

Sygn. akt: KIO 2275/19
KIO 2276/19
KIO 2289/19

WYROK
z dnia 27 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński
Irmina Pawlik
Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 listopada 2019 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 12 listopada 2019 r. przez:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Defender Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Safety Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Provider Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Technical Security Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Stekop S.A. z siedzibą w Warszawie, Stekop Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Choroszczy (KIO 2275/19),
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Defender Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Safety Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Provider Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Technical Security Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (KIO 2276/19),
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DGP Security Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, DGP Provider Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy (KIO 2289/19),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: 35 Wojskowy Okręg Gospodarczy z siedzibą w Krakowie, przy udziale wykonawcy Agencja Ochrony K. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego

o sygn. akt KIO 2275/19 i KIO 2289/19 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie o sygn. akt KIO 2275/19 w zakresie zarzutów nr 1, 3 i 4, w pozostałym zakresie oddać odwołanie.
2. Uwzględnić odwołanie o sygn. akt KIO 2276/19 w zakresie zarzutów nr 1, 3 i 4, w pozostałym zakresie oddać odwołanie.
3. Uwzględnić odwołanie o sygn. akt KIO 2289/19.
4. Nakazuje Zamawiającemu:
 - I. W zakresie części 1 i 2 postępowania:
 - A. unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
 - B. unieważnienie czynności zaproszenia wykonawców do złożenia ofert w postępowaniu,
 - C. ponowne przeprowadzenie czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z zastosowaniem zasad określonych w ogłoszeniu o zamówieniu, w szczególności kryteriów selekcji wskazanych w punkcie IV.1.2 ogłoszenia o zamówieniu oraz z uwzględnieniem wprowadzonego przez Zamawiającego ograniczenia do sześciu liczby wykonawców, którzy mogą zostać zaproszeni do złożenia ofert w postępowaniu.
 - II. W zakresie części 1 postępowania:
 - A. wykluczenie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp wykonawcy Agencja Ochrony K. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp uznanie oferty wykonawcy Agencja Ochrony K. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie za odrzuconą.
5. Kosztami postępowania o sygn. akt KIO 2275/19 obciąża Zamawiającego i:
 - A. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Defender Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Safety Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Provider Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Technical Security Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,

Stekop S.A. z siedzibą w Warszawie, Stekop Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Choroszczy tytułem wpisu od odwołania, oraz kwotę 3 600 zł 00 gr poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

B. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100).

6. Kosztami postępowania o sygn. akt KIO 2276/19 obciąża Zamawiającego i:

A. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Defender Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Safety Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Provider Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Technical Security Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania, oraz kwotę 3 600 zł 00 gr poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

B. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100).

7. Kosztami postępowania o sygn. akt KIO 2289/19 obciąża Zamawiającego i:

A. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DGP Security Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, DGP Provider Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy tytułem wpisu od odwołania, oraz kwotę 3 600 zł 00 gr poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 720 zł 46 gr poniesioną przez Odwołującego z tytułu kosztu dojazdu pełnomocnika na rozprawę przed Krajową Izbą Odwoławczą,

B. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 19 320 zł 46 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy trzysta dwadzieścia złotych 46/100).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 2275/19

KIO 2276/19

KIO 2289/19

Uzasadnienie

35 Wojskowy Okręg Gospodarczy z siedzibą w Krakowie prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), zwanej dalej Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Ochrona kompleksów wojskowych na terenie miasta Krakowa, Nowego Sącza, Tamowa oraz miejscowości Rząska w zakresie bezpośredniej stałej i doraźnej ochrony fizycznej terenu, obiektów, urządzeń oraz osób i mienia realizowana przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne (SUFO), numer postępowania: 23/SOO/19, zwane dalej Postępowaniem. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 7 czerwca 2019 r. pod numerem 2019/S 109-267054.

W dniu 12 listopada 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Impel Defender Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Safety Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Provider Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Technical Security Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Stekop S.A. z siedzibą w Warszawie, Stekop Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Choroszczy (Dalej: Konsorcjum Impel-Stekop lub Impel-Stekop) wnieśli odwołanie (KIO 2275/19) dotyczące części I przedmiotu zamówienia, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez zaniechanie przez Zamawiającego oceny złożonych przez Wykonawców wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w ramach kryterium selekcji,
2. art. 48 ust. 1 pkt. 8 Pzp przez dokonanie przez Zamawiającego zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, polegającej na usunięciu ograniczenia liczby wykonawców, którzy mieli zostać zaproszeni do składania ofert,
3. art. 51 ust. 1 Pzp w związku z art. 48 ust. 1 pkt. 8 Pzp przez zaniechanie przez Zamawiającego zaproszenia wykonawców w liczbie określonej w ogłoszeniu i zaproszenie do złożenia ofert wszystkich wykonawców biorąc udział

- w postępowaniu, mimo, że w ogłoszeniu o zamówieniu, w pkt. IV. 1.2 wprowadzone zostało ograniczenie liczby wykonawców w drugim etapie postępowania do sześciu,
4. art. 51 ust. 2 Pzp w związku z art. art. 48 ust. 1 pkt. 6 Pzp przez zaniechanie przez Zamawiającego oceny wykonawców w kryterium selekcji, o którym mowa w pkt. IV. 1.2 ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący Impel-Stekop wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. uchylenia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
2. powtórzenia czynności oceny wniosków o dopuszczenie na zasadach określonych w ogłoszeniu o zamówieniu.

W dniu 12 listopada 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Impel Defender Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Safety Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Provider Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Technical Security Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (Dalej: Konsorcjum Impel lub Impel) wnieśli odwołanie (KIO 2276/19) dotyczące części II przedmiotu zamówienia, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez zaniechanie przez Zamawiającego oceny złożonych przez Wykonawców wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w ramach kryterium selekcji,
2. art. 48 ust. 1 pkt. 8 Pzp przez dokonanie przez Zamawiającego zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, polegającej na usunięciu ograniczenia liczby wykonawców, którzy mieli zostać zaproszeni do składania ofert,
3. art. 51 ust. 1 Pzp w związku z art. 48 ust. 1 pkt. 8 Pzp przez zaniechanie przez Zamawiającego zaproszenia wykonawców w liczbie określonej w ogłoszeniu i zaproszenie do złożenia ofert wszystkich wykonawców biorąc udział w postępowaniu, mimo, że w ogłoszeniu o zamówieniu, w pkt. IV. 1.2 wprowadzone zostało ograniczenie liczby wykonawców w drugim etapie postępowania do sześciu,
4. art. 51 ust. 2 Pzp w związku z art. art. 48 ust. 1 pkt. 6 Pzp przez zaniechanie przez Zamawiającego oceny wykonawców w kryterium selekcji, o którym mowa w pkt. IV. 1.2 ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący Impel wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. uchylenia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,

2. powtórzenia czynności oceny wniosków o dopuszczenie na zasadach określonych w ogłoszeniu o zamówieniu.

