

WYROK
z dnia 22 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lutego 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lutego 2017 r. przez wykonawcę **GWARANT Agencja Ochrony S.A. z siedzibą w Opolu** w postępowaniu prowadzonym przez **Górnośląskie Towarzystwo Lotnicze S.A. z siedzibą w Katowicach**

przy udziale wykonawcy **Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **GWARANT Agencja Ochrony S.A. z siedzibą w Opolu** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **GWARANT Agencja Ochrony S.A. z siedzibą w Opolu** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **GWARANT Agencja Ochrony S.A. z siedzibą w Opolu** na rzecz **Górnośląskiego Towarzystwa Lotniczego S.A. z siedzibą w Katowicach** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Wybór Wykonawcy realizacji usługi kontroli bezpieczeństwa osób, kontroli bezpieczeństwa ładunków i bagażu w Międzynarodowym Porcie Lotniczym Katowice w Pyrzowicach”, prowadzonym przez Górnośląskie Towarzystwo Lotnicze S.A. w Katowicach z Katowic wykonawca Gwarant Agencja Ochrony S.A. z Opola (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec:

1. wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Poczta Polska S.A. z Warszawy (dalej „PP”),
2. zaniechania dokonania przez zamawiającego oceny oferty złożonej przez PP w sposób zgodny z kryteriami oceny ofert, co skutkowało przyznaniem temu wykonawcy niewłaściwej ilości punktów w kryterium „Doświadczenie”,
3. zaniechania dokonania przez zamawiającego oceny oferty złożonej przez Stekop S.A., z Warszawy (dalej „Stekop”), w sposób zgodny z kryteriami oceny ofert, co skutkowało przyznaniem temu wykonawcy niewłaściwej ilości punktów w kryterium „Doświadczenie”,
4. zaniechania wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 138r ust. 3 w zw. z art. 138k ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp], poprzez dokonanie oceny ofert złożonych przez PP i Stekop w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w rozdz. XXII „Dokumentu określającego sposób przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na usługi społeczne” (dalej „Dokument”), co skutkowało przyznaniem tym wykonawcom w kryterium „Doświadczenie” po 5 pkt (maksymalna ilość), ze względu na przyjęcie przez zamawiającego, że PP i Stekop wykazali, że wykonywali lub wykonują usługę kontroli bezpieczeństwa osób oraz kontroli bezpieczeństwa ładunków i bagażu w Międzynarodowym Porcie Lotniczym zlokalizowanym na terenie Unii Europejskiej w sposób należyty, co jednocześnie narusza zasadę równego traktowania wykonawców, konkurencji i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności oceny i porównania ofert, w szczególności zgodnie z Rozdziałem XXII Dokumentu, a w konsekwencji uznanie oferty odwołującego za najkorzystniejszą.

Odwołujący podał, że w rozdz. XXII Dokumentu „Opis kryteriów, którymi Zamawiający

będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów”, zamawiający określił następujące kryteria i przyznał im następujące wagi: cena – 95 pkt. oraz doświadczenie – 5 pkt.

Uzupełnił, że w ramach kryterium „doświadczenie”, w rozdz. XXII pkt 3.2. Dokumentu, zamawiający wskazał, że „jeśli Wykonawca wykaże, że wykonywał lub wykonuje usługę kontroli bezpieczeństwa osób oraz kontroli bezpieczeństwa ładunków i bagażu w Międzynarodowym Porcie Lotniczym (dalej MPL) zlokalizowanym na terenie Unii Europejskiej otrzyma 5 pkt.” oraz w tej samej części zasady przyznawania punktacji w tym kryterium:

„Ocena kryterium DOŚWIADCZENIE nastąpi w oparciu o dane zawarte w oświadczeniu Wykonawcy, którego wzór stanowi załącznik nr 10 do DOKUMENTU - Wykaz usług. Wykonawca wraz z oferta zobowiązany jest przedstawić wykaz usług, w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert. a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, potwierdzający, że wykonywał lub wykonuje usługę kontroli bezpieczeństwa osób oraz kontroli bezpieczeństwa ładunków i bagażu w Międzynarodowym Porcie Lotniczym zlokalizowanym na terenie Unii Europejskiej, z podaniem przedmiotu usługi, daty i miejsca wykonania/wykonywania, a także odbiorcy usługi - podmiotu, na rzecz którego usługi były/są wykonane/wykonywane oraz załączyć dowody (dokument/y) potwierdzający/e, że usługi wskazane w wykazie usług zostały wykonane/są wykonywane należycie przez Wykonawcę.

Uwaga 6:

Dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane.

Uwaga 7:

Jeżeli Wykonawca nie złoży wykazu usług lub dowodu/ów (dokumentu/ów) potwierdzającego/yh, że usługi wskazane w wykazie usług zostały wykonane/są wykonywane należycie – Zamawiający uzna, iż Wykonawca nie wykonywał usług i otrzyma za kryterium DOŚWIADCZENIE - 0 pkt”.

Odwołujący podał także, że pismem z dnia 30 stycznia 2017 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o dokonaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez PP (maksymalna liczba pkt.: 100-95 pkt. w kryterium „cena” i 5 pkt. w kryterium „doświadczenie”), na 2 miejscu została sklasyfikowana oferta Stekop (99,04 pkt. – 94,04 pkt. w kryterium „cena” i 5 pkt. w kryterium „doświadczenie”), zaś oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu 3 listy rankingowej (liczba pkt. 97,07 – w kryterium „cena” i 5 pkt. w kryterium „doświadczenie”).

Wskazał, że w wykazie usług (Załącznik 10) zarówno PP, jak i Stekop przedstawili

usługę świadczoną wspólnie (jako konsorcjum) w okresie 01.10.2012-01.10.2015 na rzecz Mazowieckiego Portu Lotniczego Warszawa-Modlin S.A., na potwierdzenie należytego jej wykonania usługi, składając identyczne w swej treści zaświadczenie zamawiającego z 13.10.2015 r.

Dodatkowo wskazał, że Stekop przedstawił także w wykazie usług kolejne dwie usługi świadczone na rzecz tego samego zamawiającego w okresach 02.10.2015-30.11.2015 r. oraz od 01.12.2015 r., składając na potwierdzenie należytego wykonania tych usług zaświadczenia (identyczne w swej treści) z 08.04.2016 r. i z 23.11.2016 r.

Odwołujący stanął na stanowisku, że treść zaświadczeń złożonych przez PP i Stekop, a wystawionych przez Mazowiecki Port Lotniczy Warszawa-Modlin, nie potwierdza należytego wykonania usług przez tych wykonawców.

Stwierdził, że we wszystkich dokumentach Mazowiecki Port Lotniczy Warszawa - Modlin zaświadcza, że wykonawcy świadczyli usługi ochrony lotnictwa cywilnego, wskazując czynności, które były realizowane w ramach usługi, potwierdzają, że wykonawcy posiadali uprawnienia do wykonywania zadań w zakresie kontroli bezpieczeństwa w ruchu lotniczym oraz, że pracownicy wykonawców posiadali odpowiednie kwalifikacje, a nadto, że w Zaświadczeniach z dnia 8 kwietnia 2016 r. oraz 23 listopada 2016 r. wskazano, że usługa była realizowana w zakresie zgodnym z zawartą umową.

W ocenie odwołującego oznacza to, że „Zaświadczenia” potwierdzają co prawda wykonanie usług, ale nie potwierdzają należytego wykonania/wykonywania usług.

Stanął na stanowisku, że treść tych dokumentów potwierdzać może co najwyżej spełnianie przez wykonawcę minimalnych wymagań w zakresie niezbędnym w ogóle do świadczenia usług kontroli bezpieczeństwa, tj. posiadanie przez PP niezbędnych uprawnień, jak też posiadanie przez zatrudnionych tam pracowników legitymacji kwalifikowanego pracownika ochrony oraz certyfikatów operatora kontroli bezpieczeństwa – stanowią one warunek sine qua non dla prowadzenia działalności i świadczenia usług z zakresu kontroli bezpieczeństwa.

Podniósł, że z Zaświadczeń nie wynika jednak, jaka była jakość świadczonych usług.

Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2595/13, zgodnie z którym „dokument referencji nie musi wprost zawierać sformułowania "referencje", ani też stwierdzenia, że określona usługa została wykonana należycie czy też innych sformułowań ocennych wskazujących na zadowalające, satysfakcjonujące wykonanie zadania. W dokumencie referencji nie chodzi bowiem o dosłowne powielenie formuły użytej w treści SIWZ, a oddanie celu, jakim jest wykazanie poprawnego i zadowalającego odbiorcę wykonania dostawy. Istotne jest, aby z treści tego dokumentu wynikała prawidłowość

wykonania prac, rozumiana nie tylko, jako fakt ich wykonania, ale chodzi o wykonanie zgodne z umowa, w terminie, w sposób należyty. Dokonując oceny dokumentów, które zostały złożone wraz z oferta w celu potwierdzenia należytej realizacji zamówienia, należy dokonać oceny treści złożonych dokumentów, poddając analizie użyte w nim słownictwo.

Według odwołującego przywołane wyżej zaświadczenia nie zawierają stwierdzeń, z których można by choćby wywnioskować, że wykonane usługi były/są wykonywane w sposób należyty.

Podał, że w powoływanej sprawie Izba następująco ocenia referencje: „w dokumencie tym nie zostały zawarte informacje na temat poprawności realizacji dostaw - za taką nie można uznać stwierdzenia, że Dostawę wykonano do wszystkich Oddziałów Regionalnych oraz Centrali ARiMR i zakończono w dniu 7 marca 2013 r. Sam fakt wskazania powyżej określonych informacji nie potwierdza jeszcze, że dostawy dokonano w sposób poprawny, terminowy, bez opóźnień, czyli innymi słowy w sposób należyty. Dokument stanowi w istocie zaświadczenie wskazujące ogólnie na fakt wykonania w przeszłości pewnego zadania, nie pozwala jednak w żaden sposób wywnioskować jakości wykonanych dostaw, w tym czy wykonano je należycie (porównaj: wyrok KIO z dnia 19 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1683/11; wyrok KIO z 24 czerwca 2013 r., sygn. akt 1348/13)”.

Wobec powyższego, zdaniem odwołującego, przedłożone przez PP i Stekop zaświadczenia nie spełniają roli, jaką ustawodawca wiąże ze składaniem referencji w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Powołał się na wyroku KIO z dnia 19 lipca 2016 r., sygn. akt KIO 1190/16, zgodnie z którym „Dla określenia zakresu wykazywanych usług referencyjnych liczy się oświadczenie wykonawcy. Referencje nie muszą podawać dokładnie, jakie elementy usługi zostały wykonane w ramach danego zamówienia. Celem referencji jest potwierdzenie należytego wykonania umowy. Jeżeli oświadczenia wykonawcy budzą wątpliwości. zamawiający może zadać wyjaśnień na ich temat”.

W ocenie odwołującego oznacza to, że przedstawione przez PP i Stekop Zaświadczenia nie mogą potwierdzać należytego wykonania usług.

Zwrócił uwagę, że wystawca tych dokumentów nie opatrzył ich tytułem „referencje”.

Podkreślił, że sam zamawiający w tym postępowaniu wyraźnie odróżnił w punkcie 3.2. Rozdz. XXII Dokumentu referencje od innych dokumentów wystawionych na potwierdzenie należytego wykonania/wykonywania usługi, podnosząc, że nie tylko ze względu na tytuł dokumentów, ale także ze względu na ich treść nie sposób przyjąć, aby stanowiły one dowód na należyte wykonanie/wykonywania usług.

Podniósł, że dowodu takiego nie stanowi także stwierdzenie w Zaświadczeniach wystawionych na rzecz Stekop z 08.04.2016 r. i 23.11.2016 r., że „usługa realizowana była/jest w zakresie zgodnym z zawartą umową”, ponieważ „zakres” oznacza ramy, rozmiar,

wymiar, dziedzinę, pole, sferę działania (działalności, aktywności), wobec czego ze wskazanych Zaświadczeń wynika tylko tyle, że wykonano/wykonuje się świadczenia objęte opisem przedmiotu zamówienia, ale nie wiadomo, jak owe świadczenia były/są wykonywane. Stwierdził, że nie ma w tych Zaświadczeniach jakichkolwiek informacji na ten temat.

Wskazał, że zamawiający ustalił w Dokumencie (Rozdz. XXII pkt 3.2.), że nie będzie wzywał do uzupełnienia dokumentów, o których mowa powyżej.

Podsumował, że na podstawie przedłożonych zaświadczeń, zamawiający powinien był przyznać wykonawcom PP i Stekop 0 pkt. w kryterium „Doświadczenie”, przy takiej zaś ocenie ofert odwołujący uzyskałby 97,07 pkt, PP – 95 pkt, zaś Stekop – 94,04 pkt.

Odwołujący oświadczył, że posiada informacje, z których wynika, że umowy realizowane przez konsorcjum PP i Stekop na rzecz Mazowieckiego Portu Lotniczego Warszawa-Modlin (wskazane w wykazach usług PP i Stekop) nie były wykonywane w sposób należyty – wskazywał zamawiającemu, pismem z dnia 12 stycznia 2017 r., że konsorcjum PP i Stekop nienależycie wykonywało umowę na rzecz Mazowieckiego Portu Lotniczego Warszawa-Modlin i było z tego tytułu obciążane karami umownymi.

Podniósł, że zamawiający kwestii tych nie wyjaśnił.

Powołał się na wyrok Izby z dnia 9 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2217/16, zgodnie z którym referencje służą potwierdzeniu należytego wykonania usługi, w sytuacji jednak, kiedy istnieją uzasadnione wątpliwości dotyczące zakresu czy wartości takich usług oraz, kiedy istnieje wątpliwość co do tego, czy referencje potwierdzają należyte wykonanie takich usług (i o takiej wartości), zamawiający ma obowiązek wątpliwości te wyjaśnić i nie może poprzestać na bezkrytycznym przyjęciu oświadczenia wykonawcy

Przypomniał, że zgodnie z art. 138k ustawy Pzp zamawiający przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia z uwzględnieniem zasad konkurencji i równego traktowania, proporcjonalności i przejrzystości i stwierdził, że zamawiający miał więc obowiązek weryfikacji, w świetle treści Zaświadczeń odwołującej się jedynie do personelu wykonawców i zakresu usług, czy umowy wykonywane przez PP i Stekop były/są realizowane w sposób nienależyty.

Ocecił, że takie zaniechanie zamawiającego dziwi o tyle, że ogłoszone zamówienie ma charakter niezwykle wrażliwy, ponieważ dotyczy zapewnienia bezpieczeństwa dla pasażerów, bagażu ładunków i przesyłek w jednym z głównych portów lotniczych w Polsce, a w zakresie wykonywanych usług wchodzi realizacja wymogów określonych w ustawie z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia czy w ustawie Prawo lotnicze.

Podkreślił, że wykonawca będzie odpowiedzialny za wykonywanie kontroli

bezpieczeństwa i bagażu, w tym obsługi lotów wysokiego ryzyka, będzie posiadał dostęp do informacji niejawnych co najmniej o klauzuli „zastrzeżone”, współpracował ze służbą celną w zakresie jej statutowych obowiązków, prowadzenia procedur w zakresie wydawania przepustek, a od osób realizujących usług w imieniu wykonawcy wymaga się przestrzegania na wysokim poziomie zasad wynikających z kultury osobistej, higieny i współżycia społecznego; wykonywana kontrola bezpieczeństwa będzie bowiem godzić w podstawowe prawa każdej osoby, jak choćby prawo do prywatności, a w niektórych przypadkach będzie wymagać użycia przymusu bezpośredniego.

Wobec powyższego uznał, że zamawiający winien był dołożyć wyższej staranności w weryfikacji wykonawców biorących udział w postępowaniu, a już w szczególności, gdy został powiadomiony o nieprawidłowościach – wykonawcy mieli wykazać nie tylko co robili, ale jak to robili.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 15 lutego 2017 r. w szczególności „Dokumentu określającego sposób przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na usługi społeczne”, ofert: przystępującego i wykonawcy STECOP, pisma odwołującego do zamawiającego z dnia 12 stycznia 2017 r., Odpowiedzi na odwołanie (pismo zamawiającego z dnia 21 lutego 2017 r.), wyciągu ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia – nr postępowania: P-021/12 oraz P-042/15 zamawiającego – Mazowiecki Port Lotniczy Warszawa-Modlin Sp. z o.o. z Nowego Dworu Mazowieckiego, złożonych przez odwołującego na rozprawie, Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 16 października 2015 r. – postępowanie P-042/15, złożonej na rozprawie przez przystępującego, a także stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zarzut dokonania oceny ofert złożonych przez przystępującego oraz Stekop w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w rozdz. XXII „Dokumentu określającego sposób przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na usługi społeczne”, co skutkowało przyznaniem tym wykonawcom w kryterium „Doświadczenie” po 5 pkt , ze względu na przyjęcie, że wykazali, że wykonywali lub wykonują usługę kontroli bezpieczeństwa osób oraz kontroli bezpieczeństwa ładunków i bagażu w Międzynarodowym Porcie Lotniczym zlokalizowanym na terenie Unii Europejskiej w sposób należyty, co jednocześnie narusza zasadę równego traktowania wykonawców, konkurencji i przejrzystości, czym zamawiający

naruszył art. 138r ust. 3 w zw. z art. 138k ustawy Pzp

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne pn. „Wybór Wykonawcy realizacji usługi kontroli bezpieczeństwa osób, kontroli bezpieczeństwa ładunków i bagażu w Międzynarodowym Porcie Lotniczym Katowice w Pyrzowicach” zamawiający opracował „Dokument określający sposób przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na usługi społeczne” (dalej „Dokument”).

W rozdziale XXII Dokumentu „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów” zamawiający podał kryteria oceny ofert, jakie zastosuje przy wyborze oferty najkorzystniejszej i przypisał im wagi, tj.:

- Cena – 95 pkt.
- Doświadczenie – 5 pkt.

W odniesieniu do kryterium „Doświadczenie” (Rozdział XXII pkt 3.2.) zamawiający wskazał:

- „Jeżeli Wykonawca wykaze, że wykonywał lub wykonuje usługę kontroli bezpieczeństwa osób oraz kontroli bezpieczeństwa ładunków i bagażu w Międzynarodowym Porcie Lotniczym (dalej MPL) zlokalizowanym na terenie Unii Europejskiej - otrzyma 5 pkt.”
- „Ocena kryterium DOŚWIADCZENIE nastąpi w oparciu o dane zawarte w oświadczeniu Wykonawcy, którego wzór stanowi załącznik nr 10 do DOKUMENTU – Wykaz usług. Wykonawca wraz z oferta zobowiązany jest przedstawić wykaz usług, w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, potwierdzający, że wykonywał lub wykonuje usługę kontroli bezpieczeństwa osób oraz kontroli bezpieczeństwa ładunków i bagażu w Międzynarodowym Porcie Lotniczym zlokalizowanym na terenie Unii Europejskiej, z podaniem przedmiotu usługi, daty i miejsca wykonania/wykonywania, a także odbiorcy usługi – podmiotu, na rzecz którego usługi były/są wykonane/wykonywane oraz załączyć dowody (dokument/y) potwierdzający/e, że usługi wskazane w wykazie usług zostały wykonane/są wykonywane należycie przez Wykonawcę.”
- „Uwaga 6: Dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych (...)”
- „Uwaga 7: Jeżeli Wykonawca nie złoży wykazu usług lub dowodu/ów (dokumentu/ów) potwierdzającego/y, że usługi wskazane w wykazie usług zostały wykonane/są

wykonywane należycie – Zamawiający uzna, iż Wykonawca nie wykonywał usług i otrzyma za kryterium DOŚWIADCZENIE - 0 pkt. W tym przypadku Zamawiający nie będzie wzywał Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, o których mowa powyżej.”

Wykonawca STEKOP złożył (wg opracowanego przez zamawiającego wzoru – Załącznik nr 10 do Dokumentu) „*Oświadczenie Wykonawcy o wykonywaniu usługi kontroli bezpieczeństwa osób oraz kontroli bezpieczeństwa ładunków i bagażu w Międzynarodowym Porcie Lotniczym zlokalizowanych na terenie Polski*” (str. 10-12 oferty), a w jego ramach wskazał cztery usługi.

Pierwsza z nich to „*Całodobowa, bezpośrednia ochrona fizyczna osób i mienia lotniska świadczona przez SUFO, kontrola bezpieczeństwa w ruchu lotniczym*” (umowa nr PLM/K/396/2/012) świadczona przez konsorcjum STEKOP oraz Poczta Polska S.A. w okresie od 01.10.2012 r. do 01.10.2015 r. na rzecz Mazowieckiego Portu Lotniczego Warszawa-Modlin Sp. z o.o. z Nowego Dworu Mazowieckiego.

Druga z nich to „*Całodobowa, bezpośrednia ochrona fizyczna osób i mienia lotniska świadczona przez SUFO, kontrola bezpieczeństwa w ruchu lotniczym*” (umowa nr PLM/K/448/2/012) świadczona przez konsorcjum STEKOP oraz Poczta Polska S.A. w okresie od 01.10.2012 r. do 01.10.2015 r. na rzecz Mazowieckiego Portu Lotniczego Warszawa- Modlin Sp. z o.o. z Nowego Dworu Mazowieckiego.

Trzecia z nich to „*Całodobowa, bezpośrednia ochrona fizyczna osób i mienia lotniska świadczona przez SUFO, kontrola bezpieczeństwa w ruchu lotniczym*” świadczona przez STEKOP w okresie od 01.10.2015 r. do 30.11.2015 r. na rzecz Mazowieckiego Portu Lotniczego Warszawa-Modlin Sp. z o.o. z Nowego Dworu Mazowieckiego.

Czwarta z nich to „*Całodobowa, bezpośrednia ochrona fizyczna osób i mienia lotniska świadczona przez SUFO, kontrola bezpieczeństwa w ruchu lotniczym*” świadczona obecnie przez STEKOP od 01.10.2015 r. na rzecz Mazowieckiego Portu Lotniczego Warszawa-Modlin Sp. z o.o. z Nowego Dworu Mazowieckiego.

Na potwierdzenie należytego wykonania dwóch pierwszych umów STEKOP złożył „*Zaświadczenie*” PLM/P/BB/3412/2014 z dnia 13 października 2015 r. (str. 13 oferty) o treści:

„Mazowiecki Port Lotniczy Warszawa-Modlin Sp. z o.o. zaświadcza, że w ramach umów: PLM/K/396/2012 oraz PLM/KM48/2012 w okresie od 01.10.2012 r. do 01.10.2015 r, konsorcjum firm: Poczta Polska S.A. i Spółka Akcyjna „STEKOP” świadczyło usługi z zakresu ochrony lotniska cywilnego na rzecz Zarządzającego Lotniskiem Warszawa/Modlin.

W ramach usługi realizowane były zadania kontroli bezpieczeństwa w ruchu lotniczym oraz ochrony osób i mienia. W zakres czynności, jakie zobowiązani byli wykonywać pracownicy wykonawcy wchodziło:

- *Kontrola przepustek wydawanych przez zarządzającego lotniskiem.*
- *Prowadzenie kontroli bezpieczeństwa w ramach ruchu krajowego i międzynarodowego oraz dostępu do stref zastrzeżonych lotniska, z zastrzeżeniem przepisów międzynarodowych przepisów unii europejskiej,*
- *Ujęcie i przekazanie policji lub straży granicznej osób, o których mowa w § 1 ust. 2 pkt 7 i 8 KPOLC,*
- *Ujęcie i przekazanie policji lub straży granicznej osób, które bez upoważnienia uzyskały lub usiłowały uzyskać dostęp do strefy zastrzeżonej lotniska,*
- *Ujęcie i przekazanie policji lub straży granicznej osób, które popełniły lub usiłowały popełnić akt bezprawnej ingerencji.*
- *ochrona strefy zastrzeżonej lotniska.*

Konsorcjum posiadało uprawnienia do wykonywania zadań w zakresie kontroli bezpieczeństwa w ruchu lotniczym i świadczyło usługę w tyra zakresie.

Usługa była świadczona zgodnie z umową przez pracowników:

- *Posiadających wpis na liście kwalifikowanych pracowników ochrony,*
- *Posiadających uprawnienia do prowadzenia kontroli bezpieczeństwa w ruchu lotniczym (Certyfikaty Operatora Kontroli Bezpieczeństwa) oraz stosowne szkolenia”*

Przystępujący złożył (wg opracowanego przez zamawiającego wzoru – Załącznik nr 10 do Dokumentu) „*Oświadczenie Wykonawcy o wykonywaniu usługi kontroli bezpieczeństwa osób oraz kontroli bezpieczeństwa ładunków i bagażu w Międzynarodowym Porcie Lotniczym zlokalizowanych na terenie Polski*” (str. 11-12 oferty), a w jego ramach jedną usługę – „*Ochrona lotniska na rzecz Zarządzającego Lotniskiem Warszawa/Modlin*”, świadczoną przez konsorcjum Poczta Polska S.A. oraz STEKOP w okresie od 01.10.2012 r. do 01.10.2015 r. na rzecz Mazowieckiego Portu Lotniczego Warszawa-Modlin Sp. z o.o. z Nowego Dworu Mazowieckiego.

Przystępujący, na potwierdzenie należytego wykonania wskazanej przez siebie usługi, złożył „*Zaświadczenie*” PLM/P/BB/3412/2014 z dnia 13 października 2015 r. (str. 15 oferty) – takie samo, które złożył STEKOP.

W piśmie do zamawiającego z dnia 12 stycznia 2017 r. odwołujący stwierdził, że w jego ocenie oferta STEKOP powinna otrzymać 0 pkt w kryterium „*Doświadczenie*”, podkreślając, że w złożonych przez tego wykonawcę zaświadczeniach „*brak potwierdzenia ze strony zamawiającego, że ww. usługi były wykonywane należycie*”. Założył, że w ofercie przystępującego (zastrzeżonym pierwotnie jako zawierającym informacje stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa) znajduje się taki sam dokument (Zaświadczenie) wobec czego

stwierdził, że w tym dokumencie nie został potwierdzony fakt należytego wykonania usługi przez konsorcjum z udziałem Poczty Polskiej S.A.

Na zakończenie (przed żądaniem) znalazło się zdanie o następującej treści: *„Jednocześnie wskazujemy, że zgodnie z posiadanymi przez nas informacjami usługi z zakresu ochrony lotniska cywilnego na rzecz Zarządzającego Lotniskiem Warszawa/Modlin w okresie od 01.10.2012 r. do 01.10.2015 r. nie były świadczone należycie. Wykonawca – konsorcjum Spółka Akcyjna „STEKOP” oraz Poczta Polska SA – były przez Zarządzającego Lotniskiem Warszawa/Modlin wielokrotnie obciążane karami umownymi z tytułu nienależytego wykonania Umowy.”*

Pismem z dnia 30 stycznia 2017 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty przystępującego oraz podał, że w kryterium „Doświadczenie” wszyscy (trzej) wykonawcy otrzymali 5 pkt.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zarzut został oparty na tej oto okoliczności faktycznej, iż *„Treść zaświadczeń złożonych w tym postępowaniu przez PP i Stekop, a wystawionych przez Mazowiecki Port Lotniczy Warszawa-Modlin, nie potwierdza należytego wykonania usług przez tych wykonawców”*.

Odwołujący wskazywał, że *„„Zaświadczenia” potwierdzają co prawda wykonanie usług (ich zakres), w tym kwalifikacje personelu, ale nie potwierdzają należytego wykonania/wykonywania usług”, „Z Zaświadczeń tych nie wynika jednak, jaka była jakość świadczonych usług”*.

Odwołujący na poparcie swojego stanowiska przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 listopada 2013 r. sygn. akt KIO 2595/13, cytując *„Istotne jest, aby z treści tego dokumentu wynikała prawidłowość wykonania prac, rozumiana nie tylko, jako fakt ich wykonania, ale chodzi o wykonanie zgodne z umową, w terminie, w sposób należyty. Dokonując oceny dokumentów, które zostały złożone wraz z ofertą w celu potwierdzenia należytej realizacji zamówienia, należy dokonać oceny treści złożonych dokumentów, poddając analizie użyte w nim słownictwo”*.

W ocenie składu orzekającego Izby z Zaświadczenia z dnia 13 października 2015 r. złożonego zarówno przez przystępującego, jak i wykonawcę STEKOP wynika prawidłowość wykonania prac rozumiana jako ich wykonanie zgodne z umową, o czym była mowa w przywołanym przez odwołującego wyroku Izby. Wskazać bowiem należy, że w ww. Zaświadczeniu znalazło się zdanie o treści:

„Usługa była świadczona zgodnie z umową przez pracowników:

- *Posiadających wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony,*
- *Posiadających uprawnienia do prowadzenia kontroli bezpieczeństwa w ruchu lotniczym (Certyfikaty Operatora Kontroli Bezpieczeństwa) oraz stosowne szkolenia”.*

Jest to zdanie kluczowe dla oceny sposobu realizacji umowy przez konsorcjum, podsumowujące treść całego Zaświadczenia, o czym świadczy jego umiejscowienie (ostatnie zdanie Zaświadczenia), ale przede wszystkim jego treść, która potwierdza świadczenie usługi zgodnie z umową, co – uwzględniając prezentowane w zacytowanym przez odwołującego wyroku Izby stanowisko, który skład orzekający Izby podziela – jest wystarczające dla oceny, że z dokumentu wynika prawidłowość wykonania prac. Treść tego zdanie wykracza poza stwierdzenie, że usługa została wykonana, ponieważ zawiera ocenę, że usługa była świadczona zgodnie z umową.

Przypisywanie jakiegokolwiek znaczenie temu, że złożony przez obu wykonawców dokument to „Zaświadczenie”, a nie „Referencje”, pozostaje – wobec treści tego dokumentu – bez znaczenia.

Odwołujący zdawał się wiązać z samym tytułem (nazwą) dokumentu to, że nie potwierdza on należytego wykonania usługi. Nie skonkretyzował jednak zupełnie powodów takiego stanowiska, tj. z jakich względów wystawca zaświadczenia, z rozmysłem (mającym związek z nie do końca pozytywną oceną wykonania usługi) – jak zdaje się twierdzić odwołujący – nie opatrzył dokumentu tytułem „Referencje”.

Odwołujący przestał na stwierdzeniu: *„Znamienne, że wystawca tych dokumentów nie opatrzył ich tytułem „referencje”.*

W toku rozprawy odwołujący eksponował znaczenie wskazania w Zaświadczeniu, że usługa była świadczona przez pracowników o konkretnych kwalifikacjach, tj. posiadających wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony oraz uprawnienia do prowadzenia kontroli bezpieczeństwa w ruchu lotniczym (Certyfikaty Operatora Kontroli Bezpieczeństwa) oraz posiadających stosowne szkolenia, podnosząc że wskazane kwalifikacje nie obejmowały wszystkich, które – zgodnie z warunkami postępowania, w wyniku którego zawarto umowę w wykonaniu której świadczono usługę – były konieczne, tj. nie obejmowały poświadczenia bezpieczeństwa osobowego „poufne” oraz zaświadczeń o przeszkoleniu z zakresu ochrony informacji niejawnych.

W ocenie składu orzekającego Izby wniosek, iż z faktem wskazania przez wystawcę Zaświadczenia węższego niż wymagany w warunkach przetargu zakresu kwalifikacji pracowników wiązać należy, że konsorcjum nie wykonało umowy należycie, nie jest uzasadniony. Uwzględnić bowiem należy swobodę wystawcy w nadawaniu dokumentowi

konkretnej treści i eksponowania istotnych, w ocenie tego wystawcy, elementów, a także świadomość tego wystawcy (Mazowiecki Port Lotniczy Warszawa-Modlin Sp. z o.o.), który sam jest zamawiającym prowadzącym postępowania w trybie zamówień publicznych, co do znaczenia Zaświadczenia w ramach takiej procedury .

W ocenie składu orzekającego Izby okoliczność powyższa nie zmienia pozytywnej oceny przez wystawcę Zaświadczenia wykonania usługi. Usługa świadczona była przez osoby – pracowników, których pewne kwalifikacje wystawca wyeksponował i była to, co najistotniejsze, ocena pozytywna.

Dostrzeżenia nadto wymaga, że – jak podniósł zamawiający w Odpowiedzi na odwołanie – *„W ww. zaświadczeniu nie zawarto żadnej informacji dotyczącej jakichkolwiek przejawów nienależytego wykonania tej usługi (...).”*

W końcowej części odwołania (strona przedostania) odwołujący stwierdził, że *„posiada informacje, z których wynika, że umowy realizowane przez konsorcjum PP i Stekop na rzecz Mazowieckiego Portu Lotniczego Warszawa-Modlin (wskazane w wykazach usług PP i Stekop), nie były wykonywane w sposób należyty”*, wskazując że wskazywał zamawiającemu – w piśmie z dnia 12 stycznia 2017 r., że usługi świadczone były nienależycie i zarzucając zamawiającemu, że kwestii tych nie wyjaśnił. Dalej stwierdził, że *„Zamawiający miał więc obowiązek weryfikacji, w świetle treści Zaświadczeń odwołującej się jedynie do personelu wykonawców i zakresu usług, czy umowy wykonane przez PP i Stekop były/są realizowane w sposób należyty”*.

Odwołujący upatrywał obowiązek podjęcia przez zamawiającego postępowania wyjaśniającego z treścią samego Zaświadczenia (*„Zamawiający miał więc obowiązek weryfikacji, w świetle treści Zaświadczeń (...).”*) oraz – jak się zdaje – dodatkowo obowiązek ten upatrywał w związku z podaną przez siebie informacją – w piśmie z 12 stycznia 2017 r., że *„posiada informacje, z których wynika, że umowy realizowane przez PP i Stekop (...) nie były wykonywane w sposób należyty”*.

Odnosząc się do podjęcia przez zamawiającego postępowania wyjaśniającego, a to w związku z treścią samego Zaświadczenia, skład orzekający Izby wskazuje, że z przyczyn, o których była mowa powyżej (Zaświadczenie potwierdzało należyte wykonanie usługi) podjęcie postępowania wyjaśniającego było zbędne.

Odnosząc się do podjęcia przez zamawiającego postępowania wyjaśniającego, a to z tego względu, że odwołujący *„posiada informacje, z których wynika, że umowy realizowane przez PP i Stekop (...) nie były wykonywane w sposób należyty”*, skład orzekający Izby przypomina, że Izba ocenia – w przypadku zaniechania – czy nie podejmując czynności zamawiający naruszył przepisy o zamówieniach publicznych.

W rozpoznawanej przez skład orzekający Izby sprawie odwołujący przypisuje zamawiającemu zaniechanie postępowania wyjaśniającego (zaniechanie do wezwania do złożenia wyjaśnień przez przystępującego i STEKOP), a to wobec zasygnalizowania zamawiającemu, że posiada informacje, z których wynika, że umowy realizowane przez konsorcjum w składzie przystępujący i STEKOP nie były wykonane w sposób należyty.

W ocenie składu orzekającego Izby ze względu na brak wskazania zamawiającemu w piśmie z dnia 12 stycznia 2017 r. jakichkolwiek skonkretyzowanych okoliczności dotyczących realizacji kwestionowanej usługi (abstrahując nawet od gołosłowności twierdzenia), fakt, że – jak ujął to zamawiający na rozprawie – „w kontrze” do tej sygnalizacji zamawiający dysponował pozytywną oceną wykonania usługi wynikającą z Zaświadczenie z dnia 13 października 2015 r. („w Odpowiedzi na odwołanie zamawiający podniósł: *„W ww. zaświadczeniu nie zawarto żadnej informacji dotyczącej jakichkolwiek przejawów nienależytego wykonania tej usługi (...), w szczególności nie wskazano, by temu Konsorcjum naliczono kary umowne z jakiegokolwiek tytułu.”*), a także biorąc pod uwagę fakt, że „sygnalizacja” pochodzi od konkurenta wykonawców przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia na usługi społeczne, uznać należało, że zamawiający, choć mógł, to nie był zobowiązany do podjęcia czynności wyjaśniających.

Skład orzekający Izby wskazuje, że uwzględnianie na etapie rozprawy nowych okoliczności, uzasadniających podjęcie przez zamawiającego czynności wyjaśniających jest niedopuszczalne. Nie znał ich zamawiający, dokonując oceny ofert. Nie znał ich nawet, przygotowując Odpowiedź na odwołanie z dnia 21 lutego 2017 r., tym samym nie mógł – ze względu na te okoliczności – uwzględnić odwołania.

Ponieważ, w świetle postanowień rozdziału XXII Dokumentu *„Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów”*, wystarczającym dla uzyskania w kryterium „Doświadczenie” 5 pkt. było wykazanie, że wykonawca wykonywał jedną usługę kontroli bezpieczeństwa osób oraz kontroli bezpieczeństwa ładunków i bagażu w Międzynarodowym Porcie Lotniczym zlokalizowanym na terenie Unii Europejskiej, to wskazanie przez przystępującego oraz wykonawcę STEKOP usługi realizowanej przez te podmioty jako konsorcjum na rzecz Mazowieckiego Portu Lotniczego Warszawa-Modlin Sp. z o.o. z Nowego Dworu Mazowieckiego i złożenie Zaświadczenia z dnia 13 października 2015 r., potwierdzającego należyłą realizację tej usługi, wobec braku skonkretyzowanych (przez odwołującego w piśmie z dnia 12 stycznia 2017 r.) informacji co do istnienia podstaw do odmiennej oceny tej usługi należało uznać, że zamawiający zasadnie przyznał obu wykonawcom 5 pkt.

Skład orzekający Izby oddalił wnioski dowodowe odwołującego (pismo z dnia 21 lutego 2017 r.), ponieważ okoliczności, na potwierdzenie których zostały złożone są – ze względu na okoliczności faktyczne, na których został oparty zarzut – bezprzedmiotowe.

Z tych samych względów nie dopuścił i nie przeprowadził dowodu z oświadczeń z dnia 21 lutego 2017 r.: M. J. i M. P., złożonych przez odwołującego na rozprawie.

Z tych samych względów skład orzekający Izby nie dopuścił i nie przeprowadził dowodu z dokumentów złożonych na rozprawie przez przystępującego.

Skład orzekający Izby nie dopuścił i nie przeprowadził dowodu z „Ogłoszenia o zamówieniu”, złożonego przez przystępującego, ponieważ złożono jedynie wypełniony formularz takiego ogłoszenia.

Skład orzekający Izby wskazuje, że stanowisko przystępującego zawarte w piśmie z dnia 17 lutego 2017 r. (interpretacja postanowień rozdziału XXII pkt 3.2. Dokumentu) było sprzeczne ze stanowiskiem zamawiającego, po którego stronie przystąpił, wobec czego nie zostało wzięte pod uwagę (art. 185 ust. 5 ustawy Pzp).

Na marginesie skład orzekający Izby zauważa, że do decyzji zamawiającego pozostaje, czy nowe okoliczności ujawnione w toku rozprawy, w szczególności przyznany przez przystępującego fakt zapłaty kar umownych na rzecz odbiorcy wskazanej w wykazie przez obu wykonawców usługi (przystępującego i STEKOP) skłoni go do podjęcia czynności wyjaśniających.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a) oraz pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: