

WYROK

z dnia 13 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 października 2012 r. przez wykonawcę **Impel Cleaning sp. z o.o. we Wrocławiu**

w postępowaniu prowadzonym przez **Uzdrowisko Kołobrzeg S.A. w Kołobrzegu**

przy udziale wykonawcy **Ever Grupa sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Ever Grupa sp. z o.o. w Warszawie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w pkt 6.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz unieważnienie czynności poprawy omyłki rachunkowej w ofercie wykonawcy Impel Cleaning sp. z o.o. we Wrocławiu dokonanej w dniu 19 października 2012 r.,**
2. **kosztami postępowania obciąża Uzdrowisko Kołobrzeg S.A. w Kołobrzegu i:**
 - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Impel Cleaning sp. z o.o. we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. **zasądza od Uzdrowiska Kołobrzeg S.A. w Kołobrzegu na rzecz Impel Cleaning sp. z o.o. we Wrocławiu kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.**

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 niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Koszalinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Uzdrawisko Kołobrzeg S.A. w Kołobrzegu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „codzienne sprzątanie pomieszczeń w obiektach Uzdrawisko Kołobrzeg S.A.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 września 2012 r., nr 2012/S 175-288887.

W dniu 19 października 2012 r. zamawiający zawiadomił za pośrednictwem faksu wykonawcę Impel Cleaning sp. z o.o. we Wrocławiu, zwanego dalej „odwołującym” o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Ever Grupa sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym”. W tym samym dniu zawiadomił również odwołującego o poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej w jego ofercie.

Wobec zaniechania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu, zaniechania odrzucenia złożonej przez przystępującego oferty, jak również wobec czynności poprawy oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie odwołującego, odwołujący wniósł w dniu 29 października 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu przystępującego pomimo, że nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, opisanego przez zamawiającego pkt 6.4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ),
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego pomimo, że podlegał on wykluczeniu z udziału w postępowaniu,
- 3) art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego błędną wykładnię i potraktowanie wyliczenia odwołującego, jako oczywistej omyłki rachunkowej,
- 4) art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia złożonej przez niego oferty.

W uzasadnieniu odwołujący przywołał warunek udziału w postępowaniu opisany przez zamawiającego w pkt 6.4. SIWZ i podniósł, że przystępujący nie wykazał spełnienia tak opisanego warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący odniósł się do wykazu usług i referencji złożonych przez przystępującego wraz z ofertą. Wywiódł, że list referencyjny podpisany przez Szpital Solec sp. z o.o. w Warszawie, miał potwierdzać należyte świadczenie usług kompleksowego sprzątnia pomieszczeń szpitala przez przystępującego w terminie od 01.01.2011 r. do dnia 31.10.2011 r., jednakże wystawiony został w trakcie realizacji powyższej usługi tj. w dniu 4 lipca 2011 r. W ocenie odwołującego, przedstawione referencje nie potwierdzają należytego wykonywania usług realizowanych po dacie ich wystawienia. Ponadto z referencji wystawionych przez Szpital Solec sp. z o.o. w Warszawie wynika, że przystępujący świadczył usługę sprzątnia na terenie powyższego szpitala przez 10 zamiast 12 miesięcy.

Ponadto zarzucił że list referencyjny wystawiony przez Centrum Medyczne LIM, należące do Grupy LUX MED. sp. z o.o., został wystawiony w dniu 4 lipca 2011 r., zatem nie może potwierdzać należytego wykonywania usługi utrzymania czystości przez przystępującego w terminie od dnia 01.10.2009 r. do dnia 31.09.2012 r.

