

Sygn. akt: KIO 2405/12

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 13.11.2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu **13.11.2012 r.** w **Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **02.11.2012 r.** przez **Impel Cleaning sp. z o. o. ul. Ślężna 118; 53-111 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Warszawski Uniwersytet Medyczny, ul. Żwirki i Wigury 61, 02-091 Warszawa**

**postanawia:**

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Impel Cleaning sp. z o. o. ul. Ślężna 118; 53-111 Wrocław kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.**

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

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Usługa sprzątnia i utrzymania czystości powierzchni wewnętrznych oraz terenów zewnętrznych w obiektach Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego.”, zostało wszczęte przez Warszawski Uniwersytet Medyczny, ul. Żwirki i Wigury 61, 02-091 Warszawa zwany dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2012/S 171-283005 z 06.09.2012 r.

W dniu 24.10.2012 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w Pakiecie 2 firmy: Lares Sp. z o.o., ul. Stawowa 4, 05-825 Grodzisk Mazowiecki zwanej dalej: „Lares Sp. z o.o.”.

W dniu 02.11.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) na podstawie art. 180 ust. 1 i 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” wpłynęło odwołanie Impel Cleaning sp. z o. o. ul. Ślężna 118; 53-111 Wrocław od w/w czynności. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 02.11.2012 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w zakresie oceny złożonych ofert oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. art. 24 ust. 2 pkt. 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia w Pakiecie 2 wybranego Wykonawcy: LARES Sp. z o.o., mimo że nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu oraz złożył nieprawdziwe informacje na temat spełniania przez siebie warunków udziału w postępowaniu,
3. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

W związku z powyższymi zarzutami wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1. uchYLENIA czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu w Pakiecie 2 oferty złożonej przez Wykonawcę: LARES Sp. z o.o., ul. Stawowa 4, 05-825 Grodzisk Mazowiecki;
2. wykluczenia Wykonawcy LARES Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 i 4 Pzp;
3. dokonania w Pakiecie 2 ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez Wykonawców niewykluczonych.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w SIWZ w pkt. IX „Wykaz oświadczeń i dokumentów (...)” w ppkt. 2.1.b) wymagał, aby każdy Wykonawca złożył

- Wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również

wykonywanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

W celu potwierdzenia spełnienia powyższego warunku, Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia w wykazie sporządzonym, wg wzoru stanowiącego załącznik nr 4:

a) (...)

b) w zakresie usług objętych Pakietem 2 wykonanych usług sprzątanía obiektów i terenów zewnętrznych, przez okres co najmniej 12 miesięcy, o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 1. 300 000,00 zł oraz powierzchni nie mniejszej niż 20 000 m<sup>2</sup>, na rzecz nie więcej niż 2 podmiotów.

Dla potwierdzenia powyższego warunku udziału w postępowaniu wybrany Wykonawca złożył w ofercie na stronie 16 wykaz usług świadczonych na rzecz trzech Zamawiających: WUM Warszawa, Szpital Banacha w Warszawie oraz Knight Frank Sp. z o.o.

Mając na względzie, że termin składania ofert w niniejszym postępowaniu upłynął w dniu 15.10.2012r., Odwołujący stwierdza, że żadna z przedstawionych usług nie spełnia warunku udziału w postępowaniu:

- usługa świadczona w okresie 02.11.2011-01.11.2012 na rzecz Zamawiającego: WUM - do dnia 15.10.2012r. była zrealizowana zaledwie przez 11 miesięcy i 2 tygodnie - zatem nie spełnia wymogu realizacji przez pełne 12 miesięcy,
- usługa świadczona w okresie 22.05.2012-21.05.2013 na rzecz Zamawiającego: Szpital Banacha - do dnia 15.10.2012r. była zrealizowana zaledwie przez 5 miesięcy - zatem nie spełnia wymogu realizacji przez pełne 12 miesięcy,
- usługa świadczona w okresie 01.09.2011-3 1.08.2012 na rzecz Zamawiającego: Knight Frank Sp. z o.o. - zatem nie spełnia wymogu realizacji przez pełne 12 miesięcy.

W odniesieniu do usługi wykonanej na rzecz Zamawiającego: Knight Frank Sp. z o.o. Odwołujący stwierdza, iż zgodnie z przepisem art. 112 kodeksu cywilnego - termin oznaczony w tygodniach, miesiącach lub latach kończy się z upływem dnia, który nazwą lub datą odpowiada początkowemu dniowi terminu, a gdyby takiego dnia w ostatnim miesiącu nie było - w ostatnim dniu tego miesiąca.

W doktrynie prawa cywilnego (por. Komentarz do art.112 Kodeksu cywilnego A. Janiak komentarz LEX 201; stan prawny: 2012-06-01) przyjmuje się powyższy przepis kodeksu cywilnego, ma zastosowanie do terminów ciągłych oznaczonych w tygodniach, miesiącach lub latach. Zgodnie z tym przepisem oraz art. 111 § 2 k.c. obowiązują tutaj następujące zasady liczenia terminów.

Bieg terminów oznaczonych w tygodniach, miesiącach, latach rozpoczyna się w tym

samym dniu, w którym nastąpiło zdarzenie początkujące termin, a nie w dniu następującym po tym zdarzeniu, jak to ma miejsce w przypadku terminów oznaczonych w dniach (art. 111 § 2 k.c.). Termin oznaczony w tygodniach kończy się z upływem dnia, który nazwą odpowiada początkowemu dniowi terminu. Na przykład tygodniowy termin zastrzeżony w poniedziałek upłynie o północy w następny poniedziałek. Termin oznaczony w miesiącach kończy się z upływem dnia, który datą odpowiada początkowemu dniowi terminu. Na przykład dwumiesięczny termin wykonania zobowiązania wynikającego z umowy zawartej w dniu 31 stycznia upłynie o północy w dniu 31 marca. Gdyby natomiast w ostatnim miesiącu terminu nie było dnia odpowiadającego dacie rozpoczęcia terminu (np. w lutym nie występuje 31, 30 oraz - z wyjątkiem lat przestępnych - 29. dzień), wówczas termin upłynie z końcem ostatniego dnia danego miesiąca. Termin oznaczony w latach również kończy się z upływem dnia, który datą odpowiada początkowemu dniowi terminu. Na przykład umowa najmu lokalu zawarta w dniu 2 stycznia 2008 r. na okres trzech lat, wygaśnie o północy w dniu 2 stycznia 2011 r. W przypadku terminów zastrzeżonych kwartalnie lub półrocznie koniec terminu przypada na dzień ostatniego miesiąca kwartału (liczonego jako trzy miesiące) lub półrocza (liczonego jako sześć miesięcy), który datą odpowiada początkowemu dniowi terminu.

W konsekwencji w niniejszym przypadku usługa wykonana na rzecz Knight Frank Sp. z o.o. nie obejmuje 12 miesięcy, gdyż nie kończy się w dniu 01.09.2012 r., lecz w dniu 31.08.2012 r. Podkreślił, iż Zamawiający w SIWZ nie posługiwał się przy opisie warunku udziału w postępowaniu terminem „miesiąc kalendarzowy”, który uprawniałby do przyjęcia innego sposobu liczenia terminów.

Niezależnie od powyższego Odwołujący stwierdził, że usługa wykonana na rzecz Zamawiającego: Knight Frank Sp. z o.o. budzi zastrzeżenia również z innych powodów.

Według wiedzy Odwołującego informacje zawarte przez wybranego Wykonawcę w wykazie usług, dotyczące usługi w poz. 3 - stanowią informację nieprawdziwą, ponieważ wybrany Wykonawca w rzeczywistości nie wykonywał usługi na rzecz tego Zamawiającego w takim deklarowanym zakresie. Wskazać również należy, iż informacje zawarte na str. 20 oferty w tzw. liście referencyjnym są także nieprawdziwe.

Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp nieprawdziwe informacje to takie, które nie są zgodne ze stanem faktycznym, odbiegają od rzeczywistości. Mogą one być zawarte w oświadczeniach i dokumentach składanych przez wykonawcę, np. we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ofercie, wyjaśnieniach treści oferty itd. i mogą dotyczyć wszelkich elementów postępowania (nie tylko dokumentów przedkładanych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia lub spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale także treści oferty).

Z literalnego brzmienia przepisu wynika, że przesłanka wykluczenia zachodzi, jeżeli

złożono nieprawdziwe informacje, niezależnie od tego, czy było to działanie intencjonalne wykonawcy, czy też niezamierzona omyłka, błąd w ich przekazaniu. Jednakże przepis dyrektywy 2004/18/WE, który stanowi wskazówkę interpretacyjną dla omawianej podstawy wykluczenia, wskazuje jednoznacznie na element zawinienia wykonawcy: *"Jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji"*. Ten sposób wykładni potwierdzają także przepisy art. 26 ust. 3, które nakazują wystąpienie z żądaniem uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, jeżeli zawierają one błędy, oraz art. 87 ust. 2, który nakazuje poprawę omyłek w treści oferty. Ustawodawca dopuszcza więc poprawienie złożonych dokumentów i oświadczeń wiedzy i woli, w tym w zakresie treści oferty, pomimo że mogły one przekazywać informacje niezgodne z rzeczywistością. Można więc postawić tezę, że podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu taki wykonawca, który umyślnie przekazuje w postępowaniu nieprawdziwe informacje, mając świadomość szkodliwego skutku swego zachowania i celowo do niego zmiernając. Ustawodawca dopuszcza bowiem uzupełnienie prawidłowych dokumentów i poprawienie oferty, w przypadku gdy przedstawione informacje nieprawdziwe mają charakter błędu lub omyłki - z założenia więc działania nieumyślnego.

Złożone nieprawdziwe informacje będą skutkowały wykluczeniem tylko wtedy, kiedy mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Nie jest więc niezbędne wykazywanie, że przedstawienie informacji miało wpływ na wynik postępowania, a wystarczające jest wykazanie potencjalnego wpływu. Przez wynik postępowania bez wątplenia należy rozumieć wybór oferty najkorzystniejszej, jednakże w przypadku omawianej przesłanki tak wąskie ujęcie wydaje się nie odpowiadać celowi przepisu. Wynik postępowania to również kwalifikacja podmiotowa wykonawców, ocena zajęcia przesłanek do odrzucenia oferty, punktacja przyznana poszczególnym ofertom. Każda z wymienionych czynności składa się bowiem na poprawność postępowania i może nieść określone konsekwencje dla sytuacji prawnej danego wykonawcy. W konsekwencji wybrany Wykonawca winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp.

Zamawiający w dniu 02.11.2012 r. (faxem i e-mailem) wezwał w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

W dniu 13.11.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 i 2 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości odwołanie. Nadto, wnosił o umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron postępowania oraz o orzeczenie o wzajemnym zniesieniu kosztów postępowania odwoławczego. Zamawiający wskazała, że w odwołaniu z dnia 02.11.2012r. wykonawca Impel Cleaning Sp.

z o.o. zarzucił Zamawiającemu naruszenie: - art. 7 ust 1 i 3 Pzp poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w zakresie oceny złożonych ofert oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; - art. 24 ust 2 pkt 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie przez zamawiającego wykluczenia w Pakiecie 2 wybranego Wykonawcy: Lares Sp. z o.o., mimo, że nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu oraz złożył nieprawdziwe informacje na temat spełniania przez siebie warunków udziału w postępowaniu; - art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej. W konsekwencji odwołania wniesionego przez Impel Cleaning Sp. z o.o., Zamawiający uzyskał informacje o okolicznościach stanowiących podstawę do wykluczenia wykonawcy którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z uwagi na złożenie przed ten podmiot nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a przez to nie wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, (tj. przesłanek o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp). Z pisma z dnia 08.11.2012 r. firmy Knight Frank Sp. z o.o., tj. firmy która miała udzielić referencji niezbędnych do uczestnictwa w ww. postępowaniu przez firmę Lares sp. z o.o. wynika bowiem, iż ta firma nie zlecała żadnych usług firmie Lares Sp. z o.o. Potwierdza to również pismo firmy Knight Frank Sp. z o.o. z dnia 06.11.2012r. skierowane do Odwołującego (kopie obu pism w załączeniu do odpowiedzi na odwołanie). W konsekwencji Zamawiający podjął następujące czynności :

1. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 24.10.2012r., w zakresie usług objętych Pakietem 1 oraz Pakietem 2 przedmiotowego postępowania
2. dokonał ponownej oceny ofert, w zakresie usług objętych Pakietem 1 oraz Pakietem 2,
3. wykluczył w trybie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, wyłonionego Wykonawcy: Lares Sp. z o.o., w zakresie usług objętych Pakietem 1 oraz Pakietem 2.
4. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, w zakresie usług objętych Pakietem 1 oraz Pakietem 2.

Czynności o których mowa powyżej Zamawiający dokonał w dniu 09.11.2012r., informując o nich Wykonawców w sposób przewidziany w ustawie. Mając na uwadze powyższe Zamawiający wnosił o umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron postępowania oraz o orzeczenie o wzajemnym zniesieniu kosztów postępowania odwoławczego.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że istniała podstawa do przyjęcia, iż postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 2 Pzp - należało umorzyć.

Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu zgodnie z żądaniem Odwołującego, a po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2

Pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 2405/12 na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Zgodnie z § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. nr 48, poz. 280) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:**

.....