

WYROK
z dnia 4 lipca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 czerwca 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Maxus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi i MM Service Monitoring Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Kruszowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Główną Bibliotekę Lekarską im. Stanisława Konopki z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usługowe ROMA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Agencja Ochrony Osób i Mienia Z. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Głównej Bibliotece Lekarskiej im. Stanisława Konopki z siedzibą w Warszawie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym;
 - 1.1. wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usługowe ROMA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Agencja Ochrony Osób i Mienia Z. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych;
 - 1.2. przyznanie ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usługowe ROMA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Agencja Ochrony Osób i Mienia Z. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w kryterium nr 3 „Doświadczenie zawodowe Wykonawcy” 0 punktów.

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Główną Bibliotekę Lekarską im. Stanisława Konopki z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego Głównej Biblioteki Lekarskiej im. Stanisława Konopki z siedzibą w Warszawie na rzecz odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Maxus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi i MM Service Monitoring Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Kruszowie kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Główna Biblioteka Lekarska z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie w trybie podstawowym na usługi ochrony mienia i osób Głównej Biblioteki Lekarskiej w Warszawie (nr ref. GBL-ITiA.26.1.2023). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 25 maja 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00233869/01. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 19 czerwca 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Maxus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi i MM Service Monitoring Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Kruszowie (dalej jako „Odwołujący”) wnieśli odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na:

1. zaniechaniu wezwania konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Usługowe ROMA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Agencja Ochrony Osób i Mienia Z. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Przystępujący” lub „Konsorcjum”) do uzupełnienia na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, które nie zostało złożone przez Konsorcjum i tym samym nie potwierdziło spełniania warunków udziału w postępowaniu;
2. przyznaniu w sposób nieprawidłowy punktacji Konsorcjum w trzecim kryterium - doświadczenie Wykonawcy, podczas gdy załączonego do oferty wykazu usług wynika, iż Konsorcjum nie powinno mieć przyznanych punktów;
i w konsekwencji udzielenia zamówienia Konsorcjum.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 128 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania w zw. z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp – odnośnie pkt 1 powyżej oraz naruszenie art. 239 w zw. z art. 16 ustawy Pzp – odnośnie pkt 2 powyżej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie Konsorcjum do uzupełnienia zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp brakującego oświadczenia o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, ponowną ocenę oferty z uwzględnieniem podmiotowych środków dowodowych o których mowa w pkt III.2) w ramach której w kryterium -

doświadczenie Wykonawcy zostanie przyznane Konsorcjum 0 pkt. Odwołujący wniósł ponadto o zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania.

Uzasadniając przedstawione zarzuty Odwołujący powołał się na art. 117 ust. 3 i 4 ustawy Pzp wskazując, iż Przystępujący nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, a Zamawiający zaniechał wezwania Przystępującego do uzupełniania wspomnianego oświadczenia na podstawie art. 128 ustawy Pzp. W konsekwencji, z uwagi na brak informacji odnośnie wskazania podziału obowiązków na poszczególnych konsorcjantów, nie jest możliwa weryfikacja czy Konsorcjum potwierdziło spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem, oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp uważa się za podmiotowy środek dowodowy, podlegający uzupełnieniu podstawie art. 128. Odwołujący przytoczył przykładowe wyroki dotyczące tego aspektu. Z uwagi na powyższe okoliczności, w ocenie Odwołującego, Zamawiający winien wezwać Wykonawcę do uzupełnienia stosownego oświadczenia. Biorąc pod uwagę, że Zamawiający zaniechał powyższemu obowiązkowi, zarzut naruszenia art. 128 jest zasadny.

W odniesieniu do drugiego zarzutu Odwołujący podniósł, iż Zamawiający jako jedno z kryteriów oceny ofert ustalił doświadczenie Wykonawcy. Zgodnie z treścią SWZ, kryterium to było punktowane wg. następujących zasad: za co najmniej 4 usługi, ochrony osób i mienia, realizowane w budynkach użyteczności publicznej, każda trwająca minimum 12 kolejnych miesięcy i każda o wartości co najmniej 1 000.000,00 zł brutto za rok – Zamawiający przyzna 20 pkt; za mniej niż 4 usługi, ochrony osób i mienia, realizowane w budynkach użyteczności publicznej, każda trwająca minimum 12 kolejnych miesięcy i każda o wartości co najmniej 1 000.000,00 zł brutto za rok –Zamawiający przyzna 0 pkt. Przystępujący złożył wraz z ofertą wykaz 4 usług w celu otrzymania punktacji w kryterium doświadczenia. Odwołujący zwrócił uwagę, że usługa wymieniona w pkt 3 tabeli na rzecz PKP Intercity, wykonywana jest aktualnie, tj. od dnia 01.03.2023 r., a zakończenie kontraktu planowane jest na dzień 28.02.2024 r. Powyższe oznacza, że Konsorcjum nie wykazało doświadczenia, skutkującego przyznaniem mu w tym kryterium 20 pkt. W tak zakreślonym stanie faktycznym Zamawiający powinien przyznać Konsorcjum 0 pkt. Odwołujący dodał, że Wykaz usług - jako kryterium oceny ofert nie podlega uzupełnieniu. Niniejsza zasada wynika z art. 107 ust. 3 ustawy Pzp. Również i Zamawiający w dokumentach zamówienia potwierdził, że wykaz z Załącznika nr 7 - jako kryterium oceny ofert nie podlega uzupełnieniu ani wyjaśnieniom i musi być złożony wraz z ofertą. Reasumując, zważywszy na przytoczone okoliczności, zarzut naruszenia art. 239 w zw. z art. 16 ustawy Pzp potwierdził się.

Zamawiający w dniu 28 czerwca 2023 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Odnosząc się do pierwszego z zarzutów Zamawiający podniósł, iż Odwołujący przywołuje wybiórczo tylko treść art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, nie przytaczając pełnego przepisu art. 117, który należy interpretować w całości. Zamawiający wskazał, iż nie miał obowiązku wezwać Konsorcjum do uzupełnienia na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, ponieważ nie określił indywidualnego sposobu spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu. Wskazał także na art. 117 ust. 1 ustawy Pzp podkreślając, że ustawodawca nie narzuca zamawiającemu określenia sposobu spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, lecz daje mu taką możliwość, jeśli jest to uzasadnione charakterem zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu nie ma takiej potrzeby, ponieważ wykonawcy z branży usług ochrony posiadają podobny sprzęt, narzędzia, a także personel o takim samym doświadczeniu. W innym przypadku nie otrzymaliby koncesji na prowadzenie usług ochrony osób i mienia. Zamawiający powołał się także na Komentarz do Prawa zamówień publicznych Urzędu Zamówień Publicznych.

Odnosząc się do drugiego zarzutu Zamawiający wskazał, iż w sposób jasny i precyzyjny określił zasady przyznawania punktacji w przedmiotowym kryterium, wskazał na treść rozdziału VI SWZ Zasady Oceny Ofert ust. 2.3. Zamawiający podniósł, iż w treści SWZ określił, że usługi mają być realizowane w budynkach użyteczności publicznej. Realizowane, a nie zrealizowane, czyli wykonane. Tym samym Zamawiający dopuścił możliwość złożenia referencji na usługi nadal wykonywane pod warunkiem, że usługa ta będzie wykonywana minimum 12 kolejnych miesięcy i każda o wartości co najmniej 1 000.000,00 zł brutto za rok. Załączona do oferty Konsorcjum referencja PKP Intercity spełnia wyżej wymienione wymagania Zamawiającego w tym zakresie, a ponadto do dnia składania ofert realizacja tej usługi dla PKP Intercity przekroczyła wartość 4 300 000 zł brutto, co świadczy o bardzo dużym doświadczeniu Konsorcjum i jej potencjale, które w zupełności spełniają wymagania postawione przez Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usługowe ROMA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie Agencja Ochrony Osób i Mienia Z. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących

odrzucając odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, jako wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu i który w drodze odwołania dąży do unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym zmiany punktacji w kryteriach oceny ofert oraz wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

W oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego Izba ustaliła poniższy stan faktyczny.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie na rzecz Zamawiającego przy pomocy pracowników ochrony usług stałej, bezpośredniej ochrony fizycznej osób przebywających na terenie Zamawiającego oraz mienia składającego się z budynków Głównej Biblioteki Lekarskiej w Warszawie, jego pomieszczeń oraz rzeczy znajdujących się w tych pomieszczeniach. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi załącznik nr 3 do SWZ (Rozdział V pkt 1 SWZ).

Jednym z warunków udziału w postępowaniu dotyczącym zdolności technicznej i zawodowej był obowiązek wykazania, że wykonawca wykonał z należytą starannością, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 3 usługi ochrony osób i mienia, realizowane w budynkach, każda trwająca minimum 6 kolejnych miesięcy i każda o wartości minimum 1 000.000,00 zł brutto w skali roku, zawarta na okres minimum 12 miesięcy - należy wypełnić załącznik nr 4 do oferty (Rozdział III pkt 2.3.1 SWZ). Ponadto w SWZ wskazano, iż Wykonawca musi załączyć dowody potwierdzające, że każda z tych usług została wykonana lub jest wykonywana należycie. Dowodami, o których mowa powyżej są: a) referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były lub są wykonywane, w tym certyfikat potwierdzający jakość świadczonych usług, tj. ISO 9001:2015 lub równoważny; b) jeżeli Wykonawca nie jest w stanie uzyskać referencji z powodu wystąpienia uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wtedy przedstawia oświadczenie własne; c) w przypadku usług nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu. Brak wykazu lub dowodów potwierdzającego należyte wykonanie usługi ocenione zostanie jako niespełnianie warunku, co skutkować będzie wykluczeniem Wykonawcy z postępowania.

W Rozdziale IV pkt 7.1 SWZ wskazano, iż w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu następuje łącznie.

W rozdziale VI określono kryteria oceny ofert jako następujące: Cena – waga – 60 pkt (maksymalna wartość do uzyskania), Doświadczenie pracowników Wykonawcy skierowanych do realizacji zamówienia – waga – 20 pkt (maksymalna wartość do uzyskania). Doświadczenie zawodowe Wykonawcy – waga – 20 pkt (maksymalna wartość do uzyskania). Zamawiający wskazał, iż wartość punktowa w kryterium nr 3 wyliczana jest następująco: za co najmniej 4 usługi, ochrony osób i mienia, realizowane w budynkach użyteczności publicznej, każda trwająca minimum 12 kolejnych miesięcy i każda o wartości co najmniej 1 000.000,00 zł brutto za rok - 20 pkt; za mniej niż 4 usługi, ochrony osób i mienia, realizowane w budynkach użyteczności publicznej, każda trwająca minimum 12 kolejnych miesięcy i każda o wartości co najmniej 1 000.000,00 zł brutto za rok - 0 pkt.

Zgodnie ze wzorem formularza ofertowego załącznikiem nr 4 do oferty był wykaz wykonanych usług na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale III pkt 2.3.1. SWZ, a załącznikiem nr 7 do oferty był wykaz wykonanych usług do oceny ofert na podstawie kryterium nr 3.

W ramach wyjaśnień treści SWZ Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 5, udzielonej w piśmie z 30 maja 2023 r., o treści „Czy trzy usługi dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu będą również brane pod uwagę jako 3 punktowane usługi w kryterium pozacenowym dotyczącym doświadczenia?” wskazał: „Zamawiający informuje, iż uzna te same usługi jako warunek udziału w postępowaniu oraz jako 3 punktowane usługi w kryterium pozacenowym dotyczącym doświadczenia.”

W postępowaniu wpłynęło 7 ofert, w tym Odwołującego i Przystępującego.

Przystępujący wraz z ofertą złożył wykaz wykonanych usług na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu (załącznik nr 4 do formularza ofertowego), w którym wskazał: poz. 1 – usługi ochrony obiektów sądu realizowane w okresie 1.06.2022-31.05.2023 dla Sądu Rejonowego dla Warszawy Pragi – Południe w Warszawie o wartości 1 387 368,03 zł brutto; poz. 2 – usługi ochrony obiektów sądu realizowane w okresie 1.06.2022-31.05.2024 dla Sądu Rejonowego w Piasecznie o wartości 2 169 678,73 zł brutto; poz. 3 - usługi ochrony obiektów PKP ICC (Kraków, Katowice, Gliwice) realizowane w okresie 1.03.2023 – 28.02.2024 dla PKP Intercity S.A. o wartości 4 375 309,70 zł brutto, usługi dozoru i ochrony obiektów znajdujących się na linii WKD w Grodzisku Maz. realizowane w okresie 1.07.2019-30.06.2021 dla WKD Sp. z o.o. o wartości 2 186 918,35 zł brutto. Z załączonych referencji wynikało, iż usługi wskazane w poz. 1, 3 i 4 zostały

wykonane (są wykonywane) przez Partnera Konsorcjum (wspólnie z innym podmiotem), a usługa wskazana w poz. 2 jest wykonywana przez Lidera Konsorcjum (wspólnie z innym podmiotem).

Przystępujący złożył także wykaz wykonanych usług do oceny ofert w kryterium nr 3 (załącznik nr 7 do formularza ofertowego), w którym wskazał: poz. 1 - usługi ochrony obiektów na terenie Akademii realizowane w okresie 28.10.2021 – 28.10.2023 dla Akademii Wychowania Fizycznego i Sportu o wartości 2 315 046,60 zł brutto; poz. 2 usługi ochrony obiektów PKP ICC (Gdynia, Szczecin, Słupsk, Kołobrzeg, Olsztyn) realizowane w okresie 1.04.2020 – 31.01.2022 dla PKP Intercity S.A. o wartości 7 054 556,21 zł brutto; poz. 3 - usługi ochrony obiektów PKP ICC (Warszawa. Olszynka Grochowska, Białystok, Łódź) realizowane w okresie 1.03.2023 – 28.02.2024 dla PKP Intercity S.A. o wartości 7 140 042,40 zł brutto; poz. 4 - usługi ochrony obiektów i terenu realizowane w okresie 31.12.2020 – 28.02.2023 dla Miejskiego Ogrodu Zoologicznego w Warszawie o wartości 2 445 773,26 zł brutto.

Zamawiający w dniu 13 czerwca 2023 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Oferta Przystępującego uzyskała maksymalną liczbę punktów w kryterium nr 3.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 117 ust. 4 ustawy Pzp przejawiający się w zaniechaniu wezwania Przystępującego do uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w ww. przepisie, które nie zostało złożone przez Przystępującego.

Zgodnie z art. 117 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Art. 117 ust. 4 tego przepisu stanowi zaś, że w przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

W świetle art. 117 ust. 3 ustawy Pzp możliwość powołania się na wykształcenie, kwalifikacje zawodowe lub doświadczenie wykonawców z grona wspólnie ubiegających się o zamówienie warunkowana jest wykonaniem przez tego wykonawcę/tych wykonawców tej

części zamówienia, do realizacji której dane doświadczenie, wykształcenie czy kwalifikacje są wymagane. Treść oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, zawierającego deklaracje o podziale zadań pomiędzy poszczególnych członków konsorcjum, ma istotne znaczenie dla dokonywanej przez Zamawiającego oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez konsorcjum. To właśnie ww. oświadczenie w zestawieniu z podmiotowymi środkami dowodowymi składanymi w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu umożliwia Zamawiającemu weryfikację, czy planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewnia realne wykorzystanie na etapie realizacji zamówienia deklarowanych przez nich zasobów. Pomędzy oświadczeniem z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp oraz podmiotowymi środkami dowodowymi wykazującymi spełnienie warunków udziału w postępowaniu musi zachodzić odpowiednia korelacja.

Aktualnie obowiązujące brzmienie ustawy Pzp wskazuje, że złożenie takiego oświadczenia wraz z ofertą w określonych w art. 117 ust. 2 i 3 ustawy Pzp sytuacjach jest obligatoryjne, a ustawa Pzp nie wprowadza od tej zasady wyjątków. Twierdzenie Zamawiającego, iż nie dokonał na podstawie art. 117 ust. 1 ustawy Pzp modyfikacji ustawowych reguł w zakresie sposobu wykazania spełniania warunku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i dopuścił możliwość łączenia potencjału, nie wpływa na istnienie powyższego obowiązku. Możliwość łączenia potencjału przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jest obecnie ustawowo limitowana poprzez obowiązek realizacji zamówienia (jego elementów) przez tych członków konsorcjum, którzy posiadają wymagany potencjał. Konfiguracje mogą tu być różne – przykładowo może mieć miejsce sytuacja, kiedy tylko jeden z członków konsorcjum posiada wymagane doświadczenie, kiedy wszyscy członkowie samodzielnie posiadają doświadczenie, czy kiedy żaden z członków konsorcjum tego doświadczenia samodzielnie nie posiada, a konsorcjum spełniają warunek jedynie poprzez połączenie potencjałów. Niezależnie jednak od zaistniałej w danym postępowaniu konfiguracji, jak i niezależnie od możliwości szczególnego ustalenia przez Zamawiającego sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – ustawodawca nałożył na takich wykonawców obowiązek złożenia oświadczenia wskazanego w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp. Tego rodzaju zdolności nie mogą być bowiem przekazywane pomiędzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o zamówienie.

Okoliczność, że Przystępujący, który działał jako konsorcjum dwóch wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie złożył wraz z ofertą oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, była bezsporna. Bezsporny był także fakt, że Przystępujący w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego

zdolności technicznej i zawodowej określonego w Rozdziale III pkt 2.3.1 SWZ wskazał cztery usługi, spośród których trzy wykonał Partner Konsorcjum (wspólnie z innym podmiotem), a jedną Lider Konsorcjum (wspólnie z innym podmiotem). Przystępujący posłużył się zatem łącznym potencjałem wykonawców, do czego w świetle SWZ był uprawniony (przy czym okoliczność, czy wskazane usługi spełniały warunek udziału w postępowaniu nie była objęta zakresem zaskarżenia i nie podlegała ocenie Izby).

W tak ustalonym stanie faktycznym, uwzględniając omawiane regulacje, Przystępujący zobowiązany był złożyć wraz z ofertą oświadczenie wymienione w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp. Jak wskazano powyżej, tylko złożenie takiego oświadczenia daje Zamawiającemu możliwość weryfikacji, czy planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewnia realne wykorzystanie deklarowanych przez nich zasobów. Mając na względzie, iż złożenie takiej deklaracji w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest wymagane ustawowo, nie można uznać za wystarczające zapewnienia złożonego przez Przystępującego podczas rozprawy, że obaj członkowie konsorcjum zrealizują zamówienie wspólnie. Nie sposób także podzielić stanowiska Przystępującego, jakoby kwestia ta nie miała wpływu na wynik postępowania – jak wskazano powyżej, wyłącznie złożenie takiego oświadczenia daje możliwość weryfikacji, czy zamówienie zostanie wykonane przez wykonawców, którzy posiadają niezbędny potencjał, a nie np. tylko przez jednego z członków konsorcjum, który samodzielnie warunkiem udziału w postępowaniu nie spełnia.

Mając powyższe na względzie, Izba nakazała Zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzyć czynność badania i oceny oferty, a w ramach tego wezwać Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp. Możliwość uzupełnienia tego dokumentu w powyższym trybie nie była w postępowaniu sporna.

Za zasadny Izba uznała także drugi z zarzutów odwołania odnoszący się do nieprawidłowej oceny oferty Przystępującego w kryterium oceny ofert nr 3.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

W orzecznictwie jako jedną z gwarancji zachowania zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców wskazuje się na istniejący po stronie zamawiającego obowiązek jasnego określenia wszelkich warunków zamówienia, którymi następnie zarówno sam zamawiający, jak i wykonawcy pozostają związani. Zamawiający

w procesie weryfikacji ofert zobowiązany jest stosować się do ostatecznie ustalonych postanowień SWZ, a wykonawców traktować w sposób równy. Jak wskazano m.in. w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 5 maja 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 22/21, precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający, na etapie oceny ofert, nie jest uprawniony do zmiany treści warunków zamówienia czy nadawania jego zapisom innego znaczenia niż wynikające z ich oczywistego brzmienia.

Izba stwierdziła, iż w rozpoznawanej sprawie Zamawiający dokonał oceny oferty Przystępującego w kryterium nr 3 „Doświadczenie zawodowe Wykonawcy” bez uwzględnienia literalnego brzmienia opisu tego kryterium ustalonego w Rozdziale VI SWZ. Zamawiający w SWZ wskazał, iż wartość punktowa w kryterium nr 3 wyliczana jest następująco: za co najmniej 4 usługi, ochrony osób i mienia, realizowane w budynkach użyteczności publicznej, każda trwająca minimum 12 kolejnych miesięcy i każda o wartości co najmniej 1 000.000,00 zł brutto za rok - 20 pkt; za mniej niż 4 usługi, ochrony osób i mienia, realizowane w budynkach użyteczności publicznej, każda trwająca minimum 12 kolejnych miesięcy i każda o wartości co najmniej 1 000.000,00 zł brutto za rok - 0 pkt.

Okolicznością bezsporną było to, że w poz. 3 załącznika nr 7 (wykaz wykonanych usług do oceny ofert na podstawie kryterium nr 3) Przystępujący wskazał usługę ochrony obiektów PKP ICC (Warszawa, Olszynka Grochowska, Białystok, Łódź) realizowaną na rzecz PKP Intercity S.A. w okresie 1.03.2023 – 28.02.2024 o wartości 7 140 042,40 zł brutto. Odwołujący podnosił, iż usługa ta nie powinna zostać uznana przez Zamawiającego jako odpowiadająca wymaganiom określonym w opisie kryterium, ponieważ rozpoczęła się dopiero 1 marca 2023 r., a zatem nie trwa minimum 12 kolejnych miesięcy.

Izba podzieliła powyższe stanowisko Odwołującego. Zauważyć należy, iż już samo brzmienie opisu kryterium wskazuje, że punktowana usługa – mimo, iż nie musiała w chwili upływu terminu składania ofert być wykonana w całości, lecz mogła być wciąż wykonywana, to jednak musiała ona na ten moment trwać przez okres minimum 12 miesięcy („usługa trwająca minimum 12 kolejnych miesięcy”). Powszechne rozumienie pojęcia „trwać” (wg słownika języka polskiego PWN) to „istnieć lub odbywać się przez jakiś czas”, „pozostawać w pewnej sytuacji”. Oznacza to, że jeżeli wykonawca powoływał się na usługę, która jest w toku realizacji, to należało się wykazać taką usługą, którą oferent do dnia upływu terminu składania ofert wykonywał już przez kolejne 12 miesięcy. Tylko takie rozumienie kryterium pozwala stwierdzić, że wykonawca nabył stosowne doświadczenie. Przystępujący powołując się na umowę obowiązującą od 1 marca 2023 r. doświadczenia wymaganego w kryterium

nie nabył, a jedynie potencjalnie nabędzie je w przyszłości (jeśli umowa nie zostanie rozwiązana). Otrzymał tym samym punkty za doświadczenie, którego nie posiada, a jedynie które w przyszłości może uzyskać. Podnoszony przez Zamawiającego fakt, że pomimo krótkiego okresu trwania zakwestionowana usługa przekroczyła wartość wymaganą przez Zamawiającego pozostaje bez znaczenia, gdyż nie zostało spełnione inne określone w kryterium wymaganie (czas trwania usługi) – a tylko łączne spełnienie wszystkich opisanych w kryterium wymagań gwarantowało przyznanie punktów.

Zaprezentowana powyżej interpretacja opisu kryterium nr 3 znajduje także odzwierciedlenie w treści SWZ, jeśli spojrzeć na tę specyfikację w sposób kompleksowy. Wskazać należy tutaj na brzmienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale III pkt 2.3.1 SWZ, w świetle którego wykonawca miał obowiązek wykazania, że wykonał z należytą starannością, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 3 usługi ochrony osób i mienia, realizowane w budynkach, każda trwająca minimum 6 kolejnych miesięcy i każda o wartości minimum 1 000.000,00 zł brutto w skali roku, zawarta na okres minimum 12 miesięcy. Treść tego warunku udziału w postępowaniu jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający rozróżniał okres trwania umowy od okresu, na jaki umowa została zawarta. W opisie kryterium nie odwołał się jednak do okresu, na jaki umowa została zawarta, lecz okresu jej faktycznego trwania.

Mając to na uwadze, uznanie przez Zamawiającego, że usługa wskazana przez Przystępującego w poz. 3 wykazu spełnia opisane w kryterium wymagania, było nieprawidłowe.

Za bezzasadne Izba uznała stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, którzy podnosili, iż nawet w przypadku uznania spornej usługi za niespełniającą wymagań wskazanych w opisie kryterium nr 3, Przystępujący powinien otrzymać maksymalną liczbę punktów w tym kryterium, ponieważ należało wziąć pod uwagę także usługi wskazane w załączniku nr 4 do oferty (wykaz wykonanych usług na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu). W ocenie Izby odpowiedzi Zamawiającego udzielonej w piśmie z 30 maja 2023 r. na pytanie nr 5 nie należy interpretować w oderwaniu od pozostałej treści SWZ i obowiązków, jakie w świetle postanowień SWZ ciążyły na wykonawcach. Należy zauważyć, że pierwotnie Zamawiający wprowadził zakaz powoływania się w wykazie wykonanych usług do oceny ofert na podstawie kryterium nr 3 (załącznik nr 7 do oferty) na usługi podawane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (załącznik nr 4 do oferty) – na co wskazano w adnotacji „Uwaga” we wzorze załącznika nr 7. Było to uzasadnione, bowiem co do zasady ocenie w kryterium powinny podlegać dodatkowe zdolności wpływające na jakość wykonania zamówienia, ponad minimalne poziomy

zdolności opisywane w warunkach udziału w postępowaniu. W ramach odpowiedzi na pytanie nr 5 Zamawiający poinformował wykonawców, że uzna te same usługi jako wskazane na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu i w kryterium pozacenowym dotyczącym doświadczenia, czyli dopuścił możliwość posłużenia się tymi samymi usługami w obu wykazach (załącznik nr 4 i 7). Powyższe nie zwalniało jednak wykonawców z obowiązku podania w załączniku nr 7 tych czterech konkretnych usług, które miały zostać ocenione w kryterium nr 3. Ocena ofert w zakresie kryterium nr 3 powinna zostać dokonana wyłącznie w oparciu o oświadczenie wykonawcy zawarte w załączniku nr 7 do oferty, ponieważ to był dokument dedykowany temu celowi, który – jak prawidłowo poinformowano w adnotacji „Uwaga” zawartej we wzorze tego załącznika – nie podlegał uzupełnieniu i musiał być złożony wraz z ofertą.

Przystępujący wskazał w załączniku nr 7 do oferty cztery konkretne usługi, z których żadna nie była usługą powołaną w wykazie służącym ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia. Przystępujący zatem sam zdecydował, które usługi mają zostać poddane ocenie w kryterium i że będą to inne usługi niż wskazane w załączniku nr 4. Oświadczenie Przystępującego zawarte w załączniku nr 7 stanowiło treść oferty i nie mogło podlegać uzupełnieniu. Dopuszczenie możliwości posłużenia się jedną z usług podanych w innym załączniku do oferty (załączniku nr 4), która została wskazana na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, na potrzeby oceny oferty Przystępującego w kryterium nr 3, stanowiłoby zmianę oświadczenia, które wymagane było do złożenia wraz z ofertą i które uzupełnieniu podlegać nie mogło. Działanie takie godziłoby w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, stawiając Przystępującego – który nie dochował należytej staranności składając ofertę – w uprzywilejowanej sytuacji względem innych wykonawców, którzy tej należytej staranności dochowali.

W tym stanie rzeczy Izba nakazała Zamawiającemu powtórzyć czynność badania i oceny ofert i przyznać ofercie Przystępującego w kryterium nr 3 „Doświadczenie zawodowe Wykonawcy” 0 punktów.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o zasądzenie na jego rzecz kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika. Zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b ww. Rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych. Omawiana regulacja odnosi się do kosztów związanych z wynagrodzeniem pełnomocnika, który w imieniu i na rzecz strony postępowania (odpowiednio uczestnika postępowania), a nie w imieniu własnym, podejmuje w postępowaniu odwoławczym czynności, reprezentując tę stronę. Tymczasem w rozpoznawanej sprawie Odwołującego reprezentował osobiście Prezes Zarządu Maxus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi – Lidera Konsorcjum. Osoba ta występowała zatem w charakterze przedstawiciela strony, a nie jej pełnomocnika. Na tak dokonaną ocenę nie wpływa fakt, że Odwołującym było konsorcjum złożone z dwóch wykonawców. Prezes Lidera Konsorcjum reprezentował interesy strony postępowania, czyli własne. Dopuszczenie w takiej sytuacji możliwości zasądzenia na jego rzecz kosztów z tego tytułu, że Prezes Zarządu Lidera Konsorcjum reprezentował - z oczywistych względów - także Partnera Konsorcjum, jawi się jako obiektywnie nieuzasadnione. Tymczasem w świetle przywołanych przepisów, aby koszty strony zostały na jej rzecz zasądzone muszą być uzasadnione, czyli ich poniesienie musi być niezbędne do celowego dochodzenia praw lub celowej obrony. Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji, która uzasadniałaby przyznanie mu kosztów zastępstwa w takiej sytuacji.

Przewodniczący:

.....