

Sygn. akt KIO 889/15

WYROK
z dnia 13 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 maja 2015 r.** w Warszawie odwołania z dnia **30 kwietnia 2015 r.** wniesionego przez wykonawcę **Silesian System Security Biuro Ochrony Mienia Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**, ul. Buforowa 2, 52-131 Wrocław, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Gmina Wrocław Urząd Miejski Wrocławia, pl. Nowy Targ 1-8, 50-141 Wrocław**,

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia** Protector Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu [pełnomocnik] i [2] Biuro Ochrony Vigor Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Wergiliusza 42, 60-461 Poznań zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Silesian System Security Biuro Ochrony Mienia Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Silesian System Security Biuro Ochrony Mienia Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do **art. 198a i 198b ustawy** z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232) 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:

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Wrocław Urząd Miejski Wrocławia, pl. Nowy Targ 1-8, 50-141 Wrocław wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Usługi portierskie, ochrony mienia i monitorowania, konserwacji systemu sygnalizacji włamania (SSW) i telewizji dozorowej (CCTV), elektronicznych szyfratorów, czytników kart zbliżeniowych i domofonów oraz jednorazowe przeprogramowanie do stacji monitorowania alarmu (SMA) wraz z instalacją nadajników transmisji danych GSM w obiektach Urzędu Miejskiego Wrocławia«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 17.02.2015 r. pod nrem 2015/S 033-056519.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232) (dalej „Pzp” lub ustawa bez bliższego określenia).

Zamawiający zawiadomił 22.04.2015 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] Protector Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu [pełnomocnik] i [2] Biuro Ochrony Vigor Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

Wykonawca SILESIAN SYSTEM SECURITY Biuro Ochrony Mienia Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 30.04.2015 r. do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) zaniechanie odrzucenia oferty złożonej w zakresie zadania 1 i zadania 2 przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] Protector Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Wergiliusza 42,60-461 Poznań (pełnomocnik) i [2] Biuro Ochrony Vigor Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej „konsorcjum”);
- 2) względnie – zaniechanie wykluczenia konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 3) w efekcie – wybór konsorcjum jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „u.z.n.k.”) przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum w zakresie zadania 1 i zadania 2, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia, mimo podania nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania, w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu – dysponowania grupami interwencyjnymi, co najmniej po dwie dla każdego zadania osobno, z czasem reakcji do 10 minut od chwili wezwania (pkt VII.4.b SIWZ), względnie naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia, mimo niewykazania przez konsorcjum spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu;
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia, mimo niewykazania przez konsorcjum spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dla zadania 1 i zadania 2, obejmującego wykonanie lub wykonywanie z należytą starannością w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej dwóch usług monitoringu oraz konserwacji SSW w obiektach, każda o wartości nie mniejszej niż 30.000,00 zł brutto, (pkt VII.2.b SIWZ).

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty na zadanie 1 i zadanie 2, powtórzenie czynności badania i oceny ofert na zadanie 1 i zadanie 2 i w efekcie – odrzucenie oferty konsorcjum, względnie wykluczenie konsorcjum z udziału w postępowaniu bez ponownego wzywania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w tym postępowaniu;
- 3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wpisu od odwołania w wysokości 15.000,00 zł, wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w wysokości 17 zł;
- 4) ponadto odwołujący wniósł o przeprowadzenie w postępowaniu odwoławczym dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w odwołaniu.

Argumentacja odwołującego

Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez konsorcjum, uznając tę ofertę za najkorzystniejszą – zarówno w zakresie zadania 1 jak i zadania 2.

W ocenie odwołującego wybór ww. oferty jest efektem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, w związku z dokonaniem przez zamawiającego niewłaściwej oceny spełnienia przez konsorcjum warunków udziału w postępowaniu, a także niezweryfikowaniem prawdziwości podawanych przez konsorcjum informacji, które w sposób istotny wpłynęły na wynik postępowania. Okoliczności z tym związane były już podnoszone przez odwołującego w toku postępowania, przed wyborem oferty konsorcjum, w piśmie odwołującego z 31.03.2015 r. przesłanym zamawiającemu za pośrednictwem faksu.

W ocenie odwołującego konsorcjum złożyło w toku postępowania nieprawdziwe oświadczenie dotyczące spełnienia warunku w zakresie „dysponowania grupami interwencyjnymi, co najmniej po dwie dla każdego zadania osobno, z czasem reakcji (dojazd do miejsca alarmu) do 10 minut od chwili wezwania, składającymi się z pracowników wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony”. Konsorcjum wskazało – dwukrotnie, raz w ww. oświadczeniu a drugi raz w odpowiedzi z 16.04.2015 r. na wezwanie skierowane przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp – że warunek ten spełnia samodzielnie i nie musi polegać na potencjale innych podmiotów. Tymczasem konsorcjum – złożone wyłącznie z podmiotów mających siedzibę w Poznaniu – nie dysponuje żadną własną grupą interwencyjną na obszarze realizacji zamówienia, tj. we Wrocławiu, co jest faktem powszechnie znanym, a nadto znajduje potwierdzenie w dokumentach zgromadzonych w toku postępowania, jak również załączonych do odwołania. Samo konsorcjum nie ukrywa w żadnym momencie, że posiadane przezeń grupy Interwencyjne składają się wyłącznie z pracowników wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, mających miejsce zamieszkania na terenie województwa wielkopolskiego, głównie w Poznaniu (*vide* złożone przez konsorcjum w toku postępowania zaświadczenia dotyczące wpisania poszczególnych pracowników na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej). Z samego oświadczenia konsorcjum złożonego w toku postępowania wynika zresztą, że w zakresie tej części zamówienia, które obejmuje udział grup interwencyjnych, konsorcjum zamierza powierzyć realizację zamówienia podwykonawcom. Jednocześnie w powołanym wcześniej piśmie z 16.04.2015 r. konsorcjum wyjaśnia: „pomimo, że konsorcjum może samodzielnie zrealizować zamówienie, to zgodnie z prowadzoną polityką jakości konsorcjum, aby uskutecznić realizację zamówienia, konsorcjum planuje dodatkowo zawrzeć umowy na zapewnienie wsparcia grupami interwencyjnymi z podwykonawcami, które wesprą działania grup interwencyjnych

konsorcjum na terenie miasta Wrocławia w celu poprawienia bezpieczeństwa zamawiającego oraz skrócenia czasu dojazdu grup interwencyjnych”. W powyższych wyjaśnieniach w ocenie odwołującego konsorcjum samo potwierdza, że mimo posiadania własnych grup interwencyjnych – jako takich – nie będzie w stanie samodzielnie, bez udziału podwykonawców, zagwarantować dojazdu grupy interwencyjnej w czasie nie dłuższym niż 10 min od wezwania – co stanowiło jeden z warunków udziału w postępowaniu.

Konsorcjum nie dysponuje na terenie Wrocławia własnymi magazynami broni, co jest jednym z warunków posiadania grupy interwencyjnej zgodnie z przepisami § 1 pkt 3 i § 8 ust. 1 rozporządzenia ministra spraw wewnętrznych i administracji z dnia 21 października 2011 r. W sprawie zasad uzbrojenia specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych i warunków przechowywania oraz ewidencjonowania broni i amunicji. Rozporządzenie to jasno określa, że w skład grupy interwencyjnej wchodzi co najmniej dwóch uzbrojonych pracowników ochrony. Z kolei § 8 ust. 1 ww. Rozporządzenia, regulujący zasady dotyczące sposobu przechowywania broni, stanowi, że broń i amunicję, będące w posiadaniu specjalistycznej uzbrojonej formacji ochronnej przechowuje się w magazynie broni, przy czym przedsiębiorca organizuje magazyn broni we własnej siedzibie lub w obiektach chronionych przez specjalistyczną uzbrojoną formację ochronną. Zgodnie z ust. 3 spełnienie wymagań technicznych magazynu i sposobu zabezpieczenia broni i amunicji stwierdza protokołem upoważniony przez komendanta wojewódzkiego (stołecznego) policji funkcjonariusz policji.

Mając na względzie powyższe należy wskazać, że według informacji uzyskanych przez odwołującego od komendy wojewódzkiej policji we Wrocławiu, żadna z firm wchodzących w skład konsorcjum nie przechowuje na terenie województwa dolnośląskiego broni obiektowej na okaziciela, żadna też nie zgłosiła do odbioru magazynu broni według zasad określonych w § 8 ust. 3 rozporządzenia, co wyklucza możliwość posiadania przez te firmy w tym województwie grup interwencyjnych.

Dowód: pismo komendy wojewódzkiej policji we Wrocławiu z 01.04.2015 r.

Okoliczności te prowadzą w ocenie odwołującego co najmniej do wniosku, że konsorcjum nie wykazało i nie potwierdziło swoimi oświadczeniami czy wyjaśnieniami, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnego potencjału technicznego i osobowego do wykonania przedmiotowego zamówienia (grupy interwencyjnej z czasem reakcji do 10 minut).

W ocenie odwołującego posiadany przez konsorcjum zasób grup interwencyjnych, z których żadna nie funkcjonuje na obszarze objętym zamówieniem (co wydaje się być w tej sprawie niesporne), nie może zostać uznany za posiadanie przez konsorcjum rzeczywistego potencjału technicznego i osobowego, pozwalającego temu wykonawcy na realizację zamówienia w czasie do 10 minut – zgodnie z warunkami określonymi wyraźnie przez

zamawiającego. Faktycznie bowiem to nie ten zasób może być wykorzystany przez wykonawcę na obszarze zamówienia objętego tym postępowaniem, co wynika między innymi z braku własnego zaplecza magazynowego, z którego pracownicy grup interwencyjnych mieliby pobierać broń. Dopiero więc możliwość skorzystania z potencjału innego podmiotu umożliwi konsorcjum świadczenie usługi ochrony obiektów z udziałem patroli interwencyjnych. Tym samym konsorcjum, które w momencie składania oferty zamierzało realizować usługę przy udziale podwykonawców, których potencjał faktycznie stanowi niezbędny do realizacji zamówienia zasób, nie mogło wykazać się w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu własnym potencjałem, który z przyczyn obiektywnych nie będzie mógł być wykorzystywany przy realizacji zamówienia. Tym samym powinno ono, stosownie do art. 26 ust. 2b Pzp udowodnić zamawiającemu w toku dotychczasowego postępowania, że będzie dysponować zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia (tj. grupami interwencyjnymi lokalnych przedsiębiorców), w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania konsorcjum do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Konsorcjum powinno także przedstawić w toku dotychczasowego postępowania inne wymagane ustawą czy specyfikacją dokumenty i oświadczenia w zakresie dotyczącym wskazania nazwy (firmy) podmiotów, których potencjałem dysponował w momencie złożenia oferty niezbędnym do realizacji zamówienia, jak również potwierdzające, że podmioty te nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ostatnim momentem na udzielenie takich wyjaśnień i złożenie niezbędnych dokumentów i oświadczeń w toku dotychczasowego postępowania była odpowiedź konsorcjum na wezwanie zamawiającego z 08.04.2015 r. – w którym to zamawiający wyraźnie wskazał na istnienie rozbieżności w oświadczeniu konsorcjum dotyczącym spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wynikającym z jednej strony z wskazania, że grupy interwencyjne są zasobem własnym konsorcjum, z drugiej zaś jednoczesnego stwierdzenia, że w zakresie tych grup wykonanie zamówienia zostanie powierzone podwykonawcom. W odpowiedzi na to wezwanie konsorcjum wyjaśniło ponownie i wbrew rzeczywistości, że posiada własne grupy interwencyjne niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia. W odpowiedzi na to wezwanie – w świetle opisanych wyżej okoliczności – konsorcjum powinno natomiast załączyć dokumenty potwierdzające udostępnienie im zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia oraz inne wymagane prawem dokumenty dotyczące firm udostępniających konsorcjum swoje zasoby. Ponieważ konsorcjum tego nie uczyniło, na obecnym etapie – wobec wyczerpania przez zamawiającego w toku dotychczasowego postępowania, wobec konsorcjum, trybu określonego w art. 26 ust. 3 i 4 Pzp – nie ma już możliwości dokonywania ponownej oceny spełnienia przez konsorcjum warunków udziału w postępowaniu, tym

samym konsorcjum powinno podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Tym samym, w ocenie odwołującego – jako w pełni zasadny – jawi się, sformułowany na wstępie, zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia, mimo niewykazania przez konsorcjum spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w zakresie posiadania grup interwencyjnych z czasem reakcji do 10 minut.

W ocenie odwołującego trudno jednak nawet mówić o możliwości dokonania przez konsorcjum błędnej interpretacji analizowanego warunku udziału w postępowaniu, a opisane dotychczas zachowanie konsorcjum nosiło w ocenie odwołującego znamiona celowego wprowadzenia zamawiającego w błąd – tj. powołania się na zasób własny, co do którego konsorcjum musiało mieć świadomość jego nieprzydatności dla spełnienia warunku dojazdu w czasie do 10 minut od otrzymania wezwania, wyraźnie i w sposób niebudzący wątpliwości opisanego w specyfikacji.

Nie jest to pierwszy przypadek, w którym konsorcjum (w tym samym składzie) zmierzało do obejścia, na analogicznych zasadach, warunków udziału w postępowaniu na udzielenie zamówienia publicznego na usługi obejmujące m. in. działanie grup interwencyjnych z czasem reakcji do 10 minut. Mianowicie, na tej samej zasadzie konsorcjum, na przełomie 2014-2015 r., wzięło udział w postępowaniu prowadzonym przez Izbę Skarbową w Gdańsku – również i w tym postępowaniu wykazując dysponowanie własnym potencjałem technicznym i osobowym, w tym grupami interwencyjnymi gwarantującymi czas reakcji do 10 minut, mimo że obszar objęty tym zamówieniem dotyczył: trójmiasta, Lęborka, słupska, bytowa i Wejherowa – a zatem miast, w których konsorcjum nie posiadało własnych grup interwencyjnych. Analizowane postępowanie zakończyło się wprawdzie wyborem oferty konsorcjum jako najkorzystniejszej, niemniej jednak wybór ten został unieważniony przez zamawiającego po wyroku krajowej izby odwoławczej z dnia 5 lutego 2015 r. Sygn. Akt kio 132/15, który dla porządku odwołujący załącza do odwołania.

Wobec powyższego należy uznać, że przedstawiona w odwołaniu interpretacja przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych oraz postanowień SIWZ, mająca swoje potwierdzenie także w wykładni przyjętej w ww., wyroku kio, na obecnym etapie nie powinna być dla konsorcjum zaskoczeniem. Powyższe potwierdza jedynie, że działanie konsorcjum miało charakter celowy i zmierzało do wprowadzenia zamawiającego w błąd, w celu ominięcia warunków udziału w postępowaniu. Powyższe prowadzi do wniosku, że: po pierwsze, działanie to nosiło znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 u.z.n.k. i powinno spowodować – po

unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty – odrzucenie przez zamawiającego oferty konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Po drugie, konsorcjum nie tylko nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co – działając w stanie świadomości ukształtowanym m. in. przez wcześniejszy wyrok KIO z 5 lutego 2015 r. – podało nieprawdziwe informacje o spełnieniu tych warunków, co miało istotny wpływ na wynik postępowania i doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy, który z postępowania powinien zostać wykluczony.

Tym samym w ocenie odwołującego jako w pełni zasadne jawią się sformułowane na wstępie zarzuty naruszenia przez zamawiającego:

Art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust 1 u.z.n.k., *przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum złożonej w zakresie zadania 1 i zadania 2, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;*

Art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia, mimo niewykazania przez konsorcjum spełnienia warunku udziału w postępowaniu, obejmującego dysponowanie grupami interwencyjnymi, co najmniej po dwie dla każdego zadania osobno, z czasem reakcji do 10 minut od chwili wezwania.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że konsorcjum nie wykazało w toku postępowania, że spełnia warunek udziału w tym postępowaniu, w zakresie wiedzy i doświadczenia, obejmujący dla zadania 1 wykonanie lub wykonywanie z należytą starannością w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej dwóch usług monitoringu oraz konserwacji ssw w obiektach, każda o wartości nie mniejszej niż 30.000,00 zł brutto – czego zamawiający nie dostrzegł. Już w toku postępowania, w powołanym wcześniej piśmie z 31.03.2015 r. odwołujący sygnalizował – biorąc pod uwagę treść złożonych przez konsorcjum poświadczeń (referencji) wykonania usług – że czas funkcjonowania firm wystawiających te poświadczenia (od 1.10.2014 r. w przypadku ERPE M. O. i od 12.06.2014 r. w przypadku SEMI S. M.), profil ich działalności (głównie przetwarzanie danych, zarządzanie stronami internetowymi i podobna działalność), a także lokalizacja zarówno adresów głównego miejsca wykonywania działalności, jak i adresu do doręczeń (firmy te zlokalizowane są w mieszkaniach prywatnych – bloki i domki na wsi), praktycznie wyklucza możliwość wykonania prac na podane w oświadczeniu kwoty w podanych terminach. W szczególności, mając na uwadze realia rynku tych usług. Odwołujący wskazał, że podana na referendach ERPE M. O. kwota („powyżej 30,000 zł netto”) w zestawieniu z okresem realizacji rzekomej usługi (3 miesiące) jawi się jako astronomiczna. Odnosząc się do powyższych zarzutów – powielonych w istocie przez zamawiającego w piśmie skierowanym do konsorcjum w 8.04.2015 r. – konsorcjum wyjaśniło, w piśmie z 16.04.2015 r., że *„zawarte umowy z ww. podmiotami dotyczą*

świadczenia usługi: podłączenia systemów alarmowych, konserwacji systemów alarmowych, zapewnienia wsparcia grupami interwencyjnymi, monitorowania obiektów i odbierania sygnałów alarmowych. Wątpliwości budzić by mogło gdyby usługa dotyczyła tylko i wyłącznie usługi monitoringu, jednak przed przystąpieniem do realizacji zamówienia wykonawca zobowiązany był do stworzenia kompleksowej usługi stąd kwoty przewyższające wartość 30.000 zł brutto”.

Dowód: wydruk z CEIDG dla ERPE M. O. .

Dowód: wydruk z CEIDG dla SEMI S. M. .

Wobec powyższych wyjaśnień należy ponownie wskazać, że siwz wyraźnie przewidywała warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia obejmujący wykonanie lub wykonywanie *co najmniej dwóch usług monitoringu oraz konserwacji SSW w obiektach, każda o wartości nie mniejszej niż 30.000,00 brutto*. We wspomnianym piśmie konsorcjum samo natomiast przyznaje, że żaden z jej członków nigdy nie wykonał usługi monitoringu i konserwacji SSW, która sama w sobie byłaby warta nie mniej niż 30.000 zł brutto. Wykonywał natomiast w tej wartości usługę o charakterze kompleksowym – w skład której wchodziły także usługi monitoringu i konserwacji SSW, ale prócz tego również wsparcie grupami interwencyjnymi, i samo podłączenie alarmu. Powyższe potwierdza jedynie, na co zwrócił uwagę odwołujący w piśmie z 31.03.2015 r., że wykonanie w okresie 3 miesięcy usługi wyłącznie w zakresie monitoringu i konserwacji SSW w obiektach, o wartości 30 tys. zł brutto nie jest możliwe (znacznie zawyżona cena) – tym bardziej jeśli zauważyć, że w postępowaniu konsorcjum wycenia swoje usługi w dużo szerszym zakresie (oprócz samej konserwacji SSW także dojazdy grup interwencyjnych i inne usługi wchodzące w zakres zamówienia) na ok. 6.000 zł na kwartał. W świetle tych okoliczności i cytowanych wyżej wyjaśnień konsorcjum nie może być obecnie wątpliwości, że konsorcjum nie wykazało spełnienia analizowanego tu warunku udziału w postępowaniu, czego jednak zamawiający na etapie oceny spełnienia tych warunków nie dostrzegł.

Jedynie na marginesie należy zauważyć, że spośród przedstawionych przez konsorcjum poświadczeń jedynie poświadczenie wystawione przez podmiot ERPE M. O. wskazywało na wartość wykonanej przez konsorcjum usługi. Brak analogicznej informacji na poświadczeniu wystawionym przez SEMI S. M. nie pozwala na jakąkolwiek weryfikację w zakresie spełnienia przez poświadczaną usługę warunków określonych w siwz. Należy jedynie przypomnieć, że zgodnie z siwz, jeżeli wykonawca składa ofertę na dwa zadania, może przedstawić dokumentację na potwierdzenie realizacji co najmniej dwóch usług monitoringu i konserwacji SSW – ale o wartości jak dla zadania nr 1, tj. o wartości 30.000 zł. Ponieważ konsorcjum ubiegało się o udzielenie zamówienia w zakresie obu zadań, a w toku postępowania złożyło poświadczenie jedynie w odniesieniu do dwóch usług (na oba zadania,

a nie po dwie usługi na każde zadanie) – należy uznać, że również wartość usługi wykonanej na rzecz SEMI S. M. powinna mieć wartość nie mniejszą niż 30.000,00 zł brutto. Złożone przez konsorcjum poświadczenie nie pozwala jednak na weryfikację spełnienia tego warunku – także w świetle dodatkowych wyjaśnień złożonych przez konsorcjum w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp,

W związku z powyższym odwołujący zarzuca jak w pkt 3 odwołania, tj. naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia, mimo niewykazania przez konsorcjum spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dla zadania 1 i zadania 2, obejmującego wykonanie lub wykonywanie z należytą starannością w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej dwóch usług monitoringu oraz konserwacji SSW w obiektach, każda o wartości nie mniejszej niż 30.000,00 zł brutto.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty konsorcjum, a dalej o odrzucenie oferty konsorcjum albo wykluczenia tego podmiotu z postępowania bez wzywania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu – czy to wobec podania przez konsorcjum nieprawdziwych informacji, czy to wobec uprzedniego skorzystania przez zamawiającego w toku dotychczasowego postępowania z trybu określonego w art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 28.04.2015 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 29.04.2015 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

01.05.2015 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia [1] Protector Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu [pełnomocnik] i [2] Biuro Ochrony Vigor Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu złożyli (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami do czasu zamknięcia rozprawy 10.05.2015 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. – przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum w zakresie zadania 1 i zadania 2, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz zarzut drugi naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp – przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia, mimo podania nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania, w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu – dysponowania grupami interwencyjnymi, co najmniej po dwie dla każdego zadania osobno, z czasem reakcji do 10 minut od chwili wezwania (pkt VII.4.b SIWZ), względnie naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia, mimo niewykazania przez konsorcjum spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu – nie zasługują na uwzględnienie.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp brzmi »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy [...] złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania«.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp brzmi »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy [...] nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu«.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji«.

Przepis art. 3 ust. 1 u.z.n.k. brzmi »Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta«.

Odwołujący zarzucił, że przystępujący nie dysponuje wymaganymi w specyfikacji »grupami interwencyjnymi« w rozumieniu przepisu § 1 pkt 3 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 21 października 2011 r. w sprawie zasad uzbrojenia specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych i warunków przechowywania oraz ewidencjonowania broni i amunicji (Dz. U. Nr 245, poz. 1462) i w związku z tym odwołujący zarzucił, że przystępujący złożył nieprawdziwe informacje w ofercie.

Izba ustaliła, że zamawiający stawiał warunek w dziale VII ust. 2 pkt 4 lit. b (str. 8) specyfikacji aby wykonawca dysponował dla każdego zadania co najmniej dwoma grupami interwencyjnymi z czasem reakcji (dotarciem do miejsca alarmu) do 10 minut od chwili wezwania. Grupy mają się składać z pracowników posiadających licencje pracownika ochrony fizycznej I lub II stopnia. Jednak nigdzie zamawiający nie stawiał warunku ani nie wymagał aby wykonawcy rozumieli wyrażenie „grupa interwencyjna” zgodnie z treścią § 1 pkt 3 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 21 października 2011 r. w sprawie zasad uzbrojenia specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych i warunków przechowywania oraz ewidencjonowania broni i amunicji, który to przepis brzmi »Użyte w rozporządzeniu określenia oznaczają [...] grupa interwencyjna – co najmniej dwóch uzbrojonych pracowników ochrony, którzy po uzyskaniu za pośrednictwem uzbrojonego stanowiska interwencyjnego informacji z urządzeń lub systemów alarmowych sygnalizujących zagrożenie chronionych osób lub mienia wspólnie realizują zadania ochrony osób lub mienia w formie bezpośredniej ochrony fizycznej doraźnej na terenie chronionego obszaru, obiektu lub urządzenia«.

Izba stwierdza, że to właśnie rozumienie pojęcia »grupa interwencyjna« jest szczególnie uregulowane w rozporządzeniu (»Użyte w rozporządzeniu określenia oznaczają«), dlatego to szczególne rozumienie pojęcia jest przypisane tylko do tego wyrażenia użytego w tym rozporządzeniu, natomiast w specyfikacji zamawiający nie odnosił się do tego rozporządzenia i dlatego nie można ograniczać znaczenia wyrażenia »grupa interwencyjna« do definicji zawartej w § 1 pkt 3 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 21 października 2011 r. w sprawie zasad uzbrojenia specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych i warunków przechowywania oraz ewidencjonowania broni i amunicji.

Zamawiający nigdzie nie stwierdził, że będzie rozumiał pojęcie »grupa interwencyjna« lub jakiegokolwiek inne wyrażenie w sposób szczególny. Do wyrażenia takiego zdania przez Izbę upoważnia również pismo zamawiającego z 24.02.2015 r., w którym w odpowiedzi na pyt. 7 i 8 odnośnie wyposażenia w broń lub piloty antynapadowe pracowników wykonawców – zamawiający stwierdził, że nie określił takiego warunku ani wymagania w specyfikacji. W związku z tym wykonawcy nie musieli dysponować pracownikami uzbrojonymi, co jest warunkiem »grupy interwencyjnej« w rozumieniu przytaczanego rozporządzenia.

Dlatego również przystępujący nie musi dysponować magazynem broni na terenie Wrocławia ani gdziekolwiek indziej, bo brak jest warunku lub wymagania posiadania uzbrojenia przez pracowników wykonawcy.

Izba stwierdza, że specyfikacji nie należy interpretować wybiórczo, ale specyfikację należy pojmować i tłumaczyć jako całość wraz z pozostałymi dokumentami zamawiającego udostępnionymi przed upływem terminu składania ofert, a zwłaszcza takimi dokumentami są ogłoszenie o zamówieniu i wyjaśnienia (odpowiedzi) zamawiającego. Dlatego Izba musi stwierdzić, że zamawiający nie wymagał od wykonawców posiadania grup interwencyjnych w rozumieniu przytoczonego rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 21 października 2011 r. w sprawie zasad uzbrojenia specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych i warunków przechowywania oraz ewidencjonowania broni i amunicji.

Z tego względu zarzut odwołującego, że oferta przystępującego powinna być odrzucona, bo przystępujący nie wykazał się dysponowaniem czterema grupami interwencyjnymi złożonymi z odpowiedniej liczby uzbrojonych pracowników ochrony nie może być uwzględniony przez Izbę, bo zamawiający nie postawił takiego wymogu ani warunku w specyfikacji, a także w żadnym innym dokumencie udostępnionym przez zamawiającego przed upływem terminu składania ofert.

Ponadto zamawiający nigdzie nie postawił wymogu, aby wykonawca spełniał świadczenie bez udziału podwykonawców, dlatego stwierdzenie przystępującego przytoczone przez odwołującego cyt. »pomimo, że konsorcjum może samodzielnie zrealizować zamówienie, to [...] konsorcjum planuje dodatkowo zawrzeć umowy na zapewnienie wsparcia grupami interwencyjnymi z podwykonawcami [...]« nie może obligować zamawiającego do odrzucenia oferty przystępującego.

Jednocześnie odwołujący powołując się na wyrok KIO z 5 lutego 2015 r. o sygn. akt KIO 132/15 nie wykazał, że stany faktyczne spraw są takie same, a zwłaszcza postanowienia specyfikacji są analogiczne z postanowieniami specyfikacji w rozpoznawanym postępowaniu. Dlatego Izba nie mogła brać pod uwagę przywoływanego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej.

Również odwołujący nie wykazał, że odpowiednie jednostki (grupy interwencyjne) nie mogą osiągnąć wymaganego miejsca we Wrocławiu w ciągu 10 minut od wszczęcia alarmu.

Ponadto izba stwierdza, że u zamawiającego w trakcie badania oferty przystępującego zrodziły się wątpliwości i dlatego, zgodnie z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, wezwał 08.04.2015 r. przystępującego o przedstawienie prawidłowego wykazu osób wymaganego w zmienionej specyfikacji (zmiana odbyła się przed upływem terminu składania ofert). Również zamawiający miał wątpliwości w stosunku do wykazania doświadczenia przez przystępującego, który wykazał w ofercie wykonanie usług o znacznej wartości (30 000 zł) na rzecz osób prowadzących jednoosobową działalność w stosunkowo krótkim czasie.

Przystępujący w wymaganym terminie 16.04.2015 r. złożył odpowiednie wyjaśnienia oraz właściwe wykazy osób wraz z kopiami żądanych dokumentów osobowych. Na tej podstawie zamawiający stwierdził spełnienie warunków przez przystępującego.

Dlatego w ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. oraz zarzut drugi naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp – nie mogą zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie Izby, zarzut trzeci naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp – przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia, mimo niewykazania przez konsorcjum spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dla zadania 1 i zadania 2, obejmującego wykonanie lub wykonywanie z należytą starannością w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej dwóch usług monitoringu oraz konserwacji SSW w obiektach, każda o wartości nie mniejszej niż 30.000 zł brutto, (pkt VII.2.b SIWZ) – nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp brzmi »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy [...] nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu«.

Odwołujący zarzucił, że przystępujący wykazał spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia powołując się na wykonanie usług monitoringu oraz konserwacji ssw w obiektach o wartości ponad 30 000 zł dla stosunkowo niewielkich podmiotów prowadzących jednoosobową działalność gospodarczą i to w stosunkowo krótkich okresach kilku miesięcy. Ponadto odwołujący zarzucił, że na podstawie dysponowanych przez zamawiającego dokumentów referencyjnych nie można zweryfikować wartości wykonanych usług.

Izba stwierdza, że zgodnie z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231), a zwłaszcza przepisem § 1 ust. 1 pkt 3 tego rozporządzenia zamawiający nie może żądać dowodów na wykazanie wartości referencyjnych świadczeń, a tylko dowodów czy świadczenia te były wykonane należycie. § 1 ust. 1 pkt 3 tego rozporządzenia brzmi »W celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia

29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą”, zamawiający może żądać, następujących dokumentów [...] wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz **załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie**« [podkreślenie Izby]. Izba stwierdza, że zamawiający dysponując dokumentami i oświadczeniami złożonymi przez przystępującego był obowiązany uznać, że przystępujący spełnił warunek posiadania wymaganej wiedzy i odpowiedniego doświadczenia. Brak w dokumentach referencyjnych odniesienia do wartości danego zamówienia nie może dyskredytować tego dokumentu ani wpływać na konieczność wykluczenia danego wykonawcy z postępowania, gdyż nie ma ku temu żadnych podstaw prawnych, a zwłaszcza przytaczany przepis § 1 ust. 1 pkt 3 cytowanego rozporządzenia nie stawia wymogu żądania od wykonawców aby dowody należytego wykonania lub wykonywania świadczenia miały wykazywać coś ponad wykazanie należytego spełnienia lub spełniania świadczenia.

Ponadto Izba wzięła pod uwagę stwierdzenie zamawiającego, że zamawiający nie wskazał przed upływem terminu składania ofert jak należy rozumieć pojęcie »usługi monitoringu oraz konserwacji ssw«. W zakresie tego pojęcia np. można tylko obserwować widok ukazujący się na monitorze, ale także np. można dokonywać bezpośredniej obserwacji przez wielu pracowników określonego terenu. W związku z tym niedookreśleniem warunków w specyfikacji zamawiający nie może wyciągać negatywnych konsekwencji w stosunku do wykonawców, którzy mogą w granicach postanowień specyfikacji przedstawić różne rozumienie niedookreślonych pojęć.

Wreszcie odwołujący nie poparł swojego zarzutu żadnymi dowodami, a to na odwołującym ciąży obowiązek udowodnienia zarzucanych faktów, podobnie jak to wynika z art. 6 Kc, który to przepis brzmi »Ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne«.

Z powyższych względów w ocenie Izby, zarzut trzeci naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp – nie może być uwzględniony.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: