

WYROK
z dnia 6 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 kwietnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2016 r. przez wykonawcę **B.J., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowe SOS BARWIT B.J., ul. Klemensiewicza 5A lok. 31, 01-318 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa, Pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **A.B., prowadzącego działalność gospodarczą pod A.B. „A & M Partners, EKO-PARTNER”, ul. Batorego 18 lok. 233/234, 02-591 Warszawa,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania zwrócenia się do wykonawcy A.B., prowadzącego działalność gospodarczą pod A.B. „A & M Partners, EKO-PARTNER”, ul. Batorego 18 lok. 233/234, 02-591 Warszawa o udzielenie wyjaśnień i nakazuje zamawiającemu zwrócenie się do tego wykonawcy o złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływa na wysokość ceny zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **B.J., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowe SOS BARWIT B.J., ul. Klemensiewicza 5A lok. 31, 01-318 Warszawa** i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **B.J., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowe SOS BARWIT B.J., ul. Klemensiewicza 5A lok. 31, 01-318 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Miasta Stołecznego Warszawa, Pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa** na rzecz wykonawcy **B.J., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowe SOS BARWIT B.J., ul. Klemensiewicza 5A lok. 31, 01-318 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług z zakresu bieżącego utrzymania czystości w budynkach Urzędu m.st. Warszawy” – ZP/LL/271/III-23/16, prowadzonym przez Miasto Stołeczne Warszawa (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego, wykonawca B.J., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowe SOS BARWIT B.J., ul. Klemensiewicza 5A lok. 31, 01-318 Warszawa (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 90 ust. 1, poprzez jego niezastosowanie, tj. nie zwrócenie się do wykonawcy A&M Partners A.B. (dalej „przystępujący”) o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, podczas gdy zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny jest obligatoryjne w sytuacji, gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości przedmiotu zamówienia,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez błędne uznanie, iż treść oferty przystępującego odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), a co za tym idzie nieodrzućcenie tejże oferty w związku z tym, że:
 - a) zgodnie z pkt 12.2.1. SIWZ wykonawca jest zobowiązany wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – realizują lub zrealizowali co najmniej 2 usługi, polegające na: sprzątnięciu pomieszczeń biurowych, ciągów komunikacyjnych i toalet, o wartości nie mniejszej niż 500 000,00 zł brutto każda podczas, gdy załączone do oferty przystępującego referencje oraz część oferty – Załącznik nr 4 do SIWZ (Wykaz usług) są niewystarczające do uznania ich za spełniające wymogi pkt 12.1.2. w zw. z pkt. 12.2.1. SIWZ;
 - b) zgodnie z pkt 26.4.1 i 26.4.2 SIWZ wykonawca jest zobowiązany określić w procentach udział pracowników, którzy podczas realizacji zamówienia będą zatrudnieni na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy podczas, gdy przystępujący w treści oferty nie wskazał konkretnej wartości procentowej, lecz oświadczył, iż przedmiotowe zamówienie będzie realizowane przez pracowników, spośród których co najmniej „ponad 80%” zatrudnionych będzie na podstawie umowy o pracę,
3. art. 89 ust. 1 pkt 4, poprzez błędne uznanie, iż oferta przystępującego nie zawiera

rażąco niskiej ceny, a co za tym idzie, poprzez nieodrzućenie tejże oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej,
2. zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 i odrzućenie oferty przystępującego,
3. kontynuowania postępowania przetargowego i dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Wniósł także o zasądzenie kosztów postępowania na rzecz odwołującego się, w tym w szczególności kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 3.600,00 zł, a także uiszczonych kosztów odwołania oraz dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z oferty przystępującego na okoliczność nie udowodnienia braku zastosowania rażąco niskiej ceny oraz na okoliczność niezgodności oferty tegoż wykonawcy z wymogami SIWZ oraz przepisami prawa.

Odwołujący podał, że wartość zamówienia oszacowano na 3 mln złotych brutto oraz, że w postępowaniu oferty złożył m.in. odwołujący oraz przystępujący, którego oferta opiewała na kwotę łączną 1.965.281,06 zł brutto, tj. ok. 65% szacowanej wartości przedmiotu zamówienia.

Podał nadto, że w toku postępowania zamawiający nie wezwał żadnego z wykonawców do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w związku z możliwością zastosowania ceny rażąco niskiej.

Wskazał, że w dniu 18 marca 2016 roku zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez przystępującego.

W odniesieniu do zaniechania zwróćenia się do przystępującego o udzielenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp *„Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny”.*

Stwierdził, że powyższe oznacza, iż w przypadku gdy cena łączna oferty wykonawcy jest niższa od 30% od wartości zamówienia, zamawiający jest zobligowany zwróćić się o udzielenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Dodał, że na istnienie takiego

obowiązku wskazuje już literalna wykładnia przywołanego przepisu, w którym to ustawodawca użył zwrotu „*zamawiający zwraca się*” – w przypadku, gdy wezwanie do złożenia wyjaśnień byłoby fakultatywne i zależało od swobodnej decyzji zamawiającego, w treści przepisu umieszczono by sformułowanie „*zamawiający może zwrócić się*”.

Stwierdził, że w niniejszym przypadku, cena oferty będzie niższa od wartości zamówienia ustalonej na kwotę 3 mln zł o ponad 30%, jeśli wykonawca ustali ją w wysokości nie wyższej niż 2,1 mln zł – cena łączna oferty przystępującego opiewała na kwotę 1.965.281,06 zł, tj. była o 34,5% niższa od wartości zamówienia.

Odwołujący podsumował, że zamawiający nie wykonał ciążącego na nim obowiązku ustawowego, co doprowadziło do dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób bezprawny, po przeprowadzeniu niepełnego postępowania, wobec czego zasadne jest żądanie nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W odniesieniu do zarzutu niezgodności oferty przystępującego z treścią SIWZ odwołujący podał, że zgodnie z pkt. 12.2.1 SIWZ, za spełniających warunki udziału w postępowaniu zamawiający uzna wykonawców, którzy wykażą, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – realizują lub zrealizowali co najmniej 2 usługi polegające na: sprzątnięciu pomieszczeń biurowych, ciągów komunikacyjnych i toalet, o wartości nie mniejszej niż 500 000.00 zł brutto każda.

Podał także, że ocena powyższego ma być przeprowadzana na podstawie oświadczeń wykonawcy lub przedstawionych przez niego dokumentów.

Stwierdził, że co prawda przystępujący wskazał w Wykazie Usług, stanowiącym Załącznik nr 4 do SIWZ, iż usługi przez niego wykonywane na rzecz POLAQUA sp. z o.o. oraz Totalizatora Sportowego sp. z o.o. Oddział Wyścigi Konne w Warszawie obejmowały zarówno sprzątnięcie pomieszczeń biurowych, jak i ciągów komunikacyjnych i toalet, jednakże – podniósł – twierdzenia te nie pokrywają się z treścią załączonych do oferty referencji.

Wskazał, że w piśmie Kierownika Administracji POLAQUA sp. z o.o. z dnia 14 marca 2016 r. podano, że przystępujący świadczy usługi porządkowe w pomieszczeniach biurowych w budynkach, zaś w opinii Zastępcy Dyrektora Oddziału Wyścigi Konne Warszawa Służewiec z dnia 15 lutego 2016 r., że zakres utrzymania czystości przez przystępującego obejmuje, między innymi: sprzątnięcie pomieszczeń biurowych o powierzchni 449 m². Wedle odwołującego pozostałe czynności wymienione w liście referencyjnym są irrelewantne w świetle SIWZ, która stawia przed wykonawcami obowiązek wykazania doświadczenia jedynie w zakresie sprzątnięcia pomieszczeń biurowych, ciągów komunikacyjnych oraz toalet.

Staął na stanowisku, że wymagania SIWZ zostałyby spełnione w sytuacji, gdyby przystępujący wykazał, że usługa świadczona dla Totalizatora Sportowego sp. z o.o. w zakresie sprzątnięcia pomieszczeń biurowych przedstawiała wartość powyżej 500.000,00 zł, co jednak nie jest możliwe – aby w wymaganym okresie 3 lat, tj. od 01.03.2013 r. do 15.03.2013 r., przystępujący wykonał usługę sprzątnięcia pomieszczeń o powierzchni 449 m² za kwotę powyżej 500.000,00 zł, musiałby otrzymywać wynagrodzenie w wysokości co najmniej 30,93 zł/m² brutto miesięcznie, co w warunkach rynkowych nie jest możliwe.

Dodał, że przystępujący w Formularzu Cenowym określił cenę jednostkowa brutto miesięcznie za utrzymanie czystości we wszystkich lokalizacjach na kwotę 2,24 zł, wobec czego powinien być świadomy braku możliwości osiągnięcia wynagrodzenia w wysokości o ponad 28 zł wyższego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w żadnym z przedstawionych listów referencyjnych nie znajdują potwierdzenia wskazania przystępującego dotyczące posiadanego doświadczenia w zakresie sprzątnięcia ciągów komunikacyjnych oraz toalet.

Podkreślił, że w opinii Totalizatora Sportowego sp. z o.o. przedmiot prac jest omówiony w sposób rozbudowany i szczegółowy – sprzątnięcie toalet i ciągów komunikacyjnych zostałyby opisane, gdyby należało do zakresu obowiązków przystępującego.

Podniósł, że w Wykazie Usług, w rubryce „wartość zrealizowanej usługi do terminu składania ofert w złotych polskich (brutto)”, przystępujący podał wartość zbyt ogólną, wpisując sformułowanie „powyżej 500.000,00 zł” – nazwa rubryki wskazuje bowiem wyraźnie i jednoznacznie, że konieczne jest podanie dokładnej wartości zrealizowanej usługi, a nie tylko oświadczenie, że przekracza ona wymagany w SIWZ próg.

Odwołujący wskazał nadto, że obowiązek posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia jest nie tylko wymogiem SIWZ, ale również ustawy (art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) wobec czego brak zadośćuczynienia tym wymaganiom aktualizuje po stronie zamawiającego wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 22 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Podsumował, że przystępujący nie wykazał w sposób wystarczający posiadanego doświadczenia, a co za tym idzie jego oferta nie spełniła wymogów określonych w pkt. 12.1.2 SIWZ, co powoduje konieczność jej odrzucenia.

W odniesieniu do udziału pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę odwołujący podał, że jednym z określonych w SIWZ kryteriów oceny ofert jest „Zatrudnienie pracowników na umowę o pracę” zaś zgodnie z pkt. 7 Opisu Przedmiotu Zamówienia, „Wykonawca zobowiązany jest do Zapewnienia zatrudniania na podstawie umowy o pracę, co najmniej 50% pracowników.

Wyjaśnił, że punkty w ramach oceny ofert przyznawane są w zależności od wskaźnika procentowego udziału pracowników pozostających w stosunku pracy (pkt. 26.4.1. SIWZ).

Wskazał, że w punkcie 2 Formularza oferty, stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ, wykonawca zobowiązany jest oświadczyć, ile procent pracowników będzie zatrudnionych na podstawie umowy o pracę.

Zdaniem odwołującego, zarówno treść SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert, jak i formularza ofertowego stawiają przed wykonawcą obowiązek podania konkretnego, minimalnego wskazania procentowego, wobec czego nie jest więc wystarczające, a co za tym idzie spełniające wymogi SIWZ, wskazanie, że „*przedmiotowe zamówienie będzie realizowane przy udziale pracowników, spośród których co najmniej powyżej 80% pracowników będzie zatrudnionych na podstawie umowy o pracę*”. Dodał, że nawet ze względów gramatycznych takie wskazanie jest nieprawidłowe.

Wedle odwołującego użycie takiego sformułowania przez przystępującego daje mu powody do przypuszczeń, iż wyliczenia ofertowe konkurenta nie zostały przeprowadzone w sposób rzetelny i profesjonalny. Uznał, że przystępujący wpisał wskazaną wartość jedynie po to, aby uzyskać maksymalną liczbę punktów w zakresie omawianego kryterium oceny ofert, nie wykonał natomiast żadnych obliczeń i nie skonfrontował treści oferty ze stanem rzeczywistym.

Stwierdził, że cała treść oferty przystępującego potwierdza brak należytej staranności po jego stronie – podanie w Wykazie usług kwoty zrealizowanych uprzednio zamówień w wysokości „*powyżej 500.000,00 zł*” również wskazuje na chęć dostosowania oferty do wymogów SIWZ bez dokonywania rzetelnych obliczeń odnoszących się do stanu rzeczywistego.

Podsumował, że oświadczenie, iż przedmiotowe zamówienie będzie realizowane przy udziale pracowników, spośród których co najmniej powyżej 80% pracowników będzie zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, jest niezgodne z treścią SIWZ, a co za tym idzie oferta przystępującego powinna podlegać odrzuceniu.

W odniesieniu do zaniechania odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny odwołujący podniósł, że cena łączna oferty przystępującego była o ponad 30% niższa niż szacunkowa wartość zamówienia.

W ocenie odwołującego, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jest to wystarczająca przesłanka do uznania, iż możliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego budzi wątpliwości, toteż w takiej sytuacji zamawiający jest zobowiązany zwrócić się do wykonawcy o udzielenie stosownych wyjaśnień.

Staął na stanowisku, że od tego momentu, wobec powstania wysokiego prawdopodobieństwa zastosowania rażąco niskiej ceny, to na wykonawcy, zgodnie z art. 90 ust. 2 PZP, spoczywa ciężar dowodu w tym zakresie.

Zasada ta obowiązuje również – kontynuował odwołujący – w toku postępowania

odwoławczego, co znajduje potwierdzenie w art. 190 ust. 1a ustawy Pzp.

Podsumował, że wobec powyższego nie musi za pomocą środków dowodowych wykazywać, iż wykonawca zastosował cenę rażąco niską; wystarczające jest powzięcie w tym zakresie wątpliwości, co w niniejszym przypadku jest uzasadnione ze względu na podanie przez przystępującego ceny łącznej oferty w kwocie o ponad 30% niższej niż wartość przedmiotu zamówienia.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 4 kwietnia 2016 r., *Odpowiedzi na odwołanie* – pismo zamawiającego z dnia 4 kwietnia 2016 r., *Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia* dotyczącej postępowania prowadzonego przez Totalizator Sportowy Sp. z o.o. Nr sprawy 281/201, Protokołu ZP-PN dotyczącego postępowania zamawiającego Nr sprawy ZP/LL/271/III-227/15, a także stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie ze względu na potwierdzenie się jednego z zarzutów odwołania (zarzut pierwszy).

Zarzut zaniechania zwrócenia się do przystępującego o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Bezsporny był fakt, że cena ofertowa przystępującego w wysokości 1 965 281,06 zł (Protokół ZP-PN pkt 9 *Zestawienie ofert, Formularz oferty* przystępującego) jest o ponad 30 % niższa (tj. o 34,5 %) od wartości szacunkowej zamówienia w wysokości 3 000 000,00 zł brutto (2 439 024,39 zł netto – Protokół ZP-PN pkt 2 *Zestawienie ofert* – która to wysokość, zgodnie z oświadczeniem zamawiającego złożonym na posiedzeniu, nie uwzględnia wartości przewidywanych zamówień uzupełniających).

Pomimo tego, że cena ofertowa przystępującego jest o 34,5 % niższa od wartości szacunkowej zamówienia (w *Odpowiedzi na odwołanie* zamawiający potwierdził, że jest niższa o 34,5 % od wartości szacunkowej zamówienia) zamawiający twierdził, że nie obligowało go to do zwrócenia się do przystępującego o udzielenie wyjaśnień w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość, ponieważ cena

ofertowa przystępującego nie była niższa o 30% od średniej cen wszystkich złożonych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia ofert (stanowiła – wedle zestawienia przygotowanego przez zamawiającego – 75, 27 %).

Zamawiający rozstrzygające znaczenie przypisał relacji ceny ofertowej przystępującego do średniej cen wszystkich złożonych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia ofert, ignorując relację ceny ofertowej przystępującego do wartości szacunkowej zamówienia.