Odwołujący wywiódł ponadto, że referencje wystawione przez Centrum Medyczne LIM oraz Szpital Bródnowski, nie potwierdzają, iż świadczone przez przystępującego usługi sprzątnia opiewały na wymaganą przez zamawiającego łączną wartość roczną netto usługi minimum 1.500.000 zł. Podniósł, że roczna wartość usług wyniosła ok. 400.000 zł każda, a zatem łączna wartość roczna netto świadczonych przez tego wykonawcę usług na terenie powyższych placówek wyniosła w sumie ok. 800 000 zł.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że nie zgadza się na poprawienie przez zamawiającego oczywistej omyłki rachunkowej w złożonej przez siebie ofercie. Wywodził, że sposób wyliczenia miesięcznej ceny jednostkowej za sprzątnie polegający na tym, że wartość oferty dzieli się przez ilość miesięcy (36), a następnie przez ilość wszystkich metrów do sprzątnia ($32\,183.82\text{ m}^2$) nie znajdowała odbicia w treści SIWZ. W szczególności wymóg taki nie wynikał z postanowienia pkt 12.4 SIWZ. W konsekwencji zamawiający nie był uprawniony do poprawy miesięcznych cen jednostkowych w złożonej przez niego ofercie z netto $4,34\text{ zł/m}^2$ i brutto $5,34\text{ zł/m}^2$ do $3,72\text{ zł/m}^2$, brutto $4,57\text{ zł/m}^2$. Wskazał, że sposób obliczenia miesięcznej ceny jednostkowej powinien uwzględniać postanowienia § 5 ust. 1 projektu umowy, zgodnie z którym wartość przedmiotu umowy w skali jednego miesiąca ustala się jako iloczyn powierzchni faktycznie sprzątnianej określonej na podstawie załącznika nr 2, wykazu częstotliwości sprzątnia pomieszczeń i stawki za metr kwadratowy powierzchni.

Odwołujący wywiódł, że z załącznika nr 2 do SIWZ wynikała częstotliwość sprzątnięcia poszczególnych powierzchni. Zamawiający w postępowaniu wymagał świadczenia usługi na poszczególnych metrażach z różnymi częstotliwościami tj.: do sprzątnięcia codziennego: 25 685,09 m², do sprzątnięcia co drugi dzień: 739,37 m², do sprzątnięcia 1 raz w tygodniu: 2 846,99 m², do sprzątnięcia 1 raz w miesiącu: 1 001,27 m², do sprzątnięcia 5 razy w tygodniu: 1 050.80 m², do sprzątnięcia 2 razy w miesiącu: 556,30 m². Odwołujący pomnożył liczbę metrów kwadratowych przez liczbę dni świadczenia usługi i otrzymał wielkości:

- do sprzątnięcia codziennego: 25 685,09 m² razy 30 dni w miesiącu = 770 552,70 m²,
- do sprzątnięcia co drugi dzień: 739,37 m² razy 15 dni w miesiącu = 11 090,55 m²,
- do sprzątnięcia 1 raz w tygodniu: 2 846,99 m² razy 4,25 dni w miesiącu = 12 099,71 m²,
- do sprzątnięcia 1 raz w miesiącu: 1 001,27 m² razy 1 dzień w miesiącu = 1 001,27 m²,
- do sprzątnięcia 5 razy w tygodniu: 1 050.80 m² razy 21 dni w miesiącu = 22 066,80 m²,
- do sprzątnięcia 2 razy w miesiącu: 556,30 m² razy 2 dni w miesiącu = 1 112,60 m².

Wykonawca Ever Grupa sp. z o.o. w Warszawie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez przystępującego, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, pismo procesowe przystępującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu. Zarzucał on zamawiającemu zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy Pzp zaniechał wykluczenia tego wykonawcy, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu wykonania tej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania stwierdziła, że zasługuje ono na uwzględnienie.

1. Zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu przystępującego pomimo, że nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, opisanego przez zamawiającego pkt 6.4. SIWZ oraz zaniechania odrzucenia złożonej przez niego oferty

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający stosownie do art. 22 ust. 3 w zw. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp dokonał w SIWZ opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, jakie muszą posiadać wykonawcy, aby ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. W pkt 6.4 SIWZ sprecyzował, że wykonawca powinien posiadać doświadczenie w realizacji kompleksowej usługi sprzątnia w podobnych obiektach, miarą którego jest świadczenie usługi ciągłej (minimum 12 miesięcy) w zakresie kompleksowego sprzątnia w obiektach typu placówki służby zdrowia, szpitale uzdrowiskowe z leczniczą bazą zabiegową wykonującą zabiegi lecznicze o powierzchni nie mniejszej niż 6.000 m² w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania, nie mniej niż trzy takie obiekty, o łącznej wartości rocznej netto usługi minimum 1.500.000,00 zł.

W celu potwierdzenia tak opisanego warunku udziału w postępowaniu należało złożyć wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania, kompleksowych usług sprzątnia w podobnych obiektach, miarą którego jest świadczenie usługi ciągłej (minimum 12 miesięcy) w zakresie kompleksowego sprzątnia w obiektach typu placówki służby zdrowia, szpitale uzdrowiskowe z leczniczą bazą zabiegową wykonującą zabiegi lecznicze o powierzchni nie mniejszej niż 6.000 m² w okresie ostatnich

trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania, nie mniej niż trzy takie obiekty, o łącznej wartości rocznej netto usługi minimum 1.500.000,00 zł.

Do wykazu należało załączyć dokumenty potwierdzające, że usługi wymienione w wykazie wykonane zostały należycie.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia

Przystępujący złożył wraz z ofertą wykaz usług. W wykazie tym wskazał na następujące doświadczenie:

- 1) usługa na rzecz Szpitala Solec sp. z o.o. w Warszawie, czas realizacji: od 1.1.2011 r. do 31.10.2011 r., o wartości 1.507.535,93 netto,
- 2) usługa na rzecz Centrum Medycznego LIM w Warszawie, czas realizacji od 28.02.2007 do nadal, o wartości ponad 1.300.000,00 netto (1.10.2009 – 30.09.2012),
- 3) usługa na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Bródnowskiego w Warszawie, czas realizacji od 28.05.2007 do 31.05.2011, o wartości ponad 1.300.000,00 netto (01.11.2009 – 31.05.2011).

Do wykazu tego załączono następujące referencje ww. zleceniodawców:

- 1) referencje Szpitala Solec sp. z o.o. w Warszawie z 4 lipca 2011 r., potwierdzające należyte świadczenie usług od stycznia 2011 r.,
- 2) referencje Centrum Medycznego LIM w Warszawie z 4 lipca 2011 r. potwierdzające należyte świadczenie usług od 2009 r.,
- 3) referencje Wojewódzkiego Szpitala Bródnowskiego w Warszawie z 6.10.2011 r., potwierdzające realizację usług od kwietnia 2007 r. do 31 maja 2011 r.

oferta przystępującego

Zamawiający nie wzywał przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 6.4 SIWZ.

okoliczność niesporna

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Odwołujący wywodził, że przystępujący nie złożył wraz z ofertą dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, opisanego w pkt 6.4 SIWZ. Z tego powodu domagał się wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, jak również odrzucenia złożonej przez niego oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający i przystępujący utrzymywali zaś, że spełnienie warunku udziału w postępowaniu wynika ze złożonych przez przystępującego dokumentów.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymagało, że wymagane przez zamawiającego dokumenty, tj. wykaz usług i dokumenty potwierdzające należyte wykonanie tych usług niewątpliwie z punktu widzenia ustawy Pzp winny zostać zakwalifikowane jako tzw. dokumenty potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Konieczność wykluczenia wykonawcy z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp aktualizuje się dopiero wtedy, gdy wykonawca nie uzupełni żądanego dokumentu w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego kierowane w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp. Wezwanie to ma zaś charakter obligatoryjny, o czym świadczy sformułowanie „wzywa”. Zamawiający zaś, w analizowanym zakresie, nie kierował do przystępującego jakiegokolwiek wezwania. Jednakże wbrew wywodom przystępującego, zawartym w piśmie procesowym, błędna kwalifikacja prawna nie przesądzała jednak o niezasadności zarzutu rozumianego jako przytoczenie określonych okoliczności faktycznych. Izba zbadała zatem czy przytoczone przez odwołującego okoliczności faktyczne, świadczyć mogły o naruszeniu przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia takiego dokumentu.

Nieprawidłowa była również dokonana przez odwołującego kwalifikacja przywołanych okoliczności faktycznych jako zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zgodnie z utrwalonym piśmiennictwem i orzecznictwem *„Norma z art. 24 ust. 4 dotyczy w szczególności ofert, które zostały złożone przez wykonawców w postępowaniach jednoetapowych (przetarg nieograniczony, zapytanie o cenę, zamówienie z wolnej ręki), którzy składając ofertę, nie mieli wiedzy, że zostaną wykluczeni z postępowania. Przepis zawarty w art. 89 ust. 1 pkt 5 odnosi się również do ofert złożonych przez wykonawców, którzy zostali we wcześniejszej części postępowania poinformowani o wykluczeniu (np. na podstawie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), a mimo to złożyli oferty”* (Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata Komentarz, LEX 2010, Komentarz do art. 89 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV). Analizowane postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, a więc w trybie jednoetapowym. Zamawiający nie wykluczał uprzednio przystępującego z udziału w postępowaniu, co pozwalałoby na zastosowanie normy wynikającej z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W okolicznościach niniejszej sprawy mogłby znajdować zastosowanie co najwyżej przepis art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Oceniając ustalony w sprawie stan faktyczny Izba w pierwszej kolejności dokonała wykładni opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie

wiedzy i doświadczenia, opisanego w pkt 6.4 SIWZ. Opisany przez zamawiającego warunek stanowił, że wykonawca powinien posiadać doświadczenie w realizacji kompleksowej usługi sprzątnia w podobnych obiektach, miarą którego jest świadczenie usługi ciągłej (minimum 12 miesięcy) w zakresie kompleksowego sprzątnia w obiektach typu placówki służby zdrowia, szpitale uzdrowiskowe z leczniczą bazą zabiegową wykonującą zabiegi lecznicze o powierzchni nie mniejszej niż 6.000 m² w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania, nie mniej niż trzy takie obiekty, o łącznej wartości rocznej netto usługi minimum 1.500.000,00 zł.

Odwołujący wywodził w odwołaniu, że należało wykazać doświadczenie w wykonaniu trzech usług, z których każda miała trwać 12 miesięcy i obejmować obiekt o odpowiedniej powierzchni, natomiast sumowanie mogło dotyczyć jedynie wartości rocznej usług.

Przystępujący w piśmie procesowym utrzymywał zaś, że konieczne jest zbiorcze traktowanie trzech usług świadczonych przez wykonawcę jako usługi łącznej, na potrzeby postępowania, która powinna wspólnie spełniać przedstawione kryteria w zakresie powierzchni, ciągłości oraz wartości rocznej. Podobnie zdawał się argumentować zamawiający.

Izba uwzględniając reguły interpretacji gramatycznej dokonała następującej wykładni przywołanego postanowienia SIWZ. W pierwszej części warunku wskazano na wymóg wykonania usługi ciągłej trwającej minimum 12 miesięcy, dookreślonej jako polegającej na sprzątniu obiektów o odpowiedniej specyfice, zaś w dalszej kolejności wskazano jaki czasookres będzie brany pod uwagę. Sformułowanie „nie mniej niż trzy takie obiekty” oznaczało zaś, że zamawiającego interesują co najmniej trzy obiekty o odpowiednich cechach, w których opisana wcześniej 12 miesięczna usługa ciągła była wykonywana. Użyta przez zamawiającego przesłanka „łączna” odnosiła się jedynie do znajdującej się w końcowej części warunku wartości rocznej netto usług. Natomiast możliwość sumowania nie została dopuszczona co do powierzchni sprzątnianych obiektów, czy też okresów w których utrzymywano w nich czystość.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że przystępujący nie sprostął wynikającemu z opisu warunku obowiązкови wykazania co najmniej trzech usług sprzątnia o wymaganej ciągłości. W złożonym przez siebie wykazie usług wymienił wprawdzie trzy usługi, tj. dla Szpitala Solec sp. z o.o. w Warszawie, Centrum Medycznego LIM w Warszawie, Wojewódzkiego Szpitala Bródnowskiego w Warszawie. Jednakże tylko w stosunku do dwóch z tych usług przystępujący wykazał fakt należytego wykonania przez okres co najmniej 12 miesięcy.

Przystępujący wykazał prawidłowo należyte wykonanie usługi na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Bródnowskiego w okresie od 28 kwietnia 2007r. do 31 maja 2011 r. Powyższe wynikało z wykazu usług i korespondujących z nim referencji. Ponadto

przystępujący wykazał fakt należytego wykonania usługi sprzątnia dla Centrum Medycznego LIM w Warszawie, z tym zastrzeżeniem, że wyłącznie w okresie od 2009 r. do 4 lipca 2011 r. Wprawdzie w wykazie usług wykonawca wskazał, że wykonuje należycie usługę od 28 lutego 2007 r. do nadal (zaś wykaz sporządzono 17 października 2012 r.), to jednak okoliczność ta nie znajdowała potwierdzenia w złożonych referencjach. W piśmie polecającym wskazano bowiem, wbrew treści wykazu, że współpraca Centrum Medycznego LIM z przystępującym trwa nieprzerwanie dopiero od 2009 r. Po drugie zaś, referencje wystawiono 4 lipca 2011 r. Zatem na podstawie ich treści nie można było ustalić czy fakt należytego wykonywania usługi miał również miejsce po tej dacie. Tym samym Izba potwierdza wielokrotnie akcentowany w orzecznictwie pogląd, iż – w przypadku usług okresowych lub ciągłych – na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu można wprawdzie składać dokumenty wystawione w trakcie trwania takiej usługi. Jednak są one dowodem należytego wykonywania świadczeń okresowych lub ciągłych jedynie za okres poprzedzający ich wystawienie. Referencje służą wszak udokumentowaniu doświadczenia wykonawcy. Zaś posiadanie przez wykonawcę niezbędnego doświadczenia należy rozumieć jako praktyczną umiejętność zdobytą i ugruntowaną w trakcie realizacji podobnego zamówienia. Doświadczenie jest to zbiór niewyuczonych, automatycznych reakcji wynikających z już nabytych praktycznych umiejętności. Proces zdobywania praktycznych umiejętności kształtowany jest przez czynnik czasu czego efektem jest biegłość i wprawa przy wykonywaniu określonych czynności wynikająca z uprzedniego wykonywania analogicznych prac. W ocenie doświadczenia w realizacji umowy nie podlega zatem badaniu realizacja przyszła i niepewna.

Biorąc pod uwagę takie pojmowanie pojęcia „niezbędne doświadczenie”, którego konkretyzacji dokonał zamawiający w SIWZ, zauważyć należy że o prawidłowym wykonaniu umowy można mówić dopiero po jej zakończeniu, gdyż dopiero w tym momencie można jej należyte zrealizowanie ocenić i potwierdzić. W przypadku usług okresowych lub ciągłych ich należyte wykonanie należy oceniać badając wyłącznie zrealizowaną część takiej umowy, porównując wartość i zakres wykonanej części do opisanego w SIWZ warunku udziału w postępowaniu. W obydwu przypadkach, fakt należytego wykonania zakończonej umowy lub fakt należytego wykonania części umowy która jeszcze trwa, winien być potwierdzony dokumentami stanowiącymi o wykonaniu umowy lub jej części w zakresie odpowiadającym postanowieniom SIWZ określonym przez zamawiającego.

Skoro zamawiający dokonał opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w ten sposób, że wymagał doświadczenia w realizacji umowy w określonym czasie i o określonej wartości, to nie można przyjąć, że wystarczające jest wykazanie się samym faktem zawarcia umowy, a nie jej zaawansowaniem na poziomie wymaganym przez zamawiającego. Nie jest możliwym powoływanie się na doświadczenie,

które dopiero zostanie nabyte w wyniku realizacji umowy ciągłej lub okresowej, jeżeli umowa ciągła lub okresowa została zrealizowana w niewielkim stopniu.

Tym niemniej biorąc pod uwagę udowodniony przez przystępującego okres należytego wykonywania usługi na rzecz Centrum LIM tj. od 2009 r. do 4 lipca 2011 r. przekraczał on wymagane przez zamawiającego 12 miesięcy.

Wymogu co do ciągłości usługi nie spełniała natomiast usługa wykonana przez przystępującego na rzecz Szpitala Solec. Umowę sprzątnia przystępujący wykonywał jedynie przez 10 miesięcy (od 1.1.2011 r. do 31.10.2011 r.), nie osiągając wymaganego przez zamawiającego okresu świadczenia usługi ciągłej. Ponadto, przystępujący potwierdził należyte wykonanie tej usługi jedynie w okresie od 1 stycznia 2011 r. do 4 lipca 2011 r., tj. dnia wystawienia referencji przez zleceniodawcę.

Zgodzić należało się również z odwołującym, że łączna wartość wymaganych przez zamawiającego usług nie przekroczyła kwoty 1.500.000 zł netto. Roczna wartość usługi wykonanej na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Bródnowskiego osiągnęła kwotę 820.000 zł netto, zaś usługi wykonanej na rzecz Centrum Medycznego LIM - kwotę 433.000 zł netto. W wyliczeniu tym nie można było natomiast uwzględnić wartości usługi wykonanej na rzecz Szpitala Solec, gdyż potwierdzono jedynie 6 miesięcy należytego wykonywania tej umowy.

Reasumując Izba stwierdziła, że przystępujący nie złożył wymaganych przez zamawiającego dokumentów, które potwierdziłby spełnienie przez niego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt 6.4 SIWZ. Konsekwencją niezłożenia przez wykonawcę dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu jest konieczność wezwania przez zamawiającego do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

2. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez poprawienie miesięcznej ceny jednostkowej za sprzątnie w ofercie odwołującego, pomimo niezastnienia przesłanek oczywistej omyłki rachunkowej

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

W pkt 12.1 SIWZ zamawiający zastrzegł, iż wykonawca oblicza cenę oferty dla okresu 36 miesięcy na podstawie kosztorysu, który będzie stanowił załącznik do oferty i następnie wynik ten wpisuje cyfrowo i słownie do formularza oferty.

Stosownie do pkt 12.4 SIWZ, niezależnie od ceny z formularza oferty, wykonawca miał obliczyć cenę jednostkową (miesięczną) wykonania usług przypadającą na 1m² powierzchni użytkowej przeznaczonej do sprzątnia. Cena jednostkowa stanowić będzie

podstawę do wyliczenia ewentualnych kar umownych lub obniżek wynagrodzenia określonych w przyszłej umowie.

W załączniku nr 2 do SIWZ zamawiający podał częstotliwość sprzątnięcia poszczególnych powierzchni. Cała powierzchnia sprzątnięcia wynosiła 32.183,82 m², w tym:

- codziennie 25.685,09 m²,
- co drugi dzień 739,37 m²,
- 1 raz w tygodniu 2.846,99 m²
- 1 raz w miesiącu 1.001,27 m²,
- 5 razy w miesiącu 1.050,80 m²,
- 2 razy w miesiącu 556,30 m².

Ponadto w § 5 ust. 1 projektu umowy (załącznik nr 4 do SIWZ) zamawiający zastrzegł, iż wartość przedmiotu umowy w skali jednego miesiąca ustala się jako iloczyn powierzchni faktycznie sprzątniętej określonej na podstawie załącznika nr 2, wykazu częstotliwości sprzątnięcia pomieszczeń i stawki za metr kwadratowy powierzchni.

Wreszcie, stosownie do § 5 ust. 6 wzoru umowy wysokość wynagrodzenia za wykonanie usługi sprzątnięcia w pomieszczeniach sprzątniętych rzadziej niż codziennie ustalana będzie według wzoru: powierzchnia pomieszczenia w m² x stawka miesięczna za m² powierzchni, podzielona przez 30 dni i pomnożona przez ilość dni, w których odbyło się sprzątnięcie.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia

Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za kwotę 4.307.760,00 zł netto i 5.298.544,80 zł brutto. Podał cenę jednostkową (miesięczną) za sprzątnięcie 1 m² powierzchni użytkowej: 4,34 zł netto i 5,34 zł brutto.

Formularz ofertowy, w ofercie odwołującego

Zamawiający w piśmie z dnia 19 października 2012 r. poinformował odwołującego, że jego zdaniem oferta odwołującego zawierała błędnie wyliczoną miesięczną cenę jednostkową netto i brutto. Aby poprawnie wyliczyć miesięczną cenę jednostkową należy wartość oferty podzielić przez ilość miesięcy (36), a następnie podzielić przez ilość wszystkich metrów do sprzątnięcia (32.183,82 m²), co wykonawca uczynił w poprzednim postępowaniu. Po poprawieniu miesięczna cena jednostkowa wynosi 3,72 zł/m² netto i 4,57 zł/m² brutto.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie poprawienia omyłki rachunkowej w ofercie odwołującego, mimo, że w ofercie odwołującego nie została popełniona omyłka rachunkowa zasługiwał na uwzględnienie.