W dniu 12 listopada 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: DGP Security Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, DGP Provider Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy (Dalej: DGP) wnieśli odwołanie (KIO 2289/19), w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

1. w zakresie części I zamówienia - art. 131e ust. 1b pkt 1 lit. c Pzp w zw. z art. 131e ust. 2 Pzp w zw. z art. 131e ust. 2a Pzp w zw. z art. 51 ust. 1a Pzp w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 6 w zw. z art. 24 ust. 7 Pzp w zw. z art. 24 ust. 8 i 9 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez:
 - a. dokonanie pozytywnej oceny wniosku wykonawcy Agencja Ochrony K. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Dalej: Przystępujący) i zakwalifikowanie Przystępującego do dalszego etapu postępowania, mimo, że wobec tego wykonawcy zachodziły podstawy do wykluczenia z udziału w postępowaniu,
 - b. ulokowanie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Przystępującego pośród wniosków wykonawców, którzy zostali zaproszeni do złożenia ofert, mimo, że wobec Przystępującego zachodziły podstawy do wykluczenia z udziału w postępowaniu,
 - c. zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania mimo, że zaistniały ku temu podstawy,
 - d. pozytywną ocenę wyjaśnień z dnia 28 sierpnia 2019 r. złożonych przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 sierpnia 2019 r., skierowanego do Przystępującego w związku z powziętą informacją spełniającą przesłankę do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp i uznanie, że spełniają one wymagania określone w ustawie Pzp, podczas gdy złożone wyjaśnienia były lakoniczne, ogólne, niewystarczające, gołosłowne, nie poparte żadnymi dowodami, a tym samym w żaden sposób nie mogły rozwiązać wątpliwości Zamawiającego leżących u podstaw skierowania wezwania z dnia 27 sierpnia 2019 r.,
 - e. zaniechanie podjęcia przez Zamawiającego czynności pozwalających mu na rzeczywistą, rzetelną, pełną, samodzielną ocenę sytuacji Przystępującego w kontekście ziszczenia się przesłanek wykluczenia z udziału w postępowaniu

na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp, w szczególności zaniechanie podjęcia działań, które pozwoliłyby Zamawiającemu pozyskać wiedzę o rzeczywistym przebiegu realizacji przez Przystępującego usługi na rzecz 24 WOG w Giżycku.

2. w zakresie części I i II zadania - art. 131j ust. 1 Pzp w zw. z art. 48 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 48 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 51 ust. 1 Pzp w zw. z art. 51 ust. 1a Pzp w zw. z art. 51 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez:
 - a. zaproszenie do składania ofert wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, którzy spełnili warunki udziału w postępowaniu,
 - b. bezzasadne, bezpodstawne uznanie, że w przedmiotowym postępowaniu zaistniały jakiegokolwiek nieprecyzyjności postanowień opisu sposobu przygotowania wniosku oraz jakiegokolwiek niejednoznaczności w udzielonych wykonawcom w postępowaniu wyjaśnień jego treści w zakresie zasad uznawania referencji składanych w odniesieniu do kryteriów selekcji oraz sposobu ich przedłożenia wraz z samym wnioskiem, co miało wpłynąć na niejednakowe zrozumienie tychże zasad przez wykonawców składających wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
 - c. bezzasadne uznanie, że działanie polegające na zaproszeniu do składania ofert wszystkich wykonawców, którzy złożyli wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i spełnili warunki udziału w postępowaniu, było działaniem poprawnym, zgodnym z zasadą równości wykonawców, podczas gdy takie działanie naruszało podstawowe zasady prawa zamówień publicznych, w tym równego traktowania,
 - d. zaniechanie zastosowania ustalonych przez Zamawiającego postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz Opisu, w zakresie kryteriów selekcji i ewentualnej „dogrywki”,
 - e. zaniechanie zaproszenia przez Zamawiającego wykonawców w liczbie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu,
 - f. zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu, polegającą na usunięciu ograniczenia liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert,
 - g. braku jednoznacznego i konkretnego wskazania w treści informacji z ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z dnia 31 października 2019 r., nieprecyzyjności i niejednoznaczności, które legły u podstaw decyzji Zamawiającego o zaniechaniu zastosowania kryteriów selekcji i „dogrywki”;

- h. braku przywołania konkretnych postanowień Opisu oraz odpowiedzi na pytania, które w ocenie Zamawiającego wywołały skutek w postaci niejasności i nieprecyzyjności oraz braku informacji jak owe niejasności znalazły przełożenie na trudności z prawidłowym skonstruowaniem wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i przedstawieniu referencji, a ponadto brak wskazania jakie były możliwe różne sposoby interpretowania przez wykonawców postanowień Opisu w zakresie kryterium selekcji, w szczególności w kontekście udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi i jak przełożyło się to na punktację w kryteriach selekcji w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący DGP wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

I. W zakresie części I:

1. unieważnienia czynności polegającej na zaproszeniu wszystkich wykonawców, którzy złożyli wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i spełnili warunki udziału w postępowaniu, w szczególności czynności polegającej na zaproszeniu Przystępującego do złożenia oferty, ocenie wykazania brak podstaw do wykluczenia, w tym kwalifikacji Przystępującego do zaproszenia do złożenia ofert,
2. dokonania ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w zakresie braku podstaw do wykluczenia, w tym wykluczenie Przystępującego, a w konsekwencji niezakwalifikowanie Przystępującego do dalszego etapu postępowania tj. zaproszenia do złożenia oferty,

Z ostrożności procesowej, w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu nr 1 w zakresie istnienia podstaw do wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu, Odwołujący DGP wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

3. unieważnienia czynności polegającej na zaproszeniu wszystkich wykonawców, którzy złożyli wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i spełnili warunki udziału w postępowaniu, w szczególności czynności polegającej na zaproszeniu wykonawcy do złożenia oferty, w tym kwalifikacji Przystępującego do zaproszenia do złożenia ofert,
4. dokonania ponownej oceny wniosków o udzielenie zamówienia publicznego, a w tym zastosowanie określonych przez Zamawiającego kryteriów selekcji w tym kryteriów tzw. „dogrywki” oraz zakwalifikowanie do dalszego etapu postępowania tj. do zaproszenia do złożenia oferty sześciu wykonawców, zgodnie z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz Opisu;

W zakresie części II zamówienia Odwołujący DGP wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

5. unieważnienia czynności polegającej na zaproszeniu wszystkich wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i spełnili warunki udziału w postępowaniu,
6. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym zastosowanie określonych przez Zamawiającego kryteriów selekcji w tym kryteriów tzw. „dogrywki”, zakwalifikowanie do dalszego etapu postępowania tj. do zaproszenia do złożenia oferty sześciu wykonawców zgodnie z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz Opisu;

Ponadto Odwołujący wniósł o:

7. zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego,
8. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania:
 - a) Umowy nr 1013/2017 z dnia 27 listopada 2017 r. zawartej pomiędzy Skarbem Państwa - 24 WOG w Giżycku, a konsorcjum wykonawców: Agencja Ochrony K. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Agencja Ochrony MK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, na okoliczność rodzaju łączącego strony zobowiązania, zakresu obowiązków wykonawcy, przedmiotu udzielonego zamówienia, charakteru obiektów w których świadczona była usługa - dowód nr 1,
 - b) odstąpienia od Umowy nr 1013/2017, na okoliczność przebiegu realizacji umowy 2013/2017 z dnia 27 listopada 2017 r., stwierdzonych nieprawidłowości w działaniach Wykonawcy, rodzaju zgłoszonych zastrzeżeń oraz zdarzeń będących podstawą zgłoszonych zastrzeżeń, przyczyn odstąpienia od umowy - dowód nr 2,
 - c) Pisma z dnia 27 grudnia 2017 r. dotyczącego nałożenia kary umownej na podstawie Umowy nr 1013/2017 wraz z załącznikami, na okoliczność przebiegu realizacji umowy 2013/2017 z dnia 27 listopada 2017 r., stwierdzonych nieprawidłowości w działaniach Przystępującego, rodzaju zgłoszonych zastrzeżeń oraz zdarzeń będących podstawą zgłoszonych zastrzeżeń, przyczyn odstąpienia od umowy - dowód nr 3,
 - d) protokołu z posiedzenia zespołu z dnia 7 grudnia 2017 r. (nr na prezentacji 32981/17) - dowód nr 4, wraz z załącznikami w postaci:
 - i. meldunku kierownika sekcji ochrony nr 32917/17 z dnia 7 grudnia 2017 r. w sprawie przyjęcia ochrony obiektów wojskowych oraz realizacji zadań na podstawie Umów nr 1013/17, 104/17, 1015/17 wraz z załącznikami - dowód nr 5,

- ii. pisma Zamawiającego do Wykonawcy nr 11129/17 z dnia 5 grudnia 2017 r. wraz z załącznikami - dowód nr 6,
 - iii. meldunku kierownika sekcji ochrony nr 11129/17 z dnia 5 grudnia 2017 r. w sprawie realizacji przez Przystępującego warunków Umowy nr 1013/2017 wraz z załącznikami - dowód nr 7,
 - iv. pisma dowódcy JW 2098 nr 3330/17 z dnia 7 grudnia 2017 r. dotyczącego umowy na usługi w zakresie ochrony osób i mienia oraz monitoringu - dowód nr 8,
 - v. Pisma Wojskowego Komendanta Uzuppełnień w Ełku nr 2423/17 z dnia 8 grudnia 2017 r. dotyczącego umowy na usługi w zakresie ochrony osób i mienia oraz monitoringu, na okoliczność przebiegu realizacji Umowy 1013/2017 z dnia 27 listopada 2017 r., stwierdzonych nieprawidłowości w działaniach Wykonawcy, rodzaju zgłoszonych zastrzeżeń oraz zdarzeń będących podstawą zgłoszonych zastrzeżeń, przyczyn odstąpienia od umowy - dowód nr 9.
- e) pisma nr 3265/17 z dnia 4 grudnia 2017 r. - dowód nr 10,
 - f) pisma nr 2290/17 z dnia 4 grudnia 2017 r. - dowód nr 11,
 - g) pisma nr 2374/17 z dnia 4 grudnia 2017 r. - dowód nr 12,
 - h) pisma nr 3277/17 z dnia 4 grudnia 2017 r. - dowód nr 13,
 - i) pisma nr 2423/17 z dnia 5 grudnia 2017 r. - dowód nr 14,

Dowody o numerach 10 – 14 powołane zostały na okoliczność przebiegu realizacji umowy 1013/2017 z dnia 27 listopada 2017 r., stwierdzonych nieprawidłowości w działaniach Przystępującego, rodzaju zgłoszonych zastrzeżeń oraz zdarzeń będących podstawą zgłoszonych zastrzeżeń, przyczyn odstąpienia od umowy.

KIO 2275/19

KIO 2276/19

W uzasadnieniu odwołania KIO 2275/19 Odwołujący Impel-Stekop (w zakresie części I zadania) oraz w uzasadnieniu odwołania KIO 2276/19 Odwołujący Impel (w zakresie części II zadania), wskazali m.in.:

W piśmie z dnia 31 października 2019 r. Zamawiający uznał, że wszyscy wykonawcy, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie, spełniali warunki udziału w postępowaniu. W konsekwencji Zamawiający podjął decyzję o zaproszeniu do złożenia ofert wszystkich wykonawców, którzy złożyli wnioski. Podstawą decyzji była nieprecyzyjność postanowień opisu sposobu

przygotowania wniosku oraz niejednoznaczność udzielonych wykonawcom w postępowaniu wyjaśnień treści tego opisu w zakresie:

- zasad uznawania referencji składanych w odniesieniu do kryteriów selekcji,
- sposobu ich przedłożenia wraz z samym wnioskiem.

W ocenie Zamawiającego powyższe wpłynęło na niejednakowe zrozumienie ww. zasad przez wykonawców składających wnioski o dopuszczenie. W tej sytuacji Zamawiający, kierując się równym traktowaniem wykonawców oraz ich dobrem, zdecydował się zaprosić ich wszystkich.

W ocenie Odwołującego opisane zachowanie Zamawiającego było nieprawidłowe. Ocena wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu została przeprowadzona z rażącym naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 48 ust. 1 pkt. 6 i 8, art. 51 ust. 1 oraz ust. 2 Pzp. Zgodnie z art. 48 ust. 1 pkt. 6 i 8 Pzp Zamawiający miał obowiązek określić w treści ogłoszenia o zamówieniu m.in. warunki udziału w postępowaniu, kryteria selekcji, jeżeli były ustalone, oraz podstawy wykluczenia, jak również liczbę wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert. Zamawiający w pkt. IV.1.2 ogłoszenia o zamówieniu dokonał ograniczenia liczby wykonawców, którzy mieli zostać zaproszeni do składania ofert, do sześciu. Ponadto w pkt. IV.1.2 Zamawiający opisał szczegółowo zasady dokonywania wyboru ograniczonej liczby kandydatów przez przedstawienie zasad kryterium selekcji wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu.

Obowiązkiem Zamawiającego było, zgodnie z przytoczonymi wyżej przepisami, przestrzeganie ustalonych w ogłoszeniu kryteriów selekcji wykonawców. Zamawiający, po złożeniu przez wykonawców wniosków o dopuszczenie, nie był uprawniony na gruncie przepisów Pzp, do modyfikacji warunków określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub do dokonania ich interpretacji w sposób inny, aniżeli w oparciu o wykładnię literalną. Zamawiający w trakcie badania złożonych wniosków winien był dokładnie zastosować się do ustalonych przez siebie samego ograniczeń. Zamawiający nie mógł kierować się innymi rodzajami wykładni, w tym szczególności ustaloną przez siebie zasadą „równego traktowania wszystkich wykonawców i dobra wykonawców”.

Zamawiający w piśmie z dnia 21 października 2019 r. nie wskazał żadnego wiarygodnego uzasadnienia dla decyzji o zaniechaniu czynności oceny wykonawców w kryterium selekcji. Zamawiający nie wyjaśnił także na czym polegała nieprecyzyjność opisu sposobu przygotowania wniosku, niejednoznaczność udzielonych wyjaśnień oraz „niejednakowe rozumienie” tych zasad przez wykonawców.

KIO 2289/19

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący DGP wskazał m.in.:

Zarzut nr 1

W dniu 27 listopada 2017 r. 24 Wojskowy Okręg Gospodarczy z siedzibą w Giżycku (Dalej: 24 WOG) zawarł z konsorcjum wykonawców, w skład którego wchodził Przystępujący oraz Agencja Ochrony MK Sp. z o.o., Umowę nr 1013/2017 na wykonanie usługi w zakresie ochrony osób i mienia oraz monitoringu świadczone przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne (SUFO) w jednostkach i instytucjach wojskowych zlokalizowanych na terenie administrowanym przez 24 WOG Giżycko (zadanie nr 3). Termin obowiązywania Umowy przewidziano na czas określony, od 30 listopada 2017 r. godz. 9.00 do 30 listopada 2020 r. godz. 9.00. Przedmiotem łączącej strony umowy była realizacja usługi ochrony osób i mienia (monitoringu WKU) Jednostki Wojskowej nr 1460 Orzysz, Jednostki Wojskowej nr 2098 Bemowo Piskie i WKU w Ełku. Zakresem działania wykonawcy objęte zostało m.in. zabezpieczenie i ochrona kompleksów, budynków, urządzeń i innych składników majątkowych znajdujących się na terenie chronionego kompleksu przed kradzieżą i dewastacją, działaniem osób zakłócających ład i porządek publiczny oraz ewentualnymi aktami sabotażu i terroryzmu, w tym ujawnianie zaistnienia takich zdarzeń, transport wartości pieniężnych po wyznaczonej trasie, kontrola uprawnień do przebywania osób na terenie kompleksu, kontrola dokumentów uprawniających do wstępu i przebywania na terenie chronionym oraz kontrola wnoszenia lub wywożenia mienia; kontrola pojazdów wjeżdżających i wyjeżdżających z chronionego terenu, sprawdzanie dokumentów; uniemożliwienie nielegalnego wejścia na chroniony teren osób postronnych nietrzeźwych lub mogących stanowi zagrożenie;

Pismem z 7 grudnia 2017 r. 24 WOG odstąpił z dniem 8 grudnia 2017 r. godz. 6.00 od Umowy nr 1013/2017. Uzasadniając swoją decyzję wskazał m. in., iż już w chwili przystąpienia do wykonania usługi widoczne było nieprzygotowanie wykonawcy. polegające na braku właściwej organizacji pracy i niezachowania zasad bezpieczeństwa przez pracowników ochrony. 24 WOG wskazał szereg nieprawidłowości i ciąg zdarzeń, który doprowadził do decyzji o odstąpieniu od umowy. Ponadto Zamawiający nałożył na wykonawcę karę umowną w wysokości 2.273.930,56 zł. W przedmiocie zapłaty kary umownej prowadzone jest postępowanie sądowe przed Sadem Okręgowym w Olsztynie.

Mimo rażącej skali uchybień różnego rodzaju, 24 WOG dał szansę wykonawcy na usunięcie stwierdzonych uchybień. Uporczywe uchylanie się przez wykonawcę od realizacji wynikających z umowy obowiązków, nieusuwanie stwierdzonych uchybień oraz bezskuteczność wezwań doprowadziła 24 WOG do podjęcia ww. decyzji.

Zgodnie z meldunkiem z dnia 5 grudnia 2017 r.: „działanie Konsorcjum K. stanowi rażące naruszenie warunków umowy i jest powodem znaczonego obniżenia poziomu bezpieczeństwa obiektów zaopatrywanych jednostek i instytucji wojskowych. Wykonawca nie wykonuje przedmiotu umowy z wymaganą starannością oraz realizuje je niewłaściwie i niezgodnie z umową, a wezwania Zamawiającego do należytego wykonania tych czynności

są bezskuteczne. Konsorcjum od dnia 30.11.2017 r. nie zapewnia skutecznej ochrony JW. 1460, JW.2098, WKU Ełk. Nieszczęśliwy wypadek z bronią w kompleksie JW.1460 miał wpływ na proces przejścia obiektów w kompleksie JW.1460 w dniu 30.11.2017 r. jednak nie powinien mieć wpływu na przejście obiektów i realizację ochrony w JW.2098 i WKU Ełk, gdzie doszło do rażącego obniżenia poziomu bezpieczeństwa z powodu braku pracowników ochrony na posterunkach ochronnych jak również braku zasadniczego wyposażenia i dokumentacji". W efekcie Zamawiający zmuszony był we własnym zakresie zorganizować ochronę obiektu. Co więcej, gdy wykonawca w końcu podjął się ochrony JW. 1460, realizował ją nienależycie: bez przedstawienia wymaganych dokumentów pracowników, w tym uprawnień do wykonywania usługi kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej, upoważnień do dostępu do informacji niejawnych, jak również bez wymaganego wyposażenia pracowników ochrony, nie zapewniając odpowiedniej zmianowości pracy wymaganej postanowieniami umowy. Kolejne uchybienia stwierdzone przez 24 WOG to występujący w ochraniających kompleksach całkowity brak wyposażenia, brak radiotelefonu dla oficera dyżurnego z urządzeniem ładującym, brak stanu osobowego SUFO, czasem łącznie z wyposażeniem, brak uprawnień pracowników do pełnienia funkcji kwalifikowanego pracownika ochrony, brak wymaganych pojazdów umożliwiających patrolowanie obiektów w kompleksach poligonowych, brak latarek, hełmów, miotaczy gazem i innego sprzętu niezbędnego do realizacji usługi, brak opatrunków osobistych, niezamontowanie urządzenia nadawczego umożliwiającego kontrolę i działanie systemu alarmowego, niezabezpieczenie dla dowódcy ochrony radiotelefonu bazowego do łączności z posterunkami, niezabezpieczenie dla dowódcy ochrony służbowego telefonu komórkowego, niezamontowanie czytników pracy pracowników, brak przedstawienia wymaganych umową dokumentów pracowników.

Opisane powyżej okoliczności faktyczne w ocenie Odwołującego prowadziły do wniosku, iż wykonawca nie dysponował odpowiednim potencjałem osobowym oraz technicznym zadeklarowanym w przedłożonych Zamawiającemu w toku postępowaniu dokumentach. Wykonawca w dniu rozpoczęcia usługi nie był przygotowany i odpowiednio zorganizowany do wykonywania usługi. W konsekwencji wykonywał ją nienależycie, bez wymaganego zasobu ludzi i sprzętu, niezgodnie z umową. Na skutek jego działania Zamawiający zmuszony był od umowy odstąpić, a następnie poczynić szereg starań aby zapewnić należytą ochronę i funkcjonowanie zaopatrywanych jednostek i instytucji wojskowych. Mimo wezwań ze strony 24 WOG wykonawca nie zaprzestał nienależytego wykonywania umowy na skutek czego spowodował stan zagrożenia bezpieczeństwa mienia i osób przebywających w obiektach i jednostkach wojskowych.

Wyjaśnienia Przystępującego z dnia 28 sierpnia 2019 r. dot. ww. okoliczności, przedstawione na wezwanie Zamawiającego były w ocenie Odwołującego niewiarygodne. Przystępujący wyjaśniał, że powodami nienależytej realizacji umowy na rzecz 24 WOG był m.in.

nieszczęśliwy wypadek w jednej z jednostek oraz warunki pogodowe, tj. obfite opady śniegu. Zdaniem Odwołującego nie były to okoliczności uzasadniające opisany sposób realizacji umowy zawartej z 24 WOG. Wykonawca funkcjonujący na rynku usług ochrony powinien posiadać odpowiednią organizację pracy i być przygotowanym na określone zachowania pracowników. Powinien posiadać stosowne rezerwy kadrowe w odpowiedniej odległości od obiektów, mogące niemal natychmiast zastąpić pracownika, w sytuacji jego absencji powodowanej m.in. chorobą, względami rodzinnymi.

Zamawiający powziął informację, dotyczącą realizacji umowy nr 1013/2017 z dnia 27.11.2017 r. na rzecz 24 WOG i uznał, że stanowi ona podstawę do wykluczenia Przystępującego z postępowania. W konsekwencji Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w tym przedmiocie i poinformował go o możliwości skorzystania z dyspozycji wynikającej z art. 24 ust. 8 Pzp. Zamawiający jednak zaniechał wystąpienia do 24 WOG z prośbą o przekazanie stosownych informacji i dokumentów, które pozwoliłyby Zamawiającemu po otrzymaniu wyjaśnień Przystępującego na ich realną ocenę.

Przystępujący nie polemizował z zasadnością wezwania z dnia 27 sierpnia 2019 r., w szczególności nie skorzystał ze środków ochrony prawnej. W konsekwencji zobowiązany był uczynić zadość wezwaniu, ale w ocenie Odwołującego nie zrobił tego. Wobec powyższego Przystępujący powinien zostać wykluczony z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp.

Odwołujący podkreślił ponadto, że w świetle opisanych wyżej okoliczności Przystępującemu nie przysługiwało prawo do zastosowania procedury zw. samooczyszczenia.

Na potwierdzenie zasadności zarzutu nr 1 w toku rozprawy Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów:

1. Pismo z 24 WOG do Odwołującego DGP zawierające informację, że wykonawca Umowy 1013/2017 kwestionował zasadność odstąpienia od tej umowy oraz, że nie wystąpił przeciwko 24 WOG na drogę sądową w związku z tym odstąpieniem - dowód nr 15,
2. Wydruk ze strony internetowej Rządowego Centrum Bezpieczeństwa dotyczący ostrzeżeń meteorologicznych na 30 listopada 2017 r. - dowód nr 16,
3. Biuletyn Państwowej Służby Hydrologiczno-Meteorologicznej, Listopad 2017 - dowód nr 17,
4. Biuletyn Państwowej Służby Hydrologiczno-Meteorologicznej, Grudzień 2017 - dowód nr 18,
5. Meteogram IMGW-PIB Centralnego Biura Prognoz Meteorologicznych, Zespół w Białymstoku dot. intensywnych opadów śniegu oraz oblodzenia w województwie warmińsko-mazurskim na przełomie listopada i grudnia 2017 r. - dowód nr 19,
6. Tabela zestawienie parametrów meteorologicznych dla Portu Lotniczego Olsztyn-Mazury (EPSY) dla 1 i 30 listopada 2017 r. - dowód nr 20,

7. Wydruk ze strony internetowej www.meteomodel.pl dotyczący grubości pokrywy śnieżnej dla stacji meteorologicznej w Mikołajkach na przełomie listopada i grudnia 2017 r. - dowód nr 21.

Zarzut nr 2

Uzasadnienie postawionego zarzutu w zasadniczej części pokrywało się z opisanym wyżej stanowiskiem Odwoływających w sprawach KIO 2275/19 i 2276/19. Odwołujący DGP wskazał ponadto m. in.:

Zamawiający w Opisie części I pkt 13 szczegółowo uregulował opis kryteriów, którymi miał się kierować przy wyborze wykonawców, którzy mieli zostać zaproszeni do składania ofert. Na zadane przez jednego z wykonawców Pytanie 2: „Czy składając wykaz usług zarówno dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu jak i w Kryterium selekcji doświadczenie wykonawca może się posługiwać tymi samymi usługami, tzn. np. czy usługi wskazane dla zadania nr I mogą się powtórzyć dla zadania nr II?” Zamawiający odpowiedział:

„Zamawiający informuje, że wykonawca może przedstawić te same usługi zarówno w odniesieniu do spełnienia warunku udziału w postępowaniu jak i kryterium selekcji. Może również przedstawić te same usługi w odniesieniu do poszczególnych zadań, z zastrzeżeniem, że wskaże je dla każdego zadania, z jego wskazaniem oraz ze wskazaniem czy dotyczą one spełnienia warunku udziału w postępowaniu czy też składane są w odniesieniu do kryterium selekcji”.

Wykonawcy byli zatem uprawnieni do posłużenia się tymi samymi referencjami zarówno w wykazie dotyczącym warunków udziału w postępowaniu jak i kryteriów selekcji. Możliwe było również posłużenie się tymi samymi referencjami w ramach każdej z trzech części postępowania. Wobec powyższego wymóg Zamawiającego przypisania usługi do części (zadania) wobec możliwości posługiwania się dokładnie tymi samymi referencjami we wszystkich częściach miał charakter warunku, co do formy wniosku, nie wpływał w żaden sposób na ocenę merytoryczną wniosku. Takie przypisanie miało na celu jedynie ułatwienie pracy Zamawiającego przy badaniu i ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Brak takiego przypisania w żaden sposób nie uniemożliwiało dokonania oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Regulacja powyższa nie była zatem w żaden sposób nieprecyzyjna. Należało odróżnić sytuację, gdy postanowienia opisu bądź ogłoszenia o zamówieniu były nieprecyzyjne, niejednoznaczne, dawały luz interpretacyjny od sytuacji, gdy wykonawca na etapie składania wniosków w sposób błędny i nieuprawniony zinterpretował postanowienia Opisu. Tymczasem Zamawiający nie wyciągnął konsekwencji wobec wykonawców, którzy nierzetelnie przygotowali wnioski. Zamawiający mógł i powinien zastosować określone przez siebie kryteria selekcji. Zamawiający niezwykle precyzyjnie opisał zasady postępowania: przydzielenie punktów w kryteriach selekcji, wyliczenie wartości brutto dwóch usług w tzw. „dogrywce”, możliwość

zaproszenia wykonawców, którzy uzyskają tą samą wartość brutto w „dogrywce”. W zakresie części 1, Zamawiający w pierwszej informacji z oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z dnia 30 września 2019 r. prawidłowo ustalił, iż dwóch wykonawców uzyskało w kryteriach selekcji taką samą ilość punktów. W konsekwencji zobowiązany był zastosować tzw. „dogrywkę”: „W przypadku kiedy Wykonawcy otrzymają taką samą liczbę punktów za wykazane usługi w oparciu o ww. zapisy, warunkiem zaproszenia do składania ofert będzie wyższa wartość kwot brutto z dwóch najwyższych wartości usług zarówno z K1 jak i K2 wykazanych przez Wykonawcę w załączniku nr 6 do Opisu sposobu przygotowania wniosku”. Efektem zastosowania „dogrywki” powinien być wniosek, że wykonawca Ekotrade Sp. z o.o. uzyskał wyższą łączną kwotę z referencji. W konsekwencji Przystępujący powinien znaleźć się na siódmej pozycji rankingu wykonawców i nie zostać zakwalifikowany do dalszego etapu postępowania.

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na żadne z odwołań. W toku rozprawy Zamawiający kwestionował uprawnienie do wniesienia odwołań przez wszystkich Odwołujących. Zdaniem Zamawiającego nie zostały wypełnione przesłanki określone w art. 179 ust. 1 Pzp - o ile Odwołujący mieli interes we wniesieniu odwołań i uzyskaniu zamówienia, to nie wykazali, że ponieśli lub mogli ponieść szkodę w wyniku działań Zamawiającego. Tym samym nie byli oni uprawnieni do wniesienia odwołań, a zaproszenie siedmiu, zamiast sześciu wykonawców do złożenia ofert w ramach części I i II zamówienia nie mogło wywołać szkody po stronie Odwołujących.

W zakresie zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp Zamawiający oświadczył, że okoliczności odstąpienia przez 24 WOG od spornej umowy zostały mu wyjaśnione przez Przystępującego, ponadto uzyskał również odpowiednie informacje od 24 WOG. Obecnie między Przystępującym, a 24 WOG trwa spór sądowy, co do kar umownych. Dopóki nie zostanie on zakończony prawomocnym wyrokiem sądu to Zamawiający nie może samodzielnie rozstrzygnąć tego sporu. Z tego względu Zamawiający uznał, że nie ma podstaw do wykluczenia Przystępującego z postępowania.

Co do zarzutów dot. odstąpienia od stosowania kryteriów selekcji, Zamawiający wyjaśnił, że w jego ocenie kryteria te były nieprecyzyjne. W wyniku pytań zadawanych przez wykonawców, Zamawiający rozszerzył wymogi dot. referencji składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniach oraz kryteriów selekcji. Dodany został wymóg, by wykonawcy określali, której z trzech części postępowania mają dotyczyć składane referencje. Postanowienie to spodobało wystąpienie niejasności interpretacyjnych. Zamawiający uznał swoją odpowiedzialność za wystąpienie niejasności i dlatego postanowił dopuścić do postępowania wszystkich wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu.

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego. W zakresie dotyczących zaniechania wykluczenia go z postępowania Przystępujący nie zgodził się z Odwołującym DGP. Przystępujący ponadto zarzucił Odwołującemu DGP, że część z załączonych do odwołania dokumentów nie miało statusu dokumentów jawnych. Na potwierdzenie prawidłowości własnego stanowiska złożył następujące wnioski dowodowe:

1. Korespondencja z sierpnia 2019 r. między 24 WOG, a Zamawiającym dotycząca okoliczności nałożenia kar umownych na Przystępującego – dowód nr 22,
2. Decyzja Nr 385/MON Ministra Obrony Narodowej z 17 grudnia 2013 r. w sprawie wprowadzenia do użytku "Instrukcji o zasadach pracy biurowej w resorcie obrony narodowej" – dowód nr 23,
3. Zawiadomienie o możliwości popełnienia przestępstwa z 19 listopada 2019 r. przez Przystępującego, skierowane do Prokuratury Okręgowej w Warszawie, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Komendy Głównej Żandarmerii Wojskowej – dowód nr 24.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia Stron i Przystępującego złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że w przypadku wszystkich trzech odwołań nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 Pzp. Wobec tego Izba uznała, że żadne z tych odwołań nie podlega odrzuceniu.

Izba ustaliła, że wszystkim trzem Odwołującym, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego,

że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania. Tym samym Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego i Przystępującego. Odwołujący zarzucili Zamawiającemu naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu. Potwierdzenie się tych zarzutów oznaczałoby, że poszkodowani złamaniem przez Zamawiającego przepisów Pzp ponieśli szkodę wynikającą z samego faktu naruszenia przysługujących im na gruncie ustawy praw. Szkada, o której mowa w art. 179 ust. 1 Pzp nie musi mieć wymiernego charakteru. Dla spełnienia przesłanek wskazanych w tym przepisie wystarczy możliwość poniesienia przez odwołującego szkody o charakterze abstrakcyjnym, polegającej choćby na potencjalnym pogorszeniu sytuacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wbrew twierdzeniu Zamawiającego szkoda taka nie musi być rozumiana jako pozbawienie

wykonawcy możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Tym samym Izba uznała, że Odwołujący Impel-Stekop, Impel i DGP byli legitymowani do wniesienia środka odwoławczego od działań i zaniechań Zamawiającego.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpień po stronie Zamawiającego do postępowań o sygn. akt KIO 2275/19 i KIO 2289/19 zgłoszonych przez wykonawcę Agencja Ochrony Kowalczyk Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Przystąpienia nastąpiły z zachowaniem wymogów określonych w art. 185 ust. 2 Pzp, w tym z wykazaniem interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony, do której przystąpił wykonawca.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołania, uznając, że zasługują one na uwzględnienie.

Zarzuty nr 1, 3 i 4 odwołań KIO 2275/19 i KIO 2276/19 oraz zarzut nr 2 odwołania KIO 2289/19 potwierdziły się.

Punkt IV.1.2. Ogłoszenia o zamówienia reguluje kwestię ilości wykonawców, którzy mieli zostać zaproszeni do złożenia ofert w postępowaniu, a także kryteria selekcji, jakimi miał kierować się Zamawiający. Zgodnie z postanowieniami tego punktu Zamawiający ograniczył przewidywaną liczbę wykonawców do sześciu.

Zamawiający ustanowił następujące kryteria wyboru ograniczonej liczby kandydatów:

- I. Kryterium selekcji doświadczenie (K1): Zamawiający w celu oceny wniosków w zakresie kryterium zażądał wykazu usług w przedmiocie ochrony fizycznej wykonanych, (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy – w tym okresie i przewidział następującą punktację:
 1. Dla części nr 1:
 - a) za 1 usługę o wartości co najmniej 8 000 000,00 PLN brutto – wykonawca miał otrzymać 25 pkt,
 - b) za 2 usługi o wartości każda co najmniej 8 000 000,00 PLN brutto – wykonawca miał otrzymać 50 pkt.
 2. Dla części nr 2:
 - a) za 1 usługę o wartości co najmniej 8 000 000,00 PLN brutto – wykonawca miał otrzymać 25 pkt,
 - b) za 2 usługi o wartości każda, co najmniej 8 000 000,00 PLN brutto – wykonawca miał otrzymać 50 pkt.
 3. Dla części nr 3:

- a) za 1 usługę o wartości co najmniej 500 000,00 PLN brutto – wykonawca miał otrzymać 25 pkt,
- b) za 2 usługi o wartości każda co najmniej 500 000,00 PLN brutto – wykonawca miał otrzymać 50 pkt.

Wykonawcy mieli podać wartości ww. usług, ich przedmiot, daty wykonania i podmioty, na rzecz których usługi te zostały wykonane oraz załączyć dowody określające, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Zamawiający określił, że dowodami mają być referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy. W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych, referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie miały być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W odniesieniu do nadal wykonywanych usług - część zrealizowanej faktycznie usługi musiała wypełnić wymogi określone przez Zamawiającego na dzień składania wniosku. Za każdą wykazaną usługę spełniającą ww. wymogi wykonawca miał otrzymać 25 pkt, a za wykazanie dwóch usług miał otrzymać łącznie 50 pkt. Większa niż wymagana liczba usług miała nie być brana przez Zamawiającego pod uwagę.

- II. Kryterium selekcji doświadczenie na terenach jednostek organizacyjnych resortu obrony narodowej (K2): Zamawiający wymagał w celu oceny wniosków w zakresie kryterium przedstawienia wykazu usług wykonanych (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy – w tym okresie, przy czym miały to być dodatkowe, inne usługi niż wykazał wykonawca w kryterium K1, realizowane na terenach jednostek organizacyjnych resortu obrony narodowej.

1. Dla części nr 1:

- a) za 1 usługę o wartości co najmniej 8 000 000,00 PLN brutto – wykonawca miał otrzymać 25 pkt,
- b) za 2 usługi o wartości każda co najmniej 8 000 000,00 PLN brutto – wykonawca miał otrzymać 50 pkt.

2. Dla części nr 2:

- a) za 1 usługę o wartości co najmniej 8 000 000,00 PLN brutto – wykonawca miał otrzymać 25 pkt,

- b) za 2 usługi o wartości każda, co najmniej 8 000 000,00 PLN brutto – wykonawca miał otrzymać 50 pkt.
3. Dla części nr 3:
- a) za 1 usługę o wartości co najmniej 500 000,00 PLN brutto – wykonawca miał otrzymać 25 pkt,
 - b) za 2 usługi o wartości każda co najmniej 500 000,00 PLN brutto – wykonawca miał otrzymać 50 pkt.

Wykonawcy mieli podać wartości ww. usług, itd., w sposób analogiczny jak w przypadku kryterium K1.

Wnioski miały być oceniane według wzoru: $Ko = K1 + K2$, gdzie:

1. Ko – to łączna wartość punktowa ocenianego wniosku (od 0 - 100 pkt),
2. K1 – to ilość punktów uzyskanych w kryterium kwalifikacji doświadczenie,
3. K2 – to ilość punktów uzyskanych w kryterium kwalifikacji doświadczenie na trenach jednostek organizacyjnych na terenach resortu obrony narodowej.

W przypadku, gdyby wykonawcy otrzymali taką samą liczbę punktów za wykazane usługi w oparciu o ww. postanowienia, warunkiem zaproszenia do składania ofert miała być wyższa wartość kwot brutto z dwóch najwyższych wartości usług, zarówno z kryterium K1 jak i K2 wykazanych przez wykonawcę. W przypadku, gdyby wartość kwot brutto z dwóch najwyższych wartości usług zarówno z K1 jak i K2 wykazanych przez wykonawców przedstawiała taką samą wartość, Zamawiający przewidział zaproszenie do składania ofert wykonawców, którzy zajmą to samo miejsce ex aequo, zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 15 września 2016 r. sygn. akt. KIO 1625/16.

Ponadto Zamawiający wskazał m.in.:

1. „Wykonawca, w celu uzyskania dodatkowych punktów w „kryterium selekcji” nie może powoływać się na zasoby podmiotu trzeciego”,
2. „Zamawiający zaprosi do złożenia oferty dla każdej części nie więcej niż sześciu Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, wykażą brak podstaw do wykluczenia oraz uzyskają najwyższą punktację w ww. kryterium selekcji. Wraz z zaproszeniem do składania ofert Zamawiający prześle Wykonawcy Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (...)”.
3. „Wykonawca niezaproszony do składania ofert będzie traktowany, jako wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia”.

Analogiczna regulacja została zawarta w punkcie 13 Opisu sposobu sporządzenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Przytoczona przez Odwołującego DGP odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 2 – „Zamawiający informuje, że wykonawca może przedstawić te same usługi zarówno w odniesieniu do spełnienia warunku udziału w postępowaniu jak i kryterium selekcji. Może również przedstawić te same usługi w odniesieniu do poszczególnych zadań,

z zastrzeżeniem, że wskaże je dla każdego zadania, z jego wskazaniem oraz ze wskazaniem czy dotyczą one spełnienia warunku udziału w postępowaniu czy też składane są w odniesieniu do kryterium selekcji” potwierdza, że w wyniku zmiany, jakiej dokonał Zamawiający odpowiadając na ww. pytanie, wykonawcy zostali uprawnieni do powołania się na wykonanie tych samych usług, zarówno na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu jak i dla celów oceny w ramach kryteriów selekcji. Możliwe było również powołanie się na wykonanie tych samych usług w ramach każdej z trzech części postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba ustaliła, że opis kryteriów selekcji zawarty w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w Opisie sposobu sporządzenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie budził wątpliwości. Zamawiający natomiast nie podjął choćby próby wyjaśnienia, jakie postanowienia lub ich część, miały prowadzić do tak istotnych rozbieżności interpretacyjnych, że podjął on decyzję o odstąpieniu od zastosowania kryteriów selekcji. Zamawiający, zgodnie z dyspozycją art. 48 ust. 1 pkt 11 Pzp podał w ogłoszeniu o zamówieniu termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – 5 czerwca 2019 r., godz. 10.00. Termin ten był dwukrotnie wydłużony i ostatecznie ustalony został na 9 lipca 2019 r., godz. 10.00. Zamawiający miał możliwość wprowadzenia zmian i modyfikacji kryteriów selekcji, ale tylko do momentu upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wraz z upływem tego terminu kryteria selekcji (jak i inne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu regulujące sposób prowadzenia postępowania) stały się ostateczne i obowiązujące. Tym samym kryteria selekcji stały się wiążące nie tylko dla wykonawców, ale również dla samego Zamawiającego, który był obowiązany je zastosować, a tym samym przeprowadzić procedurę określoną w punkcie IV.1.2. ogłoszenia o zamówieniu. Efektem tej procedury miało być wyłonienie maksymalnie sześciu wykonawców, którzy mieli zostać zaproszeni do złożenia ofert w postępowaniu.

Odstąpienie przez Zamawiającego od zastosowania ww. kryteriów selekcji prowadziło do naruszenia przepisów wskazanych w zarzutach odwołań KIO 2275/19 i KIO 2276/19 oraz w zarzucie nr 2 odwołania KIO 2289/19.

Art. 7 ust. 1 Pzp nakazuje zamawiającemu prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. W dyspozycji tego przepisu mieści się zatem uprawnienie wykonawców do udziału w postępowaniu, którego reguły są jasne i oczywiste dla każdego z jego uczestników – i co najważniejsze – reguły te są przestrzegane. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający rezygnując z zastosowania procedury opisanej w punkcie IV.1.2. ogłoszenia o zamówieniu dokonał zmiany tych reguł bez dokonania odpowiednich korekt treści ogłoszenia o zamówieniu i po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a tym samym bez należytego uprzedzenia biorących udział

w postępowaniu wykonawców. Tym samym doszło do naruszenia zasady przejrzystości postępowania – wykonawcy nie mieli świadomości, co do sposobu zamierzanego przeprowadzenia procedury przez Zamawiającego, aż do momentu jej zakończenia. Złamana została zasada równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji – zostali oni zmuszeni do konkurowania z wykonawcami, którzy w świetle kryteriów selekcji nie powinni w ogóle zostać zaproszeni do złożenia ofert w postępowaniu.

Nie potwierdziły się natomiast zarzuty nr 2 odwołania KIO 2275/19 i KIO 2276/19, tj. naruszenia art. 48 ust. 1 pkt 8 Pzp przez dokonanie przez Zamawiającego zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, polegającej na usunięciu ograniczenia liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert. Okoliczność ta nie potwierdziła się – Zamawiający nie dokonał zarzucanej mu zmiany. Zgodnie z wyżej opisanymi ustaleniami Izby, Zamawiający odstąpił od zastosowania kryteriów selekcji oraz ograniczenia liczby zaproszonych do złożenia ofert wykonawców, ale nie dokonał zmian treści ogłoszenia. Fakt nieprzestrzegania postanowień ogłoszenia w ocenie Izby nie może zostać uznany za zmianę jego treści.

Z tego względu zarzuty nr 2 odwołań KIO 2275/19 i KIO 2276/19 podlegały oddaleniu.

Zarzut nr 1 odwołania KIO 2289/19 potwierdził się.

7 grudnia 2017 r. 24 WOG przekazał konsorcjum, którego liderem był Przystępujący, oświadczenie o odstąpieniu od Umowy nr 1013/2017. W uzasadnieniu oświadczenia 24 WOG wskazał:

„Zamawiający zawarł w dniu 27 listopada br. z Wykonawcą konsorcjum (lider) Agencja Ochrony K. i Agencja Ochrony MK sp. z o.o. umowę nr 1013/2017 na wykonanie usługi w zakresie ochrony osób i mienia oraz monitoringu świadczone przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne (SUFO) w jednostkach i instytucjach wojskowych zlokalizowanych na terenie administrowanym przez 24 WOG Giżycko (JW 1460, JW 2098 i WKU w Ełku). Zamówienie zostało udzielone po przeprowadzeniu postępowania przetargowego prowadzonego w procedurze z dziedziny obronności w trybie przetargu nieograniczonego. Wykonawca zobowiązany został do rozpoczęcia realizacji kontraktu w dniu 30 listopada br., od godz. 9.00. Już w chwili przystąpienia do wykonywania usługi widoczne było nieprzygotowanie Wykonawcy do jego należytego wykonania polegające na braku właściwej organizacji pracy i niezachowania zasad bezpieczeństwa przez pracowników ochrony. W dniu 1 grudnia br. do siedziby Zamawiającego zaczęły napływać negatywne meldunki dowódców/komendantów ochraniających jednostek, o których został poinformowany Wykonawca pismem z dnia 4 grudnia br. oraz wezwany do usunięcia nieprawidłowości. W dniu 4 grudnia br. (poniedziałek) wpłynęły kolejne negatywne meldunki

dowódców/komendantów ochraniających jednostek. W zaistniałej sytuacji Zamawiający wezwał ostatecznie w dniu 5 grudnia br. Wykonawcę do przystąpienia do realizacji Umowy nr 1013/2017 z dnia 27.11.2017 r. zgodnie z jej zapisami wyznaczając nieprzekraczalny termin 6 grudnia 2017 r. do godziny 10.00. W dniu 6 grudnia br. umocowani przedstawiciele Wykonawcy uczestniczyli w komisijnym sprawdzeniu sposobu realizacji Umowy nr 1013/2017 z dnia 27.11.2017 r. w JW 1460, JW 2098 i WKU w Ełku. Prowadzona kontrola wykazała szereg nieprawidłowości bezpośrednio zagrażających bezpieczeństwu: mieniu wojskowemu znacznej wartości związanego z obronnością kraju. Wykonawca otrzymał egzemplarz sporządzonego protokołu z kontroli, z którym się zapoznał czego dowodem są złożone podpisy.

Reasumując, w wyznaczonym dodatkowym terminie Wykonawca nie przystąpił do realizacji usługi w sposób należyty. W dniu dzisiejszym tj. 7 grudnia br. do siedziby wpłynęły kolejne negatywne meldunki dowódców/komendantów ochraniających jednostek.

Zaistniały stan faktyczny wyczerpuje przesłanki określone w § 6 ust. 1 pkt 3 umowy i obliguje Zamawiającego do odstąpienia od umowy nr 1013/2017 z dnia 27.11.2017 r.

Niniejszym Zamawiający wzywa Wykonawcę do opuszczenia ochraniających jednostek wojskowych w dniu 8 grudnia 2017 r., godz. 6.00”.

Izba uwzględniła wnioski dowodowe Odwołującego DGP dotyczące dowodów od numerach od 1 do 14 załączone do odwołania i w oparciu o nie ustaliła, iż Przystępujący ponosi odpowiedzialność za nienależyte wykonanie Umowy 1013/2017 z 24 WOG. Protokół z posiedzenia zespołu w sprawie realizacji usługi w zakresie ochrony osób i mienia oraz monitoringu świadczonej przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne (SUFO) w jednostkach i instytucjach wojskowych zlokalizowanych na terenie administrowanym przez 24 WOG Giżycko z dnia 7 grudnia 2017 r. (dowód nr 4), wraz z załącznikami wskazuje, że:

1. 30 listopada 2017 r. na terenie jednej z ochraniających przez wykonawcę jednostek (JW 1460) doszło do śmiertelnego wypadku z udziałem pracownika wykonawcy. Skutkiem zdarzenia było zatrzymanie przez Żandarmerię Wojskową obecnych w pomieszczeniach SUFO pracowników wykonawcy oraz zabezpieczenie ich uzbrojenia. W efekcie wykonawca nie przejął zadań ochrony na terenie jednostki JW 1460 w terminie wynikającym z Umowy 1013/2017. Nie przejął ich również w terminie późniejszym, wyznaczonym przez Zamawiającego, tj. od 4 grudnia 2017 r., godz. 9.00. Wykonawca nie objął również ochroną pozostałych jednostek, mimo, że skutki ww. dotyczyły wyłącznie JW 1460.
2. Usługi ochrony były realizowane na terenie JW 1460 od 5 grudnia 2017 r., ale Zamawiający nadal zgłaszał uwagi, co do sposobu wykonywania zadań przez

wykonawcę, m. in. w zakresie braków odpowiednich dokumentów pracowników ochrony, oraz ich wyposażenia.

Ww. protokół stanowi dokumentację działań wykonawcy związanych ze świadczeniem wynikających z Umowy 1013/2017 usług na rzecz 24 WOG. Został on sporządzony dla okresu od 30 listopada do 6 grudnia 2017 r., z uwzględnieniem każdego dnia tego okresu i potwierdza stanowisko Odwołującego – od momentu rozpoczęcia realizacji usługi na rzecz 24 WOG, do odstąpienia 24 WOG od Umowy 1013/2017, wykonawca nie realizował jej w sposób prawidłowy. Stwierdzone i udokumentowane przez 24 WOG nieprawidłowości miały istotny charakter.

Izba uznała stanowisko Przystępującego, który wskazał, że jedną z przyczyn nienależytej realizacji umowy na rzecz 24 WOG były niekorzystne warunki atmosferyczne, za nieprawidłowe. Złożone przez Odwołującego DGP w toku rozprawy dowody o numerach od 16 do 21 przeczą twierdzeniu Przystępującego. Tym samym Izba uznała za udowodnione, że na przełomie listopada i grudnia 2017 r., na terenach objętych realizacją zadań wynikających z Umowy 1013/2017, warunki atmosferyczne nie odbiegały od normalnych, typowych warunków zimowych charakterystycznych dla tej części Polski. Przystępujący ponadto nie wyjaśnił, ani nie wykazał w jaki sposób warunki atmosferyczne miały przyczynić się do stwierdzonych przez 24 WOG braków m.in. w wyposażeniu pracowników ochrony oraz dokumentacji. Przystępujący nie przedstawił również wiarygodnej argumentacji uzasadniającej przyczyny, dla których wypadek na terenie JW 1460 miał wpływ na rozpoczęcie i sposób świadczenia usług na terenie pozostałych, objętych ochroną, jednostek.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że Przystępujący doprowadził do rozwiązania Umowy 1013/2017 z 24 WOG na skutek jej nienależytego wykonywania. Tym samym wypełnione zostały przesłanki art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, który stanowi, że zamawiający może wykluczyć z postępowania wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Podstawa wykluczenia określona w przytoczonym przepisie została przewidziana przez Zamawiającego, jako obowiązująca w postępowaniu, co za tym idzie w sytuacji wypełnienia jej przesłanek, po stronie Zamawiającego powstał obowiązek wykluczenia Przystępującego z postępowania. W ocenie Izby fakt, że między 24 WOG, a Przystępującym toczy się spór sądowy, co do kar umownych nie ma znaczenia w sprawie. Wbrew stanowisku Zamawiającego, zgodnie z literalnym brzmieniem art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, obowiązek wykluczenia wykonawcy realizuje się już przez sam fakt rozwiązania z umowy

z tym wykonawcą przez innego zamawiającego, z uwagi na niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, w istotnym stopniu, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Prawomocny wyrok sądu nie jest warunkiem sine qua non dla zastosowania wobec wykonawcy dyspozycji przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp.

Nie potwierdził się natomiast zarzut wskazujący na obowiązek wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp: „Zamawiający może wykluczyć z postępowania wykonawcę który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależyście wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych”. W ocenie składu orzekającego Odwołujący DGP nie zdołał wykazać, że wynikiem naruszenia obowiązków przez Przystępującego, było podważenie uczciwości Przystępującego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:.....

.....

.....