

Sygn. akt: KIO/UZP 1064/09

WYROK
z dnia 31 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Anna Packo

Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: ERA Sp. z o.o., PPHU „SPECJAŁ” Sp. z o.o., NOVIA Sp. z o.o., 41-500 Chorzów, ul. Katowicka 16B** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Śląski Uniwersytet Medyczny, 40-055 Katowice, ul. Poniatowskiego 15** protestu z dnia 3 lipca 2009 r.¹

przy udziale **Konsorcjum: Konsalnet S.A., Konsalnet Ochrona Sp. z o.o., Konsalnet Inowopol Sp. z o.o. Agencja Ochrony Skorpion Security Sp. z o.o., 01-756 Warszawa, ul. Przasnyska 6a** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: ERA Sp. z o.o., PPHU „SPECJAŁ” Sp. z o.o., NOVIA Sp. z o.o., 41-500 Chorzów, ul. Katowicka 16B

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: ERA Sp. z o.o., PPHU „SPECJAŁ” Sp. z o.o., NOVIA Sp. z o.o., 41-500 Chorzów, ul. Katowicka 16B,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: ERA Sp. z o.o., PPHU „SPECJAŁ” Sp. z o.o., NOVIA Sp. z o.o., 41-500 Chorzów, ul. Katowicka 16B,** na rzecz **Śląskiego Uniwersytetu Medycznego, 40-055 Katowice, ul. Poniatowskiego 15,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: ERA Sp. z o.o., PPHU „SPECJAŁ” Sp. z o.o., NOVIA Sp. z o.o., 41-500 Chorzów, ul. Katowicka 16B.**

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na *„Całodobową fizyczną ochronę mienia i osób” na terenie działania Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, Nr RZP/PN/6/0.9,* zostało wszczęte przez Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach, ul. Poniatowskiego 15, 40 - 055 Katowice zwany dalej: *„Zamawiającym”*, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2009/S 61-088016 w dniu 28.03.2009 r.

W dniu 26.06.2009 r. (pismo z dnia 25.06.2009 r.) Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego zawiadomienie o wyborze oferty w Pakiecie Nr I, II i III Konsorcjum w składzie: Konsalnet Południe Sp. z o. o., ul Bytkowska 1b, 40-147 Katowice, Konsalnet S.A., ul. Przasnyska 6 A, 01-756 Warszawa, Konsalnet Inowopol Sp. z o.o., ul. Cygana 4, 45-131 Opole, Agencja Ochrony „Skorpion Security” Sp. z o.o. ul. Wielicka 36 lok.U3, 02-657 Warszawa zwanego dalej: *„Konsorcjum Konsalnet”* albo *„Przystępującym”*. Jednocześnie poinformował o wykluczeniu z ww. postępowania Konsorcjum w składzie: ERA Sp. z o. o., ul. Katowicka 16 B, 41 - 500 Chorzów, PPHU

„SPECJAŁ” Sp. z o. o., ul. Ciepłownicza 8, 35 - 322 Rzeszów, NOVIA Sp. z o. o., ul. Paderewskiego 34, 41 - 500 Chorzów zwanego dalej: „Konsorcjum ERA” albo „Protestującym” albo „Odwołującym”, zgodnie z art. 24 ust 2 pkt 3) Pzp. Zamawiający wyjaśnił, że Konsorcjum ERA nie złożyło w wymaganym terminie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu tj; -wykazu wykonanych w okresie ostatnich 3 lat, usług odpowiadających swoim rodzajem i zakresem przedmiotowi zamówienia wraz z dokumentami (referencjami) potwierdzającymi należyte ich wykonanie. Zamawiający, jak wskazał, wymagał wykazania się 3 usługami ochrony osób i mienia o wartości minimum 2 000 000.00 zł realizowanych na terenie obiektów użyteczności publicznej z czego co najmniej 1 winna być realizowana w uczelniach wyższych. W przedstawionym w ofercie wykazie, usługi nie odpowiadają wymaganiom Zamawiającego w odniesieniu do realizacji w uczelni wyższej. Wskazana w poz. 1 usługa realizowana na rzecz AGH w Krakowie odbywała się na podstawie kilku zleceń (umów) tym samym może być uznana za odpowiadającą wymaganiom Zamawiającego. Ponadto wykluczył także innego Wykonawcę. Jednocześnie stwierdził, że oferty Wykonawców wykluczonych uznaje się za odrzucone na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 w związku z art. 89 ust. 5 Pzp.

W dniu 03.07.2009 r. (wpływ bezpośredni, pismo z dnia 30.06.2009 r.) na podstawie przepisu art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej: „Pzp” Konsorcjum ERA złożyło protest wobec czynności Zamawiającego polegających na :

1. wykluczeniu Konsorcjum ERA z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp,
2. odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 89 ust. 5 Pzp,
3. zaniechaniu czynności oceny oferty i porównania jej z pozostałymi ważnymi ofertami.

W związku z powyższym Zamawiający, w ocenie Protestującego, naruszył:

1. art. 7 ust. 1 Pzp.
2. art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp
3. art. 89 ust. 1, 2 i 5 Pzp.

Protestujący wnosił o:

1. przywrócenie Konsorcjum ERA do postępowania,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty oraz wyboru najkorzystniejszej oferty,
3. powtórzenie czynności porównania i oceny ofert;
4. ponowny wybór najkorzystniejszej oferty spośród nie podlegających odrzuceniu.

W ocenie Protestującego, Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia zwana dalej: „SIWZ” zawierała cz. B „Instrukcję dla Wykonawców”, a w niej rozdz. I „Opis warunków udziału w postępowaniu”. Jednym z warunków było: „wykazanie się realizacją minimum 3

usług tożsamyh z przedmiotem zamówienia. Przez usługi tożsame, Zamawiający rozumie usługę fizycznej ochrony osób i mienia uczelni wyższych o wartości minimum: 2 000 000 zł brutto - dotyczy każdego pakietu."

Powyższy warunek, jak wskazał Protestujący, został zmieniony w odpowiedzi na zapytanie wykonawcy udzielonej w dniu 21.04.2009 r. o następującej treści: *„Zamawiający zmienia warunek posiadania odpowiedniego doświadczenia w taki sposób, iż wymaga wykazania się 3 usługami ochrony osób i mienia o wartości minimum 2 000 000 zł realizowanych na terenie obiektów użyteczności publicznej z czego co najmniej 1 winna być realizowana w uczelniach wyższych."*

Doprecyzowanie warunku posiadania odpowiedniego doświadczenia nastąpiło w kolejnych odpowiedziach udzielanych przez Zamawiającego na pytania wykonawców:

Odpowiedź z dnia 24.04.2009 r.: *„posiadanie odpowiedniego doświadczenia ma polegać na wykazaniu się 3 usługami ochrony osób i mienia o wartości minimum 2 000 000,00 zł każde"; „Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązani są wykazać się realizacją 3 usług ochrony osób i mienia o wartości minimum 2 000 000,00 zł realizowanych na terenie obiektów użyteczności publicznej z czego co najmniej 1 winna być realizowana w uczelniach wyższych.";* *„Zamawiający wymaga realizacji 3-ch usług tożsamyh z przedmiotem zamówienia o wartości 2 000 000,00 zł każda bez względu na fakt, do którego z Pakietów Wykonawca składa ofertę"*.

W SIWZ w rozdz. III części B *„Zawartość Oferty"* Zamawiający zamieścił informację o dokumentach jakie muszą dostarczyć wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia. *„W celu potwierdzenia niezbędnej wiedzy i doświadczenia (...) Zamawiający wymaga:*
a) wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością i usługom stanowiącym przedmiot zamówienia z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane należycie załącznik nr 4 do specyfikacji. Prawidłowo załączone dokumenty potwierdzające należyte wykonanie wskazanych usług winny zawierać:

- termin wykonania,*
- wartość,*
- zakres usługi,*
- opinię zamawiającego, dla którego usługi te były wykonywane"*.

W odpowiedzi udzielonej na pytania wykonawców w dnia 30.04.2009 r. Zamawiający doprecyzował powyższy zapis w następujący sposób: *„Dokument potwierdzający wykonanie usługi („referencje") wystawiane są przez usługobiorcę. Z treści*

dokumentu musi wynikać jakiej pozycji „wykazu” dotyczą informacji zawarte w dokumentach potwierdzających należyte wykonanie usługi - nie mogą być sprzeczne (różne) od informacji podanych przez Wykonawcę”.

Kryteria, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty zostały opisane w rozdz. X SIWZ. Zgodnie z jego pkt 2.2: *„Kryterium wiarygodność Wykonawcy /doświadczenie zawodowe - będzie podlegać ocenie w skali od 1 do 100 przez wszystkich członków Komisji Przetargowej. Komisja oceniać będzie wiarygodność wykonawca /doświadczenie zawodowe na podstawie złożonych dokumentów określonych w części B punkt III. 1:*

- Wykonawca, który wykaże się największą ilością pracowników posiadających licencję I i II stopnia uzyska 50 punktów pozostali odpowiednio mniej;*
- Wykonawca, który wykaże się największą ilością obiektów chronionych w tym obiektów tożsamyh do obiektów Zamawiającego otrzymuje 50 punktów pozostali odpowiednio mniej". Zamawiający podaje w tym miejscu wzór, wg którego zostanie obliczona ostateczna ocena dla kryterium „Wiarygodność Wykonawcy/doświadczenie zawodowe/”.*

W dniu 01.06.2009 r. Protestujący wskazał, że otrzymał wezwanie do uzupełnienia: *„nieprawidłowo złożonych dokumentów, w tym m.in. „wykazu wykonanych w okresie ostatnich 3 lat usług odpowiadających swoim rodzajem i zakresem przedmiotowi zamówienia wraz z dokumentami (referencjami) potwierdzającymi należyte ich wykonanie. Przez usługi tożsame, Zamawiający rozumie usługę fizycznej ochrony osób i mienia o wartości minimum: 2 000 000 zł brutto realizowanych na terenie obiektów użyteczności publicznej z czego co najmniej 1 winna być realizowana na uczelniach wyższych”.* Protestujący stwierdził, że dokumenty i wyjaśnienia wymagane w ww piśmie zostały złożone w dniu 05.06.2009 r. (zgodnie z wymaganiem Zamawiającego).

W świetle cytowanych zapisów SPWZ oraz odpowiedzi Zamawiającego jak również treści § 1 ust. 2 punkt 2) Rozporządzenia Prezesa RM z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich, te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 87, poz. 605 oraz Dz. U. nr 188, poz. 1155) zwanego dalej: *„rozporządzeniem w sprawie dokumentów”*, uzasadnienie wykluczenia Konsorcjum ERA z udziału w postępowaniu jest, w jego ocenie, całkowicie bezprawne. Powodem wykluczenia jest fakt realizacji usługi na rzecz AGH w Krakowie, wykonanej w okresie 01.05.2006-31.03.2009 r. przez PPHU SPECJAŁ członka Konsorcjum ERA na podstawie dwóch umów obowiązujących w okresach od 01.05.2006 r. do 29.02.2008 r. oraz od 01.03.2008 r. do 31.03.2009 r., czyli jak się wyraził Zamawiający: *„na podstawie kilku zleceń (umów), tym samym nie może być uznana za odpowiadającą wymaganiom Zamawiającego”.* Protestujący stwierdził, że w żadnym zapisów SIWZ nie zawarto wymogu realizacji usługi tylko i wyłącznie na podstawie jednej umowy lub jednego zlecenia. Wymóg

ten pojawił się dopiero w piśmie informującym o odrzuceniu oferty i wykluczeniu z postępowania. Wszystkie wcześniejsze zapisy dotyczące doświadczenia wykonawcy zawierają pojęcie „usługi” lub „obiekту chronionego”. Zgodnie z tymi zapisami usługa była realizowana na rzecz AGH w Krakowie w sposób ciągły (nieprzerwany) w okresie od 01.05.2006 r. - 31.03.2009 r. obiekt chroniony był również ten sam, zatem nie ma podstaw do uznania usługi za nie spełniającą wymagań Zamawiającego.

W celu zapewnienia równego traktowania Wykonawców Zamawiający winien przywrócić Konsorcjum ERA do postępowania, ponownie zbadać oferty pod względem ich zgodności z SIWZ, a następnie powtórnie ocenić oferty i wybrać najkorzystniejszą z nich z zastosowaniem zapisów i kryteriów określonych w SIWZ przestrzegając równocześnie Pzp.

Interes prawny polegający na możliwości uzyskania zamówienia publicznego, został naruszony na skutek uchybień w stosowaniu przez Zamawiającego przepisów Pzp i nie stosowania zapisów ujętych w SIWZ. Uwzględnienie protestu pozwoli na przywrócenie Konsorcjum ERA do udziału w postępowaniu, w następstwie czego wszystkie ważne oferty zostaną powtórnie ocenione i porównane, co przy zastosowaniu kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ, tj. cena: 80% oraz wiarygodność wykonawcy 20%, pozwoli na osiągnięcie statusu oferty najkorzystniejszej i tym samym zapewni uzyskanie niniejszego zamówienia.

W dniu 06.07.2009 r. Zamawiający faxem wysłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 07.07.2009 r. (wpływ bezpośredni) do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpiło Konsorcjum Konsalnet w zakresie zarzutów po stronie Zamawiającego. Wskazał, że może zostać naruszony interes prawny, gdyż jego oferta jest ofertą którą przedstawia najkorzystniejszy bilans oceny kryteriów, została wybrana jako ofertą najkorzystniejszą, a zarzuty postawione przez Protestującego co do odrzucenia jego oferty są bezzasadne. Wnosił o oddalenie zarzutów Protestującego gdyż są całkowicie bezzasadne.

Wskazał, po pierwsze, że podtrzymuje decyzję wykluczenia Protestującego, jego twierdzenie, iż usługi mogą być sumowane do spełnienia warunku jest całkowicie bezzasadne - dointerpretowuje sobie zapisy na własną korzyść. Z treści obowiązującego rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów § 1 ust.2 pkt. 3 wynika jednoznacznie, iż każda umowa jest odrębnym zamówieniem. Nie można łączyć sobie umów w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Warunek 2 miliony złotych odnosi się do jednej umowy której okres realizacji odnosi się do 3 lat od daty wszczęcia postępowania. Interpretowanie rozporządzenia w sposób przedstawiony przez Protestującego nie jest właściwy.

Po drugie, zażądał odrzucenia protestu. Podniósł, że upłynął 10-dniowego terminu na złożenie protestu. Jego zdaniem termin określony w art. 180 ust. 2 Pzp, dotyczący kwestii, które mogły zostać rozstrzygnięte z momentem informacji dotyczącej wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów tj. 01.06.2009 r., liczony winien być od tego momentu, w którym Protestujący miał możliwość pozyskania informacji o okolicznościach, które mogły stanowić przyczynę podjęcia protestu. Trudno zatem znaleźć uzasadnienie, w ocenie Przystępującego, dla którego obecny protest (niezależnie od negatywnej oceny jego słuszności) dotyczący wykazu usług, w sytuacji, w której Protestujący zapoznał się z informacją wymaganą przez Zamawiającego w terminie do tego przeznaczonym, w którym to piśmie znajdowała się obecnie kwestionowana usługa, może odnieść jakiegokolwiek skutki prawne, wobec niewątpliwego upływu terminu przewidzianego na jego wniesienie. Wskazał, iż terminy na wnoszenie protestu są terminami zawitymi, a ich przekroczenie skutkuje wygaśnięciem prawa do złożenia protestu.

Po trzecie, jednym z najważniejszych zagadnień związanych z korzystaniem ze środków ochrony prawnej jest posiadanie interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, w którym to doznanie lub możliwość doznania uszczerbku warunkuje możliwość skutecznego wnoszenia protestu i innych środków ochrony przewidzianych w Dziale VI Pzp.

Ponadto w świetle przepisów Pzp, wykonawca którego ofertę odrzucono, traci automatycznie status wykonawcy i pozbawiony jest możliwości składania protestów, jeśli nie zakwestionuje skutecznie, rozstrzygnięcia odrzucającego jego ofertę.

Stwierdza także, iż nawet w przypadku nie odrzucenia oferty Protestującego oferta Przystępującego posiada najkorzystniejszy bilans oceny wynikający z przyjętego kryterium.

Kopia przystąpienia została stosownie przekazana Protestującemu.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 16.07.2009 r. faxem, poprzez jego oddalenie. Zamawiający wskazuje, że stanowisko Protestującego twierdzącego, iż usługi mające stanowić potwierdzenie wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia mogą być przez wykonawców sumowane w zakresie realizacji różnych zleceń aby wykazać właściwą wartość jest całkowicie bezzasadne. Z treści obowiązującego rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów § 1 ust. 2 pkt 3, jak również z zapisów SIWZ wynika jednoznacznie, iż każda umowa jest odrębnym zamówieniem. Nie można łączyć z sobą umów w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Warunek 2 miliony złotych odnosi się do jednej umowy (jednego zlecenia), której okres realizacji odnosi się do 3 lat od daty wszczęcia postępowania. Interpretowanie w/w rozporządzenia w sposób przedstawiony przez Protestującego jest nie prawidłowy i nie znajduje żadnego uzasadnienia zarówno w obowiązujących przepisach jak i linii orzecznictwa.

Ponadto, wskazał, iż informację w zakresie nieprawidłowości odnoszące się do przedstawionego przez Protestującego wykazu zrealizowanych usług Zamawiający przekazał pismem z dnia 01.06. 2009 r. wzywając jednocześnie do złożenia prawidłowych dokumentów. Wskazać zatem należy, iż termin określony w art. 180 ust. 2 Pzp dotyczący kwestii oprotestowania czynności Zamawiającego polegającej na uznaniu za nie spełniające wymagań Zamawiającego, podane przez Protestującego usługi mające potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu i z tego też powodu podlegające uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp minął w dniu 11.06.2009 r. bowiem termin ten winien być liczony od tego momentu, w którym Protestujący miał możliwość pozyskania informacji o okolicznościach, które mogły stanowić przyczynę protestu. Trudno zatem znaleźć uzasadnienie, dla którego obecny protest (niezależnie od negatywnej oceny jego słuszności) dotyczący wykazu usług, w sytuacji, w której Protestujący zapoznał się z informacją wymaganą przez Zamawiającego w terminie do tego przeznaczonym, w którym to piśmie znajdowała się obecnie kwestionowana usługa, może odnieść jakiegokolwiek skutki prawne, wobec niewątpliwego upływu terminu przewidzianego na jego wniesienie. Wskazać zatem należy, iż terminy na wnoszenie protestu są terminami zawitymi, a ich przekroczenie skutkuje wygaśnięciem prawa do złożenia protestu.

W dniu 23.07.2009 r. (data nadania u publicznego operatora pocztowego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty i wnioski z protestu. Rozszerzając zarzut naruszenia art. 89 o ust. 3, 4, 6-8 Pzp. Składając także wniosek o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp i przywrócenie Odwołującego do udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazuje, że w dniu 01.06.2009 r. otrzymał wezwanie do uzupełnienia: *„nieprawidłowo złożonych dokumentów, w tym m.in. „wykazu wykonanych w okresie ostatnich 3 lat usług odpowiadających swoim rodzajem i zakresem przedmiotowi zamówienia wraz z dokumentami (referencjami) potwierdzającymi należyte ich wykonanie. Przez usługi tożsame. Zamawiający rozumie usługę fizycznej ochrony osób i mienia o wartości minimum: 2 000 000 zł brutto realizowanych na terenie obiektów użyteczności publicznej z czego co najmniej 1 winna być realizowana na uczelniach wyższych”*. Dokumenty i wyjaśnienia wymagane w ww piśmie zostały złożone w dniu 05.06.2009 r.

Myli się więc Zamawiający, w ocenie Odwołującego, twierdząc w oddaleniu protest, że Odwołujący się uchybił terminowi do: *„oprotestowania czynności Zamawiającego polegającej na uznaniu za nie spełniające wymagań Zamawiającego podane przez Protestującego usługi mające potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu i z tego powodu podlegające uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust.3 ustawy”*.

Odwołujący wykonał wezwanie i doręczył Zamawiającemu wykaz realizowanych usług. Ponadto, zwrócił także uwagę, że w wezwaniu z dnia 01.06.2009 r. Zamawiający nie wskazywał, która z usług ujętych w pierwotnym wykazie jest kwestionowana, a wzywał wyłącznie do uzupełnienia dokumentów, a mianowicie: *„wykazu wykonanych w okresie ostatnich 3 lat usług odpowiadających swoim rodzajem i zakresem przedmiotowi zamówienia wraz z dokumentami (referencjami) potwierdzającymi należyte ich wykonanie”*. Dopiero w oddaleniu protestu wyraźnie wskazuje, że w wykazie: *„znajdowała się obecnie kwestionowana usługa”*. Podsumowując, w ocenie Odwołującego, w 06.2009 r. w związku z wezwaniem Odwołującego do uzupełnienia dokumentów i ich uzupełnieniem przez Odwołującego, nie było żadnych podstaw do oprotestowania czynności. Dopiero jak to Zamawiający sam stwierdził obecnie kwestionuje tę usługę. Twierdzenie zatem, że upłynął termin do złożenia protestu, a w dalszej konsekwencji, że złożenie odwołania z tych przyczyn jest niedopuszczalne jest bezzasadny.

Odwołujący przypomniał, że Zamawiający wykluczył z postępowania o zamówienie publiczne Odwołującego się na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Dla uzasadnienia podając, że Odwołujący nie przedłożył w wymaganym terminie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a konkretnie, iż przedstawione przez Odwołującego usługi nie odpowiadają wymaganiom Zamawiającego. Dotyczyło to usługi realizowanej na rzecz Akademii Górniczo Hutniczej w Krakowie, która zdaniem Zamawiającego nie spełniała wymagań, gdyż: *„odbywała się na podstawie kilku zleceń (umów).”*

W piśmie oddalającym protest Odwołującego dla uzasadnienia swojego stanowiska podał, że z SIWZ oraz §1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów wynika jednoznacznie, iż każda umowa jest odrębnym zamówieniem. Przywołany przepis stanowi, że: *„w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający może żądać następujących dokumentów: wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca”*. Jest oczywiste, w ocenie Odwołującego, że przepis ten nie ma najmniejszego znaczenia dla rozstrzygnięcia związków pomiędzy zamówieniem, a umową. Podobnie żadne z postanowień SIWZ (Zamawiający nawet ich nie wymienił) nie rozstrzyga tej problematyki. W końcu i tak analizowanie związków pomiędzy *„zamówieniem”*, a *„umową”* jest bezprzedmiotowe dla oceny zarzutów Odwołującego się, o czym niżej.

Wymagania Zamawiającego to wykazanie się 3 usługami ochrony osób i mienia o wartości minimum 2.000.000,00 zł realizowanych na terenie obiektów użyteczności publicznej z czego 1 winna być realizowana w uczelniach wyższych. W rozporządzeniu

w sprawie rodzajów dokumentów jakie mogą być składane w §1 ust. 2 pkt 2 postanowiono, że: „w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający może żądać następujących dokumentów wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy ~ w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te dostawy lub usługi zostały wykonane należycie”.

Przepisy prawa posługują się terminem usługa, a nie umowa czy też zamówienie, zlecenie lub tp. Różnica pomiędzy tymi pojęciami tkwi w tym, że pojęcie usługa odnosi się do przedmiotu świadczenia (czynności faktyczne, prawne, określone zachowanie się), natomiast pojęcia umowa, zamówienie, zlecenie lub tp. stanowią nazwę dokumentu, który opisuje, definiuje przedmiot świadczenia.

Powołany wyżej przepis wyraźnie wskazuje na istnienie świadczeń okresowych lub ciągłych. Uznanie, tak jak tego chce Zamawiający, że pojęcie usługi jest tożsame z pojęciem umowy, zamówienia, zlecenia oraz, że usługa oznacza tylko jedną umowę, zamówienie lub zlecenie, pozostaje w sprzeczności z treścią powyższego przepisu. Przepis ten jednoznacznie stanowi o usługach ciągłych, a więc usługach nieprzerwanie wykonywanych, przez dłuższy czas i niezależnie od ilości umów, zamówień, zleceń.

Odwołujący zauważył także, że również Zamawiający w rozdz. III część B „Zawartość oferty” (ale i w pozostałych) posługuje się wyłącznie pojęciem usługi, a nie umowy, zamówienia lub zlecenia oraz wyróżnia usługi o charakterze okresowym i ciągłym.

Odwołujący spełnił więc warunki udziału w postępowaniu. W wykazie podał, że świadczył na rzecz Akademii Górniczo Hutniczej w Krakowie usługi ochrony osób i mienia o charakterze ciągłym w okresie od 01.05.2006 r. do 29.02.2008 r. oraz od 01.03.2008 r. do 31.03.2009 r. i o wymaganej wartości. Brak zatem było podstaw do jego wykluczenia.

Kopie treści odwołania Zamawiający otrzymał 22.07.2009 r. (wpływ bezpośredni).

W dniu 24.07.2009 r. Zamawiający przekazał Konsorcjum Konsalnet (faxem) kopię odwołania i wezwał je do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpiło dnia 31.07.2009 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa UZP) Konsorcjum Konsalnet po stronie Zamawiającego. Wnosząc o oddalenie odwołania. Podtrzymuje swoje stanowisko

z przytępienia do postępowania protestacyjnego. Dodatkowo powołuje się na wyrok KIO z dnia 30.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 359/08 na potwierdzenie niezasadności argumentacji merytorycznej Odwołującego. Jak również postanowienie 19.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 91/08 względem zasadności odrzucenia odwołania z uwagi na upływ terminów zawitych na wnoszenie protestu.

Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią wyjaśnień Zamawiającego z dnia 21.04.2009 r., 24.04.2009 r., 30.04.2009 r., treścią oferty Odwołującego, jak i stanowiskiem stron oraz Przystępującego, zaprezentowanych w proteście, przystąpieniu do protestu, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu, przystąpieniu do odwołania, a także na posiedzeniu i rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

W następnej kolejności Izba ustaliła, że: *„Podzielając stanowisko zawarte w publikacji Urzędu Zamówień Publicznych z 2004 r. „Środki ochrony prawnej – poradnik”, autorstwa Waldemara Łysakowskiego rozdział III skład orzekający uznał, iż brak jest materialno-prawnej przesłanki warunkującej skuteczność wniesienia środka ochrony prawnej przez Odwołującego w postaci interesu prawnego (art. 179 ust. 1). W związku z tym, stosując wykładnię gramatyczną i systemową powołanego wyżej przepisu, należy przyjąć, że wykazanie przez Odwołującego interesu prawnego jest jego obowiązkiem przy korzystaniu z każdego środka ochrony prawnej. Charakter prawny wymienionej przesłanki oznacza, że jej niewykazanie przez wnoszącego środek ochrony prawnej skutkuje oddaleniem wniesionego środka ochrony prawnej nawet wtedy, gdy środek ten jest merytorycznie uzasadniony, tj. zostało wykazane naruszenie przez zamawiającego przepisów Ustawy PZP, czy przepisów zawartych w aktach wykonawczych wydanych na tej podstawie.”* (wyrok KIO z dnia 19.12.2007 r., sygn. akt. KIO/UZP 1431/07). Ponadto, z uwagi na materialno - prawny charakter interesu prawnego podlega on rozpoznaniu na rozprawie.

Interes prawny istnieje wówczas, gdy w konkretnym, toczącym się postępowaniu, w wyniku naruszenia prawa przez Zamawiającego Wykonawca traci możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą (por. SO w Białymstoku z 31.03.2006 r., sygn. akt: II Ca 104/06, SO w Warszawie z 21.03.2006 r., sygn. akt: V Ca 2402/05). W przedmiotowym stanie

faktycznym nie miało to miejsca. Ponadto, Izba podkreśla, że istnienie interesu prawnego powinno być nadto udowodnione, a nie tylko uprawdopodobnione (wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 16.06.2005 r., sygn. akt: II Ca 327/05).

Odwołujący wnosił o swoje przywrócenie do postępowania (w odwołaniu także o unieważnienie czynności jego wykluczenia z udziału w postępowaniu), unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty oraz wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności porównania i oceny ofert; w konsekwencji ponowny wybór najkorzystniejszej oferty spośród ofert nie podlegających odrzuceniu. Wskazywał naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt. 3, jak również art. 89 ust. 1, 2 i 5 (w odwołaniu także ust. 3, 4, 6-8) Pzp.

Izba zwraca uwagę, że Odwołujący wskazywał w proteście: *„Uwzględnienie protestu pozwoli na przywrócenie Konsorcjum ERA do udziału w postępowaniu, w następstwie czego wszystkie ważne oferty zostaną powtórnie ocenione i porównane, co przy zastosowaniu kryteriów oceny ofert opisanych w SWZ, tj. cena: 80% oraz wiarygodność wykonawcy 20%, pozwoli na osiągnięcie statusu oferty najkorzystniejszej i tym samym zapewni uzyskanie niniejszego zamówienia”*. Jednakże, w ocenie Izby Odwołujący nie ma interesu prawnego, a przytoczone powyżej jego uzasadnienie jest błędne, tzn. niezgodne ze stanem faktycznym. Poza tym, w odniesieniu do Odwołującego można mówić nie tylko o braku faktycznej możliwości uzyskania zamówienia, ale również o potencjalnej możliwości. Ponadto, ewentualna teza o naruszeniu interesu prawnego Odwołującego z uwagi na zawarcie w wyniku przedmiotowego postępowania nieważnej umowy o udzielenie zamówienia publicznego jest także błędna.

Odwołujący złożył skutecznie ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Kwestia spełniania warunków udziału w postępowaniu stanowi aspekt merytoryczny odwołania w odniesieniu do którego Izba wypowie się w dalszej kolejności.

Izba wskazuje, że Przystępujący w ramach przystąpienia do postępowania toczącego się na skutek wniesionego przez Odwołującego protestu stwierdził: *„iż nawet w przypadku nie odrzucenia oferty Protestującego oferta Przystępującego posiada najkorzystniejszy bilans oceny wynikający z przyjętego kryterium”*.

Powyższe stanowisko podtrzymał podczas rozprawy, także Zamawiający wskazywał, że: *„w jego ocenie Odwołujący nie ma interesu prawnego, gdyż nawet w wypadku nieodrzucenia jego oferty i niewykluczenia z postępowania nie uzyskałby on przedmiotowego zamówienia, gdyż jego oferta nie byłaby ofertą najkorzystniejszą biorąc pod uwagę cenę (80%) oraz doświadczenie wykonawcy (20%)”*.

Kryteria, którymi Zamawiający kierował przy wyborze oferty zostały opisane w Rozdz. X SIWZ: „OCENA I WYBÓR NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY”. Wskazał w pkt 1, że: „Przy wyborze oferty Zamawiający będzie się kierował następującym kryterium:

- cena 80%
- wiarygodność Wykonawcy /doświadczenie zawodowe/ 20%”.

Zaś w pkt 2.1 stwierdził, że: „Kryterium „cena” (cena podana w ofercie musi być wyrażona w walucie PLN) będzie liczone - najwyższą liczbę punktów za w/w kryterium (100 pkt) otrzyma oferta o najniższej cenie brutto, pozostali Wykonawcy odpowiednio mniej, stosownie do wzoru”. Ilość punktów za kryterium „cena” była wynikiem podzielenia najniższej zaoferowanej ceny przez cenę oferty badanej, a następnie przemnożenia otrzymanego wyniku przez 100. Ocena ostateczna dla kryterium „cena” miał być obliczona jako wynik przemnożenia ilości punktów za kryterium „cena” otrzymanej w sposób podany powyżej, ilość członków komisji oraz wagi procentowej dla kryterium „cena”.

Natomiast zgodnie z jego pkt 2.2: „Kryterium wiarygodność Wykonawcy /doświadczenie zawodowe - będzie podlegać ocenie w skali od 1 do 100 przez wszystkich członków Komisji Przetargowej. Komisja oceniać będzie wiarygodność wykonawca /doświadczenie zawodowe na podstawie złożonych dokumentów określonych w części B punkt III. 1:

- Wykonawca, który wykaże się największą ilością pracowników posiadających licencję I i II stopnia uzyska 50 punktów pozostali odpowiednio mniej;
- Wykonawca, który wykaże się największą ilością obiektów chronionych w tym obiektów tożsamyh do obiektów Zamawiającego otrzymuje 50 punktów pozostali odpowiednio mniej”.

Następnie, Zamawiający wskazał dwa wzory, według których miała zostać obliczona ostateczna ocena dla kryterium Wiarygodność Wykonawcy/doświadczenie zawodowe/. W pierwszej kolejności wyliczano ilość punktów przyznana przez członków komisji dzieląc sumę punktów uzyskaną przez badaną ofertę przez sumę punktów oferty najkorzystniejszej, następnie mnożąc wynik przez 100. W drugiej kolejności otrzymany wynik mnożono przez ilość członków komisji, a następnie przez wagę procentową dla kryterium Wiarygodność Wykonawcy/doświadczenie zawodowe/.

Ponadto, na rozprawie Przystępujący złożył oświadczenie, iż w ramach jednego z podkryteriów kryterium wiarygodność Wykonawcy/doświadczenie zawodowe, tj. ilość pracowników posiadających licencję I i II stopnia, bezsprzecznie uzyskałby maksymalną ilość punktów. Jednocześnie oświadczył do protokołu, iż przeprowadził symulację, z której wynika, iż biorąc pod uwagę różnicę cenową oraz maksymalną ilość punktów w przywołanym podkryterium Odwołujący i tak nie uzyskałby przedmiotowego zamówienia. Zamawiający nie zaprzeczył takim stwierdzeniom Przystępującego, jednocześnie zastrzegając, że

w kontekście drugie podkryteriów, ilości obiektów chronionych w tym obiektów tożsamy do obiektów Zamawiającego, powinny być one (wykaz wykonanych usług i referencje) przedmiotem szczegółowego badania i analizy.

Powyższe zostało zweryfikowane i potwierdzone przez Izbę. Z danych oferty Przystępującego i Odwołującego wynika, iż w pierwszym wypadku wykazano się 625 pracownikami posiadającymi licencje I i II stopnia (wykaz osób na str.152-176 oferty), zaś w drugim 411 pracownikami posiadającymi licencje I i II stopnia (wykaz osób na 182-190 oferty). Natomiast oferta firmy, która zaoferowała najwyższą ofertę cenową na wszystkie trzy pakiety (na podstawie ZP-12), tj. Solid Security Sp. z o. o. uzyskała liczbę punktów w całym kryterium wiarygodność Wykonawcy/doświadczenie zawodowe niższą od oferty Przystępującego (ZP-21), przy czym za podkryterium ilości pracowników posiadających licencję I i II stopnia firma niniejsza otrzymała tylko 2 pkt od każdego z czterech członków komisji przetargowej (ZP-20). Z ZP-20 wynika także, że stanowisko Przystępującego o uzyskaniu 50 pkt w podkryterium ilości pracowników posiadających licencję I i II stopnia jest wiarygodne. Taką liczbę punktów uzyskał on bowiem podczas oceny nie uwzględniającej oferty Odwołującego. Wobec faktu, że ma on ilość licencji większą o ponad 200 od Odwołującego ocena z uwzględnieniem oferty Odwołującego nie zmieniłaby tego stanu rzeczy.

Biorąc pod uwagę powyższe (max ilość pkt za kryterium cena oraz max ilość pkt za pierwsze podkryterium w ramach drugiego kryterium), jak i przyjmując hipotetycznie, że Odwołujący otrzymałby największą ilość punktów w ramach drugiego kryterium wiarygodność Wykonawcy/doświadczenie zawodowe, co nie jest już możliwe gdyż w pierwszym podkryterium drugiego kryterium uzyskałby on ilość punktów adekwatną do liczby licencji, ale odpowiednio mniejszą niż max. 50 pkt (Rozdz. X pkt 2.2 SIWZ), Izba uznał, że jego oferta nie zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Zważywszy na różnice cenową pomiędzy Odwołującym (Pakiet I - 7 716 519,52 zł brutto; Pakiet II - 5 960 346,11 zł brutto; Pakiet III - 2 660 868,80 zł brutto), a Przystępującym (Pakiet I - 7 220 180,58 zł brutto; Pakiet II - 5 576 967,07 zł brutto; Pakiet III - 2 489 717,44 zł brutto) oraz przeprowadzoną symulację Izba uznała stanowisko Zamawiającego, jak i Przystępującego o braku interesu prawnego po stronie Odwołującego za zasadne.

Izba także stwierdza, że nawet potencjalnie brak jest interesu prawnego po stronie Odwołującego, gdyż „aktywne” uczestnictwo Przystępującego w toku wniesionych przez Odwołującego środków ochrony prawnej wyklucza z jego strony hipotetyczny brak woli w zawarciu umowy z Zamawiającym.

Ponadto, aby skutecznie wskazać na interes prawny Odwołującego polegający na prawie do kontroli Zamawiającego w kontekście zawarcia ważnej umowy, obowiązkiem

Odwołującego było wskazanie rażącego naruszenia przepisu Pzp, albo takiego naruszenia przepisu, które miało wpływ na wynik postępowania. Nie każde bowiem naruszenie przepisów Pzp skutkuje nieważnością umowy w trybie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp. W przedmiotowym stanie faktycznym, Izba nie stwierdziła aby to miało miejsce. Nawet przywrócenie oferty Odwołującego w postępowaniu nie będzie miało wpływ na wynik postępowania, gdyż i tak zostałaby wybrana oferta Przystępującego. Zaś rażące naruszenie przepisów Pzp, w ocenie Izby także nie miało miejsca, uznając w tym względzie za adekwatne do przedmiotowego stanu faktycznego orzeczenie Izby, tj. wyrok KIO z dnia 22.08.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 818/09, KIO/UZP 819/08, zaś stanowisko tam przedstawione w kwestii niedopuszczalności sumowania wartości usług, realizowanych w wyniku zawarcia różnych umów za własne. W wypadku bowiem gdyby przyjąć możliwość sumowania umów należałoby przyjąć, iż wartości z nich wynikające można dzielić, co oznaczałoby wykonanie kilku usług, a taka praktyka w ocenie Izby byłaby bezsprzecznie niedopuszczalna i naganna.

Z uwagi na brak interesu prawnego Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku odnoszenia się merytorycznie do podniesionych przez Odwołującego zarzutów, co też czyni opierając się w tym względzie na wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 05.05.2008 r., sygn. akt: IX Ga 44/08: *„Mając na uwadze powyższe rozważania należy wskazać, iż prawidłowo przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza, że po stronie skarżącego nie został wskazany przez niego fakt naruszenia jego interesu prawnego. (...) W związku z tym trafne jest rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, skutkujące oddaleniem odwołania tylko i wyłącznie już z tego względu. Nie mniej w uzasadnieniu wydanego przez siebie wyroku Izba, oprócz powyższej kwestii odniosła się również w sposób merytoryczny do podniesionych przez odwołującego zarzutów, czego w świetle powyższego nie musiała już czynić”*.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.599,00 zł, tj. zgodnie z przedłożoną fakturą.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*