

WYROK

z dnia 29 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 listopada 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 14 listopada 2016 r. przez **Odwołującego - Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DGP Security Partner sp. z o.o., Derśław sp. z o.o., Konsorcjum Ochrony Kopalń sp. z o.o., Firma Ochrony, Szkolenia, Asekuracji Fosa sp. z o.o., P.U. Tombor C. T., J. T. sp. j. (ul. Jesionowa 9a, 40-159 Katowice)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **43 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Saperska 2, 59-726 Świątoszów**

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DGP Security Partner sp. z o.o., Derśław sp. z o.o., Konsorcjum Ochrony Kopalń sp. z o.o., Firma Ochrony, Szkolenia, Asekuracji Fosa sp. z o.o., P.U. Tombor C. T., J. T. sp. j. (ul. Jesionowa 9a, 40-159 Katowice)**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania **odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez **Odwołującego - Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DGP Security Partner sp. z o.o., Derśław sp. z o.o., Konsorcjum Ochrony Kopalń sp. z o.o., Firma Ochrony, Szkolenia, Asekuracji Fosa sp. z o.o., P.U. Tombor C. T., J. T. sp. j. (ul. Jesionowa 9a, 40-159 Katowice)** tytułem wpisu od odwołania,

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający: 43 Wojskowy Oddział Gospodarczy prowadzi postępowanie, którego przedmiotem są usługi ochrony fizycznej terenów, obiektów, urządzeń oraz osób, mienia i porządku na terenie chronionym realizowane w całodobowym systemie zmianowym przez Specjalistyczną Uzbrojoną Formację Ochronną (SUFO) dla jednostek będących na zaopatrzeniu 43 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Świątoszowie - Jednostki Wojskowe w Żaganiu i Bolesławcu.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w dniu 30.07.2016 r., pod numerem 2016/S 146-264856.

Odwołujący: Konsorcjum Firm: DGP Security Partner sp. z.o.o., Derśław sp. z.o.o., Konsorcjum Ochrony Kopalń sp.z.o.o., Firma Ochrony, Szkolenia, Asekuracji Fosa sp. z.o.o. P.U. Tombor C T , J T sp. j. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu Odwołujących do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie warunku wiedzy i doświadczenia, zaniechaniu skierowania analogicznego wezwania do pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 u.p.z.p. w zw z art. 22 ust. 1 pkt. 2 u.p.z.p. w zw z art. 23 ust. 1 i 3 u.p.z.p. w zw z art. 36 ust, 1 pkt. 5 i 6 u.p.z.p. w zw z art. 41 pkt. 7 u.p.z.p. w zw, z art. 38 ust. 4 u.p.z.p. w zw z art. 26 ust. 3 u.p.z.p. poprzez wadliwą ocenę poziomu wiedzy i doświadczenia wymaganych od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, nie uwzględniającą charakteru wspólnego ubiegania się wykonawców o zamówienie prowadzącą do niedopuszczalnej zmiany po upływie terminu składania ofert opisu warunku wiedzy i doświadczenia, a w konsekwencji prowadzenie postępowania z naruszeniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, art. 7 ust. 1 i 3 u.p.z.p. w zw z art. 26 ust. 3 u.p.z.p. poprzez zaniechanie skierowania do pozostałych wykonawców wezwania analogicznego do otrzymanego przez Odwołującego, tym samym prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia kwestionowanego wezwania, dokonania badania i oceny oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie dokumentów załączonych do złożonej oferty.

Zamawiający dokonał następującego opisu sposobu oceny warunku wiedzy i doświadczenia:

„Wiedza i doświadczenie - ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie zostanie dokonana na podstawie wykazu wykonanych (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych- również wykonywanych) dwóch usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, dla każdej wykonanej lub wykonywanej usługi:

Zadanie 1- minimum 10 000.00 zł brutto dla każdej wykazanej usługi, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączenie dowodów czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie (potwierdzenie należytego wykonania dla co najmniej jednej wybranej z wykazu usługi),

Wzór wykazu usług stanowi załącznik nr 5 do siwz

Zamawiający przesłał Odwołującemu wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 u.p.z.p. do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie warunku wiedzy i doświadczenia tj. wykazu usług i dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie, wskazując, iż usługi wskazane w załączonym do oferty wykazie są niewystarczające bowiem zostały wykonane przez konsorcjantów oddzielnie. W tym samym dniu Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o przesunięcie wyznaczonego do uzupełnienia terminu do poniedziałku 14.11.2016 r, na co Zamawiający wyraził zgodę.

Jeżeli wykonawca składa ofertę na więcej niż jedną część, zobowiązany jest wykazać spełnienie warunku o wartości najwyższej postawionej dla części, w których składa ofertę.

Dowody (poświadczenia) dotyczące usług okresowych lub ciągłych powinny być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Wykonawca, który przedstawia w wykazie usługi wykonane na rzecz Zamawiającego nie ma obowiązku załączania dowodów potwierdzających, że zostały wykonane w sposób należyty" - (rozdział VIII, pkt. 1 lit. b siwz).

W celu wykazania spełnienia przedmiotowego warunku należało złożyć: „Wykaz wykonanych (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych- również wykonywanych) dwóch usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia określonego w pkt VIII. 1 b wg wzoru załącznika nr 5 do siwz" - (rozdział IX, pkt. 5 siwz).

W ocenie Odwołującego, treść dokonanego w SIWZ opisu pozwalała stwierdzić, że Zamawiający nie ustanowił, wbrew treści wezwania, szczególnych wymagań dla wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, w szczególności nie wymagał, aby określonym poziomem doświadczenia wykazał się wyłącznie jeden z konsorcjantów. Odwołujący wskazał, że wykonawcy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia (w

formie konsorcjum bądź spółki cywilnej) aby móc łącznie spełnić warunki wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, finansowego i ekonomicznego. Wezwanie mogłoby zostać uznane za uzasadnione jedynie w sytuacji, gdyby z opisu warunku jednoznacznie wynikało, że w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie koniecznym dla jego wykazania jest samodzielne jego spełnienie przez jednego z konsorcjantów, co jednak nie wynika z dokonanego i udostępnionego opisu.

Odwołujący podkreślił także, że Zamawiający w przekazanym wezwaniu nie wskazał na konkretne postanowienia SIWZ, które by uzasadniały zawartą w nim interpretację warunku, co tym bardziej utrudnia identyfikację podstaw dokonanego wezwania.

W związku z powyższym Odwołujący uznał, że w wezwaniu Zamawiający dokonał niedopuszczalnej po upływie terminu składania ofert zmiany treści siwz wymagając wykazania się doświadczeniem na poziomie, którego nie wymagał w siwz i ogłoszeniu o zamówieniu.

Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał na niejednoznaczny opis warunku wiedzy i doświadczenia, co nie może obciążać działającego w dobrej wierze Odwołującego.

Odwołujący stwierdził, że usługi wskazane w załączonym do oferty wykazie usług potwierdzają ustanowiony warunek a tym samym, że kwestionowane wezwanie jest niezasadne i wobec tego powinno zostać unieważnione.

Odwołujący wskazał, że dokonany opis warunku wiedzy i doświadczenia pozwala przyjąć, że pozostali wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie, podobnie jak Odwołujący odczytali jego znaczenie i wykazali spełnienie warunku za pomocą usług wykonanych przez różnych konsorcjantów a nie łącznie tylko przez jednego co uzasadniałoby konieczność wezwania ich w takim samym zakresie jak Odwołujących, wyznaczając jednakowy, niespełna 3-godzinny termin na ich uzupełnienie.

Odwołujący nie był w stanie zweryfikować, czy pozostali wykonawcy zostali wezwani do uzupełnienia dokumentów oraz w jakim zakresie, bowiem do dnia wniesienia odwołania dokumenty nie zostały Odwołującym udostępnione. Zdaniem Odwołującego, koniecznym jest dokonanie przez Izbę kontroli w tym zakresie w celu stwierdzenia, czy Zamawiający traktuje wszystkich wykonawców będących w takiej samej sytuacji w jednakowy sposób. Odwołujący wskazał, że: „Gdyby Zamawiający wobec pozostałych wykonawców bądź któregośkolwiek z nich zaniechał stosownego wezwania, bądź też wezwanie takie w jakikolwiek sposób uprzywilejowywało innych wykonawców względem Odwołujących np. co do długości wyznaczonego na uzupełnienie terminu - Odwołujący zarzuca bezprawne zaniechanie w tym zakresie uzasadniające zarzut nierównego traktowania wykonawców.”

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, że Zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali, że posiadają doświadczenie w zrealizowaniu dwóch usług ochrony fizycznej (w zadaniu 1), z których każda polegała na wykonaniu usługi o wartości minimum 10 mln zł brutto. Zamawiający wyjaśnił, że postawił takie wymaganie dlatego, że jest to usługa wymagająca zaangażowania dużych nakładów finansowych, osobowych i rzeczowych. Zamawiający wyjaśnił także, że usługa dotyczy bezpośredniej ochrony żołnierzy, pracowników, obiektów, sprzętu wojskowego, a także posiadania przez wykonawców odpowiedniego sprzętu, broni, najnowszych systemów alarmowych. Zamawiający podkreślał również, że nade wszystko istotna jest niezawodność wykonania usługi i konieczność zapewnienia jej ciągłości. Wyjaśnił także, że taki warunek nie budził wątpliwości jako proporcjonalny i związany z przedmiotem zamówienia, ale jednocześnie trudniejszy do spełnienia. Zamawiający podkreślił, że wymagane warunki w przedmiotowym zamówieniu nie mogą być postrzegane wyłącznie jako formalność, lecz przede wszystkim jako narzędzie oceny zdolności wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia z należytą starannością, z uwagi na przedmiot zamówienia, którym jest ochrona osób oraz jednostek wojskowych.

Odwołujący złożył wykaz zrealizowanych usług. W treści wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający wskazał jednoznacznie, że na podstawie przedłożonych dokumentów Odwołujący nie wykazał się wykonaniem dwóch usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, albowiem Konsorcjum (Odwołujący) posiada doświadczenie w realizacji tylko jednego zamówienia. Podmioty tworzące Konsorcjum firm tylko raz wykonały zadanie o podobnym charakterze, jak zadanie będące przedmiotem zamówienia.

Zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem: w odniesieniu do konsorcjum, warunki określone w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Prawo zamówień publicznych, co do zasady, mogą być spełnione łącznie. Taka wykładnia wynika z samej istoty konsorcjum, które tworzone jest

właśnie w celu łączenia doświadczenia, potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego podmiotów tworzących konsorcjum. Jednakże łączenie potencjałów poprzez tworzenie konsorcjum nie może polegać tylko na prostym sumowaniu wartości takich, jak np. liczba zrealizowanych usług przez podmioty tworzące konsorcjum. Odpowiednie zastosowanie art. 23 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może sprowadzać się do bezrefleksyjnego sumowania różnych elementów postawionych w ramach jednego warunku. Takie działanie prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie może prowadzić do traktowania konsorcjum albo wykonawcy nie mającego doświadczenia lepiej niż wykonawcy indywidualnie ubiegającego się o zamówienie i korzystającego wyłącznie z własnego potencjału. Zasada ta nie może prowadzić do uznania, że Zamawiający ma się zadowolić „gorszym” wykonawcą, który nie nabył doświadczenia przy realizacji dwóch wymaganych usług ochrony fizycznej dla jednostek wojskowych. Ani dyrektywy unijne, ani ustawa Prawo zamówień publicznych, w żaden sposób nie odnoszą się do tego zagadnienia, pozostawiając je interpretacjom i praktyce.

W niniejszym postępowaniu, Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w zrealizowaniu co najmniej dwóch usług. Powyższe oznacza, że oczekiwał wykazania się przez wykonawców krotnością, a więc powtarzalnością w wykonywaniu usługi o oczekiwanym zakresie, a tym samym biegłością w jej realizacji. Owa krotność (w tym przypadku dwukrotność) wyraża stopień zaawansowania doświadczenia wykonawcy. Zatem zrealizowanie jednej usługi zostało przez Zamawiającego uznane za niewystarczające dla realizacji zamówienia i z tego względu, w treści warunku wiedzy i doświadczenia wymagał, aby wykonawcy posiadali doświadczenie w zrealizowaniu nie jednej, ale dwóch usług. Zamawiający uprawniony był do postawienia takiego wymogu.

W ocenie Izby, fakt wykazania się przez różnych uczestników konsorcjum realizacją tylko po jednym zadaniu, oznacza brak wykazania wymaganego doświadczenia Odwołującego (Konsorcjum). Okoliczność, że wykonawcy stworzyli konsorcjum, nie oznacza automatycznie, że uzyskano podmiot, który posiada doświadczenie wymagane przez Zamawiającego. Innymi słowy - dwóch niedoświadczonych wykonawców tylko poprzez zawiązanie konsorcjum nie tworzy doświadczonego podmiotu. Nie powoduje powstania podmiotu, który posiada doświadczenie odpowiadające wielokrotnemu zrealizowaniu usługi. Zamawiający trafnie stwierdził – w ślad za Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych - że konsorcja mogą być tworzone zupełnie dowolnie, gdyż przede wszystkim muszą być one zdolne do wykonania zamówienia oraz nie mogą być w sposób nieuzasadniony

faworyzowane w stosunku do wykonawców indywidualnych, bo to także narusza uczciwą konkurencję między wykonawcami.

Także w ocenie Izby, ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinna być dokonywana jednakowo – zarówno w odniesieniu do wykonawcy biorącego udział samodzielnie w postępowaniu, jak również w odniesieniu do podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Fakt połączenia poszczególnych wykonawców w konsorcjum nie może stanowić prowadzić do obejścia prawa, czy złagodzenia wymagań względem podmiotów tworzących konsorcjum.

Fakt, że Zamawiający nie zawarł w treści SIWZ szczególnych wymagań dotyczących oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez podmioty wspólnie ubiegające się o zamówienie nie oznacza – wbrew twierdzeniu Odwołującego – że Zamawiający może lub powinien oczekiwać innej wiedzy od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, lub dokonywać oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w odmienny sposób.

Wręcz przeciwnie. Zamawiający, zamierzając złagodzić swoje wymagania, podkreślając, że nie zależy mu na krotności wykonania usługi, mógłby wskazać w SIWZ, że podmioty wspólnie ubiegające się o zamówienie mogą przedstawić doświadczenie dwóch różnych podmiotów. W ocenie Izby bowiem właśnie takie odstępstwo powinno zostać wskazane w treści SIWZ. Zaś ogólną zasadą (i jako taką nie wymagającą wyrażenia jej wprost w treści SIWZ) jest wykazanie przez każdy z podmiotów ubiegających się o zamówienie, niezależnie od tego, czy jest to podmiotu występujący pojedynczo, czy wielokrotnie złożony (utworzony przez kilka podmiotów) – krotności zrealizowanych usług, tj. większego doświadczenia.

Istotą w niniejszym postępowaniu jest wykazanie doświadczenia poprzez wielokrotność realizacji danej usługi. Takiego rezultatu nie można osiągnąć poprzez zwykłe zsumowanie pojedynczo zrealizowanych usług przez pojedyncze podmioty. Mamy bowiem do czynienia z niewystarczająco doświadczonymi podmiotami. Niezależnie od tego, czy podmioty te występują pojedynczo, czy w ramach konsorcjum, rezultat jest taki sam. Konkludując, spełnienie postawionego przez Zamawiającego warunku posiadania wiedzy i doświadczenia nie może polegać na dowolnym i swobodnym sumowaniu doświadczeń członków konsorcjum.

Z tego względu Izba za bezzasadny uznała zarzut wadliwej oceny wiedzy i doświadczenia (wykazanego w treści oferty) Odwołującego. Tym samym wezwanie Odwołującego do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, polegającego na posiadaniu wiedzy i doświadczenia, Izba uznała za zasadne.

Odnosząc się do drugiego z podniesionych przez Odwołującego zarzutów:

Stosownie do art. 180 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie przysługuje wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub zaniechania dokonania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Termin na wniesienie odwołania przysługuje od chwili przesłania wykonawcy informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia.

W niniejszym postępowaniu odwoławczym, Odwołujący nie wskazał konkretnej czynności Zamawiającego. W treści odwołania przyznał, że nie ma wiedzy, czy Zamawiający dokonał, czy też nie dokonał określonych czynności wobec innych wykonawców. Tym samym, Odwołujący nie przedstawił żadnych okoliczności faktycznych, a w konsekwencji nie powstał zarzut. Podstawę zarzutu mogą stanowić wyłącznie wskazane przez wykonawcę określone czynności Zamawiającego (lub ich zaniechanie), a także przedstawienie okoliczności faktycznych (oraz prawnych) na poparcie stanowiska wykonawcy.

Odwołujący nie otrzymał informacji o czynności Zamawiającego, stąd jego odwołanie w tym zakresie należy uznać za przedwczesne. Czynność zaniechania wezwania innych wykonawców w analogicznej sytuacji zmaterializuje się dopiero w chwili przesłania wykonawcom informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Podstawowe znaczenie ma fakt, że na chwilę rozprawy, brak jest zakończenia etapu badania i oceny ofert przez Zamawiającego, o czym świadczy chociażby wypowiedź Odwołującego, że na tę chwilę nie posiada wiedzy, na jakiej pozycji ostatecznie zostanie sklasyfikowana jego oferta, jak również, czy oferty znajdujące się na chwilę otwarcia ofert przed Odwołującym, nie zostaną np. odrzucone.

Zarzut, który nie zawiera wskazania czynności Zamawiającego, nie może zostać rozpatrzony przez Izbę, gdyż Izba jest organem, który może ocenić prawidłowość dokonanych przez Zamawiającego czynności, ograniczając swoje badanie do zakresu wskazanego w odwołaniu.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący będzie miał możliwość wniesienia odwołania w sytuacji, gdy poweźmie informację o czynności Zamawiającego dotyczącej zaniechania wezwania innych wykonawców do uzupełnienia dokumentów, w sytuacji analogicznej jak Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....