

Sygn. akt: KIO 1299/12

Sygn. akt: KIO 1325/12

WYROK

z dnia 3 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lipca 2012 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 21 czerwca 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Art-Security Group Sp. z o. o. w Warszawie i Mariusza Popenda prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „P.H.U. ZBAR Mariusz Popenda” (sygn. akt KIO 1299/12),
- B. w dniu 25 czerwca 2012 r. przez IMPEL SECURITY POLSKA Sp. z o.o. we Wrocławiu (sygn. akt KIO 1325/12),

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Mazowiecki Port Lotniczy Warszawa-Modlin Sp. z o.o. w Nowym Dworze Mazowieckim,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Poczta Polska S.A. w Warszawie i STEKOP S.A. w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 1299/12 i KIO 1325/12 po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. **A. uwzględnić odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1299/12 i nakazuje Mazowieckiemu Portowi Lotniczemu Warszawa - Modlin Sp. z o.o. w Nowym Dworze Mazowieckim, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Art-Security Group Sp. z o. o. w Warszawie i Mariusza Popenda prowadzącego działalność gospodarczą**

pod nazwą „P.H.U. ZBAR Mariusz Popenda” oraz dokonanie powtórnej oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługę ochrony osób i mienia na rzecz Spółki Mazowiecki Port Lotniczy Warszawa-Modlin Sp. z o.o., z uwzględnieniem tej oferty,

B. oddała odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1325/12;

2. kosztami postępowania obciąża Mazowiecki Port Lotniczy Warszawa-Modlin Sp. z o. o. w Nowym Dworze Mazowieckim i IMPEL SECURITY POLSKA Sp. z o.o. we Wrocławiu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Art-Security Group Sp. z o. o. w Warszawie i Mariusza Popenda prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „P.H.U. ZBAR Mariusz Popenda” i IMPEL SECURITY POLSKA Sp. z o.o we Wrocławiu tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od Mazowieckiego Portu Lotniczego Warszawa-Modlin sp. z o. o. w Nowym Dworze Mazowieckim na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Art-Security Group Sp. z o. o. w Warszawie i Mariusza Popenda prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „P.H.U. ZBAR Mariusz Popenda” kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa procesowego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

.....

sygn. akt KIO 1299/12

KIO 1325/12

UZASADNIENIE

Zamawiający, Mazowiecki Port Lotniczy Warszawa-Modlin Sp. z o.o. w Nowym Dworze Mazowieckim, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług ochrony osób i mienia na rzecz Spółki Mazowiecki Port Lotniczy Warszawa-Modlin Sp. z o.o.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 20.03.2012 r. w Dz.U. UE pod numerem 2012/S 55-090267.

W dniu 15 czerwca 2012 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Poczta Polska S.A. w Warszawie i STEKOP S.A. w Warszawie (zwanym dalej „Konsorcjum Poczta Polska”) jako najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Art-Security Group Sp. z o. o. w Warszawie i Mariusza Popena prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „P.H.U. ZBAR Mariusz Popena” (zwanym dalej „Konsorcjum Art.-Security”) jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”).

sygn. akt KIO 1299/12

W dniu 21 czerwca 2012. r. Konsorcjum Art-Security wniosło odwołanie względem czynności odrzucenia jego oferty, zarzucając zamawiającemu, iż swym

postępowaniem doprowadził do naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, iż oferta złożona przez Odwołującego nie spełnia kryteriów określonych w specyfikacji zamówienia i podlega odrzuceniu, mimo że oferta Odwołującego spełniała wszystkie wymagania Zamawiającego, była zgodna z wymaganiami specyfikacji, a nadto zawierała najniższą cenę.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- dokonanie ponownego badania i oceny ofert,
- obciążenie Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż w punkcie II.2 informacji o wynikach postępowania Zamawiający poinformował, iż odrzucił ofertę Odwołującego ze względu na nie uzupełnienie w terminie braku polegającego na złożeniu prawidłowo podpisanego dokumentu potwierdzającego umocowanie osób do złożenia oferty. Tymczasem w podanym zakresie Odwołujący był wzywany do uzupełnienia braków oraz złożenia wyjaśnień w dniu 6 czerwca 2012 i obowiązku tego dopełnił pismem z 11 czerwca 2012 r (w aktach sprawy).

Zamawiający wskazał, iż Odwołujący załączył do oferty oryginał pełnomocnictwa z dnia 4 kwietnia 2012 r., udzielonego w imieniu ART- SECURITY GROUP Sp. z o.o. przez Pana Włodzimierza Chróścickiego oraz w imieniu Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego „ZBAR” Mariusz Popenda dla lidera Konsorcjum, tj. ART-SECURITY GROUP Sp. z o.o. do reprezentowania wspólnie występujących wykonawców, jak również każdego z nich z osobna w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający dokonał analizy ww. pełnomocnictwa i stwierdził, iż nie spełnia ono wymogów reprezentacji według aktualnego wpisu ART-SECURITY GROUP Sp. z o.o. w Krajowym Rejestrze Sądowym.

W rejestrze przedsiębiorców, a także w umowie spółki ujawniony jest następujący sposób reprezentacji: „Do składania oświadczeń i podpisywania w imieniu Spółki uprawniony jest Prezes Zarządu w przypadku Zarządu jednoosobowego, albo dwóch członków Zarządu działających łącznie lub członek Zarządu działający łącznie z

Prokurentem w przypadku Zarządu wieloosobowego". W chwili składania oferty oraz w momencie udzielania przedmiotowego pełnomocnictwa, a także obecnie Zarząd spółki ART- SECURITY GROUP Sp. z o.o. składa się z jednej osoby, tj. Członka Zarządu - p. Włodzimierza Chróścickiego.

Zamawiający w wyniku błędnej interpretacji przepisów Kodeksu spółek handlowych (Dz. U. z 2000.94.1037 z późn. zm.) - „k.s.h.” zarzucił Odwołującemu, iż wyżej wymieniony sposób reprezentacji wyklucza podpisywanie w imieniu Spółki oraz reprezentowanie Spółki we wszelkich czynnościach sądowych i pozasądowych przez jedyne Członka Zarządu.

Powyższe twierdzenie nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach oraz stoi w rażącej sprzeczności z poglądami wyrażanymi przez doktrynę prawa handlowego, a także orzecznictwo Sądu Najwyższego. Bezspornym jest, iż w przypadku zarządu jednoosobowego jedyny Członek Zarządu, bez względu na „tytulaturę”, jest umocowany do składania w imieniu reprezentowanej przez niego spółki oświadczeń zgodnie z przepisami k.s.h. Zgodnie z art. 205 § 1 k.s.h. „ *Jeżeli zarząd jest wieloosobowy, sposób reprezentowania określa umowa spółki. Jeżeli umowa spółki nie zawiera żadnych postanowień w tym przedmiocie, do składania oświadczeń w imieniu spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem.*”

Już pobieżna analiza omawianego przepisu prowadzi do prostego wniosku, iż zakresem normy objęta jest sytuacja, gdy w skład organu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością wchodzi więcej niż jedna osoba (vide - sformułowanie „jeżeli zarząd jest wieloosobowy” Przepisem tym wprowadzono normę o charakterze dyspozytywnym (tj. dopuszczalnym jest jej modyfikacja na mocy umowy spółki) i przewidziano, że jeśli umowa spółki nie stanowi odmiennie, to zastosowanie znajduje dyspozycja zawarta w art. 205 § 1 k.s.h.

Bezspornym jest, iż w niniejszej sprawie zachodzi sytuacja, iż u Odwołującego się zarząd składa się z jednej osoby. Oznacza to zatem (i nie może być odmiennie interpretowane), iż spółkę (Odwołującego) reprezentuje jedyny członek zarządu bez względu stosowna nomenklaturę w zakresie nazewnictwa. Kodeks spółek handlowych normuje sytuację prawną i kompetencje członka zarządu w art. 204 k.s.h., który stanowi, iż w zakresie reprezentacji Spółki wobec osób trzecich członek zarządu nie można ograniczyć. Jest to norma prawna *ius cogens* i uchylenie jej,

nawet umową spółki, jest prawnie bezskuteczne (Art. 204 § 1. Prawo członka zarządu do prowadzenia spraw spółki i jej reprezentowania dotyczy wszystkich czynności sądowych i pozasądowych spółki. § 2. Prawa członka zarządu do reprezentowania spółki nie można ograniczyć ze skutkiem prawnym wobec osób trzecich").

Podkreślenia wymaga, iż żaden z przepisów k.s.h. regulujący sposób reprezentacji takiej spółki nie posługuje się pojęciem „prezes zarządu”, co wynika z faktu, iż każdy z członków organu spółki kapitałowej (tu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością) posiada równy status i tożsame uprawnienia. Stanowisko prezentowane w niniejszym odwołaniu - poza oparciem w przepisach k.s.h. oparte jest również na:

- fakcie, iż Sąd Rejestrowy dokonując zmiany wpisu w zakresie określenia sposobu reprezentacji Odwołującego (ART-SECURITY Group Sp. z o.o.) nie zgłaszał co do takiego sposobu reprezentacji żadnych zastrzeżeń, mimo, iż do jego kompetencji należy badanie (w tym merytoryczne) składanych wniosków;
- stanowisku Sądu Najwyższego, który w postanowieniu z dnia 6 kwietnia 2006 r. (sygn. akt: II PZ 4/06) stwierdził co następuje: „Członek jednoosobowego zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością może samodzielnie udzielić pełnomocnictwa procesowego (art. 204 § 1 k.s.h.)”. Nadto, Sąd Najwyższy w tym orzeczeniu ocenił, iż: stosownie do art. 204 § 1 k.s.h., prawo reprezentowania spółki we wszystkich czynnościach sądowych i pozasądowych ma każdy członek zarządu. Jeżeli zarząd jest jednoosobowy, to reprezentowanie spółki przez jedną osobę jest oczywiste.”

Powyżej cytowane orzeczenie Sądu Najwyższego w całości potwierdza poglądy Odwołującego, iż jedyny członek zarządu Odwołującego (mimo określenia go mianem członka, a nie prezesa zarządu) był i jest uprawniony do samodzielnej reprezentacji Odwołującego, w tym do udzielenia kwestionowanego obecnie przez Zamawiającego pełnomocnictwa. Oznacza to również, iż stanowisko Zamawiającego w przedmiotowej sprawie jest całkowicie pozbawione podstaw prawnych.

W uzupełnieniu do powyższego wskazano, iż w przedmiotowej kwestii stanowisko Sądu Najwyższego podziela także doktryna, m.in. prof. Andrzej Kidyba, który wprost stwierdza: Jeżeli zarząd jest jednoosobowy, to dosyć oczywiste wydaje się reprezentowanie spółki przez jedną osobę, a w dalszej części: po pierwsze, z przepisu art. 205 § 1 k.s.h. wynika, że umowa może określać sposób reprezentacji

spółki, jeżeli zarząd jest wieloosobowy. *A contrario*, brak jest takiej kompetencji w przypadku jednoosobowego określenia składu zarządu w umowie. (A. Kidyba, Komentarz aktualizowany do art. 205 K.s.h., LEX 2012).

Odwołujący podniósł, iż wskazany w informacji z dnia 15 czerwca 2012 r. brak oświadczenia o stanie obowiązywania danych zawartych w załączniku numer 5 na dzień składania ofert nie może być uznany za brak powodujący odrzucenie oferty, gdyż został on złożony w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia braków jako uzupełnienie i jedynie potwierdzał informacje zawarte w załączniku załączonym do oferty. Co najwyżej ów brak może być traktowany jako oczywista omyłka pisarska, która nie może stanowić o uznaniu oferty złożonej przez Wykonawcę za niezgodną ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia w przedmiotowym postępowaniu.

sygn. akt KIO 1325/12

W dniu 25 czerwca 2012. r. Impel Security Polska Sp. z o.o. we Wrocławiu (zwana dalej „Impel”) wniosła odwołanie względem czynności i zaniechać zamawiającego, zarzucając mu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. art. 24 ust. 2 pkt. 4 w związku z art. 26 ust. 3 i 4 poprzez zaniechanie wykluczenia przez Zamawiającego wybranego wykonawcy: konsorcjum POCZTA POLSKA S.A., STEKOP S.A., wykonawcy: Agencja Ochrony KOWALCZYK Sp. z o.o., wykonawcy: KONSALNET Skorpion Sp. z o.o., oraz wykonawcy: konsorcjum ART-SECURITY Group Sp. z o.o., PHU „ZBAR” M. Popena,
3. art. 89 ust. 1 pkt. 1 i 8 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy: konsorcjum POCZTA POLSKA S.A., STEKOP S.A.,
4. art. 91 ust. 1 ustawy poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej,

W związku z powyższym wniesiono o:

1. nakazanie Zamawiającemu uchYLENIA czynności wyboru oferty najkorzystniejszej konsorcjum POCZTA POLSKA S.A., STEKOP S.A.
2. nakazanie Zamawiającemu wykluczenie wybranego wykonawcy: konsorcjum POCZTA POLSKA S.A., STEKOP S.A., wykonawcy: Agencja Ochrony KOWALCZYK Sp. z o.o., wykonawcy: KONSALNET Skorpion Sp. z o.o. oraz wykonawcy: konsorcjum ART-SECURITY Group Sp. z o.o., PHU ZBAR M. Popena, na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy,
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wybranego wykonawcy: konsorcjum POCZTA POLSKA S.A., STEKOP S.A., na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 1 i 8 ustawy,
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez Wykonawców niewykluczonych.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono:

I.

Zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy: konsorcjum POCZTA POLSKA S.A., STEKOP S.A., wykonawcy: Agencja Ochrony KOWALCZYK Sp. z o.o., wykonawcy: KONSALNET Skorpion Sp. z o.o. oraz wykonawcy: konsorcjum ART-SECURITY Group Sp. z o.o., PHU „ZBAR” M. Popena, mimo że Wykonawcy nie potwierdzili spełniania warunków udziału w postępowaniu.

1.

Zgodnie z pkt. 6.2.1 SIWZ Zamawiający wymagał, aby Wykonawcy posiadali uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek ich posiadania tj. koncesję wydaną przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji na świadczenie usług ochrony osób i mienia realizowanych w formie bezpośredniej ochrony fizycznej i zabezpieczenia technicznego, uprawniającą do ochrony obiektów podlegających obowiązkowej ochronie zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia.

Dodatkowo w piśmie z 05 kwietnia 2012r. w odpowiedzi na pytanie nr 40 Zamawiający stwierdził, iż „zgodnie z art. 18 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie osób i mienia koncesja zawiera określenie zakresu działalności gospodarczej i formy usług. Na tej podstawie zamawiający będzie weryfikował zakres udzielonej koncesji.”

Odwołujący stwierdza, że żaden z Wykonawców tj. konsorcjum POCZTA POLSKA S.A., STEKOP S.A., wykonawca: Agencja Ochrony KOWALCZYK Sp. z o.o., wykonawca: KONSALNET Skorpion Sp. z o.o. oraz wykonawca: konsorcjum ART-SECURITY Group Sp. z o.o., PHU „ZBAR” M. Popenda nie przedstawił w swojej ofercie koncesji, która zawierałaby adnotację, iż taki Wykonawca uprawnionych jest do „ochrony obiektów podlegających obowiązkowej ochronie zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia”.

W rezultacie Zamawiający zaniechał wobec tych Wykonawców procedury wynikającej z przepisu art. 26 ust. 3 i 4 ustawy prawo zamówień publicznych, a następnie wykluczenia tych Wykonawców na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy prawo zamówień publicznych.

2.

Zgodnie z pkt. 6.2.2 SIWZ Zamawiający wymagał, aby Wykonawcy posiadali wiedzę i doświadczenie w zakresie wykonania usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia tj. wykonał (lub wykonuje) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, co najmniej 3 usługi z zakresu ochrony osób i mienia, świadczone w obiektach podlegających obowiązkowej ochronie zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia.

Odwołujący stwierdza, że żaden z Wykonawców tj. konsorcjum POCZTA POLSKA S.A., STEKOP S.A., wykonawca: Agencja Ochrony KOWALCZYK Sp. z o.o., wykonawca: KONSALNET Skorpion Sp. z o.o. oraz wykonawca: konsorcjum ART-SECURITY Group Sp. z o.o., PHU „ZBAR” M. Popenda nie przedstawił w swojej ofercie wykazu usług, który spełniłby powyższy wymóg. W szczególności żadna z usług nie dotyczy usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia. Nie wynika z nich również, iż dotyczą obiektów podlegających obowiązkowej ochronie zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia. Żaden z Wykonawców nie wykazał, iż obiekty znajdują się w ewidencji prowadzonej przez wojewodów na podstawie przepisu art. 5 ust. 5 ustawy o ochronie osób i mienia, zgodnie z którym wojewodowie prowadzą ewidencję obszarów, obiektów i urządzeń

podlegających obowiązkowej ochronie, znajdujących się na terenie województwa. Ewidencja ma charakter poufny.

W rezultacie Zamawiający zaniechał wobec tych Wykonawców procedury wynikającej z przepisu art. 26 ust. 3 i 4 ustawy prawo zamówień publicznych, zwłaszcza w kontekście art. 5 ust. 5 ustawy o ochronie osób i mienia, a następnie wykluczenia tych Wykonawców na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy prawo zamówień publicznych.

Odnosnie poszczególnych wykonawców, odwołujący wskazał:

- 1) Wykonawca konsorcjum POCZTA POLSKA S.A., STEKOP S.A. w wykazie usług wymienił 9 usług. Z treści referencji dla wszystkich tych usług nie wynika, iż obiekty chronione podlegają obowiązkowej ochronie zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia. Usługa nr 8 (Bank Spółdzielczy Piaseczno) dotyczy wartości ok. 6.800 zł. miesięcznie, zaś usługa nr 9 (Bank Spółdzielczy w Mrągowie) dotyczy wartości ok. 3.850 zł. miesięcznie, zatem obie usługi mają tak małą wartość porównując do wartości niniejszego zamówienia publicznego, iż trudno powiedzieć, aby stanowiły usługi, które według pkt. 6.2.2 SWIZ „odpowiadały przedmiotowi zamówienia”. Usługi na rzecz jednostek wojskowych (nr 4, 5 i 6), jak również usługa na rzecz Elewarr Sp. z o.o. (nr 7) nie dotyczą obiektów podlegających obowiązkowej ochronie zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia.
Z treści referencji EUROPOLGAZ (nr 1, 2, 3) wynika, że usługa dotyczy obiektów kategorii Ił szczególnie ważnych dla bezpieczeństwa i obronności państwa na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dn. 09.11.2007r., a zatem również nie stanowią obiektów podlegających obowiązkowej ochronie zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia.
- 2) Wykonawca: Agencja Ochrony KOWALCZYK Sp. z o.o. przedstawił w ofercie wykaz 5 usług, z których żadna nie dotyczy obiektów podlegających obowiązkowej ochronie zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia.
- 3) Wykonawca: KONSALNET Skorpion Sp. z o.o. przedstawił w ofercie wykaz 5 usług, z których żadna nie dotyczy obiektów podlegających obowiązkowej

ochronie zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia.

Z treści referencji dla usługi nr 1 na rzecz ZWiK Łódź wynika, iż dotyczy obiektów nie podlegających obowiązkowej ochronie na podstawie przepisu art. 5 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia.

Przy usłudze nr 2 na rzecz SPEC S.A. Wykonawca, mimo iż usługa zakończyła się w dniu 30.04.2012r., przedstawił referencję z dnia 28.06.2010r., a zatem prawie 10 miesięcy przed zakończeniem realizacji usługi. Referencja nie potwierdza zatem należytego wykonania

Przy usłudze nr 3 na rzecz PGNiG Wykonawca, mimo iż usługa zakończyła się w dniu 31.07.2010r., przedstawił referencję z dnia 01.07.2010r., a zatem przed zakończeniem realizacji usługi. Referencja nie potwierdza zatem należytego wykonania usługi.

- 4) Wykonawca: konsorcjum ART-SECURITY Group Sp. z o.o., PHU „ZBAR” M. Popena przedstawił w ofercie wykaz 4 usług, z których żadna nie dotyczy obiektów podlegających obowiązkowej ochronie zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia.

Nadto, przy usłudze nr 2 na rzecz CSWSM Łódź Wykonawca, mimo iż usługa zakończyła się w dniu 31.12.2010r., przedstawił referencję z dnia 14.12.2010r., a zatem przed zakończeniem realizacji usługi. Referencja nie potwierdza zatem należytego wykonania usługi.

3.

Zgodnie z pkt. 6.2.3 SIWZ Zamawiający wymagał, aby Wykonawcy W ostatnich trzech latach obrotowych osiągnął średni przychód netto ze sprzedaży w wysokości nie mniejszej niż 2 000 000 zł. Zamawiający wymagał również według pkt. 6.12.2 SIWZ dokumentów finansowych za rok 2012 wskazujących na obrót w miesiącu styczniu i lutym.

- 1) Wykonawca: Agencja Ochrony KOWALCZYK Sp. z o.o. w swojej ofercie na stronie 5 przedstawił oświadczenie o przychodach, które nie można kwalifikować jako dokument finansowy za styczeń i luty 2012r. Wykonawca nie przedstawił zatem wymaganych dokumentów finansowych i winien zostać wykluczony na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy prawo zamówień publicznych.

- 2) Wykonawca: konsorcjum ART-SECURITY Group Sp. z o.o., PHU „ZBAR” M. Popenda w swojej ofercie nie przedstawił w tym zakresie wymaganych dokumentów finansowych za rok 2012 i winien zostać wykluczony na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy prawo zamówień publicznych.

4.

Zgodnie z pkt. 6.2.4 SIWZ Zamawiający wymagał, aby Wykonawcy posiadali ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę nie niższą niż 5 000 000 zł, w tym co najmniej 1 000 000 na jedno zdarzenie.

Zgodnie z pkt. 6.3.5. SIWZ Zamawiający wymagał przedłożenia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności zw. z przedmiotem zamówienia.

Według odwołującego żaden z Wykonawców tj. konsorcjum POCZTA POLSKA S.A., STEKOP S.A., wykonawca: Agencja Ochrony KOWALCZYK Sp. z o.o., wykonawca: KONSALNET Skoipion Sp. z o.o. oraz wykonawca: konsorcjum ART-SECURITY Group Sp. z o.o., PHU „ZBAR“ M. Popenda nie przedstawił w swojej ofercie polisy, która spełniłaby powyższy wymóg.

Według załącznika nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług w zakresie ochrony osób i mienia na rzecz Spółki Mazowiecki Port Lotniczy Warszawa-Modlin Sp. z o.o., obejmujące w szczególności realizację zadań zapewniających ochronę lotnictwa cywilnego przed aktami bezprawnej ingerencji.

W tym zakresie, odnośnie poszczególnych wykonawców, odwołujący wskazał:

- 1) Wykonawca: konsorcjum POCZTA POLSKA S.A., STEKOP S.A. winien zostać wykluczony na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy prawo zamówień publicznych, gdyż nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 6.2.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z treści dołączonej do oferty polisy TU: Pocztove Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych; Ubezpieczony: Poczta Polska S.A. wynika brak ochrony lotnictwa cywilnego w działalności zgłoszonej do ubezpieczenia. Ponadto suma gwarancyjna wynosi 2 000 000 PLN - nie jest zatem spełniony warunek posiadania polisy OC z sumą gwarancyjną w wysokości 5 mln PLN. Z drugiej

polisy TU: Concordia Polska TU W; Ubezpieczony: STEKOP wynika również brak w działalności zgłoszonej do ubezpieczenia: ochrony lotnictwa cywilnego. Suma gwarancyjna wynosi 3 000 000 PLN, jednak na żadnej z polis nie ma adnotacji, iż jest to polisa nadwyżkowa względem drugiej polisy. Nie jest zatem spełniony warunek posiadania polisy OC z sumą gwarancyjną w wysokości 5 mln PLN.

- 2) Wykonawca KONSALNET Skorpion Sp. z o.o. winien zostać wykluczony na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy prawo zamówień publicznych, gdyż nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 6.2.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z treści dołączonej do oferty polisy TU: : Allianz; XL Insurance wynika brak ochrony lotnictwa cywilnego w działalności zgłoszonej do ubezpieczenia.
- 3) Wykonawca: Agencja Ochrony KOWALCZYK Sp. z o.o. winien zostać wykluczony na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy prawo zamówień publicznych, gdyż nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 6.2.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z treści dołączonej do oferty polisy TU: Concordia Polska TUW wynika brak ochrony lotnictwa cywilnego w działalności zgłoszonej do ubezpieczenia.
- 4) Wykonawca: konsorcjum ART-SECURITY Group Sp. z o.o., PHU „ZBAR” M. Popenda winien zostać wykluczony na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy prawo zamówień publicznych, gdyż nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 6.2.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z treści dołączonej do oferty polisy TU: Concordia Polska TUW wynika brak ochrony lotnictwa cywilnego w działalności zgłoszonej do ubezpieczenia. Nadto na str. 26 oferty zamieścił aneks, z którego wynika (por. pkt. 3), iż „ochrona ubezpieczeniowa nie obejmuje zobowiązań/ umów, których przedmiotem jest ochrona fizyczna”(…)

5.

Zgodnie z pkt. 6.2.5 SIWZ Zamawiający wymagał, aby Wykonawcy posiadali środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 300 000 złotych.

Wykonawca: konsorcjum ART-SECURITY Group Sp. z o.o., PHU „ZBAR” M. Popenda winien zostać wykluczony na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy prawo zamówień publicznych, gdyż nie spełnia warunku udziału w

postępowaniu. Na str. 33 oferty Wykonawca przedstawił informację z banku WBS z dnia 25.04.2012r. z której nie wynika ani zdolność kredytowa ani stan konta.

II.

Oferta konsorcjum POCZTA POLSKA S.A., STEKOP S.A. winna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 1 i 8 ustawy prawo zamówień publicznych, gdyż została podpisana przez osobę nieuprawnioną.

Na str. 3 oferty zostało zamieszczone wadliwe pełnomocnictwo, które zostało złożone w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem.

Zgodnie z wymogiem Zamawiającego w pkt. 6.13.1 SIWZ wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia ustanawiają Pełnomocnika, zwanego w niniejszej SIWZ Pełnomocnikiem, do reprezentowania ich w niniejszym postępowaniu albo reprezentowania ich w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W takim przypadku, do oferty należy załączyć stosowne pełnomocnictwo w' oryginale lub notarialnie poświadczonej kopii.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia uczestników postępowania złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej określonym w art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie 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.

sygn. akt KIO 1299/12

W odwołaniu zgodnie z rzeczywistością przedstawiono stan faktyczny sprawy, zarówno co do opisu umocowania osób wykonujących czynności w postępowaniu po

stronie wykonawcy (podpisujących ofertę i wystawiających pełnomocnictwa), jak też faktyczne podstawy odrzucenia oferty odwołującego wskazane przez zamawiającego – co zostało zreferowane powyżej.

Odrzucenie oferty wykonawcy sprowadza się w tym przypadku do zakwestionowania przez zamawiającego możliwości działania spółki Art-Security przez jedynego członka zarządu, niebędącego jednocześnie prezesem zarządu spółki, gdy jednocześnie w umowie spółki (odzwierciedlonej stosownym wpisem w KRS) zastrzeżono, iż w przypadku zarządu jednoosobowego, spółkę reprezentuje Prezes Zarządu. Powyższe miało skutkować wadą pełnomocnictwa mocującego do podpisania oferty, a w konsekwencji nieważnością samej oferty.

Na marginesie Izba zaznacza, iż zamawiający w odniesieniu do tak zakreślonych powodów faktycznych odrzucenia oferty wykonawcy, zastosował nieprawidłową podstawę prawną. Wskazał mianowicie, iż odrzuca ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Tymczasem powyższy przepis stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); a także dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, czyli wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy lub sposobu składania, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

Jakiegokolwiek wymagania SIWZ dotyczące reprezentacji wykonawców w postępowaniu lub wykazywania mocowania osób podpisujących oferty, nie są postanowieniami SIWZ dotyczącymi sfery wzajemnych zobowiązań stron, i jako takie nie mają nic wspólnego z treścią oferty, również podpisanej przez osobę nieuprawnioną do działania w imieniu wykonawcy. Podstawą prawną odrzucenia oferty złożonej bez należytego umocowania czy obarczonej inną wadą oświadczenia woli, będzie natomiast przepis art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy, który stanowi, iż odrzuca się ofertę nieważną na podstawie odrębnych przepisów (np. przepisów Kodeksu cywilnego).

Odnosząc się natomiast do okoliczności wskazanych przez zamawiającego jako powód odrzucenia oferty odwołującego, Izba stwierdza, iż nieważność oferty w związku z ich wystąpieniem nie zachodzi, a w konsekwencji oferta nie podlega odrzuceniu z tego względu.

Izba podziela w tym zakresie stanowisko odwołującego, dotyczące oceny sposobu reprezentacji obowiązującego w spółce Art-Security, jako znajdujące oparcie w przepisach Kodeksu spółek handlowych oraz zasadach korporacyjnego ładu, na których straży przepisy K.s.h. stoją.

Zgodnie z Art. 204. § 1 K.s.h. prawo członka zarządu do prowadzenia spraw spółki i jej reprezentowania dotyczy wszystkich czynności sądowych i pozasądowych spółki. Natomiast § 2 tego przepisu stanowi, iż prawa członka zarządu do reprezentowania spółki nie można ograniczyć ze skutkiem prawnym wobec osób trzecich.

Ponadto według art. 205. § 1 K.s.h. jeżeli zarząd jest wieloosobowy, sposób reprezentowania określa umowa spółki. Jeżeli umowa spółki nie zawiera żadnych postanowień w tym przedmiocie, do składania oświadczeń w imieniu spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem.

W świetle zestawionych i odczytanych łącznie, norm wynikających z powyższych przepisów, należy stwierdzić, iż w myśl art. 204 K.s.h. członkowie zarządu posiadają pełne prawo do reprezentowania spółki, którego to prawa nie można ograniczyć ze skutkiem wobec osób trzecich. Natomiast kompetencję do określenia w umowie spółki zasad reprezentacji spółki przez zarząd, przyznano jedynie na wypadek powołania zarządu wieloosobowego.

Jak słusznie zauważył odwołujący, wspierając się w tym zakresie powoływanym orzecznictwem i stanowiskiem doktryny, oczywistym jest, iż w przypadku zarządu jednoosobowego, jego jedyny członek, niezależnie od noszonej tytułatury i sprawowanej w zarządzie funkcji, uprawniony jest do prowadzenia spraw i reprezentowania spółki.

Również same postanowienia umowy spółki w rozpatrywanym przypadku powyższemu nie przeczą. Umowa spółki, tak jak każde oświadczenie woli, podlega wykładni w myśl zasad wyrażonych w art. 65 K.c. Interpretując postanowienia umowy spółki, co do jej reprezentacji w przypadku zarządu jednoosobowego, w świetle przedstawionych wyżej regulacji K.s.h., a także wskazanych w K.c. okoliczności, w których oświadczenie zostało złożone, zasad współżycia społecznego oraz ustalonych zwyczajów, nie sposób przyjąć, że przez powołanie jednoosobowego zarządu oraz brak mianowania jednego członka zarząd jego prezesem, przez tego typu postanowienia umowne (nieprawidłowo odczytywane) uniemożliwiono w rzeczywistości skuteczne działanie zarządu i prowadzenie spraw spółki.

W związku z powyższym pełnomocnictwo wystawione przez pana Włodzimierza Chrościckiego uznano za skuteczne, a ofertę podpisaną i złożoną przez ustanowionego przezeń pełnomocnika konsorcjum i spółki, za ważną.

Odnosnie wskazanego przez zamawiającego, niejako na marginesie informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, zarzutu, iż wykonawca uzupełnił załącznik nr 5 ze wskazaniem wymaganych informacji, jednak nie zawarł oświadczenia, że taki stan obowiązywał na dzień składania ofert, Izba stwierdziła, iż również w tym zakresie odwołanie jest zasadne, a podstawa do odrzucenia oferty odwołującego nie zachodzi.

Także w tym przypadku, tj. dla wskazanych przez siebie okoliczności faktycznych, zamawiający dobrał błędną podstawę prawną eliminacji oferty wykonawcy z postępowania. Mianowicie w przypadku niewykazania przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu (czego dotyczył wskazany zał. nr 5 do SIWZ) na datę składania ofert, wykonawca winien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Postanowienia SIWZ dotyczące warunków udziału w postępowaniu nie określają treści oferty i tym samym treść oferty nie może być z nimi niezgodna (dokumenty służące wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu nie stanowią treści oferty).

Natomiast oceniając okoliczności podniesione przez zamawiającego, Izba nie stwierdziła, aby w przypadku wskazanego załącznika nr 5 przedłożonego przez wykonawcę, a także co do informacji w nim zawartych, zachodziła wątpliwość, iż potwierdzają one spełnianie warunków udziału w postępowaniu na datę inną niż data składania ofert. W przypadku gdy zamawiający zwraca się o uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, który wprost stanowi jakiej daty uzupełniane dokumenty mają dotyczyć, przyjąć można, iż każde uzupełnienie czyni powyższemu zadość, chyba, że co innego wynika z jego treści lub konkretnych okoliczności danej sprawy. Jakiegokolwiek dodatkowe oświadczenia czy zapewnienia wykonawcy w tym przedmiocie są po prostu zbędne.

sygn. akt KIO 1325/12

Podając materialną podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia należy wskazać, iż według art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, a zgodnie z pkt 3 tego przepisu z postępowania wyklucza się również wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Wskazując na formalne podstawy wyrokowania w danej sprawie podnieść należy, iż zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne.

Tak też dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z komentowanego przepisu powinno być udowodnione w sposób niebudzący wątpliwości. Teza ta znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga

420/09) wskazującego, że wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu wymaga ustalenia w sposób niebudzący wątpliwości, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało (aktualnie także mogło mieć) wpływ na wynik postępowania. Na gruncie rozpoznawanej sprawy ciężar dowodu wykazania złożenia nieprawdziwych informacji i ich wpływu na wynik postępowania spoczywał na odwołującym.

Odwołujący, co prawda formalnie podnosił jedynie zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 przez zaniechanie wykluczenia wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale w przypadku niektórych wykonawców podnosił również, iż w ramach wykazywania spełniania warunków podali oni nieprawdziwe informacje dotyczące obiektów podlegających obowiązkowej ochronie.

Ponadto Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Izba uwzględnia odwołanie jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. A *contrario* Izba oddała odwołanie nawet gdy stwierdzi zasadność podnoszonych zarzutów, a stwierdzone naruszenia nie miały wpływu na wynik postępowania.

Odnosząc się kolejno do poszczególnych zarzutów odwołania Izba stwierdziła, co następuje:

I.1

Przepisy ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (Dz. U. z 2005 r., Nr 145, poz. 1221 ze zm.) oraz aktów wykonawczych do tej ustawy nie wymagają odrębnych adnotacji i zastrzeżeń w koncesji, o której mowa w art. 15 ust. 1 ww. ustawy, dotyczących uprawnień do wykonywania czynności specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych. Tym samym złożone przez wskazanych wykonawców koncesje uprawniają ich do pojęcia działalności w zakresie ochrony obiektów podlegających obowiązkowej ochronie wskazanych w art. 5 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (oczywiście z zastrzeżeniem wypełnienia wszystkich pozostałych warunków związanych z prowadzeniem działalności tego typu, jak np. stosowne licencje pracowników ochrony, zezwolenia na broń wydane na podstawie innych przepisów, etc.)

Odpowiedź na pytanie nr 40 powoływana przez odwołującego nie wnosi nic w tym przedmiocie do sprawy. Zamawiający stwierdził tam tylko, iż uprawnienia do

wykonywania działalności gospodarczej w zakresie ochrony (zakres działalności i formę usług) będzie weryfikował na podstawie udzielonej koncesji. To też zamawiający uczynił stwierdzając, iż wykonawcy prawidłowo wykazali spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w cytowanym w odwołaniu pkt 6.2.1 SIWZ.

Izba potwierdza prawidłowość działań zamawiającego w tym zakresie, a odnośny zarzut odwołania uznaje za niezasadny.

I.2.

Wbrew twierdzeniom odwołującego, co do braku wykazania przez wykonawców spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 6.2.2 SIWZ (cytowany w odwołaniu) wszyscy wskazani wykonawcy w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 4 czerwca br., uzupełnili złożone przez siebie wykazy o informację, iż wykazywane przez nich doświadczenie zostało nabyte na obiektach podlegających obowiązkowej ochronie (stosowne uzupełnienia w tym zakresie zostały wskazane przez zamawiającego na rozprawie). Tym samym wykonawcy podali informacje potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu zgodnie z żądaniami zamawiającego, a więc wykazali jego spełnianie.

Natomiast odnośnie kwestionowania przez odwołującego prawdziwości tych informacji, wskazać należy, iż swoich twierdzeń jakoby wykazywane przez usługi nie były wykonywane na obiektach podlegających obowiązkowej ochronie, odwołujący w żaden sposób nie udowodnił.

W związku z powyższym zarzut braku wykazania przez wskazanych w odwołaniu wykonawców spełniania warunków udziału w postępowaniu uznano za niezasadny, a zarzut podania nieprawdziwych informacji za nieudowodniony.

Dodatkowo, odnośnie pkt I.2.1) odwołania Izba wskazuje, iż zamawiający w ramach warunku opisanego w pkt 6.2.2 SIWZ wymagał wykazania się wykonaniem lub wykonywaniem tylko 3 usług w zakresie ochrony osób i mienia bez jakichkolwiek wymagań, co do minimalnej wartości tych usług. Zamawiający w treści warunku dokładnie opisał jakie usługi odpowiadają przedmiotowi zamówienia czyli jakich usług wymaga: określił to po wskazaniu „tj.”. Znaczenie warunku udziału rekonstruuje się na podstawie jego treści, a nie na podstawie treści opisu przedmiotu zamówienia.

Usługi na rzecz BS w Piasecznie i BS w Mragowie wykazane przez Konsorcjum Poczta Polska odpowiadały więc opisowi warunku udziału w postępowaniu.

I.3

Warunek udziału w postępowaniu opisany w pkt 6.2.3 SIWZ przytoczono w odwołaniu, co zostało zreferowane powyżej.

I.3.1)

Wykonawca Agencja Ochrony Kowalczyk Sp. z o.o. w ramach uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu złożonego zamawiającemu w dniu 12.06.2012 r. przedstawiła dokumenty finansowe potwierdzające osiągnięte przychody za styczeń i luty 2012 r. Zarzutów dotyczących dokumentów uzupełnionych w odwołaniu nie sformułowano.

I.3.2)

Wbrew twierdzeniom odwołania Konsorcjum Art-Security przedstawiło wymagane dokumenty finansowe dotyczące spełniania ww. warunku (str. 56 i 57 oferty)

I.4

Odwołujący zgodnie ze stanem faktycznym przytoczył w odwołaniu adekwatne postanowienia SIWZ dotyczące wymogu posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej oraz sposobu potwierdzania powyższego.

Zaznaczyć przy tym należy, iż w ramach treści warunku określonego w pkt 6.2.4 SIWZ zamawiający wymagał li tylko ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, natomiast wyprowadzany przez odwołującego postulat powiązania ubezpieczenia z przedmiotem zamówienia ma wynikać z pkt 6.3.5 SIWZ dotyczącego dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunku.

Odnosząc się do zarzutów braku przedłożenia przez wskazanych wykonawców, prawidłowych polis, zgodnych z wymaganiami zamawiającego, Izba stwierdziła, iż również ten zarzut jest niezasadny.

W sprawie tzw. podmiotowych warunków udziału w postępowaniu art. 22 ust. 1 ustawy stanowi, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

- 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
- 2) posiadania wiedzy i doświadczenia;
- 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej

Zgodnie z art. 26 ust. 1 Pzp zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8

W myśl § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1870), wydane na podstawie art. 25 ust. 2 Pzp, zamawiający może żądać przedstawienia od wykonawcy opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Powyższe przepisy przesądzają o powiązaniu żądania przedstawienia polisy OC z instytucją warunków udziału w postępowaniu, czyli weryfikacją podmiotowych cech wykonawcy, warunkujących jego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Za nietrafny należy uznać pogląd nakazujący w polisie żądanej na podstawie przepisów ww. rozporządzenia i przedkładanej jako potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, upatrywać ubezpieczenia wykonania przedmiotu zamówienia objętego danym zamówieniem. Polisa jest w danym przypadku dowodem zdolności wykonawcy do ubezpieczenia własnej działalności, pozytywnej weryfikacji ubezpieczonego przez ubezpieczyciela i udźwignięcia ciężarów z tym związanych.

Ponadto postulowane w przepisach rozporządzenia i postanowieniach SIWZ powiązanie przedmiotu ubezpieczenia, zakresu prowadzonej działalności oraz przedmiotu zamówienia, ma w tym przypadku jak najbardziej miejsce. Przepisy nie określają stopnia takiego „powiązania”. Natomiast niniejszy przedmiot zamówienia obejmuje świadczenie usług ochrony osób i mienia, a wszystkie polisy przedkładane

przez wykonawców w ramach tego postępowania takiego zakresu działalności dotyczą. Wskazane w § 1 ust. 1 pkt 10 ww. rozporządzenia oraz w postanowieniach siwz „powiązanie” nie może być w tym przypadku interpretowane jako wymaganie pełnego ubezpieczenia przedmiotu zamówienia lub ubezpieczenie działalności dokładnie w takim kształcie, w jakim jej prowadzenia wymagała będzie realizacja danego przedmiotu zamówienia.

Natomiast odnośnie ubezpieczenia OC specyficznego zabezpieczającego m.in. wykonanie tego kontraktu, zamawiający sformułował stosowne wymagania w pkt 13.2 SIWZ, zobowiązując aby przed zawarciem umowy wykonawca przedstawił stosowną polisę w zakresie ochrony lotnictwa i portów lotniczych w myśl art. 22a ust. 2 ustawy o ochronie osób i mienia.

Tym samym w ramach wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu, przedłożenia polisy, o której mowa w art. 22 ust. 2 ustawy o ochronie osób i mienia zamawiający po prostu nie żądał. Natomiast wskazywani w odwołaniu wykonawcy przedłożyli stosowne polisy dotyczące prowadzonej przez nich działalności w zakresie ochrony osób i mienia, które w świetle sformułowanych w SIWZ warunków udziału w postępowaniu wcale nie musiały konkretnie dotyczyć ochrony lotnictwa cywilnego.

Dodatkowo, odnośnie poszczególnych zarzutów, Izba wskazuje:

I.4.1)

Polisy przedstawione przez Konsorcjum Poczty Polskiej sumują się do wymaganej kwoty 5 mln. zł ubezpieczenia, co dla wykazania spełniania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu jest wystarczające.

I.4.4)

Ubezpieczenie przedłożone przez Konsorcjum Art-Security, jak najbardziej obejmuje ubezpieczenie umów, których przedmiotem jest ochrona fizyczna. Odwołujący nie zacytował w pełni powoływanej klauzuli aneksu, która w dalszej swej treści, po cytacie urwanym przez odwołującego, stanowi: „(...)”, o ile w miejsce umowy na warunkach zlecenia (starannego działania) ubezpieczony przyjął na siebie na zasadzie ryzyka lub odpowiedzialności absolutnej zobowiązanie do osiągnięcia

rezultatu w postaci braku szkody w chronionym mieniu.” Tym samym z ochrony ubezpieczeniowej wyłączono tylko rozszerzenia odpowiedzialność kontraktowej wykonawcy

I.5.

Konsorcjum Arg-Security w ramach uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, pismem z dnia 11.06.2012 r. uzupełniło informację z banku WBS, potwierdzającą posiadane środki finansowe lub zdolność kredytową wskazane w pkt 6.2.5 SIWZ.

Zarzutów odnośnie dokumentu uzupełnionego w odwołaniu nie sformułowano.

II.

W dniu 12.06.2012 r. Konsorcjum Poczta Polska uzupełniło oryginał pełnomocnictwa wskazywanego przez odwołującego.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowań orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 3 pkt 1 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).

.....