Stanowisko zamawiającego nie jest prawidłowe.

W przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca wskazał, że zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień zawsze wtedy, gdy cena oferty wydaje się zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia – jako przykład, kiedy cena powinna budzić wątpliwości zamawiającego (a tym samym powinna prowadzić do skierowanie żądania złożenia wyjaśnień), ustawodawca podał dwie sytuacje: gdy cena jest niższa o 30 % od wartości zamówienia lub (alternatywa nierozłączna) gdy cena jest niższa o 30 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W obu tych przypadkach – sytuacjach (występujących tak odrębnie, jak i łącznie) zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawców (choć mogą istnieć także inne sytuacje, które wzbudzić mogą wątpliwości zamawiającego uzasadniające kierowanie żądania złożenia przez wykonawcę wyjaśnień) do złożenia wyjaśnień w tym dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Wobec brzmienia przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ustalenie przez zamawiającego, że cena ofertowa przystępującego jest niższa o ponad 30% od wartość zamówienia, tj. ustalenie wystąpienia jednego z dwóch wprost wskazanych przez ustawodawcę przypadków, obligowało zamawiającego do zwrócenie się do przystępującego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Ponieważ obowiązku tego zamawiający zaniechał, skład orzekający Izby uznał, że zamawiający naruszył przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz nakazał zamawiającemu zwrócenie się do przystępującego o złożenie wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływa na wysokość ceny zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Dodatkowo, wobec podnoszonej przez zamawiającego „niekonsekwencji ustawodawcy” („albowiem zgodnie z obowiązującymi przepisami wartość zamówienia podawana jest zawsze w kwocie netto. A zatem porównywanie tych dwóch wartości staje się niemożliwe” – str. 2 Odpowiedzi na odwołanie) skład orzekający Izby wskazuje, że „Co prawda rzeczywiście szacunkowa wartość zamówienia, zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, odnosi się do „całkowitego szacunkowego wynagrodzenia

wykonawcy, bez podatku od towarów i usług”, a w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wskazano, że wartość ta ma być powiększona o ten podatek, jednak nie można tego przepisu interpretować z całkowitym pominięciem zasad logiki. Tak więc należy porównywać ze sobą rzeczy porównywalne, czyli wartość netto z netto, brutto z brutto, inaczej już na samym wstępie porównanie to będzie obarczone wadą w istotny sposób fałszującą jego wynik” – za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 148/15).

„Interpretacja pojęcia „wartość zamówienia” literalnie ze znaczeniem tego pojęcia, jakie mu nadaje art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, szczególnie w sytuacji określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, prowadziłoby do nieracjonalnych wniosków, nonsensów (wykładnia ad absurdum)” – za wyrokiem z dnia 9 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 165/15.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że zarzut się potwierdził.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, pomimo iż treść oferty przystępującego nie odpowiada treści SIWZ w związku z tym, że:

- a) załączone do oferty przystępującego referencje oraz część oferty – Załącznik nr 4 do SIWZ (Wykaz usług) są niewystarczające do uznania ich za spełniające wymogi pkt 12.1.2. w zw. z pkt. 12.2.1. SIWZ,
- b) przystępujący w treści oferty nie wskazał konkretnej wartości procentowej, lecz oświadczył, iż przedmiotowe zamówienie będzie realizowane przez pracowników, spośród których co najmniej „ponad 80%” zatrudnionych będzie na podstawie umowy o pracę,
nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z częścią III pkt 12.2.1. SIWZ „*Za spełniających warunki udziału w postępowaniu Zamawiający uzna Wykonawców, którzy wykażą, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – realizują lub zrealizowali co najmniej 2 usługi polegające na: sprzątnięciu pomieszczeń biurowych, ciągów komunikacyjnych i toalet, o wartości nie mniejszej niż 500 000,00 zł brutto każda*”.

Zgodnie zaś z częścią III pkt 13.2.1. SIWZ zamawiający za potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt. 12 uznał m.in.: wykaz wykonanych lub wykonywanych głównych usług (wzór stanowił załącznik nr 4 do SIWZ) oraz dowody w postaci przykładowo poświadczeń, referencji potwierdzające, że wskazane w wykazie usługi zostały wykonane należycie, a w przypadku usług nadal wykonywanych poświadczenie,

wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem składania ofert.

We wzorze wykazu usług (załącznik nr 4 do SIWZ) w kolumnie „3” zamawiający zażądał podania: „wartość zrealizowanej usługi do terminu składania ofert w zł polskich (brutto)”.

Przystępujący wraz z ofertą złożył wykaz usług, w którym wskazał dwie usługi:

1. sprzątanie pomieszczeń biurowych, ciągów komunikacyjnych i toalet w budynkach przy ul. Dworskiej 1 w Wólce Kozodawskiej o powierzchni ponad 3 000 m², nadal wykonywane od dnia 15 lipca 2013 r. na rzecz Polaqua Sp. z o.o. o wartości „powyżej 5 000000,00 zł”;
2. sprzątanie pomieszczeń biurowych, ciągów komunikacyjnych i toalet w budynkach biurowych administracji oraz na terenie Trybuny Głównej, dżokejki i wieży sędziowskiej, w odniesieniu do których przystępujący oświadczył dodatkowo: „W wyżej wymienionych obiektach znajdują się pom. biurowe administracji i nadzoru nad przebiegiem wyścigów konnych, biura sędziów antydopingowych, lekarzy, komisji o pow. 6700 m²”, nadal wykonywane od dnia 1 marca 2013 r. na rzecz Totalizatora Sportowego Sp. z o.o. „powyżej 5 000000,00 zł”.

W odniesieniu do usługi z pozycji 1 przystępujący złożył *List referencyjny* z 14 marca 2016 r., w którym podano: „*Polaqua Sp. z o.o. zaświadcza, że firma A&M PARTNERS od lipca 2013 roku świadczy usługi porządkowe w pomieszczeniach biurowych w budynkach przy ul. Dworskiej 1 w Wólce Kozodawskiej. Aktualnie sprządana powierzchnia wynosi ok. 3 000 m². W tym okresie dali poznać się jako rzetelny i solidny partner, wykazując się dobrą organizacją w zakresie świadczonych usług. Z pełnym przekonaniem możemy zaświadczyć, że firma A&M PARTNERS bardzo dobrze wywiązuje się ze swoich obowiązków związanych z obsługą naszej firmy oraz elastycznie reaguje na nasze zmieniające się potrzeby. Ze względu na duże doświadczenie, profesjonalny i nowoczesny sprzęt, solidność w wykonywaniu usług i wykwalifikowany personel, firmę A&M PARTNERS możemy polecić jako odpowiedzialnego i kompetentnego Wykonawcę zleconych usług*”.

W odniesieniu do usługi z pozycji 2 przystępujący złożył *Opinię* z 15 lutego 2016 r., w której podano: „*Firma A&M PARTNERS A.B. z siedzibą w Warszawie (...) zgodnie z umową nr DZA/503-7/2013 z dnia 27.02.2013 roku na zlecenie Totalizatora Sportowego sp. z o.o. od dnia 01.03.2013 wykonuje prace w zakresie utrzymania czystości oraz pielęgnację zieleni na terenie oddziału Wyścigi Konne na Służewcu w Warszawie o powierzchni 57 ha. (...) Zakres w ramach obsługi pomieszczeń trybuny głównej i terenu wokół trybun: - sprzątanie pomieszczeń Trybuny Głównej wraz z dżokejką i wieżą sędziowską – 6 200m², - sprzątanie terenu wokół trzech trybun i biurowca – 11 ha, - opieka nad rabatami kwiatowymi. (...) prace*

zostały wykonane profesjonalnie w uzgodnionym terminie i z należytą starannością”.

Jednym z kryteriów oceny, zgodnie z częścią V pkt 25 SIWZ ofert było „Zatrudnienie pracowników na umowę o pracę”, któremu zamawiający przypisał 25 % znaczenie.

W części V pkt 26.4.1. SIWZ zamawiający podał, że ocena ofert w tym kryterium będzie dokonana na podstawie oświadczenie wykonawcy zawartego w formularzu ofertowym – przedziałom 50-54 %, 55-65 %, 66-80 %, powyżej 80 % zamawiający przypisał odpowiednio 0, 5, 10 i 20 pkt.

W formularzu ofertowym (załącznik nr 1 do SIWZ) zamawiający ujął, przewidziane do wypełnienia przez każdego wykonawcę, zdanie o treści: „*Oświadczamy, że przedmiotowe zamówienie będzie realizowane przy udziale pracowników, spośród których co najmniej % pracowników będzie zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, w pełnym wymiarze czasu pracy (patrz pkt 26 SIWZ)*”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołujący oparł zarzut na błędnym założeniu, że złożone przez przystępującego referencje/opinia mają opisywać przedmiot usługi w odniesieniu do których zostały wystawione, oczekując potwierdzenia – w treści referencji/opinii – iż chodzi o „*usługi polegające na: sprzątaniu pomieszczeń biurowych, ciągów komunikacyjnych i toalet*”, tj. zgodnie z pkt.12.2.1. SIWZ.

Błędnosc tego założenia wynika z tego, iż składane przez wykonawców dokumenty w szczególności takie jak referencje/opinie pochodzące od odbiorców usług uprzednio realizowanych mają na celu wyłącznie potwierdzenie, że usługi wskazane przez wykonawcę w wykazie usług zostały wykonane należyście. Wynika to zarówno z brzmienia pkt. 13.2.1. SIWZ („*dowody potwierdzające, że wskazane w wykazie usługi zostały wykonane należyście*”), jak i przepisu § 1 ust. 1 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 (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) – w którym mowa o załączeniu dowodów, czy dostawy/usługi zostały lub są wykonywane należyście.

Dostrzeżenia wymaga, że to wykonawca, zgodnie z załącznikiem nr 4 – wykaz usług – został zobowiązany do opisu przedmiotu zamówienia (kolumna „2” „Przedmiot usługi”). Taki też opis, w przypadku obu wskazanych w wykazie usług, zawarł przystępujący – opis ten nie pozostawia wątpliwości, że – adekwatnie do żądania zamawiającego – przystępujący realizował i nadal realizuje usługi, polegające na sprzątaniu pomieszczeń biurowych, ciągów komunikacyjnych i toalet.

Bez wątplenia także złożone przez przystępującego dokumenty w postaci referencji i opinii zawierają treść, czego zresztą odwołujący nie kwestionował, która pozwala uznać, że odbiorcy usług potwierdzają ich należyłą realizację.

Skład orzekający Izby przypomina, za ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, że wykonawcy, którzy uzyskują dokumenty potwierdzające wykonanie /wykonywanie usług uzyskują je od wielu odbiorców (zamawiających), często w różnym czasie (w tym często przed wszczęciem danego postępowania, opisującego sposób oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu) i nie mają instrumentów wymuszających wydanie kolejnego potwierdzenia o konkretnej treści (zawierającego pełny opis przedmiotu zamówienia).

Wątpliwości co do tego, czy zakres usług opisany przez przystępującego w wykazie usług rzeczywiście odpowiada stanowi faktycznemu mogłyby się nasunąć w szczególności w przypadku sprzeczności w opisie usługi zawartej w wykazie oraz w referencjach/opinii.

W ocenie składu orzekającego Izby mniej szczegółowy opis Trybuny Głównej w *Opinii* Totalizatora Sportowego Sp. z o.o. („sprzątnięcie pomieszczeń Trybuny Głównej wraz z dżokejką i wieżą sędziowską – 6 200 m²”) nie pozostaje w żadnej sprzeczności z opisem zawartym w wykazie usług przystępującego w kolumnie „*Przedmiot zamówienia*”.

Zwrócić także należy uwagę na – generalnie – małe prawdopodobieństwo zlecenia przez dany podmiot odrębnie usługi na sprzątnięcie pomieszczeń biurowych, odrębnie na ciągi komunikacyjne, czy na sprzątnięcie toalet. Nadto, z przedłożonej przez zamawiającego treści SIWZ dotyczącej postępowania, w wyniku którego Totalizator Sportowy Sp. z o.o., zawarł z przystępującym umowę z dnia 27 lutego 2013 r., której odwołujący nie kwestionował, wynika że przedmiotem postępowania było także sprzątnięcie łazienek i klatek schodowych.

Dodatkowo jedynie skład orzekający Izby przypomina, wobec sformułowanego przez odwołującego zarzutu pkt 2 i żądania pkt 5, odwołania, że fakt, iż wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu stanowi podstawę do wykluczenia takiego wykonawcy z udziału w postępowaniu, nie zaś do odrzucenia jego oferty z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do tego, że przystępujący „*podał wartość zbyt ogólną, wpisując sformułowanie „powyżej 500.000,00 zł”*” (str. 6 odwołania, pierwszy akapit) skład orzekający Izby wskazuje, że taka prezentacja wartości usługi jest, wobec braku określenia przez zamawiającego bardziej precyzyjnych oczekiwań oraz wobec możliwości weryfikacji sposobu spełniania przez przystępującego postawionego wymogu (powyżej 500 tys. zł), dopuszczalne.

Co więcej, w toku rozprawy sam odwołujący przyznał, że „*W odniesieniu do sposobu wskazania wartości uprzednio wykonywanych zamówień (...) pewne wątpliwości ze względu na sposób opisanie kolumny 3 wykazu usług mogły u wykonawców wystąpić*”.

Wątpliwości te (powstałe na gruncie opracowanej przez zamawiającego treści SIWZ) nie mogą obarczać negatywnymi skutkami wykonawców, w tym przystępującego.

Odniesienie się do tego, że przystępujący w treści oferty nie wskazał konkretnej wartości procentowej, lecz oświadczył, iż przedmiotowe zamówienie będzie realizowane przez pracowników, spośród których co najmniej „ponad 80%” zatrudnionych będzie na podstawie umowy o pracę dostrzeżenia wymaga, że zarzucając niezgodność treści oferty przystępującego z treścią SIWZ odwołujący wskazał na postanowienie pkt 7 Opisu przedmiotu zamówienia, zgodnie z którym „Wykonawca zobowiązuje jest do zapewnienia zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, co najmniej 50% pracowników, o których mowa w pkt. 3, w całym okresie realizacji przedmiotu zamówienia”.

Użyte przez przystępującego w formularzu oferty sformułowanie „co najmniej ponad 80 %”, wobec braku określenia przez zamawiającego bardziej precyzyjnych oczekiwań oraz wobec możliwości stwierdzenia ponad wszelką wątpliwość, w którym przedziale procentowym w ramach kryterium „Zatrudnienie pracowników na umowę o pracę” mieści się oświadczenie przystępującego (tj. w przedziale „ponad 80 % - 20 pkt) nie pozostaje w żadnej sprzeczności ze wskazanym przez odwołującego pkt. 7 Opisu przedmiotu zamówienia i było jak najbardziej dopuszczalne.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, poprzez błędne uznanie, iż oferta przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny nie potwierdził się.

Wedle stanowiska odwołującego uzasadnieniem odrzucenia oferty przystępującego miałyby być „powstania wysokiego prawdopodobieństwa zastosowania rażąco niskiej ceny” wobec tego, że „cena łączna oferty przystępującego była o ponad 30% niższa niż szacunkowa wartość zamówienia”.

Fakt, że cena ofertowa danego wykonawcy jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia (powiększonej o wartość podatku VAT) aktualizuje „jedynie” obowiązek zamawiającego do zwrócenia się do takiego wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływa na wysokość, o czym przesądza przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odrzucenie oferty takiego wykonawcy, bez wypełnienia przez zamawiającego obowiązku, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jest niedopuszczalne – zgodnie z przepisem art. 90 ust. 3 zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy „dopiero” wówczas, gdy wezwany wykonawca „nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Ponieważ zamawiający nie wzywał dotychczas przystępującego do złożenia wyjaśnień i nie umożliwił mu wykazania – wobec tego, że cena ofertowa przystępującego jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia (powiększonej o wartość podatku VAT) – że zaferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, to zamawiającemu nie wolno było zastosować art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1) lit. a) oraz § 3 pkt 2) lit. b) 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: