

Sygn. akt: KIO 1384/11

WYROK

z dnia 12 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lipca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 czerwca 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Impel Security Polska sp. z o.o. we Wrocławiu** oraz **Impel Monitoring sp. z o.o. we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Hala Ludowa sp. z o.o. we Wrocławiu**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy **EKOTRADE sp. z o.o. w Warszawie** na podstawie art. 26 ust. 4 do wyjaśnienia treści dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,

2. kosztami postępowania obciąża **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Hala Ludowa sp. z o.o. we Wrocławiu** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impel Security Polska sp. z o.o. we Wrocławiu oraz Impel Monitoring sp. z o.o. we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Hala Ludowa sp. z o.o. we Wrocławiu** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Impel Security Polska sp. z o.o. we Wrocławiu oraz Impel Monitoring sp. z o.o. we Wrocławiu** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześćset złotych)

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego 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 we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Wrocławskie Przedsiębiorstwo Hala Ludowa sp. z o.o. we Wrocławiu 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.), którego przedmiotem jest usługa ochrony osób i mienia w obiektach i na terenie otwartym Hali Ludowej we Wrocławiu. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 maja 2011 r. nr 2011/S 85-139478.

W dniu 20 czerwca 2011 r. zamawiający przesłał za pośrednictwem faksu wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia Impel Security Polska sp. z o.o. we Wrocławiu oraz Impel Monitoring sp. z o.o. we Wrocławiu zwanemu dalej „odwołującym” zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez EKOTRADE sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, zaniechania dokonania czynności wykluczenia przystępującego, zaniechania dokonania czynności odrzucenia oferty przystępującego odwołujący wniósł w dniu 30 czerwca 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Skarżonym czynnościom i zaniechaniem dokonania czynności zamawiającego odwołujący zarzucił:

- a) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp,
- b) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp,
- c) art. 89 ust 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp,
- d) art. 91 ust 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący argumentował, że przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt. VII.2. ppkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), zgodnie z którym zamawiający wymagał co najmniej dwóch usług ochrony osób i mienia w obiektach użyteczności publicznej, o wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł. brutto każda (...). Odwołujący podnosił, że pierwsza z usług wykazanych przez przystępującego w wykazie, realizowana na rzecz Zakładu Ossolińskich, dotyczy wprawdzie zamówienia wartości 1,7 mln brutto, ale za okres od 20.05.2010r. do 20.05.2013r. Dołączony do wykazu usług dokument potwierdzający

należyte wykonanie usług (referencja) obejmuje okres tylko od 20.05.2010 do 10.12.2010, czyli dotyczy wartości usługi w wysokości zaledwie 591.087,45 zł. brutto. Wskazywał, że trzecia z usług wymienionych w wykazie, realizowana na rzecz Szpitala Kamieńskiego we Wrocławiu dotyczy wprawdzie zamówienia o wartości 1,3 mln brutto, ale za okres od 1.10.2009 do 30.09.2013r. Dołączony do wykazu usług dokument potwierdzający należyte wykonanie usług (referencja) z datą 2 marca 2011 r., dotyczy usługi o wartości 760.499,20 zł brutto licząc okres od 01.10.2009 r. do końca maja 2011 r.

Odwołujący podnosił również, że przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt VII.2. ppkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), zgodnie z którym zamawiający wymagał co najmniej dwóch usług monitoringu i jego konserwacji w obiektach o wartości nie mniejszej niż 500 000 PLN brutto każda. Wskazywał, że w przypadku wykazanej przez przystępującego usługi wykonywanej na rzecz Banku Polskiej Spółdzielczości S.A. ani w wykazie, ani w referencji brakuje informacji o konserwacji urządzeń monitoringu. Ponadto, argumentował, że przystępujący wskazał, że wartość „usługi monitoringu i konserwacji” za kontrakt wynosi 1,3 mln PLN, chociaż ani nazwa umowy, ani referencja nie posługuje się tą nazwą - nie wiadomo zatem czy chodzi o wynagrodzenie za całą umowę, czy tylko za część monitoringowo-konserwacyjną czy monitoringową. Ponadto wykonawca określił czas wykonania usługi od 18.11.2004 do nadal, zaś referencja została wystawiona w dniu 14.05.2010 r. i nie zawierała wzmianki o konserwacji. Argumentował ponadto, że w przypadku usługi wykonanej na rzecz Euro Bank S.A. przystępujący określił w wykazie wartość jako „ponad 500 000 PLN”, jednakże za cały kontrakt, trwający od 16.11.2005 r., w okresie wykraczającym ponad ostatnie 3 lata przed terminem składania ofert; ponadto referencja została wystawiona w dniu 10.03.2011 r. Wywodził również, że w przypadku usługi wykonanej na rzecz Getin Noble Bank S.A. przystępujący wskazał wartość „ponad 500 000 PLN”, z tym że usługa ta była wykonywana w okresie wykraczającym ponad ostatnie 3 lata przed terminem składania ofert tj. od 19.01.2006, ponadto brakowało adnotacji o konserwacji i monitoringu.

Odwołujący podnosił również, że przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt VII.2. ppkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), zgodnie z którym zamawiający wymagał co najmniej dwóch usług ochrony imprezy masowej na minimum 5.000 widzów/ uczestników każda. Wywodził, że wykazana przez przystępującego usługa świadczona na rzecz Kujawsko-Pomorskiego Ośrodka Doradztwa Rolniczego, obejmuje okres do dnia 30.06.2008r.; jednakże zamawiający nie dokonał żadnej weryfikacji, czy chociaż jedna z imprez odbywała się w ciągu ostatnich 3 lat przed dniem składania ofert. Wskazywał

ponadto, że referencja dotycząca usługi wykonanej na rzecz Arki Gdynia z 31.08.2010 r. obejmuje okres 2006 - 2009, z jej treści nie wynika, czy na meczach było min. 5 tys. osób.

Odwołujący podnosił również, że przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej opisanego w pkt VII.2. ppkt 8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), zgodnie z którym zamawiający wymagał posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 5.000.000,00 zł. Argumentował, że z treści dołączonej przez przystępującego do oferty polisy wynika, że suma gwarancyjna obejmuje wyłącznie 3.000.000,00 PLN na jedno zdarzenie. Nie ulega zatem najmniejszej wątpliwości, że w przypadku wystąpienia szkody w wyniku jednego zdarzenia, przekraczającej powyższą kwotę np. 4 mln PLN, zamawiający nie będzie mógł dochodzić zaspokojenia swoich roszczeń z przedstawionej przez wykonawcę polisy.

Odwołujący wywodził, że oferta przystępującego winna zostać również odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy prawo zamówień publicznych, gdyż zawiera rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Wskazywał, iż cena zawarta w ofercie za zadanie opisane w dziale III pkt 3 ppkt. 3 i 4, ustalona na poziomie 1.051.650,00 PLN brutto, jest niewiarygodna i nierealistyczna w porównaniu do pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, cen rynkowych podobnych zamówień, jak również kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia. Cena najprawdopodobniej obejmuje wyłącznie zakup urządzeń, bezspornie zaś cena nie uwzględnia kosztów robocizny oraz kosztów konserwacji monitoringu.

Przedstawił kosztorys instalacyjny na wykonanie systemu telewizji dozorowej wewnątrz na kwotę 1.094.883,17 zł, kosztorys instalacyjny na wykonanie systemu telewizji dozorowej na zewnątrz na kwotę 201.357,05 zł, kosztorys konserwacji systemów telewizji dozorowej na kwotę 167.280,00 zł, kosztorys instalacyjny na przeprogramowanie alarmów na kwotę 7.380,00 zł. Wywodził, że kalkulacja wynagrodzenia na takim poziomie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, każdy kto kalkuluje cenę oferty poniżej rzeczywistych kosztów w celu wyeliminowania konkurencji dopuszcza się rażącego naruszenia zasad konkurencji. Wywodził, że zaoferowana cena jest niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Podnosił, że jeżeli działania podejmowane przez przedsiębiorcę nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.

W oparciu o przytoczoną argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) uchylenia czynności wyboru oferty przystępującego,
- 2) wykluczenia przystępującego na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp,
- 3) odrzucenia oferty przystępującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp,
- 4) dokonania ponownej oceny ofert.

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

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ustalono również, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Potwierdzenie się zarzutów podniesionych przez odwołującego co do wyboru oferty przystępującego, który podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu i którego oferta podlega odrzuceniu, w sytuacji gdy oferta odwołującego sklasyfikowana jest na drugim miejscu, uniemożliwia odwołującemu uzyskanie zamówienia publicznego, a tracąc tę możliwość, może ponieść szkodę. Wyczerpuje to materialno prawną przesłankę do wniesienia odwołania, wynikającą z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie, uznała je za zasadne, uznając jednocześnie, że tylko niektóre z zarzutów odwołania znalazły potwierdzenie w zgromadzonym materiale dowodowym.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wywodził, że przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego przez zamawiającego w pkt. VII.2. ppkt 2,3,4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt. VII.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), zamawiający stwierdzi, iż wykonawca spełnił warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp jeśli w szczególności wykaże on, że:

- a) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał lub aktualnie wykonuje z należytą starannością, co najmniej dwie usługi ochrony osób i mienia w obiektach użyteczności publicznej, o wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł brutto każda, oraz udokumentuje, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie (ppkt 2),
- b) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał lub aktualnie wykonuje z należytą starannością, co najmniej dwie usługi monitoringu oraz jego konserwacji w obiektach, o wartości nie mniejszej niż 500.000 zł brutto każda, oraz udokumentuje, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie (ppkt 3),
- c) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał lub aktualnie wykonuje z należytą starannością, co najmniej dwie usługi ochrony imprezy masowej na minimum 5000 widzów / uczestników każda (ppkt 4).

Ponadto, stosownie do pkt VIII SIWZ na potwierdzenie spełnienia tak opisanych warunków udziału w postępowaniu wykonawcy obowiązani byli złożyć:

- a) wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania opisanego w dziale VII pkt 2.2, pkt 2.3, pkt 2.4 warunku wiedzy i doświadczenia, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem przedmiotu, dat wykonania i odbiorców – załącznik nr 13 do siwz (pkt 9),
- b) dokumenty potwierdzające, że opisane w wykazie z pkt 9 usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie,
- c) opłaconą polisę a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia – potwierdzającą spełnianie warunku określonego w dziale VII pkt 2.8.

Zgodnie z załącznikiem nr 13 do SIWZ (wzór wykazu zamówień potwierdzających spełnienie warunków udziału określonych w dziale VII pkt 2 ppkt 2, 3, 4, SIWZ) należało wskazać w tym wykazie m.in.: przedmiot (rodzaj wykonanych zamówień), czas realizacji od – do (dzień miesiąc rok), zamawiającego. Zamawiający zastrzegł również we wzorze wykazu,

że wykonawca jest zobowiązany wypełnić wszystkie rubryki, podając kompletne informacje, z których wynikać będzie spełnienie warunków, o których mowa w dziale VII pkt 2.2, 2.3, 2.4 siwz. Ponadto w rubryce „opis przedmiotu zamówienia” należało wpisać zakres zrealizowanego zamówienia. W przypadku gdy podany przez wykonawcę zakres jest szerszy niż wymagany przez zamawiającego, należy go rozpisać, wskazując w nim również na zakres wymagany przez zamawiającego.

W celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego przez zamawiającego w pkt VII.2 ppkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) przystępujący wykazał trzy usługi, w tym:

- 1) usługę na rzecz Zakładu Narodowego Ossolińskich, wykonywanej w okresie od 20.05.2010 r. do 20.05.2013 r. Wskazał, iż wartość usługi ochrony osób i mienia wynosi 1.773.262,35 zł brutto za cały kontrakt. Do wykazu dołączono referencje ww. zleceniodawcy wystawioną w dniu 10 grudnia 2010 r.
- 2) usługę na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego we Wrocławiu, wykonywaną w okresie od 01.10.2009 r. do 30.09.2013 r. Wskazał, iż wartość ochrony osób i mienia wynosi 1.368.898,56 zł brutto za cały kontrakt. Do wykazu dołączono referencje z 2 marca 2011 r.

Wykazane przez przystępującego doświadczenie w realizacji usługi na rzecz KRUS Oddział we Wrocławiu nie było kwestionowane przez odwołującego.

W celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego przez zamawiającego w pkt VII.2 ppkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) przystępujący wykazał trzy usługi, w tym:

- 1) usługę na rzecz Banku Polskiej Spółdzielczości S.A. w Warszawie, wykonywaną w okresie 18 listopada 2004 r. do nadal. Wskazał, że usługa monitoringu i konserwacji za kontrakt wynosi 1.398.684,00 zł brutto. Do wykazu załączono referencje z dnia 14 maja 2010 r.,
- 2) usługę na rzecz Euro Bank S.A. we Wrocławiu wykonywaną w okresie od 16 listopada 2005 r. do nadal. Wskazał, iż wartość monitoringu i konserwacji wynosi za cały kontrakt w okręgu województwa dolnośląskiego ponad 500.000 zł brutto. Do wykazu załączono referencje z 10 marca 2011 r.,
- 3) usługę na rzecz Getin Noble Bank S.A w Warszawie wykonywaną w okresie od 19 stycznia 2006 r. do nadal. Wskazał, że wartość całego kontraktu wynosi 8.927.031,11 zł brutto, w tym ponad 500.000 zł za monitoring i konserwacje. Do wykazu załączono referencje z 21 kwietnia 2010 r.

W celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego przez zamawiającego w pkt VII.2 ppkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) przystępujący wykazał trzy usługi, w tym:

- 1) usługę na rzecz Kujawsko-Pomorskiego Ośrodka Doradztwa Rolniczego w Minikowie k. Nakła nad Notecią, wykonaną w okresie od 01.01.2004r. do 30.06.2008 r. Wskazał, że przedmiotem tej usługi była ochrona fizyczna przy imprezach masowych liczących ok. 30-40 tys. uczestników,
- 2) usługę ochrony na rzecz Arki Gdynia SSA w Gdyni wykonaną w okresie od 2006 do 2009 r. Do wykazu załączono referencje z dnia 31 sierpnia 2008 r.

Wykazane przez przystępującego doświadczenie w realizacji usługi na rzecz Łuczniczka Hala Sportowo – Widowiskowa w Bydgoszczy nie było kwestionowane przez odwołującego.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego stwierdzono, Izba zważyła, iż poprzez posiadanie przez wykonawcę niezbędnego doświadczenia należy rozumieć pewną 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. Oświadczenie o możliwości realizacji umowy, na doświadczenie w realizacji której wykonawca się powołuje, po terminie otwarcia ofert jako czysto hipotetyczne nie może być uwzględnione, ponieważ nie potwierdza zdobytej wiedzy i doświadczenia w okresie 3 lat przed dniem upływu terminu składania ofert.

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 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.

Przystępujący wykazywał się doświadczeniem w wykonywaniu usług ciągłych lub okresowych, podając w wykazie kwoty wartości tych usług odnoszące się do globalnej wartości poszczególnych kontraktów, których termin zakończenia przypadał po upływie terminu składania ofert lub które zostały zawarte na czas nieoznaczony. Informacje te nie pozwalają na jednoznaczne stwierdzenie, czy przystępujący spełnia opisany przez zamawiającego warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia w części dotyczącej wartości usługi. Przytaczane w odwołaniu przez odwołującego kwoty wartości usług zrealizowanych przez przystępującego do dnia wystawienia referencji stanowiły wyraz przypuszczenia odwołującego, nie potwierdzonego żadnymi dowodami. Z tego też względu konieczne jest wezwanie przystępującego przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia stopnia zaawansowania usług realizowanych przez przystępującego w okresie od dnia zawarcia tych umów do dnia wystawienia referencji przez poszczególnych zlecniodawców, w celu ustalenia czy zasadnym jest ewentualne żądanie uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Badanie to powinno dotyczyć stopnia zaawansowania usług w zakresie ochrony osób i mienia w obiektach użyteczności realizowanych przez przystępującego w ramach umów wykonywanych na rzecz Zakładu Narodowego Ossolińskich i Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego we Wrocławiu. W przypadku umów realizowanych przez przystępującego na rzecz Banku Polskiej Spółdzielczości S.A. w Warszawie, Euro Bank S.A. we Wrocławiu, Getin Noble Bank S.A. w Warszawie zamawiający winien zbadać stopień zaawansowania usług w zakresie monitoringu i jego konserwacji w obiektach.

Tym samym podnoszony przez odwołującego zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp należy uznać za przedwczesny, gdyż dopiero po wykonaniu obowiązków wynikających z art. 26 ust. 4 i ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający może dokonać prawidłowego badania oferty przystępującego i ewentualnie podjąć decyzję o jego wykluczeniu.

Odnosząc się do zarzutów odwołania dotyczących zakresu umów realizowanych na rzecz Banku Polskiej Spółdzielczości S.A. w Warszawie, Euro Bank S.A. we Wrocławiu, Getin Noble Bank S.A. nie podzielono zarzutu odwołującego, iż z dokumentów złożonych przez przystępującego nie wynika fakt wykonywania usług w zakresie monitoringu i jego konserwacji w obiektach w ramach umów realizowanych na rzecz tych zlecniodawców. Izba wzięła pod uwagę, że obydwa dokumenty, którymi należało wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu (tj. wykaz i referencje) mają inny charakter. Pierwszy pochodzi od

samemu wykonawcy i przygotowywany jest na potrzeby danego postępowania, a więc wykonawca przy jego pomocy może w sposób najbardziej precyzyjny odnieść się do opisanego warunku udziału w postępowaniu. Drugi dokument (tj. referencje) przygotowany jest przez podmiot, na rzecz którego było realizowane zamówienie i jest przedkładany na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia. Jest dokumentem niesformalizowanym, który może być konstruowany w sposób dowolny przez podmiot, na rzecz którego nastąpiła realizacja wykazywanego projektu. W celu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu zamawiający zobowiązany jest zbadać obydwa dokumenty. Istotne jest aby obydwa dokumenty dotyczyły faktycznie tego samego zadania i nie zawierały informacji sprzecznych. Informacja, że podstawie umów realizowanych na rzecz ww. zleceniodawców wykonywany jest również monitoring i jego konserwacja w obiektach wynikała wprost z treści wykazu usług złożonego przez przystępującego. W tej sytuacji okoliczność, iż informacji takiej nie zawierały w całości również złożone referencje nie może świadczyć o tym, iż przedmiotem wykonywanych umów nie jest monitoring i jego konserwacja.

Natomiast podzielić należało stanowisko odwołującego, iż na podstawie wykazu usług i złożonych referencji nie można stwierdzić, czy w ramach umowy wykonanej na rzecz Arki Gdynia SSA w Gdyni wykonano usługę w zakresie ochrony imprezy masowej na minimum 5000 widzów (uczestników). Informacji takiej brakowało zarówno w wykazie usług, jak i w referencji z dnia 31 sierpnia 2010 r. W tej sytuacji zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, powinien wezwać przystępującego do złożenia wyjaśnień, czy przedmiotem omawianej umowy była usługa ochrony imprezy masowej dla minimum 5000 widzów.

Jeśli chodzi o umowę realizowaną na rzecz Kujawsko – Pomorskiego Ośrodka Doradztwa Rolniczego w Minikowie to nie ulegało wątpliwości, iż przedmiotem umowy były również usługi w zakresie ochrony imprezy masowej dla od 30 do 40 tysięcy osób. Informacja taka wynikała wprost z treści wykazu i referencji. Na uwagę zasługuje jednak okoliczność, iż umowa ta była realizowana przez przystępującego do dnia 30 czerwca 2008 r., zaś termin składania ofert w postępowaniu w którym złożono odwołanie upływał w dniu 10 czerwca 2011 r. Biorąc pod uwagę, iż zgodnie z opisanym warunkiem udziału w postępowaniu można było wykazywać się doświadczeniem w realizacji usługi wykonanej w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, zamawiający winien wyjaśnić na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, czy chociażby jedna impreza masowa dla minimum 5000 widzów była chroniona przez przystępującego w tym okresie.

Powyższe ustalenia są konieczne w celu przesądzenia, czy zasadnym jest ewentualne żądanie uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wywodził, że przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej opisanego przez zamawiającego w pkt. VII.2. ppkt 8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Zarzut ten nie potwierdził się w zebranych materiale dowodowym.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt. VII.2. (ppkt 8) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), zamawiający stwierdzi, iż wykonawca spełnił warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp jeśli w szczególności wykaże on, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 5.000.000 zł. Ponadto, stosownie do pkt VIII SIWZ na potwierdzenie spełnienia tak opisanych warunków udziału w postępowaniu wykonawcy obowiązani byli złożyć opłaconą polisę a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia – potwierdzającą spełnianie warunku określonego w dziale VII pkt 2.8.

Ustalono również, że w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej przystępujący złożył polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej nr PL00000655LI11A, z sumą gwarancyjną 3.000.000 PLN na jedno zdarzenie i 6.000.000 PLN na wszystkie zdarzenia w okresie ubezpieczenia.

Biorąc pod uwagę tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, iż spełnienie opisanego warunku udziału w postępowaniu sprowadzało się do wykazania na dzień upływu terminu składania ofert, okoliczności objęcia ochroną ubezpieczeniową odpowiedzialności cywilnej wykonawcy na określonej kwotę. Na uwagę zasługuje okoliczność, iż zamawiający odniósł wymóg posiadania polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej do prowadzonej przez wykonawcę działalności gospodarczej, a nie do przedmiotu usługi, która ma być świadczona przez wybranego wykonawcę. Polisa nie stanowiła więc zabezpieczenia realizacji danego kontraktu, a służyć miała jedynie potwierdzeniu wiarygodności ekonomicznej wykonawcy. Poprzez złożenie wraz z ofertą polisy ubezpieczony uwiarygadnia się jako profesjonalista mający na względzie bezpieczeństwo finansowe swoje i swoich kontrahentów, a z drugiej wykazuje, iż znajduje się w sytuacji finansowej i ekonomicznej pozwalającej mu na poniesienie kosztów ubezpieczenia. Nie jest to jednak ubezpieczenie danej inwestycji czy przedsięwzięcia gospodarczego, które jest przedmiotem zamówienia. Takie ubezpieczenie może być żądanie przy zawarciu umowy, jako dodatkowy sposób

zabezpieczenia realizacji zamówienia poza ustawowo przewidzianym zabezpieczeniem wykonania umowy. Zamawiający tak właśnie postąpił przewidując w § 6 wzoru umowy obowiązek ubezpieczenia, określając wymagany zakres ochrony ubezpieczeniowej.

Biorąc powyższe rozważania pod uwagę należało stwierdzić, iż możliwe było dokonanie takiej wykładni spornego postanowienia SIWZ jakiej dokonał przystępujący, a mianowicie iż wymóg posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej „na kwotę nie mniejszą niż 5.000.000 zł” należało odnieść do wartości wszystkich zdarzeń w okresie ubezpieczenia, a nie wartości każdego zdarzenia. Zamawiającemu zależało bowiem na zbadaniu wyłącznie sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy, a nie na ubezpieczeniu kontraktu, z czym łączyłby się wymóg ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu szkody o określonej wartości, jaka może zostać wyrządzona wskutek realizacji zamówienia.

Może się również zdarzyć i tak, że ubezpieczyciel ze wskazanej kwoty będzie zmuszony wypłacić odszkodowanie na rzecz jednego lub nawet kilku podmiotów. W przywoływanym postanowieniu SIWZ nie było bowiem wymagane ubezpieczenie konkretnej inwestycji, a wyłącznie w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. W tej sytuacji, wymaganą przez zamawiającego sumę gwarancyjną należało odnosić do wszystkich zdarzeń w okresie ubezpieczenia. W ocenie Izby opisany przez zamawiającego w SIWZ wymóg posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej przystępujący spełnił, składając polisę z sumą gwarancyjną 6.000.000 PLN na wszystkie zdarzenia w okresie ubezpieczenia. Okoliczność, iż ochroną ubezpieczeniową nie będą objęte zdarzenia o wartości powyżej 3.000.000 PLN nie może rodzić negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, wobec braku wyraźnego, odmiennego zastrzeżenia w SIWZ.

Tym samym skład orzekający Izby uznał, że ocena posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej dokonana przez zamawiającego w zakresie oferty przystępującego podczas oceny ofert była prawidłowa i wykonawca ten nie powinien być z tego powodu wykluczony z udziału w postępowaniu ani też wzywany do uzupełnienia lub wyjaśniania złożonych dokumentów.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp

Odwołujący zarzucił, że oferta przystępującego winna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, gdyż zawiera rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Wywodził, że cena ofertowa za zadanie opisane w dziale III pkt 3 ppkt. 3 i 4 SIWZ najprawdopodobniej obejmowała wyłącznie zakup urządzeń, natomiast nie uwzględnia kosztów robocizny oraz kosztów konserwacji monitoringu.

Zarzuty te nie potwierdziły się w zebranych materiale dowodowym.

W okolicznościach niniejszej sprawy istotnym było ustalenie jak zamawiający opisał w SIWZ przedmiot zamówienia, a zwłaszcza w dziale III pkt 3 ppkt 3 i 4 SIWZ. Ustalono, że w dziale III pkt 3.3 i 3.4 SIWZ określono, iż przedmiot zamówienia obejmuje również opracowanie projektu wykonawczego oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót dla systemu telewizji dozorowej (przemysłowej) CCTV (pkt 3.3) oraz dostawę sprzętu i materiałów montażowo – instalacyjnych, montaż systemu według projektu opisanego w pkt 3 oraz jego uruchomienie (pkt 3.4). Cenę za zaoferowanie ww. zakresu usługi zakwestionował odwołujący, natomiast cena zaoferowana przez przystępującego za pozostały zakres przedmiotu zamówienia określony tj. określony w dziale III pkt 3.1, 3.2, 3.5, 3.6 SIWZ nie była podważana.

Zamawiający zastrzegł, że przy wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający kierował się będzie kryterium cena 100% i jego wagą 100 %, w tym: 60% pkt za wykonanie zadań opisanych w dziale III pkt 3.1, 3.2, 3.5, 3.6 SIWZ oraz 40% pkt za wykonanie zadań opisanych w dziale III pkt 3.3, 3.4 SIWZ.

Na podstawie protokołu postępowania ustalono, że zamawiający na wykonanie zadań określonych w dziale III pkt 3.1, 3.2, 3.5, 3.6 SIWZ przeznaczył kwotę brutto 10.085.360,00 zł, zaś zadań opisanych w dziale III pkt 3.3, 3.4 SIWZ – kwotę brutto 2.546.512,00 zł, tj. razem 12.631.875 zł brutto. Kwota przeznaczona na finansowanie zamówienia w części opisanej w dziale III pkt 3.3, 3.4 SIWZ została ustalona na podstawie kosztorysu inwestorskiego.

Na podstawie oferty przystępującego i protokołu postępowania ustalono nadto, że:

- a) przystępujący za wykonanie zadań określonych w dziale III pkt 3.1, 3.2, 3.5, 3.6 SIWZ zaoferował cenę brutto 6.864.517,23 zł, zaś zadań opisanych w dziale III pkt 3.3, 3.4 SIWZ – cenę brutto 1.051.650 zł, tj. razem 7.916.167,23 zł brutto,
- b) odwołujący za wykonanie zadań określonych w dziale III pkt 3.1, 3.2, 3.5, 3.6 SIWZ zaoferował cenę brutto 6.399.528,27 zł, zaś zadań opisanych w dziale III pkt 3.3, 3.4 SIWZ – cenę brutto 2.161.341,36 zł, tj. razem 8.560.869,63 zł brutto,
- c) wykonawca konsorcjum Konsalnet za wykonanie zadań określonych w dziale III pkt 3.1, 3.2, 3.5, 3.6 SIWZ zaoferował cenę brutto 8.669.867,01 zł, zaś zadań opisanych w dziale III pkt 3.3, 3.4 SIWZ – cenę brutto 2.109.257,85 zł, tj. razem 10.779.124,86 zł brutto.

Na podstawie wzoru umowy ustalono także, że wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia miało charakter wynagrodzenia ryczałtowego, co wynikało z postanowień §4 załącznika nr 4 do SIWZ.

Ustalono również, że zamawiający nie dopuścił możliwości składania ofert częściowych (pkt V SIWZ).

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę Izba stwierdziła, iż za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną nierealną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Nie oznacza to jednak, że każda oferta z ceną niższą od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT zawiera rażąco niską cenę.” (por. wyrok KIO z 10 czerwca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 684/09). Dla uznania, że cena jest rażąco niską konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę. (Wyrok z dnia 13.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1492/08).

Ponadto pojęcie rażąco niskiej ceny należy odnosić do przedmiotu zamówienia. Wynika to wprost z literalnego brzmienia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, który stanowi, iż obowiązek odrzucenia oferty występuje w sytuacji, gdy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Interpretacja przywoływanego przepisu prowadzi do wniosku, że ocena, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia powinna być dokonana, co do zasady, w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę, zwłaszcza przy ustalonym przez zamawiającego wynagrodzeniu ryczałtowym. Podzielono w tym zakresie stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 05.01.2007 r., sygn. akt: V Ca 2214/06, wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 24.03.2005 r., sygn. akt: II Ca 425/04, wyroku Sądu okręgowego w Częstochowie z dnia 21.09.2005 r., sygn. akt: VI Ca 628/05.

Tymczasem twierdzenia i dowody składane przez odwołującego na ich poparcie zmierzały do wykazania, że rażąco niską cenę zaoferowano jedynie co do pewnego, ograniczonego zakresu przedmiotu zamówienia. Istotnym w sprawie było to, że zakres ten nie stanowił odrębnej części w rozumieniu art. 2 pkt 6 ustawy Pzp. W okolicznościach danego stanu faktycznego zatem, nawet wykazanie, że cena w kwestionowanym zakresie była ceną nierealistyczną nie mogło doprowadzić do stwierdzenia, że cena całej oferty jest ceną rażąco niską. Ponadto na uwagę zasługiwała okoliczność, iż w pozostałym zakresie tj. za część przedmiotu zamówienia opisaną w dziale III pkt 3.1, 3.2, 3.5, 3.6 SIWZ cena oferty przystępującego przewyższała cenę oferty złożonej przez odwołującego o kwotę ponad 400 tysięcy zł. W tej sytuacji różnica w cenie ofertowej za wykonanie całości przedmiotu zamówienia pomiędzy ofertą odwołującego i przystępującego ukształtowała się na poziomie zaledwie 600 tys. złotych. Ponieważ ceny te stanowiły odpowiednio ok. 67,77% i 62,67 % kwoty przeznaczonej przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, to wyrażona procentowo różnica pomiędzy cenami tych ofert wynosiła zaledwie nieco ponad 5%. Wobec braku dowodu przeciwnego, w ocenie Izby różnica ta mogła być wynikiem odmiennych kosztów ogólnego zarządu obu przedsiębiorców, pozostałych kosztów stałych obciążających

działalność przedsiębiorstwa, wysokości stosowanych narzutów oraz zakładanego poziomu zysku dotyczącego konkretnego postępowania.

Na marginesie należało stwierdzić, że wbrew twierdzeniom odwołującego, z żadnego postanowienia SIWZ nie wynikało, iż w cenie oferty za wykonanie zadania opisanego w pkt III pkt 3.3 i 3.4 SIWZ należało ujmować koszt konserwacji monitoringu. Istotnie, przedmiotem zamówienia objęte były usługi serwisowania gwarancyjnego i konserwacji telewizji dozorowej oraz wykonywanie napraw, jednakże zadanie to zostało opisane przez zamawiającego w pkt III ppkt 3.5 SIWZ. Stosownie bowiem do postanowienia pkt XV SIWZ pkt 3 ppkt a (sposób obliczenia ceny) koszt konserwacji należało ująć w załączniku nr 9 do SIWZ (formularz cenowy), który służył kalkulacji ceny ofertowej za wykonanie zadania opisanego w dziale III pkt 3.1, 3.2, 3.5, 3.6 SIWZ, a nie zadania opisanego w dziale III pkt 3.3., 3.4 SIWZ. Cena ofertowa przystępującego za wykonanie zadania opisanego w pkt 3.1, 3.2, 3.5, 3.6 SIWZ przedmiotu zamówienia nie była kwestionowana przez odwołującego. Przywoływane postanowienia SIWZ w sposób jednoznaczny świadczyły o tym, że koszt wykonania usługi w omawianym zakresie należało ująć w cenie ofertowej za przedmiot zamówienia opisany w dziale III pkt 3.1, 3.2, 3.5, 3.6 SIWZ. Stąd też zarzuty odwołującego, iż w cenie zaoferowanej przez przystępującego za wykonanie zadania opisanego w dziale III pkt 3 ppkt. 3 i 4 SIWZ nie ujęto kosztów konserwacji monitoringu okazały się niezasadne.

Reasumując Izba stwierdziła, że nie została wykazana przez odwołującego przesłanka obligująca zamawiającego do odrzucenia oferty przystępującego określona w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Z przyczyn opisanych powyżej, nie dopatrzono się również przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj. sprzedaży usług poniżej kosztów ich świadczenia. Nie została zatem wypełniona również przyczyna odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

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.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 i 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.

Przewodniczący: