż na 3 500 m² powinna przypadać jedna osoba, sprowadzało się do wymogu podania 30 osób (104 200 dzielone przez 3500 = 29,77). Odwołujący podał do sprzątnia terenów zewnętrznych 30 osób. Przystępujący dla wymienionego zakresu zamówienia podał - 31 osób.

Z wykazu osób odwołującego wynika, że została podana za mała ilość osób przeznaczonych bezpośrednio do sprzątnia terenów wewnętrznych – 18 osób. Izba nie uwzględniła stanowiska odwołującego, iż p. Katarzyna M., oprócz tego, iż została wyznaczona jako osoba nadzorująca, będzie też wykonywała czynność bezpośrednio przy sprzątniu powierzchni wewnętrznych, gdyż w żaden sposób nie wynikało to z treści przedmiotowego wykazu. Takie tłumaczenie odwołującego pojawiło się dopiero na rozprawie. W odwołaniu natomiast wykonawca Impel Cleaning Sp. z o.o. utrzymywał, iż złożył ofertę prawidłową, a ilość pracowników, która zabezpiecza usługę sprzątnia terenów wewnętrznych zamawiającego wyliczył na 13 osób.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego oraz przystępującego, iż funkcja wykonywania bezpośrednio usług sprzątnia oraz funkcja nadzoru nad prawidłowością realizacji zamówienia, nie mogła zostać połączona. Zamawiający w sposób wystarczająco jasny w specyfikacji - w opisie załącznika nr 6 dał wyraz swoim oczekiwaniom, co do rozdzielnego wskazania osób do nadzoru oraz osób bezpośrednio wyznaczonych do realizacji usługi sprzątnia, co uzasadniał wielkością obszaru objętego przedmiotem zamówienia, znaczną ilością obiektów oraz wymogiem aby nadzór był sprawowany w sposób ciągły i efektywny.

Z zestawienia opisu zamawiającego określonego w SIWZ pkt 9.7.3, załącznika nr 6 oraz dokumentów wykazu osób przeznaczonych do wykonywania zamówienia przedstawionych w ofercie wynika, iż odwołujący nie spełnił wymagań, oferując wykonywanie usługi sprzątnia w obsadzie etatowej 18 osób dla terenów wewnętrznych.

Zamawiający w sposób klarowny określił jaka powierzchnia do sprzątnia przypada na jednego pracownika (odpowiednio 1 000 m² i 3 500m²) w przeliczeniu na pełne etaty. Należało to uznać za jedyny warunek oceny zdolności wykonawcy do podjęcia się realizacji zamówienia - w tym zakresie. Zamawiający nie podał żadnego wzoru, według którego wykonawcy uprawnieni byłiby wyliczać potrzebną obsadę etatową stanowisk, ze względu na częstotliwość sprzątnia. Ten element każdy z wykonawców był władny ujmować w swojej kalkulacji wewnętrznej ceny oferty, stawek wynagrodzenia, harmonogramów pracy itp. Bezprzedmiotowe pozostają zdaniem Izby, przeliczenia jakich dokonał odwołujący, z ilościową obsadą osobową stanowisk, z uwzględnieniem częstotliwości czynności sprzątnia w odniesieniu do powierzchni:

- pomieszczeń biurowych 9 723,11 m², sprzątnie 2 x w tygodniu,
- łazienek, toalet, natrysków 1 563,43,m², sprzątnie codziennie,
- korytarzy, holi, klatek schodowych 6 987,21 m², sprzątnie codziennie.

Każda ilość pracowników mniejsza od ilości minimalnej dla danego rodzaju powierzchni, w ocenie Izby, przesądzała o nie spełnieniu warunków udziału w postępowaniu.

Ocena zgromadzonego materiału dowodowego potwierdziła, iż zachodziły podstawy do wykluczenia odwołującego z postępowania, a w następstwie odrzucenia oferty, ze względu na brak wykazania niezbędnej ilości osób do realizacji zamówienia, co nie jest równoznaczne z przyjęciem, iż zaistniały podstawy do odrzucenia oferty odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wypełnił wykaz materiałów i środków chemicznych przewidzianych do użycia przy realizacji zamówienia, w sposób jaki zamawiający podał we wzorze załącznika nr 8 do SIWZ, tj. przez podanie nazwy materiału lub środka chemicznego. Wprawdzie zamawiający w SIWZ pkt 16 wymagał podania szczegółowego zestawienia ilości i rodzaju ww. środków, lecz z odesłania do treści załącznika nr 8, wynika, iż wystarczające było jego wypełnienie według instrukcji, które zawierały poszczególne kolumny wymienionego załącznika. Izba stwierdziła, iż odwołujący złożył przedmiotowy wykaz, zgodnie z instrukcją zamawiającego. Zamawiający nie wymagał wyodrębnienia środka do sprzątnia powierzchni zewnętrznych. Skoro wskazane przez odwołującego środki nadają się do tego zastosowania, czego zamawiający nie kwestionował, należało uznać, iż odwołujący spełnił wymaganie zaoferowania świadczenia usługi przy użyciu odpowiednich materiałów i środków

chemicznych. W porównywalny sposób załącznik nr 8 wypełnił przystępujący, co nie budziło żadnych zastrzeżeń ze strony zamawiającego. Z tych względów nie potwierdziły się zarzuty zamawiającego, iż treść oferty odwołującego nie jest zgodna z treścią SIWZ, wskutek braku podania środków do utrzymania terenów zewnętrznych.

Bez względu na nieprawidłową podstawę prawną odrzucenia oferty odwołującego (art. 89 ust. 1 pkt 2), zdaniem Izby, czynność zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego finalnie znalazła uzasadnienie w treści art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3 tej ustawy, gdyż zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Obowiązkiem zamawiającego, nałożonym art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, było wezwanie odwołującego jako wykonawcy, który złożył wymagane dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp zawierające błędy do ich ponownego złożenia w wyznaczonym terminie, tym bardziej, iż przedmiotowa oferta nie podlegała odrzuceniu z uwagi na środki które zostały przez odwołującego zaproponowane do realizacji zamówienia, co zwalniałoby zamawiającego od wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów podmiotowych - potwierdzających zdolność do należytego wykonania zamówienia.

Izba związana była jednak zarzutami odwołania, gdyż przepis art. 192 ust. 7 ustawy Pzp stanowi, iż Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Odwołujący bezspornie nie podnosił, iż zamawiający w sposób naruszający przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zaniechał czynności nakazanych ustawą i pominął obowiązek wezwania go do przedłożenia prawidłowego wykazu osób przeznaczonych do realizacji zamówienia.

Z przedstawionych względów, Izba nie miała możliwości uwzględnienia z urzędu wyżej przytoczonych przepisów art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w kontekście okoliczności przedmiotowej sprawy.

Na aprobatę nie zasługiwał też pogląd odwołującego, iż jego oferta podlegała konwalidacji w drodze zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - poprawy omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. W ogólności powołany przepis nie znajduje bowiem zastosowania w przypadku dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału ustanowionych przez zamawiającego. Stanowisko odwołującego należało ponadto uznać za niekonsekwentne, gdyż z jednej strony wykazywał, iż oferta odpowiada treści SIWZ, a jednocześnie powoływał się na błąd podlegający sprostowaniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co stanowiło wewnętrzną sprzeczność takich twierdzeń.

Zamawiający na etapie oceny ofert musi w sposób bezwzględny przestrzegać warunków udziału i sposobu oceny ich spełnienia, które ustanowił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zamieścił w ogłoszeniu o zamówieniu. Nie tylko wykonawcy są zobowiązani dostosować się do wymaganych warunków, ale i sam zamawiający jest związany tymi postanowieniami SIWZ, które je określają, w taki sposób iż w trakcie oceny ofert nie może ich zmieniać, odstępować od wymagań, czy nadawać im innego znaczenia, niż wynikało wprost z ich treści opisanej w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji. Odmienne wywoły odwołującego - w tym zakresie, nie mogły znaleźć akceptacji ze strony Izby.

Postępowanie dowodowe nie potwierdziło trafność czynionych zamawiającemu zarzutów (podnoszonych w odwołaniu) naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

- 1) przez uchybienie zasadom zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Izba obciążyła odwołującego kosztami postępowania w wysokości uiszczanego wpisu oraz zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600,00 zł. tytułem kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, zgodnie z przepisem § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b w związku z § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....