

**WYROK**  
z dnia 4 grudnia 2018 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 grudnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 listopada 2018 r. przez wykonawcę ATOS sp. z o.o., ul. Widzewska 14 92-229 Łódź w postępowaniu prowadzonym przez Wojskowy Instytut Techniczny Uzbrojenia, ul. Prymasa Stefana Wyszyńskiego 7, 05-220 Zielonka

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: STEKOP S.A., ul. Mołdawska 9, 02-127 Warszawa, Stekop – Ochrona sp. z o.o., ul. Kolonia Porosły 52, 16-070 Choroszcz, Basma Security sp. z o.o., Al. Prymasa Tysiąclecia 60/62, 01-424 Warszawa, Cerber Ochrona sp. z o.o., ul. Nowo miejska 49, 07-100 Liw zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2416/18 po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę ATOS sp. z o.o., ul. Widzewska 14 92-229 Łódź i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ATOS sp. z o.o., ul. Widzewska 14 92-229 Łódź tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy ATOS sp. z o.o., ul. Widzewska 14 92-229 Łódź na rzecz Wojskowego Instytutu Technicznego Uzbrojenia, ul. Prymasa Stefana Wyszyńskiego 7, 05-220 Zielonka kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:**.....

**Uzasadnienie**

**Zamawiający:** Wojskowy Instytut Techniczny Uzbrojenia, ul. Prymasa Stefana Wyszyńskiego 7, 05-220 Zielonka wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest usługa w zakresie ochrony terenu, obiektów i mienia w Wojskowym Instytucie Technicznym Uzbrojenia oraz wybranych obiektach Centralnego Wojskowego Ośrodka Metrologii - postępowanie nr sprawy ZP/45/18/F1/KO.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 180-408807 z dnia 19 września 2018 r.

Odwolujący: „ATOS” sp. z o.o., ul. Widzewska 14 92-229 Łódź powziął wiadomość o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „STEKOP” S.A., ul. Mołdawska 9, 02-127 Warszawa, „Stekop – Ochrona” sp. z o.o., ul. Kolonia Porosły 52, 16-070 Choroszcz, Basma Security sp. z o.o., Al. Prymasa Tysiąclecia 60/62, 01-424 Warszawa, Cerber Ochrona sp. z o.o., ul. Nowo miejska 49, 07-100 Liw, zwany dalej Przystępującym.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 22 listopada 2018r. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego, polegających na:

- 1) badaniu i ocenie ofert,
- 2) wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego,
- 3) zaniechaniu wykluczenia z postępowania Przystępującego i uznania jego oferty za odrzuconą;
- 4) zaniechania ujawnienia wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo

zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986), zwanej dalej ustawą Pzp, dotyczących wyliczenia ceny, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie Przystępującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1.art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12, pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum, mimo że Konsorcjum winno zostać wykluczone z postępowania, gdyż nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, oraz w wyniku zamierzonego działania lub niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu,

2.art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zw. art. 26 ust 3 ustawy Pzp poprzez wielokrotne wezwanie Konsorcjum do uzupełnienia brakujących informacji potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej,

3.§ 2 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126 ze zm., dalej „Rozporządzenie”) w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez bezpośredniego zwrócenia się do podmiotu na rzecz, którego było realizowane zamówienie wskazane przez Konsorcjum w celu wykazania spełnienia warunków postępowania przez Konsorcjum w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej,

4.art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum, mimo że Konsorcjum winno zostać wykluczone z postępowania, gdyż nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności,

5.z ostrożności procesowej art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Konsorcjum , pomimo że Konsorcjum nie złożyło wyjaśnień, które można by uznać za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, względnie dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

6.art. 7 ust. 1 i 3 pzp poprzez ich błędną wykładnię oraz niewłaściwe zastosowanie, prowadzące do rażącego naruszenia zasady równego traktowania oraz zasady uczciwej konkurencji, oraz innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

Jednocześnie Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2.dokonania czynności odrzucenia oferty Przystępującego z przyczyn wskazanych w odwołaniu,
- 3.dokonania czynności wykluczenia Przystępującego z postępowania z przyczyn wskazanych w odwołaniu,
- 4.odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożonej przez Wykonawcę w trybie art. 90 ustawy Pzp;
- 5.dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert,
- 6.dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 7.dokonania wyboru w przedmiotowym postępowaniu jako oferty najkorzystniejszej Odwołującego,
8. zwrot Odwołującemu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

W zakresie naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12, pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp zwrócił uwagę, że zgodnie z pkt 2.1.3 SIWZ oferent był zobowiązany do wykazania, że, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, wykonał co najmniej jedną usługę, której przedmiotem było świadczenie usług ochrony osób i mienia jednostek organizacyjnych podległych Ministrowi Obrony Narodowej lub przez niego nadzorowanych, trwającej przez okres minimum 12 kolejnych miesięcy wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należyście. Zakres usług ochrony osób i mienia musi spełniać jeden z dwóch następujących warunków:

a)były wykonywane lub są wykonywane przez cały okres realizacji przez co najmniej 10 uzbrojonych w broń obiektową, kwalifikowanych pracowników na jednej zmianie, w jednym obiekcie, dla jednego Zamawiającego;

lub

b)były wykonywane lub są wykonywane przez cały okres realizacji, na co najmniej dwóch obiektach, przez co najmniej 5 uzbrojonych w broń obiektową, kwalifikowanych pracowników, na jednej zmianie na każdym z dwóch obiektów dla jednego lub kilku zamawiających, (nie mogą być to te same obiekty jak w lit. a).

oraz

Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, przez minimum 12 kolejnych miesięcy, wykonał co najmniej 60 konwojów, spełniających łącznie dwa następujące warunki:

a)nie mniej niż 12 konwojów wiązało się z pokonaniem jednorazowo co najmniej 250 km; i

b)nie mniej niż 12 konwojów wiązało się z konwojowaniem amunicji, materiałów wybuchowych lub innych materiałów niebezpiecznych (mogą to być te same konwoje jak w litera)”.

Zauważył, że w przypadku oferty składanej przez Konsorcjum wymóg spełnienia warunków w zakresie doświadczenia musiał spełniać samodzielnie chociaż jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

Nadto, zaznaczył, że oferent nie mógł polegać na zasobach innych podmiotów w zakresie zdolności technicznych i zawodowych w związku z zastrzeżeniem przez Zamawiającego osobistego wykonania zamówienia kluczowych części zamówienia.

Wyjaśnił, że Przystępujący przedstawił w zakresie spełnienia warunku posiadania zdolności technicznej lub zawodowej trzy usługi.

Pierwsza usługa dotyczyła całodobowej ochrony fizycznej osób i mienia w JW. 1300 Pruszcz Gdański i została wykonana przez Lidera Konsorcjum „STEKOP” S.A. Wskazana usługa była wykonywana w ramach konsorcjum „STEKOP” S.A. oraz „Stekop – Ochrona” sp. z o.o. Ponadto więcej usług referencyjnych przez „STEKOP” S.A. n wykazano.

Z tych względów – zdaniem Odwołującego - nie można uznać przedstawionej usługi za spełniającą wymóg, gdyż nie spełnia ona wymogu samodzielności oraz nie zawiera ona drugiego wymogu Zamawiającego w zakresie wykazania wykonania co najmniej 60 konwojów.

Dodatkowo, wskazał, że na skutek wezwań Zamawiającego Konsorcjum przedstawiło dwie usługi wykonane przez członka Konsorcjum Basma Security sp. z o. o., które obejmowały wykonanie co najmniej 60 konwojów na rzecz Instytutu Technicznego Wojsk Lotniczych oraz całodobowej ochrony fizycznej osób i mienia w JW. 2305 w Warszawie.

Jednakże, w ocenie Odwołującego - członek Konsorcjum Basma Security sp. z o.o. nie wykonywał wskazanych usług samodzielnie, lecz w konsorcjum, bowiem usługa wykonywana na rzecz Instytutu Technicznego Wojsk Lotniczych była wykonywana przez Konsorcjum firm: Agencja Ochrony Osób i Mienia BASMA SECURITY A. M. i M. W. sp. z o.o. oraz „STEKOP” S.A.

Tym samym powołana usługa nie spełnia wymogu samodzielności, gdyż w rzeczywistości została wykonana przez dwóch członków Konsorcjum, zaś usługa na rzecz JW. 2305 w Warszawie była wykonywana przez Konsorcjum firm: Lidera - Solid Security sp. z o.o. oraz Agencję Ochrony Osób i Mienia BASMA SECURITY A. M. i M. W. sp. z o.o. więc także nie spełnia wymogu samodzielności.

Zaznaczył, że realizacja usługi ochrony osób i mienia podlega weryfikacji poprzez spełnienie wymogu w zakresie ilości broni na jednym obiekcie, w tym wypadku 10 jednostek broni na jednej zmianie, i w ostateczności zweryfikowana jest poprzez przypisanie jednostek broni (numerów) konkretnemu przedsiębiorcy oraz przypisanie (odbioru) magazynu broni również konkretnej spółce. Weryfikacja jest możliwa także poprzez analizę zapisów w książkach wydania - przyjęcia broni i amunicji. Weryfikacja ta jest identyczna w przypadku usługi konwojowania.

Wskazał przy tym, iż zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C- 387/14 z dnia 4 maja 2017 roku oraz orzecznictwa przytoczonego w ww. Wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE, wykonawcom jest przyznane prawo do polegania na zdolnościach innych podmiotów, takich jak między innymi grupa wykonawców, której był on członkiem (konsorcjum), o ile zostanie wykazane instytucji zamawiającej, że wykonawca ten będzie w rzeczywistości dysponował zasobami takiego podmiotu, które to zasoby są niezbędne do wykonania zamówienia. Doświadczenie zdobyte przez wykonawcę stanowi szczególnie istotne kryterium kwalifikacji podmiotowej danego wykonawcy, gdyż umożliwia instytucji zamawiającej sprawdzenie zdolności oferentów do realizacji danego zamówienia. Tym samym, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy ocenić w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. Każdy przypadek i każda sprawa, w tym ocena spełniania warunków udziału przez konsorcjum, jako całość oraz jako poszczególni jego członkowie, wymagają indywidualnej analizy. Nie bez znaczenia jest także specyfikacja przedmiotu konkretnego zamówienia.

Zwrócił uwagę, że Zamawiający zastrzegł, że nie można polegać na zasobach innych podmiotów w zakresie

zdolności technicznych i zawodowych ze względu na zastrzeżenie osobistego wykonania zamówień kluczowych.

Z tych względów wymóg samodzielności spełnienia warunków w zakresie doświadczenia należy – w opinii Odwoływającego - rozumieć jako wykonanie referencyjnych usług faktycznie w całości bez żadnego udziału podmiotów trzecich, a zatem nie spełnia wymagania samodzielności usługa referencyjna, która była wykonana łącznie z innym członkiem konsorcjum.

Nadto, zarzucił, że Przystępujący nie wykazał się ani ilością wykonanych przez niego konwojów w ramach realizacji zamówienia wspólnie z „STEKOP” S.A. dla Instytutu Technicznego Wojsk Lotniczych ani wartości zamówienia w części przez niego faktycznie wykonywanej.

Wywodził, że również w stosunku do wykonywania usługi ochrony fizycznej osób i mienia w ramach zamówienia realizowanego na rzecz JW. 2305 w Warszawie wspólnie z Solid Security sp. z o.o. nie wykazano ani ilości osób biorących udział w realizacji usługi ze strony Basma Security sp. z o.o. ani wartości zamówienia części przez niego faktycznie wykonywanej.

Mając na uwadze powyższe stwierdził, że nie można uznać spełniania przez Przystępującego wymagania SIWZ w zakresie doświadczenia.

Podkreślił, że to na Wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że spełnia on w wystarczającym stopniu warunki udziału w postępowaniu i że nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia.

Ponadto, zauważył, iż Instytut Techniczny Wojsk Lotniczych, który wydał list referencyjny, jest instytutem badawczym podległym Ministrowi Obrony Narodowej, a zgodnie z zarządzeniem Nr 19/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 30 czerwca 2016 roku w sprawie organizacji archiwów wyodrębnionych podległych Ministrowi Obrony Narodowej lub przez niego nadzorowanych oraz zakresu ich działania (Dz.U. MON z 2016 r. poz. 118 ze zm.) Instytut Techniczny Wojsk Lotniczych jest objęty nadzorem archiwalnym przez Centralne Archiwum Wojskowe.

Natomiast zgodnie z ustawą z dnia 14 lipca 1983 roku o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach (t.j. Dz. 2018 r. poz. 217 ze zm.) w jednostkach organizacyjnych podległych i nadzorowanych przez Ministra Obrony Narodowej należy przygotować instrukcję kancelaryjną wraz z jednolitym rzeczowym wykazem akt, a w przypadku jednostek posiadających archiwa wyodrębnione również instrukcję w sprawie organizacji i zakresu działania archiwum. Instrukcja kancelaryjna określa szczegółowe zasady i tryb wykonywania czynności kancelaryjnych oraz reguluje postępowanie w tym zakresie z wszelką dokumentacją. Pisma wychodzące od Instytutu Technicznego Wojsk Lotniczych powinny określać datę wysyłki wraz z numerem wychodzącym i zostać wprowadzone do rejestru przesyłek wychodzących.

W związku z tym stanął na stanowisku, że przekazany przez Konsorcjum List Referencyjny Instytutu Technicznego Wojsk Lotniczych nie zawiera pieczęci wychodzącej Instytutu, numeru wychodzącego oraz został podpisany przez osoby niewskazane w KRS Instytutu Technicznego Wojsk Lotniczych do jego reprezentacji.

Zwrócił uwagę, że celem przedstawienia referencji jest wykazanie przez oferenta potwierdzenia należytego wykonania usługi, lecz nie oznacza to, że nie istnieje prawo do ich weryfikacji.

W ocenie Odwoływającego - powyższe naruszenia zasad powinny co najmniej spowodować wątpliwości po stronie Zamawiającego co do przedstawionych referencji, a w konsekwencji wezwanie przez Zamawiającego Konsorcjum do złożenia wyjaśnień bądź zwrócenie się z zapytaniem do Instytutu Technicznego Wojsk Lotniczych w przedmiocie wystawionego Listu Referencyjnego.

Odnosząc się do wskazanej przez członka Konsorcjum Basma Security sp. z o.o. usługi referencyjnej obejmującej całodobową ochronę fizyczną osób i mienia w JW. 2305 w Warszawie podniósł, iż wskazano okres usługi od 1 stycznia 2014 roku do 30 listopada 2015 r., podczas gdy zgodnie z ogłoszonym przetargiem przez JW. 2305 w Warszawie czas trwania usługi obejmował okres od 1 stycznia 2014 roku do 1 stycznia 2017 roku.

Zdaniem Odwoływającego - dla swej ważności referencje muszą obejmować cały czas trwania umowy, do której się odnoszą i nie mogą zostać zaakceptowane referencje obejmujące część umowy, bowiem tylko całość umowy stanowi podstawę do wykazania się odpowiednią wiedzą oraz doświadczeniem i zrealizowaniem wszystkich postanowień umownych może świadczyć o prawidłowym wykonaniu umowy.

Wskazał, iż Przystępujący w ofercie oraz złożonych dokumentach przedstawił dwie usługi referencyjne jako swoje i wykonywane samodzielnie i ukrył fakt, że zadania referencyjne były realizowane przez grupę wykonawców.

Ponadto, zarzucił, że Przystępujący przedstawił takie referencje, co do których istnieją wątpliwości oraz nie obejmują całego okresu realizacji zamówienia. Takie działanie stanowi o wprowadzeniu w błąd Zamawiającego.

Według Odwoływającego - przedstawione przez Odwoływającego zawiadomienia o wyborze ofert oraz ogłoszenie o

przetargu, na zadania wskazane przez Przystępującego jako referencyjne, wykazują odmienność rzeczywistego stanu rzeczy od zaprezentowanego w oświadczeniu złożonym w ofercie przez Wykonawcę.

Zarzucił, że działanie Wykonawcy jest celowe lub też wynika z niedbalstwa przy przekazaniu informacji Zamawiającemu i to niezależnie od tego czy doszło do świadomego czy też nie działania po stronie Przystępującego, to wprowadzało ono Zamawiającego w błąd.

Przedstawione przez Przystępującego informacje wprowadzają w błąd Zamawiającego w zakresie posiadanego doświadczenia i informacje te mają istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zaznaczył, że informacje te miały wykazać posiadaną przez Wykonawcę zdolność techniczną i zawodową, zatem decydowały o jego uczestnictwie w postępowaniu i możliwości uzyskania zamówienia.

Podkreślił, iż od Przystępującego, z uwagi na profesjonalny charakter jego działalności, wymaga się podwyższonej staranności, o której mowa w art. 355 § 2 k.c., która obejmuje swym zakresem także czynności przez niego podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W przekonaniu Odwołującego - działaniom tym należy przypisać co najmniej niedbalstwo, polegające na działaniu w sposób niestaranny, bez dbałości o dokładność, rzetelność czy zgodność z wymaganiami prawnymi i formalnymi.

Powyższe dowodzi – według zapatrywania Odwołującego, iż Zamawiający błędnie uznał, że oferta Przystępującego nie podlegała odrzuceniu i spełnia wymagania określone w SIWZ, a ten spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu.

W zakresie naruszenia art. 26 ust. 4 w zw. art. 26 ust 3 ustawy Pzp i naruszenia § 2 ust. 6 Rozporządzenia w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stwierdził, że określone przez Zamawiającego warunki w zakresie doświadczenia były sformułowane w sposób jednoznaczny.

Odwołujący wyjaśnił, że Konsorcjum składając ofertę przedstawiło w wykazie jedną usługę wykonaną przez Lidera Konsorcjum „STEKOP” S.A. w zakresie całodobowej ochrony fizycznej osób i mienia w JW. 1300 Pruszczy Gdański oraz jedną usługę wykonaną przez członka Konsorcjum Basma Security sp. z o.o. w zakresie wykonania co najmniej 60 konwojów.

W przypadku oferty składanej przez Konsorcjum wymóg spełnienia warunków w zakresie doświadczenia musiał spełniać samodzielnie chociaż jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

Wskazał, że Zamawiający pismem Nr 3449/F/1/18 z dnia 19 października 2018 r. wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez określenie czy wskazana usługa przez członka Konsorcjum Basma Security sp. z o.o. obejmowała także usługę, której przedmiotem było świadczenie usług ochrony osób i mienia jednostek organizacyjnych podległych Ministrowi Obrony Narodowej lub przez niego nadzorowanych i była realizowana przez co najmniej 10 uzbrojonych w broń obiektową, kwalifikowanych pracowników na jednej zmianie, w jednym obiekcie, dla jednego Zamawiającego lub była realizowana na co najmniej dwóch obiektach, przez co najmniej 5 uzbrojonych w broń obiektową, kwalifikowanych pracowników, na jednej zmianie na każdym z dwóch obiektów dla jednego lub kilku zamawiających.

Odwołujący podniósł, iż art. 26 ust. 4 ustawy Pzp ma zastosowanie w przypadku niejasności albo wewnętrznej sprzeczności w przedłożonych przez wykonawcę dokumentach potwierdzających spełnianie warunków o charakterze podmiotowym czy też przedmiotowym.

Zdaniem Odwołującego - brak było podstaw do powzięcia wątpliwości co do treści złożonego przez Konsorcjum wykazu, a tym samym, nie zachodziły podstawy do zastosowania art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Argumentował, że to Konsorcjum było zobowiązane do wykazania, że oferowane usługi spełniają wymagania Zamawiającego przy pomocy żądanych przez Zamawiającego dokumentów oraz miało wykazać się należyłą starannością przy wykazaniu Zamawiającemu spełniania wymagania doświadczenia.

Przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie może być stosowany w celu uzupełnienia brakujących informacji, których udzielenie jest obowiązkiem wykonawcy, a w takim celu Zamawiający wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień. W celu uzupełnienia brakujących informacji ma zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Wyjaśnił, że Zamawiający pismem Nr 3465/F/1/18 z dnia 22 października 2018 roku wezwał Konsorcjum w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu usług wykonywanych wraz z załączeniem dowodów określających ich należyte wykonanie, gdzie na skutek wezwania Konsorcjum uzupełniło wykaz o usługę całodobowej ochrony fizycznej osób i mienia w JW. 2305 w Warszawie wykonywaną przez członka Konsorcjum Basma Security sp. z o.o. oraz

dołączono zaświadczenie.

Według Zamawiającego złożone przez Konsorcjum dokumenty były niewystarczające.

Zdaniem Odwołującego - istnieje możliwość wyłącznie jednokrotnego wzywania wykonawców do uzupełnienia danego dokumentu.

Przystępujący miał możliwość tylko jednokrotnego skorygowania swojego błędu.

W sytuacji, gdy tryb uzupełnienia dokumentów został już wyczerpany, a złożone dodatkowo informacje okazały się niewystarczające dla spełnienia warunku to taki wykonawca – w opinii Odwołującego - powinien zostać wykluczony z postępowania, a zamiast tego Zamawiający zwrócił się bezpośrednio do JW. 2305 w Warszawie o dodatkowe informacje w tym zakresie.

W związku z tym zarzucił, że kierowanie do JW. 2305 w Warszawie zapytania o należyte wykonanie usługi przez członka Konsorcjum stanowi rażące naruszenie § 2 ust. 6 Rozporządzenia, a także narusza fundamentalne zasady przejrzystości, równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji wyrażone w art. 7 ustawy Pzp, bowiem Zamawiający nie przeprowadził postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowania uczestników postępowania.

Odnosnie naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp zwrócił uwagę, że zgodnie z pkt 2.1.1. SIWZ Zamawiający wymagał od oferentów wykazania, „że posiada aktualną koncesję na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie wykonywania usług ochrony osób i mienia realizowanych w formie bezpośredniej ochrony fizycznej, wydaną przez ministra właściwego ds. wewnętrznych zgodnie, z ustawą z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (Dz. U. z 2017 r. poz. 2213 z późn. zm.)”.

Zauważył, że warunek ten miał być spełniony przez każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, bowiem zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 roku o ochronie osób i mienia (t.j.: Dz. U. 2018 poz. 2142 ze zm., dalej: „Ustawa”) przedsiębiorca jest zobowiązany do zgłaszania w terminie 14 dni zmian danych w postaci imion i nazwisk współników lub członków zarządu, prokurentów oraz pełnomocników w razie ich ustanowienia, ze wskazaniem osób wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej lub kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego.

Wyjaśnił, że w przedstawionej koncesji przez członka Konsorcjum Basma Security sp. z o.o. figurują osoby w zarządzie, których obecnie, zgodnie z wypisem KRS, nie ma w zarządzie.

W takiej sytuacji, Zamawiający powinien wezwać Przystępującego do przedstawienia decyzji uwzględniającej zmianę stanu faktycznego, a brak takiego dokumentu powoduje, iż nie można uznać, że przedstawił on aktualną koncesję na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie wykonywania usług ochrony osób i mienia.

Zamawiający winien weryfikować skład organów zarządzających przedsiębiorców koncesjonowanych oraz prokurentów ujawnionych w KRS i konfrontować go ze składem wskazanym w treści koncesji, a w przypadku ujawnienia różnic wzywać takiego przedsiębiorcę do wyjaśnień i ewentualnie uzupełnienia koncesji o dowody na to, że w wyznaczonym terminie powiadomił organ koncesyjny o zmianie stanu faktycznego lub prawnego.

Stwierdził, że bezsporne w sprawie jest, że skład ujawniony w koncesji różni się od składu ujawnionego w KRS Basma Security sp. z o.o.

Z tych względów nie można uznać – w ocenie Odwołującego, iż Przystępujący spełnił wymóg Zamawiającego w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, gdyż nie można uznać przedstawionej przez członka Konsorcjum Basma Security sp. z o.o. koncesji za aktualną.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający błędnie uznał, że oferta Przystępującego nie podlegała odrzuceniu i spełnia wymagania określone w SIWZ, a Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu.

Wskazał, że zgodnie z przepisami ustawy Pzp o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu określone w SIWZ. Niespełnienie tych wymogów stanowi podstawę wykluczenia. Konsorcjum musiało wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz że nie podlega wykluczeniu. Warunki udziału w postępowaniu zostały przez Zamawiającego skonkretyzowane i wyartykułowane w dokumentacji postępowania. Niespełnienie stawianych przez Zamawiającego warunków, określonych w sposób jednoznaczny w SIWZ powoduje konieczność wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Konieczność wykluczenia Przystępującego uzależniona – według Odwołującego - jest od tego, czy wykazał on spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub brak podstaw do wykluczenia.

Zaznaczył, że konstrukcja omawianego przepisu wskazuje, że to na wykonawców nałożony został ciężar udowodnienia istnienia omawianych okoliczności, tj. wykonawca musi wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz że nie podlega wykluczeniu.

Ponadto, wskazał, że ustawodawca nie przewidział, w odniesieniu do przesłanki wykluczenia wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, możliwości skorzystania przez wykonawcę z instytucji self-cleaning. Wystąpienie okoliczności niespełnienia przez Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu prowadzi automatycznie do konieczności wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W części dotyczącej naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Odwołujący podniósł go z ostrożności.

Wyjaśnił, że w przypadku nakazania odtajnienia wyjaśnień, Odwołujący po zapoznaniu się z nimi będzie w stanie samodzielnie ocenić, czy wyjaśnienia te można uznać za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, względnie dokonana ocena wyjaśnień potwierdzi, że oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zwrócił uwagę, że przedstawiona przez Wykonawcę oferta jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonego o należny podatek od towarów i usług, a zatem Zamawiający wezwał Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Przyznał, że Przystępujący przedstawił wyjaśnienia i zastrzegł je w całości jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Argumentował, że wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ustanawia domniemanie prawne, że zaproponowana w ofercie cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wyjaśnienia Przystępującego mają doprowadzić do obalenia tego domniemania, przy czym ciężar wykazania, że oferowana cena nie stanowi rażąco niskiej ceny spoczywa na nim, co wynika wprost z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp.

Wyjaśnienia nie mogą być jakiegokolwiek, lecz mają być odpowiednio umotywowane oraz przekonujące, że zaproponowana cena nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Nie mogą zostać zaakceptowane i uznane za wystarczające takie wyjaśnienia, w których wykonawca ograniczył się do ogólnikowego powołania się na różne okoliczności, jednak bez jakiegokolwiek wyjaśnienia, w jaki konkretnie sposób i w jakiej konkretnej wysokości czynniki te przekładają się na obniżenie kosztów realizacji zamówienia.

Dalej, wywodził, że niewystarczające będą wyjaśnienia, w których czynniki wskazane przez wykonawcę opisane zostały zdawkowo bądź hasłowo, bez podania żadnych szczegółów.

Niewystarczające jest ograniczenie się przez wykonawcę do wyliczenia w składanych wyjaśnieniach przykładowych czynników mających wpływ na zaoferowaną cenę, bez wskazania, w jaki konkretnie sposób czynniki te wpłynęły na wysokość zaoferowanej przez niego ceny.

Ponadto, przedstawił stanowisko, że obalenie przez wykonawcę domniemania rażąco niskiej ceny, powstałego wskutek wezwania przez zamawiającego, musi nastąpić przez złożenie wyjaśnień wraz z poparciem ich dowodami.

Mając na uwadze powyższe, jeżeli okazałoby się, iż Konsorcjum przedłożyło ogólnikowe wyjaśnienia nie poparte żadnymi dowodami, to należałoby uznać, że Konsorcjum żądanych wyjaśnień nie złożyło i tym samym nie obaliło domniemania rażąco niskiej ceny, a zatem oferta Konsorcjum podlega odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Powołał się również na okoliczność, że Odwołujący już w piśmie L.dz./Z/474/2018 z dnia 19 października 2018 roku wyrażał wątpliwość w zakresie zaoferowanej przez Przystępującego ceny.

Wskazał przy tym, iż w zakresie usług ochrony kalkulacja ceny opiera się na sumie wynagrodzenia dla pracowników, dodatków dla dowódców zmian, wynagrodzenia dla osoby nadzorującej, kosztów nabycia sprzętu do realizacji danego zamówienia, kosztów badań lekarskich, szkoleń BHP, kosztów związanych z obsługą kadrowo-płacowa i administracyjną oraz zysku.

Zdaniem Odwołującego - suma powyższych kosztów w niniejszym zamówieniu publicznym w odniesieniu do wysokości ceny zaoferowanej przez Przystępującego nie daje pewności, że zamówienie zostanie wykonane i to bez uszczerbku dla jego jakości, a zaoferowana cena jest niewiarygodna oraz oderwana od realiów rynkowych.

Ostatecznie zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp – zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Pismem z dnia 23 listopada 2018r. Przystępujący zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Przystępującego, wezwania Zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 16 października 2018r., odpowiedzi Przystępującego na powyższe wezwanie z dnia 17 października 2018r., wezwania Zamawiającego do wyjaśnienia wykazu z dnia 19 października 2018r., wyjaśnienia Przystępującego z dnia 19 października 2018r., wezwania Zamawiającego do uzupełnienia/złożenia dokumentów z dnia 22 października 2018r., pisma Przystępującego z dnia 26 października 2018r. wraz z załączonym wykazem i referencjami, pisma Jednostki Wojskowej nr 2305 z dnia 6 listopada 2018r., informacji Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 13 listopada 2018r., pisma procesowego Przystępującego z dnia 28 października i 3 listopada 2018r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień i pism Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1 i 3, art. 24 ust.1 pkt 12, pkt 16 i pkt 17, art.26 ust.3 i 4, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 3, art.91 ust.1 ustawy Pzp oraz przepisów § 2 ust. 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odnosząc się do meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wykluczenia Przystępującego z przedmiotowego przetargu ze skutkiem odrzucenia jego oferty z powodu niespełniania warunków udziału w tym postępowaniu, a także czy mógł Zamawiający odrzucić ofertę Przystępującego z przedmiotowego przetargu z powodu rażąco niskiej ceny.

W pierwszej kolejności, w zakresie niezbędnym do rozpoznania sprawy, Izba ustaliła, że Zamawiający w rozdziale VI pkt 2.1.3. SIWZ ustanowił w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej następujące wymagania w zakresie doświadczenia zawodowego :

Warunek Zamawiający uzna za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, iż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał: co najmniej jedną usługę (minimum jedno zamówienie, rozumiane jako jedno zobowiązanie - jako jedna umowa), której przedmiotem było świadczenie usług ochrony osób i mienia jednostek organizacyjnych podporządkowanych lub nadzorowanych przez Ministra Obrony Narodowej o wartości nie mniejszej niż 1 500 000 PLN brutto i trwającej przez okres minimum 12 kolejnych miesięcy wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie.

Zakres tych usług musi spełniać łącznie następujące warunki:

-były wykonywane lub są wykonywane przez cały okres realizacji przez co najmniej 10 kwalifikowanych pracowników na jednej zmianie dla jednego Zamawiającego, uzbrojonych w broń obrotową;

-były wykonywane lub są wykonywane przez cały okres realizacji, na co najmniej dwóch obiektach, przez co najmniej 5 kwalifikowanych pracowników na jednej zmianie na każdym z dwóch obiektów, uzbrojonych w broń obrotową (nie mogą być to te same obiekty jak w pierwszym tiret);

-wykonanych co najmniej 60 konwojów, spełniających łącznie kryteria:

✓ wykonanie nie mniej niż 12 konwojów wiązało się z pokonaniem jednorazowo co najmniej 250 km;

✓ wykonanie nie mniej niż 12 konwojów wiązało się z konwojowaniem amunicji, materiałów wybuchowych lub innych materiałów niebezpiecznych.

W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający uzna usługę wykonywaną, jeżeli była wykonywana przez okres minimum kolejnych 12 miesięcy przed upływem terminu składania ofert na warunkach określonych powyżej.

- z wykorzystaniem wzoru - Załącznik Nr 5 do SIWZ.

Jednocześnie, zgodnie z postanowieniami rozdziału VI pkt 3 SIWZ Zamawiający postanowił, że Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia w oparciu o treść art. 23 ustawy Pzp. W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego:

3.1.warunek określony w pkt. 2.1.1, winien spełniać każdy z Wykonawców

samodzielnie,

3.2. warunki określone w punktach 2.1.2. i 2.1.3 – zostaną spełnione, jeżeli spełnia je samodzielnie, chociaż jeden z Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (art. 23).

Izba stwierdziła również, że Zamawiający w rozdziale VII dokonał opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w następujący sposób:

#### 1. Etap I

Ocena wstępna, której poddawani są wszyscy Wykonawcy odbędzie się na podstawie informacji zawartych w „Oświadczeniu o spełnieniu warunków udziału i nie podleganiu wykluczeniu z postępowania” zwanego dalej Oświadczeniem Załącznik nr 3 do SIWZ.

#### 2. Etap II

Ostateczne potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu zostanie dokonane na podstawie dokumentów to potwierdzających. Ocenie na tym etapie podlegać będzie wyłącznie Wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najwyższą ocenioną spośród tych, które nie zostaną odrzucone po analizie Oświadczeń.

Jeżeli Wykonawca nie złożył Oświadczeń, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania lub złożone Oświadczenie lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez Zamawiającego wątpliwości, Zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia, poprawienia w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Izba ustaliła również, że Zamawiający w rozdziale IX pkt 9.1.1. określił wymagania dotyczące wykazu oświadczeń i dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz nie podleganiu wykluczeniu z postępowania w ten sposób, że odnośnie dokumentów składanych wraz z ofertą Zamawiający wymaga załączenia do oferty na potwierdzenie spełniania warunku zdolności technicznej lub zawodowej oraz w celu wykazania dodatkowego doświadczenia na potrzeby przyznania punktów w ramach stosowanego kryterium oceny ofert:

- wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należyście lub są wykonywane należyście, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy.

W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert – na potwierdzenie warunku określonego w Rozdziale VI pkt 2.1.3. – Załącznik Nr 5 do SIWZ oraz w celu wykazania dodatkowego doświadczenia na potrzeby przyznania punktów w ramach stosowanego kryterium oceny ofert - wzór Załącznik nr 5A do SIWZ.

W oparciu o ustalony, w oparciu o powyższe postanowienia SIWZ, a także o korespondencję pomiędzy Zamawiającym i Przystępującym (wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 16 października 2018r., odpowiedzi Przystępującego na powyższe wezwanie z dnia 17 października 2018r., wezwania Zamawiającego do wyjaśnienia wykazu z dnia 19 października 2018r., wyjaśnienia Przystępującego z dnia 19 października 2018r., wezwania Zamawiającego do uzupełnienia/złożenia dokumentów z dnia 22 października 2018r., pisma Przystępującego z dnia 26 października 2018r. wraz z załączonym wykazem i referencjami) stan faktyczny, Izba uznała zarzuty odwołania za bezzasadne.

W ocenie Izby – przedstawione w załączonym przez Przystępującego wykazie wykonanych usług informacje mają charakter prawdziwy i nie zawierają treści wprowadzających Zamawiającego w błąd.

Stosownie do przepisu art.24 ust.1 pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza

się:

16. wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;

17. wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zdaniem Izby – Odwołujący nie udowodnił wystąpienia którejkolwiek z powyższych przesłanek ustawowych.

Jeżeli chodzi o wykazywane przez Przystępującego w załączonym wykazie dwie sporne usługi z załączonego wykazu – usługi konwojowania na rzecz Instytutu Technicznego Wojsk Lotniczych oraz całodobowej ochrony fizycznej osób i mienia na rzecz JW.2305 w Warszawie, to należało przyjąć, że obydwie były wykonywane przez jednego z konsorcjantów Przystępującego.

W przekonaniu Izby - Odwołujący nie przedstawił dowodów na okoliczność, że usługi te były wykonywane, w zakresie wymaganym przez Zamawiającego, w sposób niesamodzielny pod kierunkiem drugiego z konsorcjantów, a zatem trudno jest uznać, że nie został spełniony określony w rozdziale VI pkt 3.2 SIWZ wymóg samodzielności.

Wymaga również podkreślenia, że Zamawiający w SIWZ formularzu nr 5 – wykaz wykonanych usług określił rubrykę pod nazwą przedmiot zamówienia, nie ustalając w tej mierze żądanej treści ani minimalnej, ani maksymalnej.

W związku z tym oczekiwanie przez Odwołującego obowiązku podania przez Przystępującego w tym formularzu składu osobowego wykonawcy i zakresu poszczególnych prac nie znajduje uzasadnienia, szczególnie biorąc pod uwagę, że zamówienie jest realizowane w uproszczonym trybie, o którym mowa w art.138g ustawy Pzp (usługa społeczna).

Poza tym, zdaniem Izby – wewnętrzne uregulowania korespondencji Zamawiających wystawiających referencje dla Przystępującego nie mają wpływu na ich ocenę w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Podobnie – według Izby – nie ma znaczenia prawnego dla ustalenia okoliczności faktycznych dotyczących wykazania doświadczenia w realizacji usług ochrony osób i mienia, wystawienie referencji przez osobę, która nie ma prawa do reprezentacji wystawcy referencji.

Należy zauważyć, że oświadczenie składane przez taki podmiot jest jedynie oświadczeniem wiedzy, a nie woli.

Co terminu realizacji umowy usługi na rzecz JW. 2305 w Warszawie w dniach od 1 stycznia 2014r. do 30 listopada 2015r., Izba nie przyjęła argumentacji Odwołującego o nieprawdziwym podaniu tego terminu przyjmując za wiarygodne oświadczenie wiedzy tej jednostki zawarte w zaświadczeniu z dnia 8 grudnia 2018r.

Natomiast oświadczenie o wypowiedzeniu z dnia 29 września 2015r., na które powołuje się Odwołujący, może świadczyć jedynie o tym, że zostało złożone, lecz nie przesądza o faktycznym terminie realizacji umowy o świadczenie usług.

Gdyby Przystępujący wskazał termin zakończenia umowy na dzień 31 grudnia 2018r. mógłby się narazić na zarzut podania nieprawdziwych informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd.

W tym stanie rzeczy - Izba nie stwierdziła, że Zamawiający mógł skorzystać z przepisu art.24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

W odniesieniu do zarzutu Odwołującego bezpodstawnego wzywania wykonawcy do wyjaśnienia złożonych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i żądania uzupełnienia wykazu, Izba uznała, że Zamawiający, zastrzegając sobie powyższe prawo w SIWZ, mógł je w pełni realizować.

Jeżeli Odwołujący podważa obecnie to uprawnienie, to musi być świadomy tego, że upłynął już termin na zaskarżenie treści SIWZ.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający nie był związany treścią przepisu art.26 ust.3 i 4 ustawy Pzp, co wynika z art.138m ustawy Pzp, który nie przewiduje odpowiedniego zastosowania tych przepisów, a zatem Przystępujący nie mógł ich naruszyć. Tym bardziej nie mógł on naruszyć postanowień § 2 ust. 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju, zgodnie z którym, jeżeli wykaz, oświadczenia lub inne złożone przez wykonawcę dokumenty budzą wątpliwości

zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie.

Odnośnie zarzutu skierowanego przeciwko załączonej koncesji, to – według zapatrywania Izby – zmiana składu osobowego nie powoduje nieważności decyzji administracyjnej, lecz oznacza jedynie jej zmianę. Powyższe nie jest równoznaczne z utratą aktualności tej koncesji.

Należy wskazać, że stosownie do postanowienia rozdziału VI pkt 2.1. SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów.

Zamawiający uzna spełnienie tego warunku, jeżeli wykonawca wykaże, że posiada aktualną koncesję na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie wykonywania usług ochrony osób i mienia realizowanych w formie bezpośredniej ochrony fizycznej, wydaną przez ministra właściwego ds. wewnętrznych zgodnie z ustawą z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (Dz. U. z 2017 r. poz. 2213 z późn. zm.).

Z zebranego przez Izbę materiału dokumentacyjnego wynika, że wniosek o zmianę decyzji wpłynął w dniu 30 października 2018r., a w dniu 8 listopada 2018r. została wydana decyzja zmieniająca, z wpisem nowego członka zarządu spółki Basma Security sp. z o.o.

Przechodząc do rozpoznania zarzutu złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę Izba stanęła na stanowisku, że powołane na wstępie wyjaśnienia Przystępującego odnoszące się do rażąco niskiej ceny nie dawały Zamawiającemu podstawy do potwierdzenia jej istnienia.

Izba uznała działanie Zamawiającego odnoszące się do badania rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty Przystępującego za mieszczące się w dyspozycji przepisu art.90 ustawy Pzp.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 90 ust.1 cyt. wyżej ustawy Pzp, jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r. );

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

1a.W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

W związku z tym, że zaofferowana przez Przystępującego cena wzbudziła wątpliwości Zamawiającego, a także wystąpiły powyższe przesłanki ustawowe Zamawiający miał podstawę prawną do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę.

Jednocześnie, należy zaznaczyć, że w takim przypadku stosownie do przepisu art.90 ust.2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Wymaga również wskazania, że w myśl przepisu art.90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W rozpoznawanej sprawie sytuacja braku udzielenia wyjaśnień w ogóle nie zaistniała.

Natomiast, według uznania Izby dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień wraz ze złożonym przez Przystępującego dowodem w postaci szczegółowej kalkulacji cenowej potwierdziła, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Powyższa kalkulacja, obok kosztów osobowych zawierała również takie elementy, które zakwestionował Odwołujący, to jest między innymi koszty wyposażenia pracowników, broni, szkoleń, pojazdów, badań lekarskich, nadzoru, monitoringu, grup interwencyjnych, noclegów, wyżywienia zgodnie z treścią SIWZ.

Izba uznała kalkulację Polskiej Izby Ochrony jedynie za materiał rekomendacyjny, pogładowy, nie mający związku z realnie zaoferowaną ceną z rynku.

Z powyższych względów należało przyjąć, że Zamawiający nie miał podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy na zasadzie art. 89 ust.1 pkt. 4 ustawy Pzp, w warunkach, gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami nie potwierdziła, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:.....**