

Sygn. akt: KIO 489/16

WYROK

z dnia 15 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 kwietnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2016 r. przez **T.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Property Services T.K.**

w postępowaniu prowadzonym przez **Izbę Skarbową w Warszawie,**

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i powtórzenie czynności oceny spełniania przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia;
2. Kosztami postępowania obciąża Izbę Skarbową w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Izba Skarbowa w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Usługi sprzątnia w budynkach biurowych, sprzątnia terenu przyległego i zimowego utrzymania terenu przyległego w Urzędzie Skarbowym w Sochaczewie i Urzędzie Skarbowym w Żyrdowie.*

W dniu 4 kwietnia 2016 r. wykonawca T.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Property Services T.K. wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia go z postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 25 ust 2 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 3 oraz § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, art. 91 ust. 1 art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 8 ust. 1 oraz art. 7 ust 1 art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że został wykluczony z postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Podał, że zgodnie z punktem V.1.a SIWZ Zamawiający oceni spełnianie warunku przez Wykonawcę na podstawie analizy wykazu wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie lub aktualnie wykonywanych usług sprzątnia pomieszczeń biurowych i pomocniczych w budynkach będących biurowcami i załączonych poświadczeń na potwierdzenie, że usługi sprzątnia zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Wśród wykazanych usług sprzątnia Wykonawca musi wykazać się wykonaniem lub wykonywaniem, dla każdej z części, na którą będzie składał ofertę, co najmniej dwóch usług sprzątnia powierzchni wskazanych w kolumnach 3-8 załącznika Nr 2 do SIWZ dla poszczególnych części zamówienia spełniających łącznie podane warunki. Zgodnie z pkt 1 lit. b części V SIWZ, w przypadku składania oferty na część 1 i 2 przedmiotu zamówienia Wykonawca zobowiązany jest wykazać się doświadczeniem o łącznej powierzchni 3600 m² i wartości wykonanych usług: 240.000.00 zł brutto.

Odwołujący wskazał, że złożył ofertę na część I oraz II zamówienia, a wykazując spełnienie powyższych wymogów powołał się na następujące usługi:

- 1) utrzymanie czystości Urzędu Skarbowego w Legionowie, tj. usługi okresowe świadczone od lipca 2015 r. na rzecz Izby Skarbowej w Warszawie, będące w trakcie realizacji w dniu składania oferty, dotyczące powierzchni 1573 m² oraz wartości powyżej 40.000 zł;
- 2) utrzymanie czystości Urzędu Dzielnicy Ursynów przy Al. KEN 61, tj. usługi okresowe świadczone od 3 listopada 2014 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. na rzecz Miasta Stołecznego Warszawy-Dzielnicy Ursynów, dotyczące powierzchni 15780 m² oraz wartości 341.040 zł.

Odwołujący podniósł, że łączna powierzchnia dla ww. obiektów wynosi 17.353 m², natomiast łączna wartość usług – powyżej 381.040 zł, a więc zarówno suma powierzchni, jak i łączna wartość usług znacznie przekraczają wartości wymagane w SIWZ. Zamawiający na żadnym etapie postępowania nie kwestionował powierzchni ani wartości usług wskazanych w punkcie 1 powyżej oraz nie odnosił się do nich w uzasadnieniu informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zastrzeżenia Zamawiającego odnoszą się wyłącznie do usług określonych w punkcie 2. W odpowiedzi na wezwanie z 7 marca 2016 r. do uzupełnienia dokumentów, Odwołujący wskazał, że załączone do oferty referencje z 13 października 2015 r. dotyczące utrzymania czystości Urzędu Dzielnicy Ursynów przy Al. KEN 61 wykazują posiadanie przez Odwołującego odpowiedniego zasobu wiedzy i doświadczenia do wykonania przedmiotu zamówienia. Jednocześnie Odwołujący, z daleko posuniętej ostrożności, w załączeniu do pisma z 9 marca 2016 r. przedstawił kolejne dowody, wykazujące posiadania przez niego wiedzy i doświadczenia umożliwiających wykonanie przedmiotu zamówienia, w postaci:

- referencji z 8 kwietnia 2015 r.;
- faktur VAT wystawianych przez Wykonawcę oraz dowodów zapłaty za usługi stwierdzone tymi fakturami przez m. st. Warszawa Dzielnicę Ursynów;
- pismo z 23 lutego 2016 r. stanowiącego wniosek o wydanie referencji skierowany do Urzędu Dzielnicy Ursynów;
- oświadczenia Odwołującego o prawidłowym wykonaniu umowy nr URN-XII/WAG/B/X/2/2/2/1989/LW/2014.

Do pisma Odwołującego z dnia 9 marca 2016 r. został dołączona również umowa URN- XII/WAG/B/X/2/2/2/1989/LW/2014 z 23 października 2014 r., na podstawie której Odwołujący świadczył usługi wykazane w punkcie 2. W uzasadnieniu czynności wykluczenia Zamawiający uznał przedstawione przez Odwołującego referencje za *bezprzedmiotowe, gdyż świadczenie usług sprzątnia na podstawie wskazanej powyżej umowy zakończyło się w dniu 31 grudnia 2015 r., tj. przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu.* Z powyższego twierdzenia można wnioskować, że w ocenie Zamawiającego referencje te

nie potwierdzają wykonywania przez Odwołującego usług sprzątanii objętych umową nr URN-XII/WAG/B/X/2/2/2/1989/LW/2014 wyłącznie z tego powodu, że zostały one wystawione w trakcie realizowania przedmiotowej umowy, a nie po jej zakończeniu.

Kwestionując dokonaną przez Zamawiającego ocenę Odwołujący podniósł, że zgodnie z orzecznictwem Izby możliwość wystawiania referencji potwierdzających należyte wykonywanie usług jeszcze przed ich zakończeniem nie budzi wątpliwości. Dotyczy to w szczególności usług okresowych, do których zaliczane jest sprzątanie. W związku z tym referencje przedstawione przez Odwołującego potwierdzają, że usługi objęte umową nr URN-XII/WAG/B/X/2/2/2/1989/LW/2014 zostały przez Odwołującego należycie wykonane, przynajmniej w zakresie odnoszącym się do okresu nimi objętego. A zatem, (nawet przy zignorowaniu przez Zamawiającego treści oświadczenia Odwołującego z dnia 20 lutego 2016 r., potwierdzającego prawidłowe wykonanie całości tej umowy), Odwołujący przedstawiając referencje z 8 kwietnia 2015 r. i z 13 października 2015 r., wykazał, że posiada wiedzę i doświadczenie wynikające z realizacji przedmiotu ww. umowy co najmniej w okresie od 3 listopada 2014 r. do 13 października 2015 r. Odnosząc proporcjonalnie ww. okres wykonywania umowy z Miastem Stołecznym Warszawa-Dzielnica Ursynów do łącznego wynagrodzenia przysługującego Odwołującemu z tytułu jej realizacji zasadnie przyjąć można, że Odwołujący już za pomocą samych powyżej powołanych poświadczeń wykazał wykonanie usług o wartości około 260.000 zł. Na podstawie umowy nr URN-XII/WAG/B/X/2/2/2/1989/LW/2014 Zamawiającemu przysługiwało bowiem wynagrodzenie w łącznej wysokości 341.040 zł, tj. ok. 24.360 zł za każdy miesiąc świadczenia usług. Przyjmując w uproszczeniu, że przedstawione referencje poświadczają świadczenie tych usług przez 10 miesięcy, odbiorca tych usług wystawiając poświadczenie z 13 października 2015 r. jednoznacznie potwierdził prawidłowe wykonanie przez Odwołującego usług o wartości około 243.600 zł. Zdaniem Odwołującego już sama ta wartość przesądza o spełnieniu przez niego warunku wiedzy i doświadczenia. W odniesieniu do powierzchni stanowiącej przedmiot tych usług Odwołujący wskazał, że comiesięcznie świadczone były w odniesieniu do pełnej powierzchni powierzonej Odwołującemu – powierzchni 15780 m², podczas gdy wymagana w SIWZ powierzchnia to 3600 m². Zdaniem Odwołującego, ocena Zamawiającego, że referencje przedstawione przez Odwołującego są *bezprzedmiotowe* jest pozbawiona podstaw faktycznych i prawnych.

Odwołujący podniósł, że przedstawione poświadczenia z 8 kwietnia 2015 r. oraz z 13 października 2015 r. stanowią wartościowe dowody w rozumieniu § 1 ust. 1 pkt 3 oraz § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...). Zgodnie z powołanym rozporządzeniem, dowodem potwierdzającym, czy usługi zostały wykonane należycie mogą stanowić w pierwszej

kolejności poświadczenia (§ 1 ust. 2 pkt 1). Dokumenty przedstawione przez Odwołującego mają cechy poświadczenia, tj. zawierają oświadczenia podmiotu będącego Zamawiającym, na rzecz którego Odwołujący świadczył usługi sprzątnięcia oraz zawierają określenie, że usługi te były świadczone w sposób prawidłowy. Dodatkowo przepis rozporządzenia określający poświadczenie jako zasadniczy sposób dowodzenia zawiera obostrzenie odnoszące się do poświadczeń usług okresowych lub ciągłych, które są nadal wykonywane. W takiej sytuacji poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert. Niemniej jednak powołane obostrzenie nie może być odnoszone do poświadczeń przedłożonych przez Odwołującego, ponieważ usługi wykazane przez Odwołującego zostały w całości wykonane przed dniem upływu terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu (były one świadczone do 31 grudnia 2015 r., a termin składania ofert w niniejszym postępowaniu upływał w dniu 29 lutego 2016 r.). Dodatkowo Odwołujący wskazał, że kwestionowanie przez Zamawiającego poświadczenia z dnia 8 kwietnia 2015 r. nie były podawane w wątpliwość w innym postępowaniu prowadzonym przez tego samego Zamawiającego na usługi sprzątnięcia w budynkach biurowych, sprzątnięcia terenu przyległego i zimowego utrzymania terenu przyległego w okresie 24 miesięcy.

Odwołujący wskazał, że w dalszej części uzasadnienia wykluczenia Zamawiający stwierdził, że przedłożone przez Odwołującego dokumenty są *niespójne w czasie*. Podniósł, że z enigmatycznego uzasadnienia wnioskuje, iż Zamawiający kwestionuje możliwość posłużenia się przez Odwołującego oświadczeniem z 20 lutego 2016 r. o należyтым wykonaniu umowy nr URN- XII/WAG/B/X/2/2/2/1989/LW/2014. W ten sposób Odwołujący pojmując bowiem twierdzenie, cyt.: *nie sposób przyjąć za wiarygodny argument Wykonawcy o nie wystawieniu na wniosek z dnia 23 lutego 2016 r. potwierdzenia wykonania usług przez Urząd Dzielnicy Ursynów m. st. Warszawy, złożenia przez Wykonawcę „Oświadczenia” w dacie 20 lutego 2016 r. i jednocześnie uzasadnienia, że „Oświadczenie” Wykonawca składa na skutek niemożliwości uzyskania referencji z Urzędu Dzielnicy Ursynów m. st. Warszawy*. Odwołujący podkreślił, że już same poświadczenia z 8 kwietnia 2015 r. oraz z 13 października 2015 r. potwierdzały posiadanie przez Odwołującego wiedzy i doświadczenia, niemniej jednak oświadczenie własne Odwołującego wraz z dokumentami kompleksowo potwierdzającymi jego treść są również wartościowym dowodem potwierdzającym tę okoliczność. Odwołujący powołał się na § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów, zgodnie z którym w sytuacji, kiedy wykonawca z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze nie jest w stanie przedstawić poświadczenia wystawionego przez Zamawiającego, na rzecz którego świadczył usługi, może on posłużyć się własnym oświadczeniem, które stanowi wówczas dowód równoprawny

z poświadczeniem. Wskazał również, że zgodnie z § 1 ust. 5 rozporządzenia, w razie konieczności, szczególnie gdy wykaz lub dowody, o których mowa odpowiednio w ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2, jeżeli Zamawiający ma wątpliwości co do prawdziwości oświadczenia wykonawcy, powinien skorzystać z uprawnienia do zwrócenia się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu, czego w przedmiotowej sprawie nie uczyniono.

Odwołujący oświadczył, że nie był w stanie przedstawić poświadczenia z przyczyn od niego niezależnych, mimo że podjął szereg starań zmierzających do uzyskania takiego poświadczenia. Odwołujący kierował kilkakrotnie prośbę o wydanie przez ww. Zamawiającego poświadczenia dotyczącego wykonania całości powołanej umowy w drodze ustnej, telefonicznie i osobiście. Wykorzystując swoją częstą obecność w Urzędzie Dzielnicy Ursynów Odwołujący zwracał się z wnioskiem w tym przedmiocie już na kilka tygodni przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu, którego dotyczy niniejsze odwołanie. Upřednio poświadczenia uzyskiwane były od tego zamawiającego od ręki lub w kolejnych dniach po rozmowie z Odwołującym. W związku z faktem, że żądane poświadczenie nie zostało Odwołującemu wydane natychmiast, przygotował on oświadczenie z 20 lutego 2016 r., przez kolejne dni podejmując próby uzyskania poświadczenia, natomiast w dniu 23 lutego 2016 r. skierował wniosek w tym przedmiocie na piśmie. Wniosek ten nie został jednak zrealizowany, a przyczyny powyższej bierności Miasta Stołecznego Warszawy-Dzielnicy Ursynów nie są Odwołującemu znane. Z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, że w Urzędzie Dzielnicy Ursynów m. st. Warszawy nastąpiły zmiany kadrowe w ramach pionu odpowiedzialnego za kwestie związane z zamówieniami udzielanymi w trybie ustawy Pzp. Możliwość posłużenia się przez Odwołującego oświadczeniem własnym nie może zostać uznana za wykluczoną z uwagi na fakt, że pisemny wniosek o wydanie poświadczenia został skierowany do Miasta Stołecznego Warszawy-Dzielnicy Ursynów w dniu 23 lutego 2016 r., gdyż – jak wskazano powyżej – złożenie ww. wniosku stanowiło dopiero ostatni element szeregu działań podjętych przez Odwołującego w celu uzyskania poświadczenia należytego wykonania umowy. Uznając nawet kwestię daty „oświadczenia” oraz „wniosku” za istotne, decydujące znaczenie należałoby przypisać nie dacie, którą opatrzony został dokument oświadczenia, ale dacie, w której dokument ten został złożony w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, data ta jest natomiast datą następującą po dniu skierowania przez Odwołującego wniosku o wydanie poświadczenia, co czyni argument *niespójności w czasie* całkowicie bezzasadnym.

Zdaniem Odwołującego nie może budzić wątpliwości, że umowa z Dzielnicą Ursynów została przez Odwołującego należycie wykonana w całości, co potwierdzają przedłożone

przez Odwołującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dowody, w szczególności faktury i dowody uiszczenia przez Zamawiającego należności nimi stwierdzonych. Zdaniem Odwołującego z faktu zapłacenia wszystkich należności przypadających Odwołującemu na podstawie umowy wynika, że usługi za które należność uiszczono zostały wykonane w sposób należyty i prawidłowy. W przeciwnej sytuacji Zamawiający z pewnością skorzystałby z przysługujących mu środków ochrony prawnej, w tym nie dokonał płatności za niewykonane należycie usługi.

Odwołujący podniósł, że zaniechanie podmiotów trzecich nie może uniemożliwić wykonawcy wylegitymowania się swoim doświadczeniem dla uzyskania zamówienia publicznego. Taka sytuacja, tj. zaniechanie ze strony podmiotu trzeciego miało miejsce w sytuacji, w jakiej znalazł się Odwołujący. Pomimo zachowania przez niego należytej staranności i podjęcia wielu starań, wnioskowane przez Odwołującego poświadczenie nie zostało mu wydane. Zdaniem Odwołującego, *ratio legis* przepisu § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia odnosi się do takiej właśnie sytuacji oraz ma na celu zapobieżenie wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na zaniechania podmiotów od wykonawcy niezależnych. W ocenie Odwołującego, w sposób niebudzący wątpliwości wykazał, że rzeczywiście nie był w stanie uzyskać stosownego poświadczenia dokumentującego należyte wykonanie całości umowy.

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, czynność wykluczenia go z postępowania, była bezzasadna, a oferta Odwołującego powinna zostać wybrana najkorzystniejsza w zakresie części drugiej zamówienia.

Ponadto Odwołujący podniósł zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 8 ust. 1 oraz art 7 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że informacja o wykluczeniu i odrzuceniu oferty powinna obejmować ocenę całościową złożonych przez wykonawcę dokumentów w ramach danego postępowania, a zatem zarówno dokumentów złożonych w ofercie, jak i dokumentów złożonych w trybie art 26 ust 3 ustawy Pzp. Tymczasem uzasadnienie faktyczne i prawne dla czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia zostało przez Zamawiającego dokonane w sposób niepoddający całościowej analizie wszystkich złożonych dokumentów oraz w sposób powodujący konieczność domniemywania motywów wykluczenia Odwołującego z postępowania, którymi kierował się Zamawiający. Zamawiający w zawiadomieniu z 30 marca 2016 r. pominął całkowicie fakt złożenia przez Odwołującego faktur oraz potwierdzeń zapłaty przez Zamawiającego należności wynikających z ww. faktur, potwierdzających prawidłowe wykonanie umowy. Pomijając ww. dowody Zamawiający uznał, że Odwołujący nie wykazał okoliczności uzasadniających złożenia przez Odwołującego oświadczenia własnego zamiast poświadczenia. W konsekwencji Zamawiający uznał, że

Odwołujący nie spełnia warunków posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia. Ponadto Zamawiający przedstawił uzasadnienie decyzji o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu w sposób powodujący konieczność domniemywania motywów wykluczenia Odwołującego z postępowania, którymi kierował się Zamawiający. W ocenie Odwołującego, przedstawiona przez Zamawiającego argumentacja nosi znamiona pośpiesznego stworzenia jej treści ze zdań wyciętych i powielonych z treści innych dokumentów, niekiedy w całkowicie przypadkowej kolejności, podobnie jak przypadkowa wydaje się być zastosowana interpunkcja. W związku z tym Odwołujący nie posiada stuprocentowej pewności, że wyinterpretowane przez niego z treści informacji o wykluczeniu go z postępowania argumenty zostały wywiedzione prawidłowo. Jakkolwiek po długotrwałej analizie Odwołujący uważa, że prawidłowo ustalił motywy, którymi kierował się Zamawiający, to jednak nie można wykluczyć, że rozpatrując niniejsze odwołanie KIO ustali odmienne wnioski płynące z nieprecyzyjnego uzasadnienia decyzji Zamawiającego. Sytuacja, w której kilka w istocie zdań stanowiących uzasadnienie wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu wymaga wielokrotnej analizy w celu ustalenia właściwego znaczenia sformułowanych przez Zamawiającego wniosków (a która i tak nie daje pewności prawidłowości dokonanej rekonstrukcji), jest sytuacją niedopuszczalną, a Odwołujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji niespójności uzasadnienia przedstawionego przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego, w przypadku uznania przez KIO, że zarzuty przedstawione w niniejszym odwołaniu nie przystają do zaskarżonego rozstrzygnięcia Zamawiającego, uzasadnionym pozostaje zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 8 ust. 1 oraz art 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego rażącego naruszenia doznała również zasada określona w art. 7 ustawy Pzp, tj. zasada obiektywizmu nakazująca udzielania zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu z powodów wskazanych przez Zamawiającego świadczy o wyjątkowo instrumentalnym traktowaniu dokumentów przedłożonych przez Odwołującego. Uzasadnienie decyzji Zamawiającego oraz wytknięte *uchybienia* świadczą o celowym działaniu Zamawiającego, nastawionym wyłącznie na wykluczenie Odwołującego z postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i dokonanie wyboru ofert Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w zakresie części 2 zamówienia.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem V (*Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków*) ppkt 1 lit. a SIWZ, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający oceni spełnianie warunku przez Wykonawcę na podstawie analizy wykazu wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie lub aktualnie wykonywanych usług sprzątnia pomieszczeń biurowych i pomocniczych w budynkach będących biurami i załączonych poświadczeń na potwierdzenie, że usługi sprzątnia zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Wśród wykazanych usług sprzątnia Wykonawca musi wykazać się wykonaniem lub wykonywaniem, dla każdej z części, na którą będzie składał ofertę, co najmniej dwóch usług sprzątnia powierzchni wskazanych w kolumnach 3-8 załącznika Nr 2 do SIWZ. Zamawiający określił następujące wymagania dotyczące powierzchni i wartości usług:

1) dla części 1 zamówienia:

- łączna powierzchnia dwóch usług sprzątnia pomieszczeń w budynkach biurowych – 1.800 m²,
- łączna wartość dwóch usług sprzątnia pomieszczeń w budynkach biurowych – 120.000,00 zł brutto.

2) dla części 2 zamówienia:

- łączna powierzchnia dwóch usług sprzątnia pomieszczeń w budynkach biurowych – 1.800 m²,
- łączna wartość dwóch usług sprzątnia pomieszczeń w budynkach biurowych – 120.000,00 zł brutto.

Odwolujący załączył do oferty wykaz usług (str. 4 oferty), w którym wskazał następujące usługi:

1) utrzymanie czystości Urzędu Dzielnicy Ursynów przy Al. KEN 61, świadczone od 3 listopada 2014 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. na rzecz Miasta Stołecznego Warszawy-Dzielnicy Ursynów, dotyczące powierzchni powyżej 10.000 m² oraz wartości powyżej 300.000 zł,

- 2) utrzymanie czystości Urzędu Skarbowego w Legionowie, tj. usługi okresowe świadczone od lipca 2016 r. na rzecz Izby Skarbowej w Warszawie (w trakcie realizacji), dotyczące powierzchni powyżej 1.000 m² oraz wartości powyżej 30.000 zł.

Do wykazu Odwołujący załączył dokument referencji z 13 października 2015 r., podpisany przez Kierownika Referatu Gospodarczego w Wydziale Administracyjno-Gospodarczym i Informatyki dla Dzielnicy Ursynów, o treści: *Firma Property Services T.K. w okresie od 01.11.14 wykonuje usługi polegające na sprzątaniu wewnątrz obiektów Urzędu Dzielnicy Ursynów m.st. Warszawy i terenów zewnętrznych wokół Urzędu przy Al. Ken 61. Prace wykonywane są w sposób prawidłowy.*

Pismem z 1 marca 2016 r. Zamawiający zwrócił się na podstawie § 1 ust. 5 rozporządzenia w sprawie dokumentów do Urzędu Dzielnicy Ursynów m.st. Warszawy o potwierdzenie referencji jakie zostały wystawione dla Odwołującego, ze wskazaniem powierzchni sprzątaney, wartości i terminu wykonywanych usług. Zamawiający wskazał, że wykonawca przedłożył kopię referencji, która nie stwierdza w sposób wyczerpujący spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia i że brakuje informacji dotyczącej powierzchni sprzątaney, wartości i pełnego terminu w jakim była świadczona usługa. W odpowiedzi Zastępca Burmistrza Dzielnicy Ursynów m. st. Warszawy pismem z 2 marca 2016 r. poinformował, że wykonawca na swoją prośbę uzyskał referencję potwierdzającą wykonywanie, na dzień 13 października 2015 r. usługi polegającej na sprzątaniu wewnątrz obiektów Urzędu Dzielnicy Ursynów m.st. Warszawy i terenów zewnętrznych wokół Urzędu.

Pismem z 7 marca 2016 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do złożenia:

- prawidłowo wypełnionego wykazu usług,
- złożenia referencji na potwierdzenie, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

W uzasadnieniu wezwania Zamawiający wskazał, że *złożone w załączniku nr 1 do oferty dokumenty nie potwierdzają spełniania warunku wiedzy i doświadczenia. Wykonawca złożył referencje wystawione przez pracownika Wydziału Administracyjno-Gospodarczego i Informatyki dla Dzielnicy Ursynów, który nie był uprawniony do ich wystawienia, a ponadto treść referencji nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu.*

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący złożył nowy wykaz usług, obejmujący:

- 1) utrzymanie czystości Urzędu Skarbowego w Legionowie, tj. usługi okresowe świadczone od lipca 2015 r. na rzecz Izby Skarbowej w Warszawie, będące w trakcie realizacji

w dniu składania oferty, dotyczące powierzchni 1573 m² oraz wartości powyżej 40.000 zł;

- 2) utrzymanie czystości Urzędu Dzielnicy Ursynów przy Al. KEN 61, tj. usługi okresowe świadczone od 3 listopada 2014 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. na rzecz Miasta Stołecznego Warszawy-Dzielnicy Ursynów, dotyczące powierzchni 15780 m² oraz wartości 341.040 zł.

Odwołujący przedłożył ponadto:

- wniosek z 23 lutego 2016 r skierowany do Wydziału Administracyjno-Gospodarczego Urzędu Dzielnicy Ursynów o wystawienie potwierdzenia realizacji usług polegających na sprzątaniu obi wewnątrz obiektów Urzędu Dzielnicy Ursynów m.st. Warszawy i terenów zewnętrznych wokół Urzędu w okresie od 3 listopada 2014 r. do 31.12.2015 r.,
- oświadczenie własne z 20 lutego 2016 r., że usługi realizowane w ramach przedmiotowej umowy zostały wykonane prawidłowo,
- referencje z 13 października 2015 r.,
- referencje z 8 kwietnia 2015 r. potwierdzające, że wykonawca realizuje usługę sprzątania w sposób prawidłowy,
- faktury i dowody wypłaty wynagrodzenia z tytułu realizacji umowy na rzecz Urzędu Dzielnicy Ursynów.

Odwołujący złożył również wyjaśnienia, wskazując, że w jego ocenie dokumenty załączone do oferty w sposób wystarczający wykazują spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Odwołujący wyjaśnił ponadto, że mimo skierowania wniosku o wystawienie referencji po zakończeniu realizacji umowy, referencji takich nie udało mu się uzyskać.

W dniu 30 marca 2016 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze w obu częściach zamówienia oferty złożonej przez P.U. S.O.S. Barwit B.J.. Jednocześnie Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu czynności wykluczenia Zamawiający podał, że wykonawca załączył do oferty referencje wystawione przed ukończeniem świadczenia usług sprzątania i są one bezprzedmiotowe, gdyż świadczenie usług zakończyło się 31 grudnia 2015 r., tj. przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający stwierdził, że dokumenty przedłożone w odpowiedzi na wezwanie są *niespójne w czasie. Nie sposób przyjąć za wiarygodny argument Wykonawcy o niewystawieniu na wniosek z dnia 23 lutego 2016 r. potwierdzenia wykonania usług przez Urząd Dzielnicy Ursynów m.st. Warszawy, złożenia przez wykonawcę „Oświadczenia” w dacie 20 lutego 2016 r. i jednocześnie uzasadnianie, że*

„Oświadczenie” wykonawca składa na skutek niemożliwości uzyskania referencji z Urzędu Dzielnicy Ursynów m.st. Warszawy.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, którego oferta w przypadku uwzględnienia odwołania może zostać wybrana jako najkorzystniejsza – spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania należy uznać za przedwczesną, niepoprzedzoną rzetelnym badaniem spełniania warunków i nienależycie uzasadnioną.

W ocenie Izby, referencje z 13 października 2015 r. załączone przez Odwołującego do oferty, nie były wystarczające do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, ponieważ wobec zakończenia realizacji umowy, do której się odnosiły, powinny być wystawione w odniesieniu do całego zakresu umowy. Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej: rozporządzenie w sprawie dokumentów), dowodem należytego wykonania lub wykonywania dostaw lub usług jest poświadczenie, z tym że w odniesieniu do nadal wykonywanych dostaw lub usług okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert. Przepis ten dopuszcza możliwość posłużenia się poświadczeniem wydanym przed zakończeniem realizacji umowy, z tym że możliwość ta jest ograniczona do sytuacji, gdy świadczenia okresowe lub ciągłe są w trakcie wykonywania na dzień, na który należy wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W niniejszej sprawie wykonywanie usług, na które powołał się Odwołujący, zostało zakończone na dwa miesiące przed terminem składania ofert, zatem dowód należytego wykonania umowy powinien obejmować cały okres jej realizacji. W związku z tym złożonych przez Odwołującego referencji nie można uznać za wystarczające. Zauważenia wymaga jednak (mimo że sama treść wezwania nie było

kwestionowana w odwołaniu), że w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, Zamawiający nie wskazał na tę okoliczność, co należy uznać za nieprawidłowe. Wezwanie kierowane do wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp powinno bowiem wskazywać konkretne powody uznania złożonych wcześniej dokumentów za wadliwe lub niewystarczające. W niniejszej sprawie Zamawiający w wezwaniu stwierdził jedynie, że *wykonawca złożył referencje wystawione przez pracownika Wydziału Administracyjno-Gospodarczego i Informatyki dla Dzielnicy Ursynów, który nie był uprawniony do ich wystawienia* (okoliczność ta nie była podnoszona w odwołaniu) oraz że *treść referencji nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu*, przy czym Zamawiający nie wskazał, w czym upatruje podstaw do takiej oceny.

Niezależnie jednak od powyższego stwierdzić należy, że Zamawiający nie zbadał należycie dokumentów uzupełnionych przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie z 7 marca 2016 r.

Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów, dowodem należytego wykonania zamówienia na dostawę lub usług może być oświadczenie wykonawcy, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia. Odwołujący złożył Zamawiającemu oświadczenie własne o należyтым wykonaniu usług na rzecz Dzielnicy Ursynów m. st. Warszawy oraz dokumenty mające wykazać, że nie mógł uzyskać poświadczenia od odbiorcy usług. Jedynym – wyrażonym w uzasadnieniu czynności wykluczenia – zarzutem Zamawiającego w odniesieniu do uzupełnionych dokumentów było to, że data oświadczenia wykonawcy jest wcześniejsza niż data wniosku o wydanie poświadczenia. Jednocześnie Zamawiający nie przedstawił w tym uzasadnieniu żadnego wywodu, który uzasadniałby wniosek, że daty, którymi są opatrzone ww. dokumenty świadczą o tym, że nie wystąpiły okoliczności uprawniające do złożenia oświadczenia wykonawcy zamiast poświadczenia. W ocenie Izby sam fakt, że oświadczenie wykonawcy nosi datę wcześniejszą niż wniosek o wydanie poświadczenia nie uprawnia do wniosku, że nie zaistniały okoliczności, o których mowa w § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Zamawiający natomiast nie wskazał innych podstaw negatywnej oceny uzupełnionych dokumentów. Treść uzasadnienia faktycznego czynności wykluczenia wskazuje, że Zamawiający zaniechał zbadania, czy wystąpiły obiektywne przeszkody uniemożliwiające uzyskanie przez wykonawcę poświadczenia. Dodatkowe przyczyny wykluczenia Odwołującego Zamawiający przedstawił dopiero w pisemnej odpowiedzi na odwołanie oraz podczas rozprawy. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podniósł, że Odwołujący przedłożył skierowany do Urzędu Dzielnicy Ursynów m.st. Warszawy wniosek o wystawienie potwierdzenia realizacji usług sprzątnania, nie zaś o wystawienie referencji, które mają inny cel, charakter i treść oraz że usługi

świadczony obecnie na rzecz Zamawiającego nie mają zadowalającej jakości. Podczas rozprawy z kolei Zamawiający podniósł, że posiada niepopartą dokumentami wiedzę, że wykonawca nie uzyskałby poświadczenia o należyтым wykonaniu usługi dla Urzędu Dzielnicy Ursynów, gdyż usługi te nie zostały wykonane należyście. Okoliczności te nie mogły być wzięte przez Izbę pod uwagę, ponieważ wobec niezakomunikowania ich Odwołującemu w uzasadnieniu czynności wykluczenia nie mogły być kwestionowane w odwołaniu, a ponadto świadczą o tym, że Zamawiający wbrew obowiązkowi wynikającemu z ustawy nie przedstawił wyczerpującego uzasadnienia czynności wykluczenia. Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na Zamawiającego obowiązek podania wykonawcom podstaw faktycznych wykluczenia jednocześnie z przekazaniem informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do pozyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn tej czynności. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować się wnosząc odwołanie. Sporządzenie niepełnego uzasadnienia czynności wykluczenia, niepodanie wykonawcy wszystkich podstaw faktycznych tej czynności (wszystkich powodów, dla których Zamawiający uznał uzupełnione dokumenty za nieprawidłowe) i powoływanie się na nie dopiero w toku postępowania odwoławczego, jest niezgodne z przywołanym wyżej przepisem.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że Zamawiający – formułując tezę, że złożenie oświadczenia wykonawcy zamiast poświadczenia było nieuprawnione – powołał się wyłącznie na daty, jakimi opatrzone są złożone dokumenty, a jednocześnie nie skorzystał z dostępnych mu środków, które pozwoliłyby zweryfikować, czy wystąpiły okoliczności uprawniające wykonawcę do złożenia dowodu, o którym mowa w § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Takie narzędzie przyznaje Zamawiającego § 1 ust. 5 ww. rozporządzenia, zgodnie z którym w razie konieczności, szczególnie gdy wykaz lub dowody, o których mowa odpowiednio w ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2, budzą wątpliwości zamawiającego lub gdy z poświadczenia albo z innego dokumentu wynika, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależyście, zamawiający może zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub

usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu. Mimo że literalne brzmienie powyższego przepisu wskazuje na uprawnienie Zamawiającego, to należy uznać, że Zamawiający nie może zaniechać skorzystania z tego przepisu w sytuacji istnienia wątpliwości co do złożonego oświadczenia i wykluczyć wykonawcy z postępowania bez rzetelnego zbadania, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i bez upewnienia się co do rzeczywistego istnienia podstaw do takiej czynności. Takie zaniechanie prowadzi bowiem do naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z tym, na podstawie przywołanego przepisu rozporządzenia Zamawiający powinien zwrócić się do Urzędu Dzielnicy Ursynów m.st. Warszawy w celu ustalenia, czy zaistniały obiektywne przeszkody w uzyskaniu poświadczenia oraz czy treść oświadczenia wykonawcy jest zgodna ze stanem faktycznym. Zamawiający, prowadząc niniejsze postępowanie, zwrócił się do ww. podmiotu w trybie 1 ust. 5 ww. rozporządzenia w sprawie dokumentów, wystąpienie to nie miało jednak na celu weryfikacji jakości wykonania usług i możliwości posłużenia się przez wykonawcę oświadczeniem własnym, ale nastąpiło jeszcze przed wezwaniem wykonawcy do uzupełnienia dokumentów i dotyczyło wyłącznie potwierdzenie referencji jakie zostały wystawione dla Odwołującego. W odpowiedzi na to wystąpienie Zamawiający uzyskał jedynie potwierdzenie, że Urząd wystawił referencje z 13 października 2015 r., uzyskane informacje nie odnoszą się więc do oceny dokumentów uzupełnionych w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że wykluczając Odwołującego z postępowania Zamawiający naruszył przepisy: art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 2 pkt 3 i § 1 ust. 5 rozporządzenia w sprawie dokumentów, a także art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, w stopniu mogącym mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 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).

Przewodniczący: