

WYROK

z dnia 24 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie **19 listopada 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **8 listopada 2021 r.**

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Safety sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Facility Services sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Provider sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel FM Partner sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Technical Security sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**

w postępowaniu pn. *Całodobowa ochrona osób i mienia na terenie obiektów Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach zlokalizowanych w: Katowicach, Katowicach-Ligocie, Zabrze, Zabrze-Rokitnicy, Bytomiu, Sosnowcu* (nr postępowania RZP/PN/66/21)

prowadzonym przez zamawiającego: **Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Time Security sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach, Sky One sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach** – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża solidarnie Odwołujących:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2) zasądza solidarnie od Odwołujących na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł 00**

gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego jako poniesione przez Zamawiającego uzasadnione koszty z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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**.

Uzasadnienie

Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach {dalej: „ŚUM” lub „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „pzp” lub „Pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Całodobowa ochrona osób i mienia na terenie obiektów Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach zlokalizowanych w: Katowicach, Katowicach-Ligocie, Zabrze, Zabrze-Rokitnicy, Bytomiu, Sosnowcu* (nr postępowania RZP/PN/66/21).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 11 sierpnia 2021 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2021/S_154 pod poz. 409529.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

29 października 2021 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej wspólnie przez Time Security sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach {dalej również: „spółka Time”}, Sky One sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach {dalej łącznie zwanych „Konsorcjum Time” lub „Przystępującym”}.

8 listopada 2021 r. Impel Safety sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Facility Services sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Provider sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel FM Partner sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Technical Security sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie tego zamówienia {dalej: „Konsorcjum Impel” lub „Odwołujący”}, wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego, a także od zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Time.

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 16 pkt. 1 – przez naruszenie przez zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie oferty Konsorcjum Time.
2. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c – przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Time, które nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, nie złożyło w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.
3. Art. 109 ust. 1 pkt 8 – przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Time, które w wyniku

zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

4. Art. 109 ust. 1 pkt 10 – przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Time, które w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
5. Art. 204 ust. 1 – przez wadliwy wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Time.

Odwołujący wnieśli o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Odrzucenia oferty Konsorcjum Time na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c pzp.
3. Wykluczenia Konsorcjum Time na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 pzp.
4. Powtórzenia oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych.

W ramach uzasadnienia powyższe zarzuty zostały sprecyzowane przez powołanie się na następujące okoliczności faktyczne i prawne [z uwagi na brak przyporządkowania w uzasadnieniu odwołania argumentacji do zarzutów wypunktowanych na wstępie odwołania, Izba dokonała tego w poniżej przedstawiony sposób].

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Brzmienie warunku udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej z rozdziału VIII pkt 1.4. lit a) SWZ: *Wykonawca musi wykazać, iż w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał/wykonuje należycie przynajmniej jedną usługę polegającą na całodobowej ochronie osób i mienia o wartości minimum 10 000 000 PLN brutto, w trakcie której ochranianych było minimum 30 posterunków jednocześnie. W przypadku usługi nadal wykonywanej Wykonawca zobowiązany jest wykazać spełnienie powyższego warunku udziału w postępowaniu w zakresie części usługi już wykonanej. Wartość ta będzie brana pod uwagę przy analizie spełniania warunku.*

Brzmienie odpowiedzi na pytanie zawartej w piśmie z 26 sierpnia 2021 r.: *...w sytuacji składania oferty przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz analogicznie w sytuacji, gdy Wykonawca będzie polegał na zasobach innego podmiotu*

na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp warunek, o którym wyżej mowa, musi zostać spełniony w całości przynajmniej przez jednego z Wykonawców wspólnie składających ofertę lub podmiot, na którego zdolności w tym zakresie powołuje się Wykonawca – brak możliwości tzw. sumowania zasobów w zakresie doświadczenia.

Brzmienie odpowiedzi na pytanie zawartej w piśmie z 27 sierpnia 2021 r.: Zamawiający wyjaśnia, że uzna warunek za spełniony, jeżeli w ramach jednej umowy z Zamawiającym obsługiwanych było kilka jego oddziałów, gdzie całodobowo ochraniających było 30 posterunków jednocześnie. Nie dopuszcza się natomiast sumowania kilku umów, bez znaczenia czy to z jednym Zamawiającym czy z różnymi Zamawiającymi.

Według Odwołujących zarówno wykładnia literalna, jak i celowościowa powyższych postanowień prowadzi do wniosku, że Zamawiający oczekiwał od wykonawców wykazania się doświadczeniem spełniającym łącznie następujące warunki:

- 1) wynikającym z realizacji jednej umowy,
- 2) w ramach tej umowy w jakimś zamkniętym okresie jednocześnie ochraniających było 30 posterunków,
- 3) ochrona na wszystkich tych posterunkach była realizowana całodobowo,
- 4) wartość tej umowy dla okresu, w którym jednocześnie ochraniających było 30 całodobowych posterunków, jest nie mniejsza niż 10 milionów złotych brutto,
- 5) umowa była zawarta z zamawiającym w rozumieniu art. 7 pkt 31 pzp, czyli osobą fizyczną, osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, obowiązanej na podstawie ustawy pzp do jej stosowania.

Konsorcjum Time w złożonym w ofercie wykazie usług wykazało jedną usługę świadczoną w okresie od 1 stycznia 2019 r. do 31 grudnia 2020 r. na rzecz Mark2 Corporation FM Poland sp. z o.o. {dalej również: „M2C”}.

Na potwierdzenie należytego wykonania tej usługi Konsorcjum Time przedstawiło „Poświadczenie należytego wykonania usługi” z 18 sierpnia 2021 r. oraz informację uzupełniającą z tej samej daty.

Dokumenty te wystawione w imieniu Mark2 Corporation FM Poland sp. z o.o. zostały podpisane przez pana M. K. (operations managera), który nie widnieje w KRS jako osoba uprawniona do składania oświadczeń woli w imieniu tej spółki.

M2C nie jest zamawiającym w rozumieniu ustawy pzp i nie miało zawartej jednej umowy z dysponentami lokalizacji wskazanych jako miejsca realizacji usług – były to odrębne zlecenia od różnych podmiotów.

W tych okolicznościach faktycznych Odwołujący zarzucili Zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy pzp, jak w pkt 2. listy zarzutów, dodatkowo podnosząc, co następuje.

W ocenie Odwołujących przedstawiona usługa nie spełnia powyżej zacytowanego warunku udziału, gdyż: 1) wystawcą referencji nie jest zamawiający w rozumieniu ustawy pzp, 2) z treści referencji wynika, że usługi świadczone były przez spółkę Time na terenie całej Polski, w różnych lokalizacjach, 3) wystawca referencji nie uzyskiwał tych licznych (ok. 30) zleceń od jednego klienta, a od wielu niezależnych od siebie podmiotów.

Odwołujący zarzucili, że posłużenie się przez Konsorcjum Time referencją, w której spółka Time występuje jako podwykonawca M2C, stanowi obejście warunku określonego przez Zamawiającego w tym postępowaniu, w którym chodzi o usługę ochrony nie tylko o odpowiedniej skali i zakresie, ale koordynowaną w jednolity sposób, zorganizowaną i zarządzaną na wspólnych zasadach. Zamiast wykazania takiego doświadczenia Konsorcjum Time pozornie spełniło warunek, przedstawiając jedną umowę podwykonawczą (o ile w ogóle została ona zawarta), dotyczącą jednak wielu zleceńodawców, u których usługi ochrony realizowane są w oparciu o różne zasady i standardy bezpieczeństwa, co wynika choćby z odmiennych lokalizacji i związanych z tym zagrożeń. Według Odwołujących paradoksem jest, że choć spółka M2C sama nie spełnia tego warunku, to już spółka Time – dzięki powołaniu się na podwykonawstwo – spełnia.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Odwołujący oświadczyli, że w wyniku przeprowadzonej przez niego weryfikacji 16. lokalizacji wskazanych w treści informacji uzupełniającej (uzupełnionego wykazu) dokonali następujących ustaleń [zawartych w tabeli na str. 7-8 odwołania, w której podano również adres, nazwę obiektu oraz jego właściciela lub zarządcy]:

- poz. 1. (2 posterunki), poz. 4. (2 posterunki) – *Pracownik ochrony w umundurowaniu M2C. Znana jest mu spółka Time Security;*
- poz. 2. (2 posterunki) – *Potwierdzono, że na obiekcie jest jeden posterunek – recepcyjny 9-cio godzinny oraz drugi całodobowy. Pracownicy zatrudnieni w M2C, twierdzą, że nie mają innych umów/legitymacji pracowników ochrony, wystawionych przez Time Security;*
- poz. 3. (3 posterunki), poz. 8 (2 posterunki) – *Pracownik ochrony w umundurowaniu M2C. Stwierdził, że nie słyszał nic o Time Security i nie ma tam podpisanej umowy. W budynku nie ma innego posterunku ochrony Time Security;*
- poz. 6. (2 posterunki) – *Obiekt galerii handlowej. Pracownicy ochrony są w umundurowaniu M2C. Jeden z pracowników pytany o spółkę Time Security potwierdził, że jest mu znana.*
- poz. 7. (2 posterunki) – *Obiekt galerii handlowej. Pracownicy ochrony są w umundurowaniu*

M2C. Pytany o spółkę Time Security nie wykazał chęci rozmowy;

- poz. 11. (1 posterunek) – *Pracownik ochrony bez widocznego ologowania M2C na mundurze. Na legitymacji pracownika ochrony widnieje inny podmiot wystawiający legitymację, co sugeruje zatrudnienie w spółce innej niż Time Security;*

- poz. 12. (2 posterunki) – *Galeria handlowa Suwałki Plaza, 2 pracowników na zmianie. Jeden przy obsłudze monitoringu, drugi okresowo patroluje pasażę, czasem parking. Ubrani w granatowe garnitury i białe koszule bez logo i nazwy firmy. Pracownicy zatrudnieni wcześniej w Time Security, obecnie na umowę zlecenie w M2C;*

- poz. 14. (3 posterunki) – *Pracownik recepcji w umundurowaniu bez oznaczeń. Potwierdził, że ma umowę ze spółką Time Security;*

- poz. 16. (5 posterunków) – *Obiekt ochraniający przez podmiot M2C. Udało się ustalić, że żaden z pracowników nie ma obecnie podpisanej umowy z Time Security. Pracownicy twierdzą, że nie słyszeli o tej Spółce. Dokumentacja przetargowa dotycząca roku 2020 roku uwzględniała zakaz podwykonawstwa w zakresie ochrony fizycznej na posterunkach.*

Ponadto według wiedzy Odwołującego odnośnie lokalizacji z poz. 16. w Polkowicach przy ul. Strefowej 1:

- pod tym adresem działalność spółki *VWMP/SITECH Sp. z o.o.*, na rzecz których Impel świadczył usługi do 30 kwietnia 2020 r., czyli przez $\frac{3}{4}$ okresu podanego przez Konsorcjum Time;

- warunki w przetargu niepublicznym na usługi ochrony na rzecz powyższych podmiotów w 2020 r. przewidywały dopuszczalność podwykonawstwa wyłącznie w odniesieniu do grup interwencyjnych.

Zgodnie ze złożonymi przez Mark2Corporation FM Poland sp. z o.o. w Krajowym Rejestrze Sądowym sprawozdaniami finansowymi za lata 2019 i 2020 (dwa lata kalendarzowe) łączna wartość nabytych przez nią usług obcych wynosiła 20.515.197,95 zł.

Podana w referencji wartość usług, które miały być świadczone w tym okresie przez Time Security na rzecz M2C, wynosi 18.558 289,18 zł netto, czyli 90,46% wartości całości usług obcych.

Abstrahując od przytoczenia brzmienia art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy pzp, Odwołujący wywiedli, co następuje.

Po pierwsze, że badanie możliwego wpływu na wynik postępowania następuje na moment przedstawienia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji.

Po drugie, że jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, nie jest możliwe zastąpienie informacji nieprawdziwej informacją prawdziwą.

W tych okolicznościach faktycznych i prawnych Odwołujący zarzucili Zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy pzp, jak w pkt 3. listy zarzutów, dodatkowo podnosząc, co następuje.

Ponieważ Konsorcjum Time nie potwierdziło spełnienia warunku na wymaganym poziomie, tym samym złożyło nieprawdziwe oświadczenie dotyczące spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Konsorcjum Time wprowadziło Zamawiającego w błąd odnośnie istotnego parametru ocenianego w warunkach udziału w postępowaniu, co mogło mieć wpływ na decyzję Zamawiającego odnośnie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 18 listopada 2021 r. wniósł o jego oddalenie, w szczególności wskazując na następujące okoliczności oraz podnosząc następującą argumentację.

Według Zamawiającego z zacytowanego w odwołaniu postanowienia SWZ nie wynika, że o udzielenie tego zamówienia może ubiegać się wyłącznie wykonawca, który świadczył opisaną w treści warunku usługę wyłącznie na rzecz podmiotu posiadającego status zamawiającego w rozumieniu ustawy pzp, i nic w tym zakresie nie zmieniły późniejsze wyjaśnienia treści SWZ. W szczególności zacytowana w odwołaniu odpowiedź z 27 sierpnia 2021 r. wskazywała jeden z możliwych wariantów wykazania spełniania warunku w okolicznościach faktycznych objętych treścią konkretnego pytania (nr 2) [*Czy Zamawiający uzna usługę realizowaną dla jednego Zamawiającego na różnych oddziałach na podstawie oddzielnych umów, np. Zamawiającym jest PGG S.A. a oddziały to kopalnie?*].

Nie jest nadzwyczajną sytuacją, w której dany wykonawca w ramach wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia legitymuje się doświadczeniem nabytym jako podwykonawca. W przypadku Konsorcjum Time przedmiotem oceny była usługa świadczona przez spółkę Time na rzecz spółki Mark2 Corporation FM Poland {dalej: „Mark 2”}, która potwierdziła należyte wykonanie tej usługi. Nie ma zatem znaczenia, ile umów zostało zawartych pomiędzy spółką Mark2 a dysponentami lokalizacji objętych wykazem. Choć Odwołujący zarzucają Konsorcjum Time obejście warunku udziału w postępowaniu, nie wskazują żadnego przepisu pzp, który uniemożliwiłby wykazanie spełniania warunku powyższy w sposób. Brak takich regulacji jest wyrazem racjonalnego założenia ustawodawcy, że doświadczenie w realizacji zamówienia określonego rodzaju (tu usługi ochrony) można nabyć również dzięki udziałowi w konsorcjum czy jako

podwykonawca.

Ponieważ treść warunku udziału nie odnosi się do okresu świadczenia usługi, a do takich cech jak: wartość (10 mln zł), jednoczesna liczba obsługiwanych posterunków (30) i całodobowa ich ochrona, bez znaczenia jest na jaki okres Mark 2 podzlecił spółce Time wykonywanie ochrony

Dla faktycznego nabycia doświadczenia przez spółkę Time doświadczenia jako podwykonawcy spółki Mark 2 nie ma również znaczenia, czy ta ostatnia zobowiązała się na rzecz spółek VW/Sitech świadczyć usługi ochrony obiektów w Polkowicach przy ul. Strefowej 1 bez udziału podwykonawców (co również nie zostało wykazane).

Dla wykazania spełniania warunku Konsorcjum Time przedstawiło przewidziane przepisami i wymagane w SWZ dokumenty (wykaz i referencje), które – w zakresie, w jakim nie spełniały tych wymagań, zostały uzupełnione w trybie w art. 128 ust. 1 pzp.

Zdaniem Zamawiającego nie zostało wykazane przez Odwołujących, że informacje zamieszczone w tabeli odnośnie poszczególnych miejsc z wykazu i referencji Konsorcjum Time znajdują oparcie w rzeczywistości.

Ponieważ referencje stanowią oświadczenie wiedzy (tak Izba np. w uzasadnieniu wyroków z: 4 listopada 2011 r. sygn. akt KIO 2253/11, 9 kwietnia 2013 r. sygn. akt KIO 698/13, może je podpisać każda osoba, która posiada wiedzę w zakresie okoliczności wynikających z referencji, a Odwołujący nie wykazał, że w tym przypadku tak nie było.

Reasumując, Zamawiający oświadczył, że nie dopuścił się naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c pzp (dodatkowo lit. c dotyczy stricte niezłożenia w ogóle oświadczeń lub dokumentów). A w konsekwencji chybione są również zarzuty naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 pzp, gdyż nie doszło do posłużenia się przez Konsorcjum Time nieprawdziwymi informacjami.

Przystępujący w zgłoszeniu przystąpienia z 12 listopada 2021 r. zajął generalnie stanowisko zbieżne z Zamawiającym.

Odnośnie interpretacji warunku wynikającego z zacytowanych w odwołaniu postanowienia SWZ i udzielonych następnie wyjaśnień, Przystępujący stwierdził, co następuje.

Po pierwsze, że ani z treści warunku, ani z treści wyjaśnień nie wynika nawet w sposób dorozumiany wymaganie, aby usługa referencyjna była świadczona na rzecz zamawiającego, o którym mowa w art. 7 pkt 31 ustawy pzp.

Po drugie, że z treści warunku nie wynika konieczność wykazywania dla odbiorcy usługi ani liczby zawartych przez niego stosunków zobowiązaniowych, ani jego tytułów prawnych do konkretnych posterunków. W szczególności nie ma znaczenia, czy Mark2 Corporation FM Poland sp. z o.o. {dalej również: „M2C”} posiadał formalną zgodę podmiotów, z którymi zawarł umowy na świadczenie usług ochrony, na korzystanie z podwykonawstwa, gdyż nie jest to umowa o roboty budowlane, gdzie z mocy konkretnego przepisu Kodeksu cywilnego mogłoby to rzutować na ważność umowy podwykonawczej.

Po trzecie, że ze sformułowania warunku nie wynika dla umowy zawartej na czas nieoznaczony (jak to ma miejsce w przypadku Przystępującego), aby ochrona co najmniej 30 posterunków miała dotyczyć tego samego okresu, w którym doszło do osiągnięcia wymaganego progu 10 mln zł brutto. Istotą postawionego warunku jest bowiem zdolność do zorganizowania jednoczesnej ochrony 30 posterunków w ramach jednej umowy o tak dużej wartości, gdyż inne są wtedy ryzyka, sposoby świadczenia usługi, wyzwania organizacyjne itp., niż przy ochronie nawet większej liczby posterunków, ale w ramach większej liczby stosunków prawnych. Stąd nie ma też znaczenia, czy spółka M2C spełniałaby warunek, gdyby złożyła ofertę w tym postępowaniu.

Niezależnie od powyższego Przystępujący podniósł, że przy interpretacji niejednoznacznych postanowień wzorców umownych, prowadzonej w głównej mierze na podstawie językowych reguł wykładni, należy stosować dyrektywę *in dubio contra proferentem* („w razie wątpliwości przeciwko oświadczającemu”), czyli skutki tego powinny obciążać stronę, która redaguje tekst wzorca (lub posługuje się tekstem zredagowanym przez inną osobę) w sytuacji, gdy druga strona nie ma wpływu na jego treść.

W opinii Przystępującego Odwołujący nie mają ani formalnej, ani merytorycznej kompetencji do weryfikacji oświadczeń Konsorcjum Time czy M2C, a uzyskane rzekomo przez Odwołujących informacje należy traktować jako jego oświadczenie własne, któremu Przystępujący zaprzecza.

Również załączony do odwołania wydruk korespondencji elektronicznej, której nie można zweryfikować nawet co do tego, czy została wprowadzona do systemu komunikacji w rozumieniu art. 65 kc, nie stanowi żadnego dowodu.

Z kolei załączone do odwołania zamówienia nie są dowodem z dokumentu, gdyż zawierają skreślenia, które uniemożliwiają kompleksową analizę ich treści.

Zaś widoczne informacje budzą w szczególności następujące wątpliwości:

1. Zamówienie Sitech sp. z o.o. nr 4500086732: 1) data zamówienia 10 styczeń 2020 r. – okres ważności od 1 stycznia 2020 r.; 2) nr zamówienia na pierwszej stronie inny niż

- podstawa zamówienia; 3) nie wiadomo, czy zgodnie z dyspozycją [*Oczekujemy od Państwa potwierdzenia zamówienia dla następujących pozycji*] faktycznie to nastąpiło; 4) pomimo powyższego sformułowania na dokumencie pojawiają się późniejsze daty (z lutego, marca kwietnia itd.); 5) inne numery zgłoszenia zapotrzebowania itp.
2. Zamówienie Volkswagen Motor Polska sp. z o.o. nr 4500054048: 1) dokument bez daty i potwierdzenia; 2) ponownie żądanie potwierdzenia przyjęcia zamówienia; 3) wykreślenia powodują, że nie wiadomo, czy w ogóle były tam jakieś liczby; 4) obejmuje stanowiska niezwiązane bezpośrednio z posterunkami ochrony np. recepcjonistka, strażak, kierowca ambulansu itp.
3. Zamówienie Volkswagen Motor Polska sp. z o.o. nr 4500071778: 1) z 20 stycznia 2020 r., a warunki handlowe rzekomo ustalono 9 grudnia 2010 r., co jest nieprawdopodobne; 2) wykreślenia powodują, że nie wiadomo, czy w ogóle były tam jakieś liczby; 4) obejmuje stanowiska niezwiązane bezpośrednio z posterunkami ochrony np. recepcjonistka, strażak, kierowca ambulansu itp.

Z powyższych względów powyższe dokumenty te niewiarygodne, a powołanie się na nie budzi wątpliwości co do rzetelności innych danych przedstawionych w odwołaniu.

Skoro według powyższych dokumentów przy ul. Strefowej 1 w Polkowicach funkcjonują dwa podmioty, nie wyklucza to świadczenia przez M2C usług ochrony dla jeszcze innego podmiotu zlokalizowanego pod tym adresem.

Przystępujący stwierdził, że – choć w odwołaniu wprost taki zarzut nie został sformułowany, a jedynie wskazano, kto podpisał referencję – Zamawiający nie ma możliwości weryfikacji pełnomocnictw do składania takich oświadczeń.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 pzp i nie zgłoszono w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba skierowała odwołania do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska i argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy,

jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący, który złożyli ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, wykazali, że ma taki interes, a ponadto, że w związku z objętym zarzutami zaniechaniem wykluczenia Przystępującego, mogą ponieść szkodę, gdyż w przeciwnym razie mogliby liczyć na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

O ile w odwołaniu adekwatnie zacytowano brzmienie postanowienia zawartego w rozdziale VIII pkt 1.4. lit. a SWZ, o tyle nie uprawnia ono do takiej interpretacji warunku, jaka została wywiedziona przez Odwołującego.

Zamawiający uznał za proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i zarazem umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania tego zamówienia warunek polegający na określeniu minimalnego poziomu zdolności technicznej lub zawodowej w następujący sposób. Najdalej w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wykonawca miał należycie wykonać co najmniej jedną usługę polegającą na całodobowej ochronie osób lub mienia o wartości opiewającej na co najmniej 10 mln zł, podczas której funkcjonowało co najmniej 30 posterunków. Innymi słowy minimalna skala usługi całodobowej ochrony została zdefiniowana za pomocą dwóch kryteriów: wartości wynagrodzenia należnego wykonawcy i liczby miejsc, w których była świadczona.

Zamawiający co prawda formalnie uwzględnił również, że przedmiotem usługi całodobowej ochrony jest świadczenie ciągłe, dopuszczając aby spełnienie powyższych kryteriów wynikało z dotychczas wykonanej części nadal wykonywanej usługi. Zamawiający nie wziął jednak pod uwagę, że w przypadku świadczeń ciągłych wyznacznikiem zarówno rozmiaru, jak i treści świadczenia jest przede wszystkim czas, gdyż polega ono na określonym, stałym zachowaniu się dłużnika przez okres trwania stosunku prawnego. Innymi słowy świadczenie ciągłe ma to do siebie, że nie da się w nim wyodrębnić poszczególnych zachowań dłużnika, które mogłyby być potraktowane jako samoistne świadczenia albo spełnianie świadczenia w częściach. Pomimo takiego charakteru świadczenia ciągłego Zamawiający nie określił minimalnego okresu świadczenia usługi całodobowej ochrony, który uznaje za proporcjonalny do przedmiotu tego zamówienia, a zarazem umożliwiający ocenę zdolności

wykonawcy do należytego jego wykonania. Dodatkowo co najmniej jednym z równorzędnie z uprawnionych językowo znaczeń sformułowania: *wykonał/wykonuje należycie przynajmniej jedną usługę polegającą na całodobowej ochronie (...), w trakcie której ochraniających było minimum 30 posterunków jednocześnie* jest takie, że w ramach wykonanej usługi (lub wykonanej części wykonywanej usługi) całodobowej ochrony o ile konieczne jest, aby wystąpiła sytuacja ochrony 30 posterunków jednocześnie, o tyle niekoniecznie przez cały okres jej realizacji.

O ile w odwołaniu adekwatnie zacytowano brzmienie wyjaśnień treści SWZ, o tyle należy je rozpatrywać w kontekście pytań wykonawców, których treść w odwołaniu została pominięta. Biorąc pod uwagę ten kontekst nie ma wątpliwości, że z treści tych wyjaśnień wynika jedynie potwierdzenie, że przez usługę, o której mowa w opisie warunku, należy rozumieć umowę, czyli że spełnienie ustalonych kryteriów musi wynikać z jednego stosunku zobowiązaniowego pomiędzy tymi samymi stronami umowy dotyczącej ochrony osób i mienia. Natomiast z treści powyższego warunku, również po uwzględnieniu tych wyjaśnień, nie wynikają wyłączenia podmiotowe, ani po stronie podmiotu zamawiającego, ani po stronie podmiotu wykonującego usługę. W szczególności nie została wyłączona możliwość wykazania się doświadczeniem wynikającym ze świadczenia ochrony osób i mienia na podstawie umowy zawartej pomiędzy dwoma podmiotami, które nie są „zamawiającym” i „wykonawcą” w rozumieniu ustawy pzp. Możliwości pozytywnego zweryfikowania zdolności do wykonania tego zamówienia nie została zawężona do wykonawców świadczących usługę ochrony bezpośrednio na rzecz właściciela lub zarządcy obiektów.

Ustalone powyżej znaczenie warunków udziału w postępowaniu, stanowiących element treści oświadczenia woli Zamawiającego adresowanego do wykonawców, w tym przypadku niewątpliwie profesjonalistów, odpowiada regułom wykładni z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego {dalej: „kc”}. Zgodnie z tym przepisem (który znajduje zastosowanie na mocy odesłania zawartego w art. 8 ust. 1 pzp) oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W szczególności zgodnie z wypracowaną w orzecznictwie i akceptowaną przez doktrynę zasadą ewentualnych nieścisłości czy niedomówień postanowień opracowanych przez zamawiającego nie można interpretować na niekorzyść wykonawcy (w tym przypadku Przystępującego, jak chcieliby Odwołujący).

Odwołujący – na których z mocy art. 534 ust. 1 pzp obowiązek wskazania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzili skutki prawne, nie wykazali, że pomiędzy Mark2 Corporation FM Poland sp. z o.o. {dalej: „Mark2”} a Time Security sp. z o.o. w ogóle nie została zawarta umowa, na której należyte wykonywanie Konsorcjum Time powołało się w ramach

wykazania, że jest zdolne do wykonania tego zamówienia. Natomiast złożone przez Przystępującego faktury, wystawione w okresie od czerwca 2019 r. do grudnia 2020 r. na łączną kwotę 14.434.591,66 zł i zawierające opis „Usługa fizycznej ochrony – zgodnie z umową” lub „usługa fizycznej ochrony”, dodatkowo uprawdopodobniają świadczenie przez spółkę Time na rzecz spółki Mark 2 usługi opisanej w wykazie i referencji złożonych Zamawiającemu.

Odwołujący – z wyjątkami omówionymi poniżej – nie zgłosili również wniosków dowodowych w odniesieniu do ustaleń, które miał poczynić w toku przeprowadzonej przez siebie weryfikacji posterunków wskazanych w uzupełnionym wykazie i referencji złożonych Zamawiającemu przez Konsorcjum Time. W konsekwencji Izba nie miała podstaw do stwierdzenia, że w niektórych spośród tych miejsc nie pracują pracownicy spółki Time, a niektóre posterunki nie są całodobowe.

Na podstawie załączonego do odwołania wydruku korespondencji elektronicznej dotyczącej posterunku z poz. 11. wykazu (i tabeli odwołania) nie sposób stwierdzić, czy była ona prowadzona z osobą upoważnioną do udzielania informacji, więc nie jest to wiarygodny dowód. Niezależnie od tego treść o ile treść przekazanej przez tę osobę informacji potwierdza fakt zawarcia umowy ze spółką M2C i świadczenia przez nią osobiście usług ochrony, o tyle nie wyklucza to, że w rzeczywistości usługi te zostały podzleczone spółce Time, być może bez wiedzy właściciela lub zarządcy obiektu.

Cztery dokumenty p.n. „Zamówienie” (dwa od Volkswagen Motor Polska sp. z o.o. z 10 stycznia 2020 r., dwa od Sitech sp. z o.o., w tym jedno z 28 października 2016 r. i jedno z 10 stycznia 2020 r.), również w wersji złożonej na rozprawie, nie są wystarczające nawet dla stwierdzenia, że doszło do zawarcia umowy na usługi ochrony fizycznej obiektów przy ul. Strefowej 1 i 2 w Polkowicach ze spółką z grona Odwołujących.

Wreszcie wyciąg [bo większość postanowień została celowo zaczerpnięta] ze „Specyfikacji Warunków Zamówienia na usługę w zakresie służby dozorowej, kontrolnej i patrolowej” z 16 grudnia 2019 r.), opatrzonego oznaczeniem „VWMP/Sitech”, potwierdza jedynie zamieszczenie w tym tzw. Lastenheft (wg terminologii odwołania) postanowienia ograniczającego dopuszczalność podwykonawstwa do grup interwencyjnych. Nie sposób jednak nie tylko stwierdzić, czy tak przedstawiały się warunki ostatecznie zawartej umowy (lub czy nie zostały one zmienione), ale z kim została zawarta umowa w wyniku przeprowadzenia tego przetargu.

Niezależnie od tego Odwołujący nie pokusili się o wykazanie, że pod powyższym adresem znajdują się wyłącznie obiekty należące do VWMP/Sitech.

Przystępujący złożył na rozprawie pełnomocnictwo udzielone przez osobę, która według informacji z KRS załączonej do przystąpienia jest upoważniona do reprezentacji spółki Mark 2, dla osoby, która podpisała referencję, do czego Odwołujący nie odniósł się w żaden sposób.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest niezasadne.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b zamawiający odrzuca ofertę złożoną przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Z kolei zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

W art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy pzp określono, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku:

- zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych {pkt 8};
- lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia {pkt 10}.

Zarzut niewykazania przez Konsorcjum Time spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia wykonawcy jest bezzasadny, gdyż – jak to powyżej ustalono – został oparty na dowolnym nadinterpretowaniu przez Odwołujących treści postanowień SWZ i wyjaśnień jej treści. Natomiast ustalona powyżej specyfika tego warunku spowodowała, że mogła zaistnieć sytuacja, którą Odwołujący uważają za paradoks. Odwołujący nie wskazali jednak żadnego przepisu ustawy pzp lub innego aktu prawnego, którego obejściem byłoby wykazanie spełnienia obowiązującego w tym postępowaniu warunku udziału w sposób, w jaki uczynił to Przystępujący.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy pzp jest bezprzedmiotowy, gdyż uzasadnienie odwołania nie zawiera żadnych okoliczności co do niezłożenia w terminie przez Konsorcjum Time oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 pzp, podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia lub spełnienia warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Izba podziela ocenę Przystępującego, że sposób zredagowania odwołania nie pozwala na stwierdzenie, że w związku z faktem podpisania referencji przez osobę, która nie należy do kręgu osób uprawnionych do reprezentacji spółki Mark 2, stawiany jest jakiś zarzut. Co więcej Odwołujący nie zakwestionował na rozprawie stanowiska Zamawiającego, że potwierdzenie należytego wykonania usługi jako oświadczenie wiedzy, odmiennie niż oświadczenie woli, nie musi być złożone przez osoby z tego kręgu.

Niezależnie od powyższego w sytuacji złożenia powyżej wskazanego pełnomocnictwa za bezzasadne należałoby uznać żądanie wykluczenia Konsorcjum Time, gdyż w zakresie tej okoliczności nie było uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp, a naruszenie tego przepisu przez zaniechanie takiego wezwania nie zostało objęte zakresem odwołania.

W przypadku podstaw wykluczenia wykonawcy z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy pzp pierwszą konieczną przesłanką jest zaistnienie sytuacji przedstawienia zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia wprowadzających w błąd, czyli po prostu nieprawdziwych (według dawniejszej terminologii), bo niezgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy, informacji.

Należy przyjąć, że obecnie obowiązujące przepisy, tak jak dawniej obowiązujący art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp z 2004 r., nie ustalają jakiegoś szczególnego rozumienia „prawdy” lub „nieprawdy” w odniesieniu do informacji składanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec tego adekwatny pozostaje (na co Krajowa Izba Odwoławcza wskazała już w uzasadnieniu wyroku z 6 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 372/10) pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uzasadnieniu wyroku z 5 kwietnia 2002 r. sygn. akt II CKN 1095/99 (opubl. Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna rok 2003, Nr 3, poz. 42): *Pojęcia „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenia występują w Prawie prasowym w art. 6 ust. 1, art. 12 ust. 1 pkt 1, art. 31 pkt 1 i art. 41, a także wielokrotnie w innych aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, 103 § 2, art. 252, 253. 254 § 1 i 2, art. 268, 304, 333 § 2, art. 339 § 2, art. 485 § 2, art. 913 § 2, art. 1045), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 303 § 1, art. 312) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 190 § 1). We wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”). Odpowiada to – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.*

Skoro – jak to powyżej ustalono – żadna z informacji przedstawionych w odwołaniu

jako nieprawdziwe nie okazała się taką, nie sposób stwierdzić, że przy wykazywaniu spełniania warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia Konsorcjum Time wprowadziło w błąd Zamawiającego.

Zarzuty naruszenia art. 16 ust. 1 i art. 204 ust. 1 ustawy pzp mają charakter niesamoistny w stosunku do powyżej rozstrzygniętych zarzutów, więc również należy je uznać za bezzasadne.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 575 pzp w zw. z § 8 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożyły się, na zasadzie § 5 ust. 1 i 2 lit. b rozporządzenia, uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.