Sygn. akt: KIO 3186/20

.....

WYROK
z dnia 18 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodniczący:Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 grudnia 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2020 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „KARABELA" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Sokola 14, 39-400 Tarnobrzeg, **Karabela-Serwis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Mrozowa 1, 31-752 Kraków

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Muzeum Historyczne Tarnobrzega**, ul. Sandomierska 27, 39-400 Tarnobrzeg

orzeka:

1Oddala odwołanie.

2Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „KARABELA" Sp. z o.o., Karabela-Serwis Sp. z o.o. i:

2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Tarnobrzegu.**

Przewodniczący:……

Sygn. akt:KIO 3186/20

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

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Muzeum Historyczne Miasta Tarnobrzega na świadczenie *usługi ochrony fizycznej stałej i doraźnej, monitorowania systemu sygnalizacji włamania i napadu, obsługa centrali systemu sygnalizacji pożarowej, systemu monitorowania kamer CCTV i systemu oddymiania klatek schodowych oraz konwoje w Muzeum Historycznym Miasta Tarnobrzega w okresie 24 miesięcy* ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 06.11.2020r., nr 607566-N-2020, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (Detektywistyczna Agencja Ochrony ARGUS T. P.), wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „KARABELA" Sp. z o.o., Karabela-Serwis Sp. z o.o. (dalej jako Konsorcjum), wnieśli w dniu 2 grudnia 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 3186/20).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu przedwczesne dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej i nie dokonanie prawidłowej oceny złożonych przez wykonawcę Detektywistyczna Agencja Ochrony ARGUS T. P. dokumentów mających potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej - potencjału zawodowego (dział V pkt 3.2. b siwz). Prawidłowa ocena powinna prowadzić do uznania, iż wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp, a jego oferta uznania powinna być za odrzuconą na podstawi art. 24 ust. 4 pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie powtórzenia wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający zamieści informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 27.11.2020r. na stronie internetowej.

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

Odwołujący odniósł się do warunku udziału w postępowaniu, który dotyczy zdolności technicznej lub zawodowej – doświadczenia w wykonaniu w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (…) co najmniej 1 usługi polegającej na fizycznej ochronie instytucji publicznych przez minimum 12 godzin w ciągu doby, wykonywanie konwojów oraz stałym dozorze sygnałów przesyłanych, gromadzonych, przetwarzanych w elektronicznych urządzeniach i systemach alarmowych – realizowane przez ciągły okres minimum 12 miesięcy (dział V pkt 3.2b siwz).

Wybrany wykonawca wykazał się dwoma usługami realizowanymi dla: Sądu Rejonowego w Sandomierzu w okresie od 28.12.2106r. do 31.12.2017 r. (ochrona budynku sądu) oraz Komfopol Meble w okresie od 29.05.1999r. do nadal (ochrona sklepu meblowego).

Z opisu warunku wynika, że przedmiotem oceny spełniania warunku nie jest sam fakt trwania nieprzerwanie umowy przez okres 12 miesięcy, ale zdolności nabyte przez wykonywanie usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert w ramach jednej umowy trwającej nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy.

Termin składania ofert ustalony został na dzień 16.11.2020r. co oznacza, że 12-miesieczny okres nabytych zdolności powinien mieścić się w okresie pomiędzy 16.11.2017r., a 16.11.2020 r.

Warunku nie spełnia usługa wykonywana na rzecz sądu, której termin realizacji ukończył się 31.12.2020r., tylko 1,5 miesiące tej usługi mieści się w przedziale czasu mieszczącym się w wymaganym przedziale czasowym.

Druga z usług świadczona na rzecz sklepu meblowego nie spełnia cech realizacji na rzecz instytucji publicznych. Nie wykazano, aby w jej zakresie realizowano wykonywanie konwojów oraz usługi ochrony fizycznej przez minimum 12 godzin w ciągu doby. Ostatnim pełnym rokiem kalendarzowym był rok 2017, co nie dokumentuje okresu ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert. Badana usługa nie była realizowana na rzecz instytucji publicznych. Z przedstawionych w wykazie usług informacji oraz poświadczenia wystawionego przez Komfopol wynika, że usługa realizowana była jedynie w zakresie „bezpośredniej ochrony fizycznej stałej, monitorowania systemów sygnalizacji włamania i napadu, telewizji przemysłowej i sygnalizacji ppoż wraz z reakcją grupy interwencyjnej".

Zamawiający w dniu 17.12.2020r. (mailem) oraz w oryginale na piśmie w dniu 18.12.2020r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości. Zamawiający odniósł się do pierwszej pozycji z wykazu, tj. usługi świadczonej na rzecz sądu rejonowego w Sandomierzu, która potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu (dział V pkt 3.2b siwz). Zamawiający odniósł się do zapisów siwz, które w jego ocenie należy rozumieć w ten sposób, iż warunek nabycia odpowiedniego doświadczenia w 3 letnim okresie zostaje spełniony również jeżeli termin zakończenia wykonania usługi jedynie mieści się w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Tym samym, jako błędne uznał twierdzenie Odwołującego, jakoby 12 miesięczny okres nabytych umiejętności musiał w całości mieścić się w okresie pomiędzy 16.11.2017 r., a 16.11.2020r. Swoje stanowisko poparł orzecznictwem KIO.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U poz. 1020), zwanej dalej „Ustawą".

Izba uznała, iż Odwołujący jako wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu ma interes w złożeniu odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Sytuacja Odwołującego wymaga podjęcia kroków prawnych w celu uchylenia skutków niekorzystnych dla tego wykonawcy decyzji uniemożliwiającej udzielenie mu zamówienia. Tym samym spełnione zostały przesłanki z art. 179 ust. 1 Ustawy do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

W oparciu o przedłożoną dokumentację postępowania, w zakresie związanym z podstawą faktyczną zarzutów, tj. oceną ofert Detektywistyczna Agencja Ochrony ARGUS T. P., Izba ustaliła stan faktyczny sprawy w zakresie objętym zarzutami.

Zamawiający w siwz, w dziale V pkt 3.2 b wymagał od wykonawców potencjału zawodowego opisanego jako: *wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu –* ***co najmniej 1 usługę polegającą na fizycznej ochronie instytucji publicznych przez minimum 12 godzin w ciągu doby, wykonywanie konwojów oraz stałym dozorze sygnałów przesyłanych, gromadzonych przetwarzanych w elektronicznych urządzeniach i systemach alarmowych – realizowane przez ciągły okres minimum 12 miesięcy.***

Na potwierdzenie spełnienia warunku należało złożyć *wykaz dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub 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 wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu.*

Pismem z dnia 19.11.2020r. Zamawiający wezwał wykonawcę – Detektywistyczna Agencja Ochrony ARGUS T. P. na podstawie art. 26 ust. 2 Ustawy do złożenia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 23.11.2010r. wykonawca przedłożył komplet dokumentów, w tym wykaz usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należytą realizację prac świadczonych na rzecz: Sądu Rejonowego w Sandomierzu (termin realizacji: 28.11.2016r. do 31.12.2017r.) oraz KOMFOPOL MEBLE (termin realizacji: 29.05.1999r. do dnia dzisiejszego). Do wykazu załączone zostały referencje z Sądu Rejonowego z dnia 8.10.2020r., w których potwierdzono należytą realizację usługi, jak również referencję od KOMFOPOL MEBLE z dnia 15.10.2020r. potwierdzającą należyte wykonywanie usługi.

Termin składania ofert upłynął w dniu 16.11.2020 godzina 13:00.

W dniu 26 listopada 2020r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez Detektywistyczną Agencję Ochrony ARGUS T. P. .

Mając na uwadze powyższe ustalenia Izba uwzględniła odwołanie w całości.

Na wstępie należy podkreślić, iż zarzuty w odwołaniu zasadniczo skupiały się wokół oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, tj. potencjału zawodowego wykonawcy, który odnoszony był do doświadczenia w wykonaniu co najmniej 1 usługi polegającej na fizycznej ochronie instytucji publicznych przez minimum 12 godzin w ciągu doby, wykonywanie konwojów oraz stałym dozorze sygnałów przesyłanych, gromadzonych, przetwarzanych w elektronicznych urządzeniach i systemach alarmowych – realizowane przez ciągły okres minimum 12 miesięcy.

Przedmiotem sporu stało się stwierdzenie, czy wykazane usługi spełniały tak postawiony warunek udziału, przy czym dla pierwszej z usług zasadniczym stało się rozstrzygnięcie, jakie dla jej oceny znaczenie ma okoliczność, iż wymagany ciągły okres świadczenia 12 miesięcy wykraczał poza okres ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert.

Odnosząc się do pierwszej usługi z wykazu – świadczonej na rzecz Sądu Rejonowego w Sandomierzu, Odwołujący nie kwestionował zarówno zgodności co do podmiotu, na rzecz którego Zamawiający wymagał realizacji świadczenia (instytucja publiczna), jak również jej rzeczowego zakresu. Spornym pozostawało natomiast to, że usługa ta realizowana była w okresie 12 miesięcy, które rozpoczęły się poza przedziałem 3 lat od dnia składania ofert.

Izba uznała, iż zapisy siwz w opisie warunku nie wymagały, aby okres świadczenia usługi nie wykraczał poza przedział czasowy wyznaczony 3 letnim okresem liczonym od dnia składania ofert. Należy zauważyć, iż opis warunku we wstępnej części, stanowił przeniesienie zapisów Ustawy i odnosił się wyłącznie do wskazania okresu w jakim należało usługę wykonać, tj. zakończyć. Termin wykonania usługi należy identyfikować z jej zakończeniem, niezależnie od tego czy dotyczy to usługi jednorazowej, czy też o charakterze ciągłym lub okresowym. Ujęte w dalszym opisie wymagania wskazanie na świadczenia okresowe lub ciągłe użyte jest w przepisie w kontekście usług nadal wykonywanych, które się nie zakończyły, co ma na celu możliwość wykazania doświadczenia nabywanego w trakcie składania oferty. Doprecyzowanie warunku przez Zamawiającego w ostatnim fragmencie punktu 3.2 b siwz odnosi się wyłącznie do wskazania na rodzaj usługi jak również jej wymiar czasowy (12 miesięczny okres realizacji) i nie odnosi się do okresu zakończenia usługi. Skoro Zamawiający nie doprecyzował w siwz, iż okres świadczenia usługi powinien w całości mieścić się w przedziale 3 lat liczonych od dnia składania ofert, nadanie takiego rozumienia postanowieniom siwz, prowadziłoby do zaostrzenia warunku udziału w postępowaniu. Taki zabieg nie jest dopuszczalny na etapie oceny ofert i nie może uzasadniać negatywnej oceny doświadczenia zdobytego w związku z zakończeniem świadczenia usługi o charakterze ciągłym, co nastąpiło w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert.

Tym samym Izba uznała, iż usługa z pozycji pierwszej wykazu spełnia warunek udziału w postępowania i pozwala pozytywnie ocenić potencjał zawodowy wykonawcy.

W tej sytuacji, dodatkowa usługa nie mogła mieć wpływu na wynik oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zarzuty dotyczące tej usługi nie mogły zmieniać wyniku postępowania odwoławczego. Izba uznała za zbędne odnoszenie się do kwestii związanych z odbiorcą świadczenia, jak i jej rzeczowego zakresu, jako irrelewantnych dla oceny doświadczenia zawodowego wykonawcy, w świetle zapisów siwz.

W świetle powyższego Izba na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy oddaliła odwołanie.
O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 w . ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz koszty Zamawiającego poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika ustalone na podstawie rachunku złożonego przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący: ……