

Sygn. akt: KIO 89/12

POSTANOWIENIE
z dnia 25 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 25 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 stycznia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Firm: 1) LEXPAS Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum); 2) Biuro Ochrony Sezam Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum)** z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Minikowa 2a, 61-355 Poznań adres do korespondencji: ul. Leszczyńska 38a, 60-115 Poznań w postępowaniu prowadzonym przez **Wielkopolską Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o., Oddział – Zarząd Przedsiębiorstwa z siedzibą w Poznaniu, ul. Grobla 15, 61-859 Poznań działającą w imieniu: 1) Wielkopolskiej Spółki Gazownictwa Sp. z o.o., ul. Grobla 15, 61-859 Poznań, 2) Polskiego Górnictwa Naftowego i Gazownictwa SA, Wielkopolski Oddział Obrotu Gazem, ul. Grobla 15, 61-859 Poznań, 3) Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM SA, Oddział w Poznaniu, ul. Grobla 15, 61-859 Poznań**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum firm: 1) Agencja Ochrony Osób i Mienia „GUARD-SERVICE” Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum); 2) GUARD-SYSTEMY Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum)** z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Tatrzańska 6a, 60-413 Poznań zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 89/12 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Firm:**
1) LEXPAS Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum); 2) Biuro Ochrony Sezam Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) z adresem dla lidera konsorcjum: **ul. Minikowa 2a, 61-355 Poznań** adres do korespondencji: **ul. Leszczyńska 38a, 60-115 Poznań** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznań**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 89/12

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na ochronę osób i mienia na obszarze działania WSG Sp. z o.o. Oddział Gazowniczy w Poznaniu, WOOG w Poznaniu Gazownia Poznańska oraz OGP Gaz-System S.A. Oddział w Poznaniu, zostało wszczęte przez Wielkopolską Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o., Oddział – Zarząd Przedsiębiorstwa z siedzibą w Poznaniu, ul. Grobla 15, 61-859 Poznań działającą w imieniu: 1) Wielkopolskiej Spółki Gazownictwa Sp. z o.o., ul. Grobla 15, 61-859 Poznań, 2) Polskiego Górnictwa Naftowego i Gazownictwa SA, Wielkopolski Oddział Obrotu Gazem, ul. Grobla 15, 61-859 Poznań, 3) Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM SA, Oddział w Poznaniu, ul. Grobla 15, 61-859 Poznań zwaną dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2011/S 213-348143 z dnia 05.11.2011 r.

W dniu 03.01.2012 r. (faxem i e-mailem) Zamawiający zaprosił do składania ofert przekazując także postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” m.in. Konsorcjum Firm: 1) LEXPAS Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum); 2) Biuro Ochrony Sezam Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Minikowa 2a, 61-355 Poznań adres do korespondencji: ul. Leszczyńska 38a, 60-115 Poznań zwane dalej: „Konsorcjum LEXPAS” albo „Odwołującym”.

W dniu 13.01.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” odwołanie *Konsorcjum LEXPAS* na postanowienia SIWZ. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 12.01.2012 r. (faxem). Wadliwa czynność Zamawiającego polegała na niezgodnym z ogłoszeniem o zamówieniu i art. 26 ust. 2b Pzp, sformułowaniu zawartym w treści SIWZ w pkt 11.1.2 w części „UWAGA!” zdanie drugie. Wobec powyższego Odwołujący uznał, że taka treść SIWZ narusza art. 26 ust. 2b oraz art. 7 ust. 1 Pzp. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu prowadzenie postępowania z naruszeniem przepisów art. 26 ust. 2b Pzp oraz prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i nierównego traktowania wykonawców mającego wpływ na wynik postępowania. Odwołujący wnosił o:

1. nakazanie Zamawiającemu usunięcie z treści SIWZ zdania zawartego w pkt 11.1.2 SIWZ w części UWAGA !, tj. *"Ponadto Zamawiający do powyższej oceny będzie przyjmował tylko*

usługi wykonane lub wykonywane bezpośrednio przez Wykonawcę lub jednego z członków Konsorcjum".

2. zwrot kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą w wysokości 3.600,00 zł.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający dopuścił w ogłoszeniu o zamówieniu możliwość korzystania z wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolności finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Zamawiający zgodnie z treścią załącznika nr 7 do ogłoszenia wymagał pisemnego zobowiązania osób trzecich do udostępnienia niezbędnych zasobów wiedzy, doświadczenia, zdolności finansowej itd. Przy czym warunkiem dopuszczenia do udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia było wykonanie przynajmniej dwóch usług z zakresie ochrony obiektów, każda z tych usług o wartości powyżej 1.000.000 zł netto. Wykonawca złożył w wymaganym terminie zobowiązanie spółki Hunters. Treść załącznika nr 7 oraz wymóg wykazania co najmniej dwóch usług powyżej 1 miliona zł jest tak sformułowana, że nie zawiera konieczności wykazania, na etapie dopuszczenia do udziału w postępowaniu wszystkich usług, które wykonał Wykonawca lub osoby trzecie udostępniające zasoby wiedzy i doświadczenia. Zamawiający nie podał też w ogłoszeniu o zamówieniu kryterium oceny wiedzy i doświadczenia, tj. ilości wykonanych usług wykonanych lub wykonywanych bezpośrednio przez wykonawców lub członków konsorcjum. Stąd, Odwołujący we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu podał jedynie niezbędne minimum.

W dniu 04.01.2012 r. Zamawiający zaprosił do składania ofert Odwołującego i dostarczył SIWZ. W pkt 11.1.2 SIWZ w części UWAGA ! Zamawiający zawęził kryterium oceny wiedzy i doświadczenia w następujący sposób: *"Ponadto Zamawiający do powyższej oceny będzie przyjmował tylko usługi wykonane lub wykonywane bezpośrednio przez Wykonawcę lub jednego z członków Konsorcjum"*. Zapis ten uniemożliwia wykazanie w ofercie całości wiedzy i doświadczenia, które udostępniły osoby trzecie (podwykonawcy) w postaci ogólnego zobowiązania. Sytuacja ta narusza prawa Odwołującego albowiem korzystając z wiedzy i doświadczenia osób trzecich, nie będzie mógł wykazać ich faktycznego potencjału, co będzie miało wpływ na ocenę oferty w części dotyczącej wiedzy i doświadczenia. Na poparcie powyższych twierdzeń przedstawił faktyczne zasoby podwykonawcy Hunters - pismo z dnia 20.11.2011 r.

Zamawiający znając wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu de facto zmienił warunki postępowania, uniemożliwiając korzystanie z zasobów osób trzecich wbrew treści ogłoszenia o zamówieniu oraz przepisom art. 26 ust. 2b Pzp. Postawienie takiego warunku powoduje nierówne traktowanie wykonawców. Odwołujący nie ma już możliwości zmiany podmiotowej Konsorcjum. Gdyby taki warunek znalazł się w treści ogłoszenia

o zamówieniu Odwołujący mógł zaprosić bezpośrednio do Konsorcjum podwykonawcę Hunters, czego jednak i tak nie musiałby robić z uwagi na treść art. 26 ust. 2b Pzp. Sytuacja ta powoduje, że dalsze postępowanie prowadzone będzie z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i tym samym niezgodnie z art. 7 ust 1 Pzp. Pismem z dnia 12.01.2012 r. Odwołujący poprosił o wyjaśnienie treści zapisu pkt 11.1.2 SIWZ oraz o jego ewentualną zmianę. Niestety Zamawiający, ani nie udzielił odpowiedzi, ani nie zmienił SIWZ.

Zamawiający w dniu 13.01.2012 r. wezwał (faxem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 16.01.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum firm: 1) Agencja Ochrony Osób i Mienia „GUARD-SERVICE” Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum); 2) GUARD-SYSTEMY Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Tatrzańska 6a, 60-413 Poznań zwane dalej: „Konsorcjum Agencja Ochrony Osób i Mienia „GUARD-SERVICE” - GUARD-SYSTEMY” albo „Przystępującym” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 20.01.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości odwołanie. Kopia została przekazana Odwołującemu i Przystępującemu.

W dniu 20.01.2012 r. (faxem) Prezes KIO wezwał Konsorcjum Agencja Ochrony Osób i Mienia „GUARD-SERVICE” - GUARD-SYSTEMY na podstawie § 13 ust.2 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 r., Nr 48, poz. 280) do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu, w terminie 3 dni. W ustawowym terminie (do 23.01.2012 r. włącznie) Przystępujący po stronie Zamawiającego wobec uwzględnienia odwołania w całości przez Zamawiającego, do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust.3-5 Pzp, sprzeciwu.

Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu zgodnie z żądaniem Odwołującego, a Przystępujący po stronie Zamawiającego nie wniósł sprzeciwu, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 3 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp – umorzyła postępowanie, uznając, iż zachodzą przesłanki do wydania postanowienia w przedmiocie umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....