

Sygn. akt: KIO 1141/22

WYROK

z dnia 19 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 kwietnia 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Impel Security Solutions sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Safety Sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Defender sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Facility Services sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Provider sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Technical Security sp. z o.o. we Wrocławiu**

w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Przyrodniczy w Poznaniu**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Makropol sp. z o.o. w Poznaniu, Makropol PL sp. z o.o. sp. k. w Poznaniu, Makropol TP sp. z o.o. w Poznaniu, Basma Security sp. z o.o. w Warszawie, Cerber Ochrona Sp. z o.o. w miejscowości Liw**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Holding Hunters sp. z o.o. sp. k. w Grodzisku Wielkopolskim, Hunters24 sp. z o.o. sp. k. w Grodzisku Wielkopolskim, Green Hunters sp. z o.o. sp. k. w Warszawie, Blue Hunters sp. z o.o. sp. k. w Warszawie, Human Hunters sp. z o.o. sp. k. w Warszawie, Hunters Ochrona Plus sp. z o.o. w Piotrkowie Trybunalskim, Biuro Ochrony Sezam-System sp. z o.o. w Poznaniu**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **umarza postępowanie odwoławcze w zakresie:**
 - a) **zarzutów dotyczących oceny przez Zamawiającego oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Holding Hunters sp. z o.o. sp. k. w Grodzisku Wielkopolskim, Hunters24 sp. z o.o. sp. k. w Grodzisku**

- Wielkopolskim, Green Hunters sp. z o.o. sp. k. w Warszawie, Blue Hunters sp. z o.o. sp. k. w Warszawie, Human Hunters sp. z o.o. sp. k. w Warszawie, Hunters Ochrona Plus sp. z o.o. w Piotrkowie Trybunalskim, Biuro Ochrony Sezam-System sp. z o.o. w Poznaniu w kryterium oceny ofert „doświadczenie osób”,
- b) zarzutów dotyczących niewykazania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Makropol sp. z o.o. w Poznaniu, Makropol PL sp. z o.o. sp. k. w Poznaniu, Makropol TP sp. z o.o. w Poznaniu, Basma Security sp. z o.o. w Warszawie, Cerber Ochrona Sp. z o.o. w miejscowości Liw warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej;
2. uwzględni częściowo odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Makropol sp. z o.o. w Poznaniu, Makropol PL sp. z o.o. sp. k. w Poznaniu, Makropol TP sp. z o.o. w Poznaniu, Basma Security sp. z o.o. w Warszawie, Cerber Ochrona Sp. z o.o. w miejscowości Liw w trybie art. 128 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych do wyjaśnienia złożonych podmiotowych środków dowodowych, czy wartość roczna usług ochrony osób i mienia w budynkach użyteczności publicznej faktycznie wykonana przez członków konsorcjum przystępującego była nie mniejsza niż 3.500.000 zł brutto każda,
 3. w pozostałym zakresie oddała odwołanie;
 4. kosztami postępowania obciąża **Uniwersytet Przyrodniczy w Poznaniu w części ½** oraz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impel Security Solutions sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Safety Sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Defender sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Facility Services sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Provider sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Technical Security sp. z o.o. we Wrocławiu w części ½** i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Impel Security Solutions sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Safety Sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Defender sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Facility Services sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Provider sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Technical Security sp. z o.o. we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2. zasądza od **Uniwersytetu Przyrodniczego w Poznaniu** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Impel Security Solutions sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Safety Sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Defender sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Facility Services sp. z o.o. we**

Wrocławiu, Impel Provider sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Technical Security sp. z o.o. we Wrocławiu kwotę **7.890 zł 37 gr** (słownie: siedmiu tysięcy ośmiuset dziewięćdziesięciu złotych trzydziestu siedmiu groszy).

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Uniwersytet Przyrodniczy w Poznaniu, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest świadczenie usługi całodobowej ochrony osób i mienia Uniwersytetu Przyrodniczego w Poznaniu.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 8 marca 2022 r., nr 2022/S 047-122196.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 25 kwietnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli odwołanie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Impel Security Solutions sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Safety Sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Defender sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Facility Services sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Provider sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Technical Security sp. z o.o. we Wrocławiu, zwani dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 16 pkt. 1 ustawy Pzp przez naruszenie przez Zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców:

- przy ocenie oferty Wykonawcy: Konsorcjum Makropol sp. z o.o.; Makropol PL sp. z o.o. sp. k. Poznań; Makropol TP sp. z o.o. Poznań; Basma Security sp. z o.o. Warszawa; Cerber Ochrona sp. z o.o. Liw, (zwane dalej „Konsorcjum Makropol”);
- przy ocenie oferty Wykonawcy: Konsorcjum Holding HUNTERS sp. z o.o. sp. k. Grodzisk Wielkopolski; HUNTERS24 sp. z o. o. sp. k. Grodzisk Wielkopolski; Green HUNTERS sp. z o. o. sp. k. Warszawa; Human HUNTERS sp. z o. o. sp. k. Warszawa; Blue HUNTERS sp. z o. o. sp. k. Warszawa; HUNTERS Ochrona Plus sp. z o.o.; Piotrków Trybunalski; Biuro Ochrony SEZAM-SYSTEM sp. z o. o. Poznań (zwane dalej „Konsorcjum HUNTERS”);

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a), b) i c) i pkt. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 117 ust. 1, ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy: Konsorcjum Makropol, gdyż została złożona przez Wykonawcę, który:

- podlega wykluczeniu,
- nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,
- nie złożył oświadczenia w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, jak również nie uzupełnił w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wymaganych dokumentów i oświadczeń;

- 3) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwe wezwanie Konsorcjum HUNTERS do uzupełnienia dokumentów oraz poprzez wadliwą ocenę przez Zamawiającego oferty Konsorcjum HUNTERS w kryterium „doświadczenie osób” w Rozdziale XIX SWZ;
- 4) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór przez Zamawiającego najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wybranego Wykonawcy: Konsorcjum Makropol;
- 2) odrzucenia oferty Wykonawcy: Konsorcjum Makropol na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a), b) i c) i pkt. 3 ustawy Pzp;
- 3) unieważnienia czynności uzupełnienia oferty przez Konsorcjum HUNTERS oraz prawidłowego przydziału Konsorcjum HUNTERS punktacji w kryterium „doświadczenie osób” z Rozdziału XIX SWZ;
- 4) dokonania ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych.

W uzasadnieniu odwołania wskazał, że wykonawca Konsorcjum Makropol:

- 1) podlega wykluczeniu na podstawie Rozdziału VII ust. 1 pkt. 8 i 10 SWZ w związku z art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10 ustawy Pzp;
- 2) nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdziale VIII pkt. 1.3 a) SWZ.

Odwołujący wskazał, że zamawiający ustalił w rozdziale VIII pkt 1.3 a) SWZ następujące warunki udziału w postępowaniu:

Wykonawca wykaże, że wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwie usługi ochrony osób i mienia w budynkach użyteczności publicznej przez okres min. 12 miesięcy, o wartości (rocznej) nie mniejszej niż 3.500.000,00 zł (brutto) każda.

Przez budynek użyteczności publicznej, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. (tekst jedn. Dz. U. z 2019 poz. 1065) w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, należy rozumieć budynek przeznaczony dla administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, opieki zdrowotnej, opieki społecznej i socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym lub wodnym, poczty lub

telekomunikacji oraz inny ogólnodostępny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy i socjalny.

Odwołujący podniósł, że wykonawca Makropol sp. z o. o. (Lider Konsorcjum) – zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 12 kwietnia 2022r. (pkt. 3 tiret 4 wyjaśnień) oraz przedstawionymi dowodami (korespondencja pomiędzy jednostkami wojskowymi) wskazał, że realizował tylko jedną usługę ochrony osób i mienia (na rzecz 31 Bazy Lotnictwa Taktycznego Poznań), podczas, gdy Zamawiający wymagał wykazania się 2 takimi usługami, a nadto przedstawiona usługa nie spełnia określonych warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie obejmuje ochrony budynków użyteczności publicznej na kwotę roczną min. 3.500.000 zł brutto. Ponadto z korespondencji pomiędzy jednostkami wojskowymi - 33 Bazą Lotnictwa Transportowego Powidz i 31 Bazą Lotnictwa Taktycznego Poznań, przedłożonej przez Konsorcjum Makropol na potwierdzenie należytego wykonania usługi wynika inna data realizacji umowy, niż data wskazana w poz. 4 wykazu usług, zawartego w dokumencie „Doświadczenie wykonawcy”.

Odwołujący wskazał ponadto, że we wspomnianej poz. 4 tegoż wykazu, wybrany Wykonawca zawarł nieprawdziwe informacje, jakoby usługa na rzecz 31 Bazy Lotnictwa Taktycznego Poznań była realizowana w budynkach użyteczności publicznej na kwotę 8.722.636,61 zł brutto (ponad 3 500 000 zł brutto rocznie). Oświadczenie to jest nieprawdziwe, gdyż wśród ochraniających budynków 31 Bazy Lotnictwa Taktycznego, jedynie część budynków, tj. przy ul. Raławickiej 1 (tj. komenda, budynki zajmowane przez Żandarmerię Wojskową) oraz budynek przy ul. Sienkiewicza 1 (WAK) mogą być uznane za budynki użyteczności publicznej. Odwołujący argumentował, że Kompleks Wyciążkowo i strzelnica nie może być zaliczony do kategorii budynków użyteczności publicznej, gdyż znajduje się tam strzelnica wojskowa oraz magazyny sprzętu ciężkiego (m.in. wozów bojowych), a obiekt WKU Leszno – jak przyznał to wybrany Wykonawca – nie był ochraniający przez niego, lecz przez Konsorcjanta – firmę SILEZJAN. Odwołujący podkreślił, że jest obecnym wykonawcą usług ochrony wszystkich wskazanych przez wybranego Wykonawcę obiektów 31 Bazy Lotnictwa Taktycznego Poznań i ma pełną wiedzę na temat charakteru budynków, znajdujących się na terenie ochraniających obiektów. Powyższe oznacza, że wybrany wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji mających potwierdzać spełnienie przez niego warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł także, że Wykonawca Basma sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) będący – zgodnie z oświadczeniem Makropol sp. z o.o. – wykonawcą 3 usług, również nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż:

- wartość całkowita usługi ochrony, wykonanej na rzecz PKP w okresie 13 miesięcy pozwala domniemywać, że usługa ta nie osiągnęła wartości rocznej w wysokości 3.500.000 zł brutto (przy założeniu, że w okresie 13 miesięcy wartość wykonanych prac wyniosła 3.552.582,50 zł brutto – jak to wskazał wybrany Wykonawca, nie sposób przypuszczać, aby w okresie rocznym mogła przekroczyć 3.500.000 zł brutto – wykonawca musiałby bowiem w ostatnim miesiącu trwania umowy praktycznie nie wykonywać swoich zadań; z prostych działań matematycznych wynika bowiem, że średniomiesięczna wartość usługi wynosi ok. 273.000 zł brutto, co daje wartość roczną na poziomie 3.276.000 zł brutto); ponadto list referencyjny, wystawiony przez PKP Intercity dotyczy 3 różnych umów, zatem kluczowe jest ustalenie, której z umów dotyczy usługa, wykazana w dokumencie „Doświadczenie wykonawcy” i czy nie doszło w tym wypadku do sumowania przez Konsorcjum Makropol wartości z 3 różnych umów (3 różnych usług);

- usługa wykonana na rzecz 41 Bazy Lotnictwa Szkolnego, na terenie obiektu Dęblin – Lotnisko nie dotyczy wyłącznie budynków użyteczności publicznej, zatem stan faktyczny jest niezgodny z oświadczeniem wybranego Wykonawcy, złożonym w poz. 3 dokumentu „Doświadczenie wykonawcy”, a podana kwota za realizację usług ochrony, nie odnosi się do wyłącznie budynków użyteczności publicznej, co Zamawiający winien zweryfikować.

Zdaniem odwołującego zamawiający bezkrytycznie przyjął wyjaśnienia złożone przez wybranego wykonawcę i zaniechał jakichkolwiek dalszych czynności wyjaśniających oczywiste nieścisłości w oświadczeniach Wykonawcy. Przy takich błędach w ofercie wykonawcy zamawiający obowiązany był do odrzucenia oferty Wykonawcy: Konsorcjum Makropol na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w związku z art. 109 ust. 1 pkt. 8) i 10) oraz art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) ustawy Pzp.

W dalszej kolejności odwołujący podniósł, że przedstawione przez wybranego Wykonawcę dokumenty na potwierdzenie posiadanego doświadczenia są sprzeczne z oświadczeniem uczestników, wchodzących w skład konsorcjum wybranego Wykonawcy (art. 117 ust. 1, 3 i 4 ustawy Pzp).

Odwołujący podkreślił, że oświadczenie w trybie przepisu art. 117 ust. 4 Pzp zostało przez wybranego Wykonawcę zaktualizowane na żądanie Zamawiającego (por. pismo Wykonawcy z dnia 12 kwietnia 2022r.). Mimo tych zmian/poprawek i uzupełnień, oświadczenie Wykonawcy nadal nie zawiera precyzyjnej i zgodnej z żądaniem Zamawiającego odpowiedzi na pytanie, które z podmiotów występujących wspólnie będą wykonywać usługi, do realizacji których wymagane było legitymowanie się określonym doświadczeniem.

Zdaniem odwołującego, gdyby nawet uznać, że wyłącznie wykonawca Basma Security sp. z o.o. spełnia warunki udziału w postępowaniu, to tylko ten właśnie konsorcjant może świadczyć usługi ochrony, do realizacji których wymagane jest doświadczenie, podczas gdy

firma Makropol sp. z o.o. w zaktualizowanym oświadczeniu przyznała, że i ona będzie wykonywać usługi ochrony, kierując pracowników ochrony do wykonywania zadań, a nie udowodniła przecieź, że posiada do tego stosowne doświadczenie.

Odwołujący wskazał, że w rozdziale III pkt 1 SWZ, w myśl przepisu art. 117 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający wskazał, że Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. W takim przypadku, w odniesieniu do warunków określonych w Rozdziale VIII pkt 1.3 a) SWZ Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (por. Rozdział VIII pkt 5). Dodatkowo odwołujący wskazał, że Zamawiający powołał się na wspomniany przepis art. 117 ust. 3 Pzp również w swoim wezwaniu, kierowanym do wybranego wykonawcy (pismo z dnia 8 kwietnia 2022r.), czym przesądził, że usługi ochrony jego budynków (użyteczności publicznej) mogą wykonać wyłącznie ci współkonsorcjanci, którzy wykażą się wymaganym doświadczeniem.

Zdaniem odwołującego, w przypadku polegania przez członków konsorcjum na uprawnieniach, doświadczeniu, kwalifikacjach lub wykształceniu członka takiego konsorcjum, łączenie zdolności członków konsorcjum w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może następować w sposób dowolny. Liczy się rola, jaką członek grupy odegra przy realizacji zamówienia. Wymagane zdolności powinien posiadać co najmniej ten z konsorcjantów, który w ramach przyjętego wewnątrznie podziału zadań, wyznaczony zostanie do realizowania danej części zamówienia, z którą wiąże się obowiązek posiadania konkretnych uprawnień, doświadczenia, kwalifikacji lub wykształcenia.

Odwołujący argumentował, że zgodnie z Rozdziałem III pkt 2.2 SWZ oraz przepisem art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia składają oświadczenie, z którego wynika, które usługi wykonają poszczególni wykonawcy. Powyższe oświadczenie umożliwia zamawiającemu ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu przez poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w zakresie, w jakim dany wykonawca będzie realizował usługi, do realizacji których zamawiający wymaga spełniania określonych warunków udziału w postępowaniu. W złożonym wraz z ofertą i uzupełnionym w dniu 12 kwietnia 2022r. oświadczeniu w sprawie zakresu usług, jakie wykonają poszczególni wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, wybrany wykonawca wskazał, że „*nie jest w stanie precyzyjnie określić, którzy pracownicy w jakim czasie będą wykonywać usługi na poszczególnych obiektach UPP*”.

Zdaniem odwołującego, w rezultacie uznać należy, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 8 kwietnia 2022r. o uzupełnienie i poprawienie oświadczenia dotyczącego zakresu usług, jakie wykonają poszczególni wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, wybrany wykonawca nie przedstawił żądanych przez zamawiającego informacji, a tym samym nie złożył wymaganego dokumentu.

Odwołujący podniósł, iż w wezwaniu z dnia 8 kwietnia.2022 r. o uzupełnienie i poprawienie złożonych dokumentów przez wybranego wykonawcę, zamawiający wskazał m.in., że z oświadczenia nie wynika faktyczny podział zadania między konsorcjantami. Zamawiający stwierdził ponadto, że konsorcjanci Makropol PL sp. z o.o. sp. k. oraz Makropol TP sp. z o.o. sp. k. nie potwierdzili wymaganego doświadczenia. Wybrany Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 12 kwietnia 2022r. nie przedstawił żadnych usług dla tych uczestników konsorcjum, co tym samym potwierdza brak spełnienia przez nich warunków udziału w postępowaniu.

Dodatkowo odwołujący podkreślił, że w swych wyjaśnieniach wybrany wykonawca stwierdził, że: *„...należy przyjąć założenie, że każdy pracownik skierowany do realizacji zamówienia na obiektach UPP może pełnić służbę na wielu obiektach w ramach zapotrzebowania. W związku z powyższym członkowie konsorcjum Basma Security Sp. z o.o. oraz Makropol Sp. z o.o. zgodnie z faktycznym podziałem zadań zawartym w oświadczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, będą kierować pracowników do wykonania usługi UPP wedle zapotrzebowania ochrony stałej i doraźnej oraz Grup Interwencyjnych”*. Odwołujący wskazał, że zamawiający natomiast to wyjaśnienie przyjął pomimo tego, że Makropol sp. z o.o. – jak wcześniej wskazano – nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a zatem nie powinien wykonywać zadań, do realizacji których to doświadczenie jest wymagane, czyli zadań fizycznej ochrony osób i mienia budynków użyteczności publicznej (a w oświadczeniu wskazał, że będzie to wykonywał i to w zasadzie w sposób dowolny, niemożliwy do precyzyjnego określenia - wedle zapotrzebowania ochrony stałej i doraźnej przez zamawiającego). Zdaniem odwołującego, poszczególni konsorcjanci, jak to też uczynił wybrany wykonawca, mogą realizować daną usługę w ramach wewnętrznego podziału zadań, jednakże koniecznym jest wykazanie przez tych wykonawców spełnianiem warunków udziału (doświadczeniem) w odniesieniu do tej części usług, które będą realizować.

Odwołujący wskazał, że ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonywana jest na podstawie podmiotowych środków dowodowych, złożonych przez wykonawcę w postępowaniu, a nie na podstawie oceny zamawiającego, co do należytego wykonania udzielonych już zamówień. Obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do określonych w dokumentach zamówienia wymagań poprzez złożenie wskazanych tam podmiotowych środków dowodowych. Postępowanie powinno być prowadzone w sposób przejrzysty, z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców, uczestniczących w postępowaniu. Biorąc pod uwagę powyższe, odwołujący stwierdził, że poszczególni uczestnicy konsorcjum wybranego wykonawcy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, o którym mowa

w pkt rozdziale VIII pkt 1.3 a) SWZ, z uwzględnieniem zakresu usług realizowanych przez poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, co do realizacji których zamawiający wymagał spełniania warunków udziału. Odwołujący podniósł, że złożone w ofercie oświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia o podziale zadań w trybie przepisu art. 117 ust. 4 Pzp oraz pismo wykonawcy z wyjaśnieniami z dnia 12 kwietnia 2022r. nie wskazuje w żaden sposób, które usługi będące przedmiotem zamówienia zrealizuje dany uczestnik konsorcjum, a nadto nie potwierdza, że usługi ochrony budynków użyteczności publicznej, objętych przedmiotem zamówienia, zrealizuje podmiot, który potwierdził wymagane w tym zakresie przez zamawiającego doświadczenie. Odwołujący wskazał także, że zamawiający w SWZ nie dopuścił łączenia potencjałów wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zdaniem odwołującego, w konsekwencji na podstawie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i pkt. 3 ustawy Pzp zamawiający miał obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli została ona złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz w sytuacji, gdy oferta wykonawcy jest niezgodna z przepisami ustawy (w tym wypadku – z art. 117 ust. 3 ustawy Pzp). Ponieważ wybrany wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych w rozdziale VIII pkt 1.3 a) SWZ, a jego oferta jest niezgodna z przepisami ustawy, zamawiający winien ją odrzucić na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i pkt. 3 ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy, naruszało zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że oferta wykonawcy konsorcjum Makropol podlega odrzuceniu w trybie przepisu art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) i c) ustawy Pzp, gdyż wykonawca nie spełnia warunku udziału, o którym mowa w rozdziale VII ust. 1 pkt. 4 lit. a) tiret drugi i lit. b) SWZ.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozdziałem VII ust. 1 pkt. 4 lit. a) tiret drugi i lit. b) zamawiający, na potwierdzenie odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej, wymagał posiadania przez wykonawcę (i przedłożenia) ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia (ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej przedsiębiorcy wykonującego usługi ochrony osób i mienia) przez cały okres obowiązywania umowy na sumę gwarancyjną 3.000.000,00 zł na jedno i wszystkie zdarzenia ponad sumę gwarancyjną wynikającą z obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu wykonywania tej działalności, przy czym ubezpieczenie to winno być obejmować m.in. ubezpieczenie szkody polegającej na utracie, uszkodzeniu, zniszczeniu dokumentów na kwotę 1.000.000 zł (podlimit 1.000.000,00 zł).

Zdaniem odwołującego, z przedstawionej przez Makropol sp. z o.o. polisy ubezpieczeniowej OC, wystawionej przez Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S.A. (dalej: WARTA) nie wynika, że polisa ta obejmuje wspomniane wyżej, a wymagane przez zamawiającego ubezpieczenie. Według odwołującego, z analizy dokumentu OC firmy Makropol sp. z o. o; wykonanej przez brokera ubezpieczeniowego we współpracy z przedstawicielem WARTY wynika, że wspomniane ubezpieczenie szkody, polegającej na utracie, uszkodzeniu, zniszczeniu dokumentów - jako wykraczające poza standardowe Ogólne Warunki Ubezpieczenia (OWU) – wymaga doubezpieczenia.

Odwołujący argumentował, że sporadycznie zdarza się, że tego typu ubezpieczenie włączane jest w zakres ochrony ubezpieczeniowej, obejmujący wartości pieniężne, lecz wymaga to zawsze potwierdzenia przez Ubezpieczyciela, czyli WARTĘ (nie przez Ubezpieczającego lub Ubezpieczonego) – właśnie ze względu na tę sporadyczność, wyjątkowość. Ponadto, gdyby nawet Ubezpieczyciel (WARTA) potwierdził takie włączenie (a nie jest to przecież pewne), to w przedłożonej polisie OC ubezpieczenie wartości pieniężnych objęte jest podlimitem w wysokości 100.000 zł, podczas gdy zamawiający żądał podlimitu w wysokości 1.000.000 zł.

W kolejnej części odwołania odwołujący podniósł, że w zakresie oceny oferty Konsorcjum Hunters zarzuca zamawiającemu naruszenie przepisu art. 239 ust. 1 Pzp w związku z art. 128 ust. 1 Pzp w kryterium w rozdziale XIX dotyczącym „liczby osób spośród 80 pracowników, którzy posiadają minimum 3 letnie doświadczenie”.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozdziałem XIX w odniesieniu do wykonawców, którzy spełnią warunki udziału w postępowaniu zamawiający dokona oceny ofert nieodrzuconych na podstawie poniższych kryteriów:

b) Kryterium liczba osób spośród 80 pracowników, którzy posiadają minimum 3 letnie doświadczenie:

Zamawiający dokona oceny na podstawie oświadczenia Wykonawcy złożonego w formularzu ofertowym, dotyczącym liczby pracowników, których Wykonawca zatrudni przy realizacji przedmiotu zamówienia, posiadających minimum 3-letnie doświadczenie w świadczeniu usług ochrony osób i mienia.

Wartość punktowa D wyliczana będzie wg wzoru:

$$D = Dn / Dmax \times 40$$

D - oznacza liczbę punktów przyznanych ocenianej ofercie w kryterium doświadczenie osób realizujących zamówienie

Dn – oznacza zadeklarowaną w ocenianej ofercie liczbę pracowników posiadających minimum 3 letnie doświadczenie w zakresie usług ochrony osób i mienia

Dmax – oznacza najwyższą zadeklarowaną liczbę pracowników posiadających minimum 3 letnie doświadczenie w zakresie usług ochrony osób i mienia wśród ocenianych ofert.

Zamawiający do realizacji całości przedmiotu zamówienia przewiduje 80 pracowników Wykonawcy.

Jeżeli Wykonawca zadeklaruje zatrudnienie powyżej 80 pracowników posiadających minimum 3 letnie doświadczenie w zakresie usług ochrony osób i mienia do porównania i oceny ofert Zamawiający przyjmie maksymalną liczbę 80 pracowników.

W przypadku, kiedy Wykonawca w Formularzu ofertowym pozostawi pozycje nr 6 niewypełnioną, Zamawiający przyjmie, że Wykonawca nie deklaruje zatrudnienia pracowników posiadających minimum 3 letnie doświadczenie w zakresie usług ochrony osób i mienia do realizacji przedmiotu zamówienia, a oferta Wykonawcy w tym kryterium otrzyma 0 pkt.

Wykonawca w powyższym kryterium może otrzymać maksymalnie 40 punktów.

Ponadto odwołujący wskazał, że zgodnie z Rozdziałem IX pkt 3 SWZ:

W przypadku zadeklarowania przez Wykonawcę zatrudnienia pracowników posiadających minimum 3 - letnie doświadczenie w zakresie usług ochrony osób i mienia do realizacji przedmiotu zamówienia Wykonawca ma obowiązek przedstawienia dowodu potwierdzającego zatrudnienie w postaci zanonimizowanej kserokopii umowy/umów każdej z takich osób z podaniem czasookresu zatrudnienia i zajmowanego stanowiska.

Odwołujący stwierdził, że wykonawca Konsorcjum Hunters w terminie składania ofert złożył ofertę, która nie była kompletna. Zgodnie z pismem zamawiającego z dnia 14 kwietnia 2022 r. zamawiający potwierdził, że oferta wykonawcy wpłynęła w dniu składania ofert o godz. 09:01:09. Po wyjaśnieniu sprawy zamawiający uznał, że 18 plików tej oferty zostało złożone w terminie składania ofert (w tym formularz ofertowy i plik z częścią kserokopii umów o pracę), natomiast jeden plik wpłynął na platformę przetargową po upływie wymaganego terminu i został uznany przez zamawiającego za niezłożony (plik z drugą częścią kserokopii umów o pracę). W konsekwencji, zamawiający w dniu 4 kwietnia 2022 r. wezwał wykonawcę do uzupełnienia brakujących dokumentów w trybie przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający stwierdził bowiem, że wykonawca dołączył do oferty plik zawierający umowy dla 30 pracowników. W ocenie zamawiającego niezbędne było uzupełnienie przez Wykonawcę brakujących umów o pracę dla 50 pracowników.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z przepisem art. 128 ust. 1 Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

Odwołujący wskazał, że katalog oświadczeń i dokumentów podlegających uzupełnieniu, ma charakter zamknięty i nie może być rozszerzany na inne oświadczenia i dokumenty, które nie zostały literalnie opisane w treści dyspozycji przepisu art. 128 ust. 1 Pzp. Zdaniem

odwołującego, polski ustawodawca nie przewidział możliwości uzupełniania dokumentów w trybie przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wymaganych dla oceny oferty wykonawców w kryterium oceny ofert, o którym mowa w rozdziale XIX SWZ. Zdaniem odwołującego zamawiający nie miał żadnych podstaw prawnych na gruncie przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, aby wezwać wykonawcę do złożenia po terminie składania ofert brakujących umów o pracę, jako dokumentów wymaganych w kryterium „doświadczenie osób”.

Ponadto odwołujący podniósł, że część przedstawionych przez wykonawcę kopii umów o pracę, złożonych w terminie składania ofert, wskazuje na brak 3-letniego doświadczenia pracowników (umowy są zawarte np. w 2021r.) Według odwołującego, zamawiający nie miał podstaw - w świetle SWZ - do przydziału wykonawcy maksymalnej punktacji, tj. 40 punktów.

Odwołujący podniósł, że w przypadku dokonania przez zamawiającego prawidłowej oceny oferty wykonawcy i przyznania punktacji przez zamawiającego wyłącznie za 3-letnie doświadczenie dla pracowników, których kserokopie umów wpłynęły przed upływem terminu składania ofert - wykonawca otrzymałby w tym podkryterium maksymalnie 15 punktów (o ile zamawiający przyznałby punkty nawet za osoby, w przypadku których data zawarcia umowy nie potwierdza ich 3 – letniego doświadczenia). W przypadku natomiast zamiaru przyznania punktów wyłącznie za pracowników, których kserokopie umów wpłynęły do upływu terminu składania ofert i potwierdzają min. 3-letnie doświadczenie pracowników – punktów nie należałoby w ogóle przyznać, gdyż żadna z przedłożonych umów nie potwierdza min. 3 letniego doświadczenia. Zdaniem odwołującego powyższe oznacza, że w przypadku prawidłowej oceny oferty Konsorcjum Hunters, znalazłaby się ona w rankingu ofert na trzecim miejscu. Oferta odwołującego zaś znalazłaby się na drugim miejscu.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił częściowo zarzuty odwołania, to jest w części dotyczącej zarzutów co do oceny oferty Konsorcjum firm Holding HUNTERS sp. z o.o. sp.k., HUNTERS24 sp. z o.o. sp.k., Green HUNTERS sp. z o.o. sp.k., Human HUNTERS sp. z o.o. sp.k., Blue HUNTERS sp. z o.o. sp.k., HUNTERS Ochrona Plus sp. z o.o. oraz Biuro Ochrony SEZAM-SYSTEM sp. z o.o. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Makropol sp. z o.o. w Poznaniu, Makropol PL sp. z o.o. sp. k. w Poznaniu, Makropol TP sp. z o.o. w Poznaniu, Basma Security sp. z o.o. w Warszawie, Cerber Ochrona Sp. z o.o. w miejscowości Liw. Wnieśli o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Holding Hunters sp. z o.o. sp. k. w Grodzisku Wielkopolskim, Hunters24 sp. z o.o. sp. k. w Grodzisku Wielkopolskim, Green Hunters sp. z o.o. sp. k. w Warszawie, Blue Hunters sp. z o.o. sp. k. w Warszawie, Human Hunters sp. z o.o. sp. k. w Warszawie, Hunters Ochrona Plus sp. z o.o. w Piotrkowie Trybunalskim, Biuro Ochrony Sezam-System sp. z o.o. w Poznaniu. Nie wnieśli sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów odwołania, to jest w części dotyczącej zarzutów co do oceny swej oferty.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców, wezwanie zamawiającego kierowane do wykonawców w toku postępowania, oświadczenia i dokumenty składane przez wykonawców w toku postępowania, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, załączniki do pism procesowych stron i uczestników postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) przejrzysty;*
- 3) proporcjonalny.*

Art. 117 ustawy Pzp stanowi:

- 1. Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.*
- 2. (...)*
- 3. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.*

4. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

Art. 128 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:*

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Art. 128 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.*

Art. 226 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *zamawiający odrzuca ofertę jeżeli:*

- 2) została złożona przez wykonawcę:
 - a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub
 - b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub
 - c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;
- 3) jest niezgodna z przepisami ustawy;

Art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi całodobowej ochrony osób i mienia Uniwersytetu Przyrodniczego w Poznaniu.

Ustalono także, iż w specyfikacji warunków zamówienia zamawiający zawarł następujące postanowienia:

ROZDZIAŁ III. DOPUSZCZENIE WYKONAWCY DO UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

1. Wykonawcy mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia samodzielnie lub wspólnie.

2. *W przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, Wykonawcy:*
 - 1) *ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.*
 - 2) *dołączają do oferty oświadczenie, z którego wynika, które usługi wykonają poszczególni Wykonawcy*
3. *W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:*
 - 1) *żaden z nich nie może podlegać wykluczeniu*
 - 2) *składane dokumenty powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w którym każdy z Wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu.*
4. *Jeżeli oferta Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienie zostanie wybrana, Zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego kopii umowy regulującej współpracę tych Wykonawców.*

ROZDZIAŁ VIII. INFORMACJA O WARUNKACH UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA

1. *O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:*

3) zdolności technicznej lub zawodowe tj.:

a. Wykonawca wykaże, że wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwie usługi ochrony osób i mienia w budynkach użyteczności publicznej przez okres min. 12 miesięcy, o wartości (rocznej) nie mniejszej niż 3.500.000,00 zł (brutto) każda.

Przez budynek użyteczności publicznej, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. (tekst jedn. Dz. U. z 2019 poz. 1065) w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, należy rozumieć budynek przeznaczony dla administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, opieki zdrowotnej, opieki społecznej i socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym lub wodnym, poczty lub telekomunikacji oraz inny ogólnodostępny budynek przeznaczony do wykonywania

podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy i socjalny.

5. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

W dalszej kolejności ustalono, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego swoją ofertę złożył m.in. przystępujący konsorcjum Makropol, to jest: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Makropol sp. z o.o. w Poznaniu, Makropol PL sp. z o.o. sp. k. w Poznaniu, Makropol TP sp. z o.o. w Poznaniu, Basma Security sp. z o.o. w Warszawie, Cerber Ochrona Sp. z o.o. w miejscowości Liw.

Ustalono również, że do swojej oferty przystępujący konsorcjum Makropol załączyło oświadczenie z 30 marca 2022 r., w którym wskazano, że *następujące usługi zostaną wykonane z następującym podziałem:*

Lp.	Usługi (krótki opis)	Wykonawca, który je wykona
1.	Ochrona osób i mienia.	Makropol Sp. z o.o., Makropol TP Sp. z o.o., Makropol PL Sp. z o.o. Sp. K., Basma Security Sp. z o.o., Cerber Ochrona Sp. z o.o.

W dalszej kolejności ustalono, że celem wykazania warunku udziału w postępowaniu w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych przystępujący konsorcjum Makropol złożył wykaz usług. W wykazie tym wymienił następujące usługi:

Lp.	Nazwa przedmiotu zamówienia	Nazwa Zamawiającego (z podaniem dokładnego adresu, tel. kontaktowego i osoby do kontaktu)	Czas realizacji		Całkowita wartość brutto zrealizowanej umowy
			początek (dn., m-c, rok)	koniec (dn., m-c, rok)	

1	Bezpośrednia, całodobowa ochrona fizyczna osób i mienia obiektów PKP. Budynki użyteczności publicznej.	PKP Intercity” S. A. Aleje Jerozolimskie 142 A 02-305 Warszawa	Od 01.03.2019 r.	Do 31.03.2020 r.	3.552.582,50 zł brutto. (Ponad 3.500.000,00 zł brutto rocznie)
2	Bezpośrednia, całodobowa ochrona fizyczna osób i mienia obiektów ZRIKD. Budynki użyteczności publicznej.	Zakład Remontów i Konserwacji Dróg plac Czerwca 1976 r. nr 1 02-495 Warszawa	Od 01.01.2019 r.	Do 31.12.2019 r.	3.969.822,60 zł brutto. (Ponad 3.500.000,00 zł brutto rocznie)
3	Bezpośrednia, całodobowa ochrona fizyczna osób i mienia obiektów kompleksu Dęblin-Lotnisko. Budynki użyteczności publicznej.	41. Baza Lotnictwa Szkolnego w Dęblinie ul. Brygady Pościgowej 5 08-521 Dęblin	Od 03.01.2020 r.	Do 03.01.2022 r.	11.705.437,53 zł brutto. (Ponad 3.500.000,00 zł brutto rocznie)
4	Bezpośrednia, całodobowa ochrona fizyczna osób i mienia obiektów JW. 1517 (KW2972, 2966, 2973, WKU) Leszno ul. Raclawicka 1 Budynki użyteczności publicznej.	31 Baza Lotnictwa Taktycznego w Poznaniu Ul. Silniki 1 61-325 Poznań	Od 01.05.2018 r.	Do 30.04.2020 r.	8.722.636,61 zł brutto. (Ponad 3.500.000,00 zł brutto rocznie)

Do wykazu przystępujący konsorcjum Makropol załączył dowody należytego wykonania usług wymienionych w wykazie.

W odniesieniu do usługi wymienionej w wierszu 1 wykazu przystępujący konsorcjum Makropol złożyło list referencyjny PKP Intercity S.A. w Warszawie z dnia 1 kwietnia 2020 r. W liście tym zleceniodawca oświadczył, że:

PKP Intercity S. A. posiadało umowy realizowane przez konsorcjum firm: Agencja Ochrony Osób i Mienia Z. sp. z o. o. oraz BASMA SECURITY sp. z o. o. na ochronę nieruchomości naszej Spółki:

Umowa UM- BPB-19-900-0001 dotyczyła ochrony obiektów PKP Intercity S. A.: Gdynia Grabówek, Gdynia Leszczynki, Szczecin, Słupsk, Kołobrzeg, Olsztyn, Ełk, Olsztyn.

Umowa UM-BPB-19-900-0002 dotyczyła ochrony obiektów PKP Intercity S. A.: Kraków Zachód, Katowice Zawodzie, Rzeszów, Gliwice, Racibórz, Kraków Prokocim, Przemyśl, Zakopane.

Umowa UM-BPB-19-900-0004 dotyczyła ochrony obiektów PKP Intercity S. A.: Warszawa Centralna, Białystok, Łódź Kaliska oraz Centrum Obsługi Klienta na Dworcu Centralnym i budynku biurowego nr. 15 na terenie bocznicy Olszynka Grochowska.

Umowy zostały zawarte na czas określony tj. od 01.03.2019 r. do 31.03.2020 r. Zakres umów obejmował zapewnienie bezpieczeństwa majątku Spółki oraz bezpieczeństwa osób.

Usługi zrealizowane zostały w sposób należyty, zgodnie z warunkami umów.

W odniesieniu do usługi wymienionej w wierszu 2 wykazu przystępujący konsorcjum Makropol złożyło oświadczenie Zakładu Remontów i Konserwacji Dróg z 12 marca 2020 r. z którego wynika, że „BASMA SECURITY” Sp. z o. o. jako lider Konsorcjum świadczyła na podstawie umowy DPZP/271/590/US/2018/ZR/UM na rzecz Zakładu Remontów i Konserwacji Dróg usługi w zakresie ochrony obiektów oraz mienia w okresie od 1 stycznia 2019 r. do 31 grudnia 2019 r. Jakość świadczonych usług w tym okresie wykonywana była zgodnie z zawartą umową i z należyłą starannością.

W odniesieniu do usługi wymienionej w wierszu 3 wykazu przystępujący konsorcjum Makropol złożyło list referencyjny z 22 lutego 2022 r. z JW. 4929, z którego wynika, że:

Konsorcjum firm BASMA Security Sp. z o. o. - lider konsorcjum, CERBER OCHRONA sp. z oo. — członek konsorcjum od dnia 03.01.2020 r. do dnia 03.01.2022 r. w ramach umów nr 317/FIN/2019 i 318/FIN/2019 z dnia 30.12.2019 roku, świadczyły na rzecz JW 4929 w Dęblinie w 4 kompleksach wojskowych, usługi w zakresie ochrony osób i mienia. W zakres usługi wchodziła ochrona fizyczna osób i mienia oraz monitoring obiektów — realizowane zgodnie z przepisami Ustawy o ochronie osób i mienia i innymi aktami wykonawczymi obowiązującymi w tym zakresie.

Wartość wykonanej usługi wynosiła:

- umowa nr 317/FIN/2019 -11 705 437,53 zł brutto;

- umowa nr 318/FIN/2019 - 6 623 642,83 zł brutto

Wszyscy pracownicy ochrony zgłoszeni do realizacji usługi posiadali stosowne kwalifikacje, współpraca z przedstawicielami konsorcjum odpowiedzialnymi za ochronę obiektów przedstawiała się na poziomie bardzo dobrym.

W odniesieniu do usługi wymienionej w wierszu 4 wykazu przystępujący konsorcjum Makropol złożyło oświadczenie z 24 września 2020 r. o treści:

w odpowiedzi na pismo SI ARCUS nr 15981/20 z dnia 21.09.2020 r. w sprawie udzielenia odpowiedzi w zakresie przetargu ograniczonego prowadzonego pn. „Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest „Świadczenie całodobowej ochrony osób i mienia w systemie zmianowym realizowanym przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne (SUFO) w latach 2020-2022”. Nr sprawy 3/2020/0B.” na rzecz 33. BLT”, (...) informuję, że koncesjonowany podmiot gospodarczy: Makropol Sp. z o. o. z siedzibą: 60-831 Poznań, ul. Zacisze 8 realizował w okresie od 01.05.2020 r. - 30.04.2020 r. usługę na całodobową ochronę fizyczną osób i mienia na rzecz JW. 1517 i WKU Leszno będących na zaopatrzeniu 31 BLT. Nadmieniam, że w trakcie realizacji usługi Zamawiający nakładał na Wykonawcę kary umowne za stwierdzone naruszenia warunków umowy. Nie zaistniały jednak przesłanki do skrócenia czy też rozwiązania przedmiotowej umowy. Ponadto Zamawiający, w świetle obowiązujących przepisów prawa, nie jest zobowiązany do wystawiania referencji podmiotom świadczącym usługi na rzecz 31 BLT.

Reasumując potwierdzam należyte wykonanie usługi polegającej na stałej, bezpośredniej ochronie fizycznej świadczonej przez konsorcjum firm: Makropol Sp. z o. o. z siedzibą: 60-831 Poznań, ul. Zacisze 8na rzecz 31 BLT.

Następnie ustalono, że zamawiający pismem z dnia 8 kwietnia 2022 r., działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał przystępującego konsorcjum Makropol do wyjaśnienia złożonych podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający wskazał, że do swojej oferty dołączyli Państwo Oświadczenie Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w którym wskazali Państwo, że usługę ochrony osób i mienia w ramach niniejszego postępowania będą wykonywać wszystkie spółki należące do Konsorcjum, którego liderem jest Makropol Sp. z o.o., ul. Zacisze 8, 60-831 Poznań. Z oświadczenia tego nie wynika faktyczny podział zadania między Konsorcjantów.

Prosimy zatem o wyjaśnienie, pracownicy którego Konsorcjanta będą świadczyć usługę ochrony, w których obiektach UPP i ewentualnie w jakim czasie (czy niezmiennie przez cały czas trwania umowy, czy czasowo Konsorcjanci będą się wymieniać). Zgodnie

bowiem z art. 117 ust. 3 Pzp: „W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.”

Konsorcjanci wskazani w Oświadczeniu Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia powinni wykazać się posiadanym doświadczeniem. Dowody potwierdzające należyte wykonanie usług wykazanych w Załączniku nr 6 do SWZ Doświadczenie Wykonawcy, nie potwierdzają doświadczenia Konsorcjantów Makropol PL Sp. z o.o. Sp.k. i Makropol TP Sp. z o.o. w zakresie ochrony osób i mienia w budynkach użyteczności publicznej. Prosimy zatem o uzupełnienie wykazu zrealizowanych usług o usługi wykonane przez tych Konsorcjantów lub wyjaśnienie, w jakim zakresie wymienieni Konsorcjanci będą świadczyć usługę w ramach niniejszego postępowania.

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący konsorcjum Makropol złożył wyjaśnienia z dnia 12 kwietnia 2022 r., w których oświadczył, że składa:

1) Poprawione oświadczenie Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zgodnie z art. 117 ust. 1 pkt. 4., z którego wynika faktyczny podział zadań między członkami Konsorcjum. Ponadto Wykonawca, w odpowiedzi na pytanie dot. świadczenia usługi ochrony na obiektach UPP informuję, że Wykonawca nie jest w stanie precyzyjnie określić, którzy pracownicy w jakim czasie będą wykonywać usługi na poszczególnych obiektach UPP. Wynika to ze specyfiki zamówienia, w którym większość obiektów Zamawiającego nie posiada stałego zapotrzebowania godzinowego na pracę, które w trakcie realizacji przedmiotu umowy może ulegać zmianom z przyczyn niezależnych od Wykonawcy. W celu prawidłowego wykonania usługi przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego należy przyjąć założenie, że każdy pracownik skierowany do realizacji zamówienia na obiektach UPP może pełnić służbę na wielu obiektach w ramach zapotrzebowania. W związku z powyższym członkowie konsorcjum Basma Security Sp. z o.o. oraz Makropol Sp. z o.o. zgodnie z faktycznym podziałem zadań zawartym w oświadczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, będą kierować pracownikami do wykonania usługi UPP wedle zapotrzebowania ochrony stałej i doraźnej oraz Grup Interwencyjnych. Kluczowym elementem zamówienia jest skierowanie do realizacji zamówienia osób sprawujących nadzór i kontrolę nad wykonaniem usługi w postaci koordynatorów posiadających wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej zatrudnionymi przez firmę BASMA Security Sp. z o.o.

2) W odniesieniu do członków konsorcjum – Makropol PL Sp. z o.o. Sp. K. oraz Makropol TP Sp. z o.o., Wykonawca wyjaśnia, iż zakres świadczenia usługi w ramach niniejszego postępowania jest zgodny z faktycznym podziałem zadań zawartym w oświadczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, załączonym do niniejszych wyjaśnień.

3) W odpowiedzi na prośbę o udzielenie wyjaśnień w zakresie doświadczenia Wykonawca wyjaśnia:

- Usługa wykonana na rzecz PKP Intercity S.A. w zakresie bezpośredniej ochrony fizycznej osób i mienia została zrealizowana wyłącznie i w całości przez Firmę Basma Security Sp. z o.o.

- Usługa wykonana na rzecz Zakładu Remontów i Konserwacji Dróg z Warszawy w zakresie bezpośredniej ochrony fizycznej osób i mienia została zrealizowana wyłącznie i w całości przez Firmę Basma Security Sp. z o.o.

- Usługa wykonana na rzecz 41 Bazy Lotnictwa Szkolnego w Dęblinie w zakresie bezpośredniej ochrony fizycznej osób i mienia została zrealizowana wyłącznie i w całości przez Firmę Basma Security Sp. z o.o.

- Usługa wykonana na rzecz 31 Bazy Lotnictwa Taktycznego w zakresie bezpośredniej ochrony fizycznej osób i mienia była realizowana przez Konsorcjum Firm: Silezjan Eko Sp. z o.o. (Lider), Silezjan System Security Biuro Ochrony Mienia Sp. z o.o. (Partner) oraz Makropol Sp. z o.o. (Partner). Partner Konsorcjum Makropol Sp. z o.o. zrealizował zamówienie w zakresie bezpośredniej ochrony fizycznej na obiektach JW. 1517 (KW 2972, KW 2966 oraz KW 2973) poprzez zatrudnienie pracowników ochrony skierowanych do realizacji zamówienia. Wartość zrealizowanej usługi przez Makropol wynosiła ponad 3.500.000,00 złotych brutto w okresie 12 miesięcy. Partner Konsorcjum Silezjan System Security Biuro Ochrony Mienia Sp. z o.o. realizował zamówienie w zakresie bezpośredniej ochrony fizycznej na obiektach JW. 1517 (KW 5449) poprzez zatrudnienie pracowników ochrony skierowanych do realizacji zamówienia. Natomiast Lider Konsorcjum Silezjan Eko Sp. z o.o. wykonywał zadania niezwiązane z czynną, bezpośrednią ochroną fizyczną osób i mienia. Ponadto Wykonawca wyjaśnia, iż nałożone na Wykonawcę kary umowne dotyczyły braków w wyposażeniu pracowników ochrony wynikające z niedbalstwa pracowników oraz przekroczeń czasów dojazdów Grup Interwencyjnych na wezwanie w związku z niezależnymi od Wykonawcy sytuacjami drogowymi.

Przystępujący Makropol załączył do swych wyjaśnień oświadczenie z 12 kwietnia 2022 r., w którym wskazał, że następujące usługi zostaną wykonane z następującym podziałem:

Lp.	Usługi (krótki opis)	Wykonawca, który je wykona
1.	<ul style="list-style-type: none"> - Kierowanie do świadczenia usługi pracowników Wykonawcy. - Zapewnienie Grup Interwencyjnych. - Monitorowanie sygnałów alarmowych. - Przegląd i konserwacja systemów alarmowych. - Zapewnienie polisy OC. - Zapewnienie certyfikatu PN-EN ISO/IEC 27001. - Sporządzenie planów zabezpieczenia. - Dostarczenie sprzętu technicznego / wyposażenia do realizacji zamówienia. - Wykonanie niezbędnych szkoleń (BHP, ppoż.) - Reprezentacja Konsorcjum. - Podział wynagrodzenia z członkami Konsorcjum. 	Makropol Sp. z o.o.
2.	<ul style="list-style-type: none"> - Prowadzenie rekrutacji na rzecz Wykonawcy, osób do skierowanych do ochrony doraźnej. 	Makropol TP Sp. z o.o.
3.	<ul style="list-style-type: none"> - Wykonanie szkoleń z pierwszej pomocy przedmedycznej. - Dostarczenie sprzętu technicznego / wyposażenia do realizacji zamówienia. 	Makropol PL Sp. z o.o. Sp. K.
4.	<ul style="list-style-type: none"> - Nadzór i kontrola nad świadczeniem usługi ochrony na obiektach UPP - Kierowanie do świadczenia usługi pracowników Wykonawcy. - Koordynowanie działań. - Sporządzenie planów zabezpieczenia. - Dostarczenie sprzętu technicznego / wyposażenia do realizacji zamówienia. - Wykonanie niezbędnych szkoleń (BHP, ppoż.). 	Basma Security Sp. z o.o.
5.	<ul style="list-style-type: none"> - Dostarczenie sprzętu technicznego / wyposażenia do realizacji zamówienia. 	Cerber Ochrona Sp. z o.o.

Ustalono również, że 13 kwietnia 2022 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty przystępującego Makropol jako najkorzystniejszej.

Odwołanie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, zasługiwało częściowo na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących oceny przez zamawiającego oferty przystępującego Hunters w kryterium oceny ofert „doświadczenie osób” z powodu uwzględnienia przez zamawiającego ww. zarzutów odwołania i niewniesienia sprzeciwu przez przystępującego Hunters (pkt 1a sentencji).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie złożył oświadczenie o uwzględnieniu ww. zarzutu odwołania. Zarządzeniem z dnia 13 maja 2022 r. przystępujący Hunters, na podstawie § 13 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 31 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz.U. z 2020 poz. 2453), został wezwany do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, tj. w części dotyczącej zarzutów co do oceny oferty przystępującego Hunters, w terminie 3 dni od dnia otrzymania wezwania pod rygorem umorzenia postępowania odwoławczego, w części dotyczącej tych zarzutów (wezwanie, w aktach sprawy). W wyznaczonym terminie przystępujący Hunters nie wniósł sprzeciwu.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze, w zakresie ww. zarzutu, podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem, *W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.* Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.* W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 4 i art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji, odnośnie umorzenia postępowania odwoławczego w zakresie omawianego zarzutu odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp i art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących niewykazania przez przystępującego Makropol warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, z powodu wycofania odwołania w tej części (pkt 1 b sentencji).

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy.* Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.*

Odwołujący w trakcie posiedzenia Izby w dniu 17 maja 2022 r., przed otwarciem rozprawy, oświadczył, że cofa odwołanie w ww. części. W przywołanym przepisie art. 520

ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już odwołania w ww. zakresie, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę, nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

Zasadny okazał się zarzut dotyczący niewykazania przez przystępującego Makropol warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w rozdziale VIII pkt 1. 3) a. SWZ.

Stosownie do postanowień rozdziału VIII pkt 1. 3) a. SWZ, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej tj.: Wykonawca wykaże, że wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwie usługi ochrony osób i mienia w budynkach użyteczności publicznej przez okres min. 12 miesięcy, o wartości (rocznej) nie mniejszej niż 3.500.000,00 zł (brutto) każda.

Przez budynek użyteczności publicznej, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. (tekst jedn. Dz. U. z 2019 poz. 1065) w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, należy rozumieć budynek przeznaczony dla administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, opieki zdrowotnej, opieki społecznej i socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym lub wodnym, poczty lub telekomunikacji oraz

inny ogólnodostępny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy i socjalny

Zdaniem Izby zamawiający i przystępujący Makropol dokonali błędnej wykładni przywołanego wyżej warunku udziału w postępowaniu. Jak jednoznacznie wynikało z warunku, zamawiającego nie interesowało doświadczenie wykonawcy w wykonaniu jakiegokolwiek usługi ochrony osób i mienia, ale wyłącznie usługi ochrony osób i mienia wykonywanej w budynkach użyteczności publicznej. Następnie zaś zamawiający wskazał, że wartość roczna tak sprecyzowanej usługi miała wynieść nie mniej niż 3.500.000 zł brutto. Brak było zatem podstaw do przyjęcia, że kwota 3.500.000 zł miała być ogólną wartością całej usługi ochrony osób i mienia, a jedynie w ramach tej usługi miał być chroniony co najmniej jeden budynek użyteczności publicznej. Gdyby tak było, warunek powinien być odmiennie sformułowany. Powinno zostać wskazane, że wartość całej referencyjnej usługi ochrony osób i mienia ma wynosić 3.500.000 zł brutto, zaś w ramach tej usługi ma być chroniony co najmniej budynek użyteczności publicznej, bez względu na wartość takiej usługi. Nic takiego nie wynikało jednak z brzmienia spornego warunku.

Celem wykazania omawianego warunku udziału w postępowaniu przystępujący konsorcjum Makropol powołał się na doświadczenie swych współkonsorcjantów wynikające z wykonania nw. usług:

L p .	Nazwa przedmiotu zamówienia	Nazwa Zamawiającego (z podaniem dokładnego adresu)	Czas realizacji		Całkowita wartość brutto zrealizowanej umowy
			początek (dn., m-c, rok)	koniec (dn., m-c, rok)	
1	Bezpośrednia, całodobowa ochrona fizyczna osób i mienia obiektów PKP. Budynki użyteczności publicznej.	PKP Intercity” S. A. Aleje Jerozolimskie 142 A 02-305 Warszawa	Od 01.03.2019 r.	Do 31.03.2020 r.	3.552.582,50 zł brutto. (Ponad 3.500.000,00 zł brutto rocznie)
2	Bezpośrednia, całodobowa ochrona fizyczna osób i mienia obiektów ZRiKD. Budynki użyteczności publicznej.	Zakład Remontów i Konserwacji Dróg plac Czerwca 1976 r. nr 1 02-495 Warszawa	Od 01.01.2019 r.	Do 31.12.2019 r.	3.969.822,60 zł brutto. (Ponad 3.500.000,00 zł brutto rocznie)

3	Bezpośrednia, całodobowa ochrona fizyczna osób i mienia obiektów kompleksu Dęblin-Lotnisko. Budynki użyteczności publicznej.	41. Baza Lotnictwa Szkolnego w Dęblinie ul. Brygady Pościgowej 5 08-521 Dęblin	Od 03.01.2020 r.	Do 03.01.2022 r.	11.705.437,53 zł brutto. (Ponad 3.500.000,00 zł brutto rocznie)
4	Bezpośrednia, całodobowa ochrona fizyczna osób i mienia obiektów JW. 1517 (KW2972, 2966, 2973, WKU) Leszno ul. Raclawicka 1 Budynki użyteczności publicznej.	31 Baza Lotnictwa Taktycznego w Poznaniu Ul. Silniki 1 61-325 Poznań	Od 01.05.2018 r.	Do 30.04.2020 r.	8.722.636,61 zł brutto. (Ponad 3.500.000,00 zł brutto rocznie)

Dostrzeżenia jednocześnie wymagało, że wartość podana przez przystępującego Makropol w wykazie odnosiła się, zgodnie z jednoznacznie brzmiącym nagłówkiem ostatniej kolumny, do „całkowitej wartości brutto zrealizowanej umowy” ochrony osób i mienia, a nie „wartości usługi ochrony osób i mienia w budynkach użyteczności publicznej”, jak stanowił warunek. Wobec powyższego podanie kwot całkowitych wartości brutto zrealizowanych umów, bez wskazania, jakie ich części odnosiły się do realizacji usług w budynkach użyteczności publicznej, okazało się niewystarczające celem wykazania warunku udziału w postępowaniu. W tej sytuacji Izba uznała, że odwołujący słusznie zarzucił zamawiającemu w odwołaniu, iż zaniechał jakichkolwiek dalszych czynności wyjaśniających nieścisłości w oświadczeniach przystępującego Makropol.

Zdaniem Izby powyższe zaniechanie nie skutkowało jednak koniecznością odrzucenia oferty przystępującego, o co wnosił odwołujący. Żądanie odrzucenia oferty przystępującego z omawianych powodów należało uznać bowiem za przedwczesne. Zgodnie z przepisem art. 128 ust. 4 ustawy Pzp ustawodawca wyposażył zamawiającego w uprawnienie do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do treści złożonych podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający wskutek błędnej interpretacji warunku udziału w postępowaniu zaniechał wystosowania do przystępującego wezwania do wyjaśnienia ww. kwestii. W okolicznościach danej sprawy wezwanie to było konieczne, gdyż na chwilę obecną nie było pewne, czy przedstawione usługi odpowiadały warunkowi udziału w postępowaniu. Może się również jednak okazać, że wartość referencyjnych usług ochrony

osób i mienia, w części dotyczącej w budynków użyteczności publicznej, a więc wpisujących się w warunek, przewyższa wymaganą w warunku kwotę 3.500.000 zł brutto.

Uszło również uwadze odwołującego, że w omawianym zakresie zamawiający nie wyczerpał również procedury wezwania przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, o której mowa w art. 128 ust. 1 Pzp. Zatem w sytuacji gdy w wyniku złożonych wyjaśnień okaże się, że usługi referencyjne nie odpowiadają warunkowi udziału w postępowaniu, zamawiający zobowiązany będzie wezwać przystępującego Makropol do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów celem wykazania warunku udziału w postępowaniu.

W dalszej kolejności Izba uznała za niezasadny zarzut dotyczący podania przez przystępującego Makropol nieprawdziwych informacji, jakoby usługa na rzecz 31 Bazy Lotnictwa Taktycznego Poznań była zrealizowana w budynkach użyteczności publicznej na kwotę 8.722.636,61 zł brutto (ponad 3 500 000 zł brutto rocznie). Izba stwierdziła, że wbrew twierdzeniom odwołującego przystępujący nie złożył zarzucanego mu oświadczenia. W ostatniej kolumnie wykazu usług wykonawca podał kwotę 8.722.636,61 zł, ale nie oświadczył, że podawana wartość odnosi się do części usługi realizowanej w budynkach użyteczności publicznej. Uszło uwadze odwołującego, że kwotę tę ujęto w kolumnie tabeli zatytułowanej „*Całkowita wartość brutto zrealizowanej umowy*”. Z powyższego wynikało, że nie była to całkowita kwota brutto umowy w części dotyczącej ochrony osób i mienia w budynkach użyteczności publicznej, jak utrzymywał odwołujący. Owszem, w kolumnie drugiej tabeli przy nazwie przedmiotu zamówienia znajdował się dopisek „budynki użyteczności publicznej”, ale można było to oświadczenie zinterpretować jako informację, że w ramach usługi chronione były także tego rodzaju obiekty, co bezspornie odpowiadało prawdzie.

Analogicznie, z identycznych powodów, należało uznać, że przystępujący nie złożył oświadczenia, jakoby usługa wykonana na rzecz 41 Bazy Lotnictwa Szkolnego w Dęblinie, dotyczyła wyłącznie budynków użyteczności publicznej. Zarzut co do podania również w tym zakresie informacji wprowadzających w błąd należało uznać zatem za nietrafny.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że w przypadku usługi wykonanej na rzecz 31 Bazy Lotnictwa Taktycznego w Poznaniu przystępujący nie może powoływać się na całkowitą wartość tej usługi również z innych powodów. Jak bowiem wynikało z wyjaśnień przystępującego z dnia 12 kwietnia 2022 r., jeden z obiektów, to jest WKU Leszno, nie był ochraniający przez członka konsorcjum przystępującego - Makropol sp. z o.o., lecz przez firmę

Silezjan System Security Biuro Ochrony Mienia, niebędącą członkiem konsorcjum przystępującego Makropol, które złożyło ofertę w analizowanym postępowaniu.

W dalszej kolejności należało odnieść się do zarzutów odwołującego dotyczących oceny przez zamawiającego usługi wykonanej na rzecz PKP Intercity (wiersz 1 wykazu usług przystępującego Makropol). Odwołujący podniósł, że przypuszcza, iż usługa ta nie osiągnęła wartości rocznej w wysokości 3.500.000 zł brutto. Argumentował, że przy założeniu, iż w okresie 13 miesięcy wartość wykonanych prac wyniosła 3.552.582,50 zł brutto, to nie sposób przypuszczać, aby w okresie rocznym mogła przekroczyć 3.500.000 zł brutto. Wskazał, że wykonawca musiałby bowiem w ostatnim miesiącu trwania umowy praktycznie nie wykonywać swoich zadań; z prostych działań matematycznych wynika bowiem, że średniomiesięczna wartość usługi wynosi ok. 273.000 zł brutto, co daje wartość roczną na poziomie 3.276.000 zł brutto). Ponadto odwołujący zarzucił, że list referencyjny, wystawiony przez PKP Intercity dotyczy 3 różnych umów, zatem kluczowe jest ustalenie, której z umów dotyczy usługa, wykazana w dokumencie „Doświadczenie wykonawcy” i czy nie doszło w tym wypadku do sumowania przez konsorcjum Makropol wartości z 3 różnych umów (3 różnych usług).

Jak wynikało z odpowiedzi na odwołanie, zamawiający pomimo zobowiązania go przez Izbę zarządzeniem z dnia 2 maja 2022 r. do ustosunkowania się do zarzutów przedstawionych w odwołaniu, nie odniósł się do zarzutów odwołania w tej części. Jednocześnie wprost oświadczył w odpowiedzi, że za wpisujące się w warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VIII pkt 1.3) a. SWZ, uznał wyłącznie usługi z poz. 2-4 wykazu usług przystępującego Makropol. Również przystępujący konsorcjum Makropol, pomimo analogicznego zobowiązania Izby, nie odniósł się w piśmie do zarzutów odwołania w tej części. W tej sytuacji Izba uznała, że zostało przyznane przez stronę przeciwną, iż usługa z pozycji 1 wykazu usług przystępującego Makropol nie może być zaliczona na poczet ww. warunku udziału w postępowaniu, z powodów wskazanych w odwołaniu.

W dalszej kolejności należało odnieść się do zarzutu jakoby przedstawione przez przystępującego Makropol dokumenty na potwierdzenie posiadanego doświadczenia miały być sprzeczne z oświadczeniem uczestników wchodzących w skład konsorcjum przystępującego Makropol (zarzut naruszenia art. 117 ust. 1, 3 i 4 ustawy Pzp). Izba stwierdziła, że zarzut ten podlegał oddaleniu jako częściowo nietrafny, a częściowo również jako przedwczesny.

Zarzut okazał się przedwczesny, gdyż wskutek zaniechania wyjaśnienia przez zamawiającego czy wartość roczna usług ochrony osób i mienia w budynkach użyteczności

publicznej faktycznie wykonana przez członków konsorcjum przystępującego była nie mniejsza niż 3.500.000 zł brutto każda, na obecnym etapie nie można stwierdzić, czy i którzy członkowie konsorcjum przystępującego wykazali spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VIII pkt 1.3) a. SWZ. W konsekwencji nie wiadomo także, którzy członkowie konsorcjum Makropol, zgodnie z art. 117 ust. 3 ustawy Pzp zobowiązani będą do wykonania usługi ochrony osób i mienia w budynkach użyteczności publicznej zamawiającego, do realizacji których te zdolności doświadczenia są wymagane.

Odwołujący zarzucił także w odwołaniu, że nawet gdyby uznać, że wykonawca Basma Security sp. z o.o. spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VIII pkt 1.3) a. SWZ, to tylko ten właśnie konsorcjant może świadczyć usługi ochrony, do realizacji których wymagane jest doświadczenie, podczas gdy firma Makropol sp. z o.o. w zaktualizowanym oświadczeniu z 12 kwietnia 2022 r. miała przyznać, że i ona będzie wykonywać usługi ochrony, kierując pracowników ochrony do wykonywania zadań, a nie udowodniła przecieź, że posiada do tego stosowne doświadczenie.

Izba stwierdziła, że tak sformułowany zarzut opierał się na nieprawdziwych ustaleniach poczynionych przez odwołującego. Odwołujący dokonał w ww. zakresie błędnej interpretacji oświadczenia przystępującego z dnia 12 kwietnia 2022 r. Owszem z oświadczenia tego wynikało, że Makropol sp. z o.o. będzie kierował do świadczenia usługi pracowników wykonawcy. Jednakże uszło uwadze odwołującego, że zgodnie z ww. oświadczeniem Makropol sp. z o.o. miał odpowiadać za zapewnienie grup interwencyjnych i monitorowanie sygnałów alarmowych. Powyższe związane było z warunkiem udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VIII pkt 1.3) b. SWZ, który Makropol sp. z o.o. spełniał samodzielnie, a nie z warunkiem z Rozdziału VIII pkt 1.3) a. SWZ. Do wykonywania tych czynności także muszą być skierowani pracownicy i tak należało interpretować oświadczenia przystępującego Makropol.

Powyższe nie oznaczało zatem, że zgodnie z projektowanymi podziałem obowiązków Makropol sp. z o.o. będzie odpowiadał za wykonanie usługi ochrony fizycznej osób i mienia w obiektach użyteczności publicznej zamawiającego. Za ten element usługi odpowiadać miał bowiem wyłącznie konsorcjant Basma Security sp. z o.o. (por. wiersz 4 w tabeli oświadczenia przystępującego, załączonej do wyjaśnień z dnia 12 kwietnia 2022 r.). Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu jako niezasadny.

Izba, działając na podstawie art. 541 ustawy Pzp, postanowiła oddalić wnioski odpowiednio zamawiającego i przystępującego Makropol o przeprowadzenie dowodów z:

1) pisma Zakładu Remontów i Konserwacji Dróg w Warszawie z 25 kwietnia 2022 r.,

- 2) korespondencji mailowej z dnia 25 kwietnia 2022 r. prowadzonej z 41 Bazą Lotnictwa Szkolnego w Dęblinie,
 - 3) statutu 41 Bazy Lotnictwa Szkolnego w Dęblinie,
 - 4) wydruku ze strony internetowej zabytek.pl,
 - 5) zał. nr 47 - statutu 41 Bazy Lotnictwa Szkolnego w Dęblinie,
 - 6) umowy z 26.04.2018 r. zawartej między Konsorcjum SILEZJAN ECO sp. z o.o., a 31 Bazą Lotnictwa Taktycznego w Poznaniu
- uznając, że dowody te zostały powołane jedynie dla zwłoki.

Stosownie do ww. przepisu, Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki.

Stwierdzono, że okoliczności, jakie mają zostać wykazane zgłaszanymi dowodami, zmierzały do wykazania, że wartość referencyjnych usług ochrony osób i mienia, w części dotyczącej budynków użyteczności publicznej, przewyższała kwotę 3.500.000 zł, wymaganą zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VIII. 1.3) a. SWZ. Jak wynikało z uzasadnienia zarzutów odwołania, powodem jego złożenia było m.in. niewyjaśnienie przez zamawiającego wątpliwości w ww. zakresie w toku badania i oceny ofert. W tej sytuacji złożenie ww. dowodów na rozprawie należało uznać za próbę wykazania spełnienia warunku dopiero w trakcie postępowania odwoławczego przed Izbą. Tymczasem oświadczenia i dokumenty celem wykazania warunku powinny zostać złożone zamawiającemu i przez niego ocenione. Dostrzeżenia wymagało, że Izba nie zastępuje zamawiającego, jego komisji przetargowej ani kierownika i nie prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba, zgodnie z art. 513 ustawy Pzp, rozpoznaje odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego oceniając ich zgodność z prawem w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. W tej sytuacji dowody zgłaszane przez zamawiającego i przystępującego w sposób oczywisty były nieprzydatne do rozpoznania sprawy, skoro zmierzały do wyjaśnienia wątpliwości, które powinny być rozwiane w toku postępowania przed zamawiającym, co zarzucał odwołujący.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2-3 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do częściowego oddalenia lub uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1, 4 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło

odpowiednio umorzenia części postępowania oraz kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 2-3 sentencji) i formalnym (pkt 1, 4 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców*. Stwierdzone naruszenie art. 128 ust. 4 Pzp w zw. z art. 16 Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zamawiający z naruszeniem ww. przepisów zaniechał czynności wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych złożonych przez przystępującego Makropol i przedwcześnie uznał, że wykonawca ten wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Wobec powyższego wynik postępowania może jeszcze ulec zmianie.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:*

- a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo*
- b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo*
- c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.*

W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, oraz wezwanie przystępującego Makropol do wyjaśnienia złożonych podmiotowych środków dowodowych, czy wartość roczna usług ochrony osób i mienia w budynkach użyteczności publicznej faktycznie wykonana przez członków konsorcjum przystępującego była nie mniejsza niż 3.500.000 zł brutto każda.

Oдноśnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 554 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 3 sentencji. Stosownie do przywoływanego przepisu, *w przypadku uwzględnienia odwołania w części, w sentencji wyroku Izba wskazuje, które zarzuty uznała za uzasadnione, a które za nieuzasadnione*.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

Odwołanie okazało się zasadne w połowie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosili zatem odwołujący i zamawiający po połowie. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł, koszty poniesione przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł, koszty dojazdu odwołującego na rozprawę w wysokości 780,74 zł, oraz koszty poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł, ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy (łącznie 22.980,74 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 19.380,74 zł tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę (15.000 +3.600 +780,74), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 11.490,37 zł (22.980,74 zł x 1/2). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7.890,37 zł (19.380,74 zł – 11.490,37 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy §9 ust. 3 pkt 3 w zw. § 7 ust. 2 pkt 1 oraz § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 w zw. z § 5 pkt 1 oraz pkt 2 lit. a, b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: