

WYROK

z dnia 5 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska
Andrzej Niwicki
Anna Packo**

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 maja 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 kwietnia 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Provider Security Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa we Wrocławiu oraz Impel Security Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Morskiego Portu Gdynia spółka akcyjna w Gdyni

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Agencja Ochrony K. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Konsal Ochrona spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdyni, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddała odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Provider Security Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa we Wrocławiu oraz Impel Security Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Provider Security Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa we Wrocławiu oraz Impel Security Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu

tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Provider Security Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa we Wrocławiu oraz Impel Security Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu na rzecz Zarządu Morskiego Portu Gdynia spółka akcyjna w Gdyni kwotę 2 460zł 00 gr (słownie: dwa tysiące czterysta sześćdziesiąt 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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

I. Zarząd Morskiego Portu Gdynia spółka akcyjna w Gdyni (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Ochrona portu morskiego w Gdyni w latach 2016-2020”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 23 stycznia 2016 r., poz. 2016/S 016-024732. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 15 kwietnia 2016 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Impel Provider Security Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa we Wrocławiu oraz Impel Security Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia wybranego Konsorcjum: Agencja Ochrony K. Sp. z o.o. i Konsal - Ochrona Sp. z o.o. z uwagi na brak wniesienia wadium,
- 3) art. 87 ust. 2 pkt. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego poprawienia omyłki pisarskiej w ofercie Odwołującego,
- 4) art. 91 ust 1 Prawa zamówień publicznych poprzez wadliwy przydział punktów Wykonawcom w kryterium „Doświadczenie” oraz w konsekwencji wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

- I. Zarzuty naruszenia przepisu art. 24 ust 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.
Odwołujący stwierdzał, iż złożona w ofercie przez wybranego Wykonawcę gwarancja ubezpieczeniowa wadium została wystawiona wadliwie i nie zapewnia Zamawiającemu możliwości zaspokojenia się z niej w przypadkach określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący podnosił, iż do oferty został złożony dokument wadialny o nr 998-A578584 z dnia 02.03.2016 roku, wystawiony przez Uniqua Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna w Łodzi, ul. Gdańska 132, z którego treści wynika jednoznacznie, iż podmiotem tzw. „Zobowiązany”, którego działania, bądź zaniechania mogą powodować powstanie roszczenia oraz wypłatę przez Gwaranta określonej sumy pieniężnej-jest wyłącznie Agencja Ochrony K. Sp. z o.o. nie zaś Konsorcjum Agencja Ochrony K. Sp. z o.o. i Konsal - Ochrona Sp. z o.o.

W takiej sytuacji Zamawiający obowiązany jest, zdaniem Odwołującego, wykluczyć Wykonawcę na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych, gdyż Wykonawca nie wniósł wadium w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący przytaczał orzecznictwo KIO i wywodził, że oferta wspólna została prawidłowo zabezpieczona wadium, wskazując, że np. w przypadku, gdy np. odmowa zawarcia umowy wystąpi po stronie wykonawcy niebędącego objętym gwarancją, Gwarant ma zasadne prawo odmówić wpłaty należnej Zamawiającemu sumy. Potwierdza to zresztą treść samej gwarancji, załączonej do oferty.

Gwarancja przedstawiona w ofercie Konsorcjum Agencja Ochrony K. Sp. z o.o. i Konsal - Ochrona Sp. z o.o. zawiera wyraźne oświadczenie, że dotyczy ona wyłącznie zobowiązań firmy Agencja Ochrony K. Sp. z o.o. nie zaś wszystkich członków Konsorcjum, a zatem - w świetle orzecznictwa KIO, należy w ocenie Odwołującego uznać wadium tego Konsorcjum za wniesione nieskutecznie, co powinno stanowić podstawę do wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu.

II. Zarzuty naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

1. Zarzut wadliwej punktacji w kryterium „Doświadczenie”, przyznanej Odwołującemu oraz zaniechania poprawienia omyłki pisarskiej w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 1 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący wskazywał, że z treści zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty wynika, iż Zamawiający nie uwzględnił w przypadku Odwołującego w przedmiotowym kryterium usługi nr 10, wykonanej na rzecz Zamawiającego: TARR Centrum Innowacyjności sp. z o.o. w Toruniu. W uzasadnieniu Zamawiający stwierdził, iż dowód należytego wykonania usługi jest niezgodny z warunkiem, o którym mowa w Rozdziale VII pkt. 2 lit. b tir. 1 SIWZ.

Odwołujący wprawdzie w wykazie usług podał informację, że powyższa usługa jest realizowana od 17.06.2013r. „do nadal”, jednak uczynił to omyłkowo, gdyż umowa została już zakończona w dniu 31.12.2014r., co potwierdza dołączona do wykazu referencja z dnia 30.03.2015r.

Odwołujący zarzucał, że Zamawiający zaniechał poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 1 Prawa zamówień publicznych oczywistej omyłki pisarskiej w ofercie Odwołującego w wykazie usługi pod pozycją nr 10 - poprzez usunięcie zwrotu „do nadal” i wpisanie w tym miejscu daty faktycznego zakończenia usługi tj. dnia 31.12.2014r.

Zamawiający, zdaniem Odwołującego, mógł dokonać czynności poprawienia omyłki samodzielnie na podstawie porównania wykazu usług z listem referencyjnym lub wskutek czynności wezwania Odwołującego do wyjaśnień w sprawie, czego Zamawiający zaniechał w postępowaniu.

W konsekwencji punktacja w kryterium została przyznana Odwołującemu, przez Zamawiającego w sposób zaniżony, gdyż Odwołujący, w jego ocenie, winien uzyskać również dodatkowe punkty za usługę nr 10.

2. Zarzut wadliwej punktacji w kryterium „Doświadczenie” przyznanej wybranemu Wykonawcy.

Wykaz usług oraz załączone do niego dokumenty przedstawione przez wybranego Wykonawcę zawierają według Odwołującego, następujące wady:

1) ani z treści oświadczenia zawartego w Wykazie usług, ani też z treści załączonych do niego poświadczeń należytego wykonania/wykonywania usług nie wynika, aby usługi wykazane w Wykazie dotyczyły ochrony obszarów, obiektów lub urządzeń podlegających obowiązkowej ochronie - zgodnie z ustawą z dnia 22 sierpnia 1997r. o ochronie osób i mienia (Dz. U. z 2014r., poz. 1099 - t.j. z późn. zm.). Weryfikacja statusu poszczególnych obiektów, wskazanych w Wykazie, pozwala jednoznacznie stwierdzić, że jednostki wojskowe, wymienione w poz. 5 i 6 Wykazu nie są obiektami podlegającymi obowiązkowej ochronie - zgodnie z ustawą z dnia 22 sierpnia 1997r. o ochronie osób i mienia (tak, jak chce tego zamawiający). Ustawa, na którą zamawiający powołuje się określając kryteria oceny ofert, w art. 5 ust. 2 -5 wyraźnie definiuje obiekty obowiązkowej ochrony, do których z pewnością nie należą jednostki wojskowe. Są one co prawda ochraniające przez SUFO, lecz na podstawie innych przepisów, niż ustawa z dnia 22 sierpnia 1997r. o ochronie osób i mienia (w szczególności jednostki wojskowe nie znajdują się w wykazach, o których mowa w art. 5 ust. 3 - 5 a ich Plany ochrony nie podlegają uzgodnieniu z Wojewódzkim Komendantem Policji — zgodnie z art. 7 ust. 1 powołanej ustawy).

Z uwagi na tak sformułowane przez zamawiającego kryteria, jak powyżej - nie sposób przyjąć do oceny, przyznając im punkty, usługi świadczone przez w/w Wykonawcę na terenach jednostek wojskowych

2) z uwagi na nieosiągniętą wartość minimalną 500 000 zł, nie można również przyjąć do oceny oraz punktować usług wymienionych w poz. 3,15 i 16 Wykazu usług.

3) uzasadnione wątpliwości budzą też wartości zamówień, wykazanych w poz. 8 i 9. W wyniku weryfikacji informacji dostępnych publicznie, stwierdzamy, że istnieje bardzo duże

prawdopodobieństwo, że usługa na rzecz Biblioteki Publicznej m. st. Warszawy nie osiągnęła kwoty 549 406,33 zł. Z ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, opublikowanego w Biuletynie Zamówień Publicznych wynika, że w okresie 01.02.2013 — 31.01.2015 udzielono w/w Wykonawcy zamówienia publicznego na kwotę 371 922,48 zł. Jeżeli przyjąć, że w terminie 01.02.2015 - 30.06.2015 udzielono temu Wykonawcy zamówienia uzupełniającego do maksymalnej wartości, określonej w SIWZ , tj. 20%, całkowita wartość usługi, wykazanej w poz. 8, nie osiągnęłaby minimalnej kwoty 500 000 zł.

W odniesieniu do usługi zrealizowanej na rzecz Muzeum Narodowego w Krakowie, z ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, opublikowanego w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 67063-2013 z dnia 06.05.2013 r. wynika, że wartość udzielonego zamówienia wyniosła 494 563,44 zł, a więc również nie osiągnęła wymaganej przez zamawiającego kwoty.

Wykonawca zatem w przedłożonym Wykazie zawarł co najmniej 5 usług bezsprzecznie nie spełniających warunków uprawniających do przyznania punktów w kryterium „doświadczenie” oraz co najmniej 2 usługi budzące uzasadnione wątpliwości co do ich realnej wartości.

W konsekwencji Zamawiający winien, zdaniem Odwołującego, obniżyć punktację przyznaną wybranemu Wykonawcy w tym kryterium.

3. Zarzut wadliwej punktacji w kryterium „Doświadczenie” przyznanej Konsorcjum Konsalnet Holding S.A., Konsalnet Ochrona sp. z o.o., Konsalnet Security SP. z o.o.

Wykaz usług oraz załączone do niego dokumenty przedstawione przez w/w Konsorcjum zawierają następujące wady:

1) dla usług wykazanych w poz. 16, 22, 26 oraz 29 przedłożono dowody, które nie potwierdzają należytego wykonania zamówień. Załączone na potwierdzenie referencje/poświadczenia są wystawione w trakcie realizacji usługi, co dla usług wykonanych, a więc zakończonych - jest niedopuszczalne. Usługi zakończone mogą być traktowane jako wykonane należyte wyłącznie w wypadku, gdy poświadczenie ich należytego wykonania zostało wystawione po ich zakończeniu. Nie sposób przyjąć, aby dołączone do oferty faktury oraz wydruki z wewnętrznych systemów księgowych Wykonawcy, potwierdzały należyte wykonanie usług. Nie zawierają one bowiem żadnej informacji o prawidłowości wykonanych usług, są jedynie potwierdzeniem, że za dany okres wykonania usługi wystawiono fakturę oraz, że faktura ta została opłacona. Nie oznacza to jednakże, że Zamawiający potwierdza w ten sposób należyłą realizację umowy. Nawet w przypadku nienależytego wykonywania usług oraz np. uiszczania kar umownych, faktury za realizację tego typu usług są wystawiane standardowo przez Wykonawcę i opłacane przez Zamawiającego (albo w kwocie pomniejszonej o potrącone kary umowne, albo

w pełnej wysokości - gdy Zamawiający zaspokaja się w tym względzie z ustanowionego zabezpieczenia należytego wykonania umowy).

Faktura - zgodnie z literaturą przedmiotu i utrwalonym orzecznictwem - stanowi dowód, że zamówienie zostało zrealizowane, natomiast nie potwierdza należytego wykonania zamówienia. W przypadku nienależytego wykonania umowy zamawiający ma prawo naliczyć wykonawcy kary umowne, które mogą być rozliczone na odrębnej fakturze. Sama faktura nie może więc stanowić tzw. referencji/poświadczenia należytego wykonania, chyba że zawiera w swojej treści sformułowania jednoznacznie stanowiące dowód prawidłowej realizacji zamówienia. Potwierdza to wyrok KIO z 28 czerwca 2010 r. (sygn. akt 1083/10, 1085/10).

Zamawiający wyraźnie wskazał, że Wykonawca - w celu uzyskania punktów w kryterium „doświadczenie” - musi do Wykazu usług dołączyć dowody, o których mowa w rozdziale VII pkt 2) lit, b) SIWZ. Nie sposób zatem przyjąć, iż wspomniane faktury, nie zawierające absolutnie żadnych informacji dotyczących sposobu wykonania usług, są dowodami pozwalającymi uznać zamówienie za wykonane należycie, a co za tym idzie - usługi z nimi związane, opisane powyżej, nie powinny podlegać ocenie i punktowaniu w przyjętych przez zamawiającego kryteriach oceny ofert,

2) usługi wymienione przez Wykonawcę w poz. 23, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42 i 43 nie dotyczą obiektów obowiązkowej ochrony w rozumieniu ustawy z dnia 22 sierpnia 1997r. o ochronie osób i mienia (a to było wyraźnie wyartykułowanym przez zamawiającego wymogiem do przyznania punktów w kryterium „doświadczenie”). Każdy profesjonalny podmiot, świadczący usługi w branży ochrony ma, zdaniem Odwoływającego, pełną świadomość, że jednostki wojskowe są chronione przez SUFO na podstawie odrębnych, niż powołana ustawa, przepisów i w związku z tym ich tereny nie są obiektami podlegającymi obowiązkowej ochronie - zgodnie ze wspomnianą ustawą. Odwołujący podnosił, że jako podmiot od wielu lat świadczący usługi na terenie tego typu jednostek, posiada w tym obszarze szeroką wiedzę i doświadczenie, potwierdzone wieloma referencjami/poświadczeniami, jednakże - z uwagi na precyzyjnie określone przez zamawiającego wymogi w kryterium „doświadczenie”, nie przedłożył tychże dowodów wraz z ofertą, gdyż ich dołączenie stanowiłoby - w naszym przekonaniu - nieuczciwą próbę zdobycia zamówienia publicznego - niezgodnie z kryteriami przyjętymi przez zamawiającego. Zauważyć dodatkowo należy, że nawet, gdyby usługi wymienione w pozycjach powyżej, dotyczyły obiektów obowiązkowej ochrony - zgodnie z ustawą o ochronie osób i mienia, to dla większości z nich (wymienionych w poz. 34, 36, 37, 38, 39, 40, 41 i 43) nie przedłożono aktualnych poświadczeń należytego wykonywania (w rozumieniu Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów), składając wyłącznie lakoniczne oświadczenie o niemożności przedłożenia takowego - co jest całkowicie sprzeczne z wytycznymi zamawiającego, który wyraźnie określił w SIWZ, że oświadczenie

Wykonawcy potraktowane będzie jako dowód - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia. Wykonawca w żaden sposób nie wykazał uzasadnienia niemożności pozyskania poświadczeń, ani też nie wskazał obiektywnych tego przesłanek.

W konsekwencji Zamawiający winien, zdaniem Odwołującego, obniżyć punktację przyznaną Wykonawcy w tym kryterium.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i w odpowiedzi na odwołanie wnosił o jego oddalenie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Agencja Ochrony K. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Konsal Ochrona spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdyni, których oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie może zostać uwzględnione.

Odnosnie zarzutu dotyczącego gwarancji wadialnej, wniesionej przez jednego z konsorcjantów, Izba podzieliła poglądy dotychczas wyrażane w orzecznictwie oraz opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, zamawiający ma obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu

terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia na podstawie art. 23 ust. 2 Prawa zamówień publicznych ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z kolei stosownie do przepisu art. 23 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji, w ocenie składu orzekającego, uprawnione jest przyjęcie, że obowiązki wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 Prawa zamówień publicznych w zakresie wadium, dotyczące wykonawcy, dotyczą również wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia odpowiednio. Stosownie do art. 45 ust. 6 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, wadium może być wnoszone przez wykonawcę w postaci gwarancji ubezpieczeniowych. W przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia przez kilku wykonawców, gwarancja wadium jest składana przez pełnomocnika, ustanowionego na podstawie art. 2 ust. 2 Prawa zamówień publicznych. Powyższe Zamawiający wyraźnie przewidział w Rozdziale V SIWZ, pkt 1 ust. 7, wskazując, że „dopuszcza się aby wadium zostało wniesione przez pełnomocnika lub przez jeden z podmiotów występujących wspólnie”, przy czym umocowanie pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie było kwestionowane w odwołaniu. Uczestnicy umowy konsorcjalnej (wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia) w § 4 ust. 7 umowy konsorcjum z dnia 18 lutego 2016 r. (odpis złożony przez Przystępującego na rozprawie) przewidzieli, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy wniesie Lider Konsorcjum (pełnomocnik wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia).

Skład orzekający podziela pogląd wyrażony w opinii Prezesa UZP, iż „Cel ten zostaje osiągnięty także w przypadku, gdy gwarancja bankowa jest wystawiona na jednego z członków konsorcjum, który został prawidłowo umocowany do działania na rzecz pozostałych konsorcjantów, nawet jeżeli w treści gwarancji nie ma wprost odwołania do działania przez niego na rzecz pozostałych członków konsorcjum. W takim przypadku należy uznać, że wadium w postaci gwarancji zostało prawidłowo wniesione. Należy bowiem zauważyć, że prawidłowo umocowany pełnomocnik konsorcjum, wskazany w treści gwarancji wadium, podobnie jak każdy inny członek tego, konsorcjum ponosi odpowiedzialność z gwarancji za wszystkie działania innych członków konsorcjum (odpowiedzialność solidarna zgodnie z art. 369 KC w zw. z art. 14 i 139 ustawy Pzp), które mogą być powodem zaistnienia przesłanek do zatrzymania wadium. W tych okolicznościach

gwarancja wadialna opatrzona klauzulą „na pierwsze żądanie” mająca charakter bezwarunkowy i nieodwołalny zabezpiecza interes zamawiającego także wówczas, gdy jest wystawiona na jednego z członków konsorcjum - pełnomocnika pozostałych członków konsorcjum.

Powyższe stanowisko w odniesieniu do kwestii wnoszenia wadium w formie gwarancji bankowej stanowiącej wadium, wystawionej na jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (członków konsorcjum) zostało zaprezentowane także w skardze Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 22 lipca 2015 r., na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lipca 2015 r. (sygn. akt: 1251/15) i potwierdzone uwzględniającym tę skargę wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 października 2015 r. (sygn. akt: XXIII Ga 1313/15).” (Interpretacja art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w kontekście przedłożenia gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej wystawionej na jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, opublikowana na stronie <https://www.uzp.gov.pl/>). Analogiczny pogląd został wyrażony w wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie sygn. akt VI Ca 527/05 oraz m.in. w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 2362/15, KIO 2622/15 oraz KIO 2789/15.

Reasumując, Izba nie podzieliła wywodów Odwołującego co do braku możliwości akceptacji gwarancji wystawionej na jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W konsekwencji, Izba stwierdziła, że okoliczność, że do oferty Przystępującego został złożony dokument wadialny o nr 998-A578584 z dnia 2 marca 2016 roku, wystawiony przez Uniqua Towarzystwo Ubezpieczeń spółka akcyjna w Łodzi, z którego treści wynika jednoznacznie, iż podmiotem zobowiązanym, którego działania, bądź zaniechania mogą powodować powstanie roszczenia oraz wypłatę przez Gwaranta określonej sumy pieniężnej-jest wyłącznie Agencja Ochrony K. Sp. z o.o. nie zaś wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Agencja Ochrony K. Sp. z o.o. i Konsal - Ochrona Sp. z o.o. nie może stanowić podstawy do wykluczenia Przystępującego z postępowania z powodu niewniesienia wadium.

Odnośnie zarzutów, dotyczących przyznawania punktów wykonawcom za posiadane doświadczenie, Izba stwierdziła, co następuje:

Po pierwsze, część zarzutów odwołania, odnoszących się do punktowania ofert konkurencyjnych była oczywiście nietrafna, ponieważ Zamawiający nie przyznał punktów za niektóre usługi wskazane w ofertach konkurencyjnych, a wskazywane przez Odwołującego jako niesłusznie punktowane. Mianowicie Zamawiający nie przyznał punktów za pozycje 3, 8,

14 i 15 wykazu Przystępującego (numeracja pozycji wykazu zgodnie z uprawnioną poprawką Zamawiającego – wykonawca pominął w numeracji pozycję nr 13, dlatego kolejne pozycje miały nieprawidłową liczbę porządkową).

Zamawiający nie uwzględnił przy przyznawaniu punktów pozycji nr 29, 34, 36, 37, 38, 39, 40, 41 i 43 w wykazie usług załączonym do oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsalnet Holding S.A., Konsalnet Ochrona sp. z o.o., Konsalnet Security sp. z o.o.

Powyższe zostało upublicznione w wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 5 maja 2016 r.

W konsekwencji twierdzenia Przystępującego o błędnym przyznaniu punktów w tychże pozycjach były bezprzedmiotowe.

Po drugie, odnośnie dokumentów potwierdzających posiadane doświadczenie – w ocenie składu orzekającego Zamawiający przedmiotowe dokumenty ocenił prawidłowo. Odnośnie pozycji 9 (błędnie wskazanej w wyborze oferty najkorzystniejszej jako niepunktowana przez Zamawiającego), Przystępujący uzupełnił wymagane doświadczenie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, czego Odwołujący nie kwestionował. Zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych i Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów zostały też ocenione przez Zamawiającego dokumenty potwierdzające wykonanie usług, złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsalnet Holding S.A., Konsalnet Ochrona sp. z o.o., Konsalnet Security sp. z o.o., wydane w trakcie realizacji usług.

Po trzecie, Izba podzieliła w całości stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie, dotyczące punktowania doświadczenia za usługi ochrony jednostek wojskowych. Zdaniem Odwołującego nie powinny być one punktowane, bowiem podlegają ochronie na podstawie innych przepisów, niż ustawa o ochronie osób i mienia – tymczasem, zgodnie z Rozdziałem XVI SIWZ pkt 1, Zamawiający powinien punktować z wagą 20% doświadczenie wykonawców w świadczeniu usług ochrony obszarów, obiektów lub urządzeń podlegających obowiązkowej ochronie zgodnie z ustawą o ochronie osób i mienia.

Izba zważyła, co następuje: zgodnie z art. 5 ustawy o ochronie osób i mienia (Dz.U 2014/1099), obszary, obiekty, urządzenia i transporty ważne dla obronności, interesu gospodarczego państwa, bezpieczeństwa publicznego i innych ważnych interesów państwa podlegają obowiązkowej ochronie przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne lub odpowiednie zabezpieczenie techniczne.

Rzeczywiście, ochrona obiektów wojskowych podlega szczególnemu, zaostrzonemu reżimowi - w porównaniu do ochrony obiektów nieposiadających charakteru wojskowego - na podstawie Rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej z dnia 19 czerwca 1999 r. w sprawie

ochrony przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne terenów jednostek organizacyjnych resortu obrony narodowej (Dz.U.2014/1770).

Jednak w ocenie Izby w tym przypadku nie można mówić o „innych przepisach” ponieważ przedmiotowe rozporządzenie zostało wydane na podstawie art. 44 ust. 2 ustawy o ochronie osób i mienia. Skoro akt ten jest aktem wykonawczym oczekiwanej przez Zamawiającego podstawy prawnej świadczenia usługi punktowanej - nie można wyłączyć punktowania usług świadczonych na podstawie rozporządzenia, jeżeli Zamawiający zapowiedział przyznawanie punktów za świadczenie usługi obowiązkowej na podstawie ustawy o ochronie osób i mienia.

Po czwarte, w kontekście powyższego, ewentualne doliczenie punktów Odwołującemu za pozycję 10 wykazu usług, o co słusznie wnosił w odwołaniu, nie ma wpływu na wynik postępowania (zwiększenie punktacji Odwołującego o 1 pkt za doświadczenie zawodowe nie spowoduje, że będzie miał on większą ilość punktów, niż oferta uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą).

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do takich naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych, które miałyby wpływ na wynik postępowania, dlatego orzeczono, jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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).

Przewodniczący:

.....

.....

.....