Izba podzieliła tym samym stanowisko odwołującego, iż zamawiający nie określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposobu obliczenia miesięcznych cen jednostkowych netto i brutto za sprzątanie 1 m² powierzchni użytkowej. W szczególności wiążący wykonawców sposób ustalenia takiej stawki nie wynikał z postanowienia pkt 12.4 SIWZ. Według przywołanego postanowienia wykonawca miał obliczyć cenę jednostkową (miesięczną) wykonania usług przypadającą na 1m² powierzchni użytkowej przeznaczonej do sprzątania. Z tego zapisu wynikało niewątpliwie jedynie to, że ogólną wartość umowy ustaloną w formularzu ofertowym za cały 3 letni okres realizacji umowy należało podzielić przez ilość miesięcy tj. 36. Natomiast zabrakło wskazania w jaki sposób z uzyskanej miesięcznej wartości umowy wyliczyć miesięczną cenę jednostkową przypadającą na 1 m² powierzchni czynnej. Jednym ze sposobów było proste podzielenie wartości miesięcznej usługi przez ilość wszystkich metrów do sprzątania (32.183,82 m²). Za takim sposobem optował zamawiający poprawiając cenę jednostkową w ofercie odwołującego.

Jednakże w ocenie Izby równie uprawnionym było obliczenie ceny jednostkowej za sprzątanie 1 m² powierzchni użytkowej z uwzględnieniem częstotliwości sprzątania poszczególnych powierzchni. Za takim sposobem przemawiało postanowienie § 5 ust. 1 wzoru umowy, zgodnie z którym wartość przedmiotu umowy w skali jednego miesiąca ustala się jako iloczyn powierzchni faktycznie sprzątanej określonej na podstawie załącznika nr 2, wykazu częstotliwości sprzątania pomieszczeń i stawki za metr kwadratowy powierzchni. Wobec braku jednoznacznych wskazówek w treści SIWZ poleganie przez wykonawcę pomocniczo na postanowieniach wzoru umowy nie mogło być poczytane jako omyłka.

Odwołujący na podstawie załącznika nr 2 do SIWZ, do którego odsyłał §5 ust. 1 wzoru umowy ustalił rzeczywistą częstotliwość sprzątania poszczególnych powierzchni, tj. sprzątania codziennego: 25 685,09 m², sprzątania co drugi dzień: 739,37 m², sprzątania 1 raz w tygodniu: 2 846,99 m², sprzątania 1 raz w miesiącu: 1 001,27 m², sprzątania 5 razy w tygodniu: 1 050.80 m², sprzątania 2 razy w miesiącu: 556,30 m². Następnie pomnożył liczbę metrów kwadratowych przez liczbę dni świadczenia usługi i otrzymał wielkości:

- do sprzątania codziennego: 25 685,09 m² razy 30 dni w miesiącu = 770 552,70 m²,
- do sprzątania co drugi dzień: 739,37 m² razy 15 dni w miesiącu = 11 090,55 m²,
- do sprzątania 1 raz w tygodniu: 2 846,99 m² razy 4,25 dni w miesiącu = 12 099,71 m²,
- do sprzątania 1 raz w miesiącu: 1 001,27 m² razy 1 dzień w miesiącu = 1 001,27 m²,
- do sprzątania 5 razy w tygodniu: 1 050.80 m² razy 21 dni w miesiącu = 22 066,80 m²,
- do sprzątania 2 razy w miesiącu: 556,30 m² razy 2 dni w miesiącu = 1 112,60 m².

Ustalił w ten sposób rzeczywiste miesięczne wielkości powierzchni sprzątania, zaś w dalszej kolejności wyliczył stawkę jednostkową za 1 m² powierzchni sprzątania na poziomie 4,34 zł netto i 5,34 zł brutto. W ocenie Izby taki sposób wyliczenia stawki nie pozostawał w sprzeczności z pkt 12.4 SIWZ, jak również z żadnym innym postanowieniem SIWZ.

Dostrzeżenia wymagało, że zadania wykonawcom nie ułatwiała wewnętrzna sprzeczność i niejasność postanowień SIWZ. Z jednej bowiem strony stawka, o której mowa w pkt 12.4 SIWZ, miała służyć wyłącznie obliczeniom kar umownych i ewentualnego obniżenia wynagrodzenia. Ze wzoru umowy wynikało jednak coś zgoła odmiennego, a mianowicie, że stawka ta służy obliczeniu miesięcznego wynagrodzenia przysługującego wykonawcy (§ 5 ust. 1) czy też ustaleniu miesięcznego wynagrodzenia za wykonanie usługi w pomieszczeniach sprzątanym rzadziej niż codziennie (§ 5 ust. 6).

Dostrzeżenia wymagało, że oczywistą omyłką rachunkową jest widoczny, niezamierzony błąd rachunkowy popełniony przez wykonawcę, który polega na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego, a w szczególności poprzez błędne zsumowanie lub odjęcie poszczególnych pozycji. W okolicznościach niniejszej sprawy brak było podstaw do określenia zachowania wykonawcy jako omyłki rachunkowej. Różnica pomiędzy wyliczeniami dokonanymi przez zamawiającego i odwołującego nie wynikała bowiem z błędów o charakterze arytmetycznym. Była konsekwencją przyjęcia odmiennego sposobu obliczenia ceny miesięcznej jednostkowej za sprzątnięcie 1 m² powierzchni użytkowej. Sposób wyliczenia nie został określony w SIWZ, a zatem zamawiający nie miał podstaw do poprawienia tego wyliczenia w sposób zakomunikowany w piśmie z dnia 19 października 2012 r.

Nie zasługiwała na uwzględnienie argumentacja zamawiającego, który wywodził, że w poprzednio prowadzonym postępowaniu, na tle analogicznych postanowień SIWZ udzielił wykonawcom, w tym odwołującemu, wiążących wyjaśnień co do sposobu obliczenia miesięcznej ceny jednostkowej za 1 m² sprzątnięcia. Wyjaśnienia treści SIWZ udzielone w innym postępowaniu nie wiązały bowiem wykonawców w nowym przetargu. Przeciwnie, skoro zamawiający na podstawie przebiegu poprzedniego postępowania miał świadomość, że zapis jest niejasny, gdyż wykonawcy składają wnioski o jego wyjaśnienie, powinien w kolejnym postępowaniu zmodyfikować treść SIWZ w celu wyeliminowania wątpliwości, czego jednak nie uczynił.

Konsekwencją naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp polegającego na poprawieniu omyłki rachunkowej w ofercie odwołującego, mimo, że nie została popełniona taka omyłka, jest konieczność nakazania zamawiającemu unieważnienia dokonanej czynności.

Izba stwierdziła ponadto, że odwołujący nie wskazał w treści odwołania na czym polegać miało naruszenie przez zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zarzut ten należało więc uznać za chybiony.

Zamawiający poprzez zaskarżone czynności i zaniechania czynności, do których wykonania jest obowiązany na podstawie ustawy Pzp nie naruszył przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Przywołany przez odwołującego przepis stanowi, że *zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu na podstawie przepisów ustawy*. Udzielenie zamówienia następuje w momencie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W niniejszej sprawie zamawiający nie zawarł umowy, więc nie mógł naruszyć przywołanego przez odwołującego przepisu.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszej sprawie.

Nakazaniu przez Izbę unieważnienia i powtórzenia czynności w postępowaniu w sposób wskazany w pkt 1 sentencji nie stał na przeszkodzie przepis art. 192 ust. 3 pkt 3 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że uwzględniając odwołanie, jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie, Izba może stwierdzić naruszenie przepisów ustawy.

Jedną z dopuszczonych przez ustawę okoliczności jest zawarcie umowy po uchyleniu przez Izbę zakazu jej zawarcia na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy Pzp. Izba postanowieniem z 2 listopada 2012 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO/W 38/12 uchyliła na wniosek zamawiającego zakaz zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia w niniejszej sprawie. Jednakże, jak wynikało z oświadczenia złożonego przez pełnomocnika zamawiającego w trakcie rozprawy, zamawiający do czasu wyrokowania w niniejszej sprawie nie zawarł umowy w sprawie zamówienia publicznego. W tej sytuacji Izba uwzględniając odwołanie nie mogła ograniczyć się jedynie do stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt

1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: