

WYROK
z dnia 27 listopada 2020r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek
Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 listopada 2020 r., w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 2 listopada 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **DGP Security Partner Spółka z o.o. z siedzibą w Katowicach, DGP PRCMDER sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy oraz „DERSLAW” sp. z o.o. z siedzibą w Polańcu**, (KIO 2844/20),

B. w dniu 2 listopada 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **Silezjan System Security Biuro Ochrony Mienia Sp. z o.o., Era Sp. z o.o., Novia Sp. z o.o., Fosa Ochrona Sp. z o.o., Firma Ochrony Szkolenia Asekuracji FOSA Sp. z o.o., Ekspert Security AT Sp. z o.o., Ekspert Security Duo Sp. z o.o., ul. Centralna 24, 52-114 Wrocław** (KIO 2846/20),

w postępowaniu prowadzonym przez 43 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Świętoszowie

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum:

Silezjan System Security Biuro Ochrony Mienia Sp. z o.o. z siedzibą we

Wrocławiu, Era Sp. z o.o., Novia Sp. z o.o., Fosa Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2844/20 po stronie Zamawiającego;

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum:

Silezjan System Security Biuro Ochrony Mienia Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Fosa Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, Era Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, Novia Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, Firma Ochrony Szkolenia Asekuracji FOSA Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, Ekspert Security DUO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Ekspert Security AT Sp. z o.o. z siedzibą w Jabłonce, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2844/20 po stronie Zamawiającego;

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: DGP Security Partner Spółka z o.o. z siedzibą w Katowicach, DGP PRCMDER sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy oraz „DERSLAW” sp. z o.o. z siedzibą w Polańcu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2846/20 po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie o sygn. akt KIO 2844/20 i nakazać Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności polegającej na zakwalifikowaniu do złożenia ofert oraz zaproszeniu do składania ofert w części 2 zamówienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Silezjan System Security Biuro Ochrony Mienia Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Era Sp. z o.o., Novia Sp. z o.o., Fosa Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, oraz w części 3 Konsorcjum: Silezjan System Security Biuro Ochrony Mienia Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Fosa Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, Era Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, Novia Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, Firma Ochrony Szkolenia Asekuracji FOSA Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, Ekspert Security DUO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Ekspert Security AT Sp. z o.o. z siedzibą w Jabłonce;

- wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych Konsorcjum: Silezjan System Security Biuro Ochrony Mienia Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Fosa Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, Era Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, Novia Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, Firma Ochrony Szkolenia Asekuracji FOSA Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, Ekspert Security DUO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Ekspert Security AT Sp. z o.o. z siedzibą w Jabłonce w części 3 zamówienia.

- wezwanie Konsorcjum: Silezjan System Security Biuro Ochrony Mienia Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Era Sp. z o.o., Novia Sp. z o.o., Fosa Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie w części 2 zamówienia do złożenia wyjaśnień w zakresie zdolności technicznej i zawodowej tj. wyjaśnień dotyczących rzeczywistej wartości robót zrealizowanych przez wykonawcę w zakresie usługi realizowanej na rzecz 31 BLT w Poznaniu oraz MPWiK S.A.

- ponowną ocenę wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w części 2 oraz części 3 zamówienia.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 19 320 zł 46 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy trzysta dwadzieścia złotych czterdzieści sześć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

3. Uwzględnić odwołanie o sygn. akt KIO 2846/20 i nakazać Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,

- unieważnienia czynności zaproszenia pozostałych wykonawców do składania ofert na realizację zamówienia w części 3,

- powtórzenie czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w zakresie części 3 w tym wniosku złożonego przez Odwołującego;

4. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

4.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Skarb Państwa - 43 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Świętoszowie prowadzi postępowanie na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019r., poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp”) o udzielenie zamówienia publicznego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w trybie

przetargu ograniczonego na „Usługę bezpośredniej ochrony fizycznej realizowanej przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne (SUR)) w jednostkach i instytucjach będących na zaopatrzeniu 43 WOG z podziałem na 3 zadania.”

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 189-457420 w dniu 29 września 2020 r.

Sygn. akt KIO 2844/20

Odwolujący - Konsorcjum firm: DGP Security Partner Spółka z o.o. z siedzibą w Katowicach, DGP PRCDER sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy oraz „DERSLAW” sp. z o.o. z siedzibą w Połańcu wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

I. w zakresie zadania części 2 zamówienia:

1) art. 131e ust. 2 i ust. 2a Pzp w zw. z art. 51 ust. 1a Pzp w zw. z art. 131j Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1, ust. 1a i ust. 1b Pzp w zw. z art. 22d w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z § 2 ust. 4 pkt 2 i ust. 6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2020r., poz. 1282 t.j.; dalej: „rozporządzenie”) w zw. z § 3 rozporządzenia, w związku z treścią postanowień ogłoszenia o zamówieniu i danych do ogłoszenia poprzez:

a) dokonanie pozytywnej oceny wniosku złożonego przez Konsorcjum firm: Silezjan System Security Biuro Ochrony Mienia Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Fosa Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, Era Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, Novia Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie (dalej: „Konsorcjum_1” lub „Przystępujący_1”) i zakwalifikowanie go do dalszego etapu postępowania, zaproszenie do składania ofert pomimo, że Konsorcjum_1 nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej tj. zrealizowania co najmniej dwóch usług polegających na ochronie fizycznej osób i mienia przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne na kwotę 4 000 000,00 PLN brutto każda, w szczególności:

- na potwierdzenie należytego wykonania usługi na rzecz 31 BLT przedstawiło jedynie oświadczenie własne (lakoniczne i ogólne nie obrazujące jakie to utrudnienia konkretnie w organizacji pracy uniemożliwiły uzyskanie referencji), bez jednoczesnego przedstawienia wraz z owym oświadczeniem dowodów potwierdzających podjęcie działań zmierzających do uzyskania referencji od 31 BLT (aktów staranności), które to dokumenty wykazałyby wystąpienie uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze, podczas gdy możliwość przyjęcia przez Zamawiającego w miejsce referencji lub innego dokumentu pochodzącego od podmiotu na rzecz którego usługi są realizowane oświadczenia własnego ma charakter wyjątkowy i uzależniona jest od łącznego spełnienia kilku przesłanek, które w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie zostały spełnione,

- to Zamawiający wszedł w rolę Wykonawcy i z wykorzystaniem dyspozycji § 2 ust. 6 rozporządzenia w zw. z § 3 rozporządzenia, poszukiwał dowodów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy w okolicznościach niniejszej sprawy, wobec nieprzedstawienia przez Konsorcjum_1 żadnych dowodów potwierdzających podjęcie jakichkolwiek działań zmierzających do uzyskania referencji jak i konkretnego przedstawienia okoliczności uniemożliwiających uzyskanie referencji m.in. opisu konkretnych utrudnień spowodowanych covid -19 Zamawiający nie miał materiału, który uzasadniał bezpośrednie wystąpienie do 31 BLT, albowiem nie miał dokumentów, które mogłyby budzić leżą wątpliwości (przesłanka konieczna do wystąpienia aby uruchomić procedurę opisaną powyżej). Ponadto z zestawienia dat złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w postępowaniu 80/PN/2020 oraz daty zakończenia usługi na rzecz 32 BLT (kwiecień 2020 r.) jasno wynika, iż nie do pogodzenia z zasadami doświadczenia i logicznego myślenia jest brak możliwości uzyskania referencji przez ponad 5 miesięcy nawet w okresie epidemicznym; zwłaszcza wobec niesprecyzowania przez Konsorcjum_1 jakież to konkretne zdarzenia związane z covid -19 uniemożliwiły uzyskanie referencji; Powyższym działaniem Zamawiający naruszył zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w szczególności zasadę równego traktowania wykonawców oraz zapewnienia uczciwej konkurencji,

- w zakresie usługi realizowanej na rzecz 31 BLT w Poznaniu Konsorcjum_1, mimo brzmienia warunku udziału w postępowaniu oraz treści kolumn wykazu usług, oświadczyło w wykazie usług, iż Silezjan System Security Biuro Ochrony Mienia sp. z o.o. wypracował wymaganą w postępowaniu wartość usługi na kwotę 8 514 884.20 zł brutto tym samym Konsorcjum_1 podało wartość za realizację całej umowy, bez uwzględnienia faktu, iż umowa realizowana była przez 3 członków konsorcjum (Silezjan EKO sp. z o.o. - lider, Silezjan System Security Biuro Ochrony Mienia Sp. z o.o., Makropol sp. z o.o.). W niniejszym postępowaniu Zamawiający wymagał wskazania w wykazie usług o wartości wypracowanej przez członka Konsorcjum na doświadczenie którego powołuje się konsorcjum w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jak wynika z oświadczenia złożonego przez Makropol S.A. w postępowaniu prowadzonym przez 33 Bazę Lotnictwa Transportowego w Powidzu na „Świadczenie całodobowej ochrony osób i mienia w systemie zmianowym realizowanym przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne (SUFO) w latach 2020-2022” w przypadku usługi na 31 BLT w Poznaniu Makropol Sp. z o.o. wypracował usługę o wartości 3 970 803, 60 zł brutto. Powyższe powoduje, że Silezjan System Security Biuro Ochrony Mienia sp. z o.o. nie mogło wypracować pełnej wartości usługi, bowiem w konsorcjum znajdowała się Silezjan EKO sp. z o.o. lider konsorcjum, który też realizował usługę,

- w zakresie usługi realizowanej na rzecz MPWiK S.A. we Wrocławiu Konsorcjum_1 oświadczyło w wykazie usług, iż Silezjan System Security Biuro Ochrony Mienia Sp. z o.o. wypracował wymaganą w postępowaniu wartość usługi na kwotę 6 247 248.87 zł brutto, podczas gdy jak wynika z analizy umowy oraz aneksów zawartych pomiędzy konsorcjum realizującym tą usługę (Silezjan EKO sp. z o.o., Silezjan System Security Biuro Ochrony Mienia Sp. z o.o., Biuro Ochrony „Ranger” sp. z o.o.) a MPWiK S.A. we Wrocławiu realizacja opiewała na kwotę 5 189 581.32 zł brutto. Konsorcjum_1, mimo brzmienia warunku udziału w postępowaniu oraz treści kolumn wykazu usług, podaje wartość za realizację całej umowy, bez uwzględnienia faktu, iż umowa realizowana była przez 3 członków konsorcjum oraz jej zakres nie obejmował wyłącznie SUFO. Powyższe zdaniem Odwołującego jest istotne, ponieważ w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymagał legitymowania się usługą polegającą na ochronie fizycznej osób i mienia przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne i wykonawca może wykazywać się wartością usługi zrealizowaną jedynie przez SUFO, tymczasem analiza OPZ z postępowania na MPWiK S.A. we Wrocławiu prowadzi do wniosku, iż przedmiot zamówienia nie obejmował wyłącznie usługi SUFO, ale również usługi realizowane przez pracowników niekwalifikowanych, usługi inkaso, podłączenie SSWiN i monitorowanie obiektów i podjazd GI,

b) ułożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum_1 pośród wniosków wykonawców, którzy zostali zaproszeni do złożenia ofert, pomimo, że Konsorcjum_1 nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie opisanym powyżej,

c) zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum_1 z udziału w postępowaniu mimo, że nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

d) podejmowanie czynności w postępowaniu w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także ustalenia wyników oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w tym kwalifikacji wykonawców do zaproszenia do złożenia ofert niezgodnie z przepisami ustawy Pzp poprzez stworzenie

sytuacji, w której ofertę najkorzystniejszą może złożyć Konsorcjum_1, który nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej co na późniejszym etapie postępowania nie będzie mogło być skutecznie podważone,

2)art. art. 131e ust. 2 i ust. 2a Pzp w zw. z art. 131j Pzp w zw. z art. 51 ust.1a Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 24 ust. 16 i ust. 17 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, w związku z treścią postanowień ogłoszenia o zamówieniu i danych do ogłoszenia poprzez:

a)dokonanie pozytywnej oceny wniosku Konsorcjum_1 i zakwalifikowanie tego Konsorcjum do dalszego etapu postępowania, zaproszenie do składania ofert, pomimo że wobec Konsorcjum_1 zachodzą podstawy do wykluczenia z udziału w postępowaniu, albowiem Konsorcjum_1 w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. złożyło określone. (szczegółowo opisane w zarzucie powyżej) oświadczenia oraz dowody co do zakresu przedmiotowego oraz wartościowego realizowanych usług i ich zgodności z warunkami udziału w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, jak również oświadczenie co do wystąpienia uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze uniemożliwiających uzyskanie referencji,

b)ułożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum_1 pośród wniosków wykonawców, którzy zostali zaproszeni do złożenia ofert, pomimo, że wobec Konsorcjum_1 zachodzą podstawy wykluczenia z udziału w postępowaniu w zakresie opisanym powyżej,

c)zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum_1 z udziału w postępowaniu mimo, że wobec Konsorcjum_1 zachodzą podstawy wykluczenia w zakresie opisanym powyżej, mimo iż nie wykazało braku podstaw wykluczenia z udziału w niniejszym postępowaniu na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,

d)podejmowanie czynności w postępowaniu w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także ustalenia wyników oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w tym kwalifikacji wykonawców do zaproszenia do złożenia ofert niezgodnie z przepisami Pzp poprzez stworzenie sytuacji, w której ofertę najkorzystniejszą może złożyć Konsorcjum_1, wobec którego zachodzą podstawy wykluczenia z udziału w postępowaniu, co na późniejszym etapie postępowania nie będzie mogło być skutecznie podważone,

3)art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 131e ust. 1 pkt 4 i 5 Pzp w zw. z art. 131j Pzp w zw. z art. 51 ust. 1a Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z § 3 rozporządzenia w związku z treścią postanowień ogłoszenia o zamówieniu i danych do ogłoszenia poprzez:

a)dokonanie pozytywnej oceny wniosku Konsorcjum_1 i zakwalifikowanie do dalszego etapu postępowania, pomimo że Konsorcjum_1 nie wykazało, że nie zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia określone w przedmiotowym postępowaniu tj. przesłanki o których mowa w art. 131e ust. 1 pkt 4 i 5 Pzp, albowiem ani wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu ani na wezwanie z dnia 7 października 2010 r. Konsorcjum_1 nie przedstawiło wymaganych oświadczeń, a jednocześnie wobec wyczerpania wezwaniem z dnia 7 października 2010 r. procedury sanacyjnej, zgodnie z obowiązującą zasadą jednokrotnego wezwania, Zamawiający nie był uprawniony do kierowania do Konsorcjum_1 w tym zakresie kolejnego wezwania z dnia 15 października 2020r. W konsekwencji dokumenty złożone w wyniku realizacji tego wezwania, uzyskane z naruszeniem zasady jednokrotności wezwania, zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji nie mogą być brane pod uwagę przy dokonywaniu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu; procedura sanacyjna nie może usprawiedliwiać uchylania się Wykonawcy od złożenia rzetelnego i kompletnego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,

b)ułożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum_1 pośród wniosków wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do złożenia ofert, pomimo, że Konsorcjum_1 nie wykazało braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu w zakresie opisanym powyżej,

c)zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum_1 z udziału w postępowaniu mimo, że nie wykazał braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu,

d)podejmowanie czynności w postępowaniu w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także ustalenia wyników oceny brak podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu w tym kwalifikacji wykonawców do zaproszenia do złożenia ofert niezgodnie z przepisami ustawy Pzp poprzez stworzenie sytuacji, w której ofertę najkorzystniejszą może złożyć Konsorcjum_1, który nie wykazał braku podstaw do wykluczenia, co na późniejszym etapie postępowania nie będzie mogło być skutecznie podważone.

II. W odniesieniu do zadania (części 3):

4)art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 131e ust. 2 i ust. 2a Pzp w zw. z art. 51 ust. 1a Pzp w zw. z art. 131j Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1, ust. 1a i ust. 1b Pzp w zw. z art. 22b w zw. w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z § 2 ust 1 rozporządzenie w zw. z § 3 rozporządzenia, w związku z treścią postanowień ogłoszenia o zamówieniu i danych do ogłoszenia poprzez:

a) dokonanie pozytywnej oceny wniosku Konsorcjum firm: Silezjan System Security Biuro Ochrony Mienia Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Fosa Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, Era Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, Novia Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, Firma Ochrony Szkolenia Asekuracji FOSA Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, Ekspert Security DUO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Ekspert Security AT Sp. z o.o. z siedzibą w Jabłonnie (dalej: „Konsorcjum_2” lub „Przystępujący_2”) i zakwalifikowanie do dalszego etapu postępowania, pomimo, że Konsorcjum_2 nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów tj. posiadania ważnej na dzień składania wniosków koncesji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia wydanej zgodnie z ustawą z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia, w odniesieniu do każdego z członków konsorcjum albowiem ani wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu ani na wezwanie z dnia 7 października 2010 r. Konsorcjum_2 nie przedstawiło wymaganej koncesji, a w konsekwencji nie wykazało spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu. Jednocześnie wobec wyczerpania wezwaniem z dnia 7 października 2010 r. procedury sanacyjnej, zgodnie z obowiązującą zasadą jednokrotnego wezwania, Zamawiający nie był uprawniony do kierowania do Konsorcjum_2 w tym zakresie kolejnego wezwania z dnia 15 października 2020r. W konsekwencji dokumenty złożone w wyniku realizacji tego wezwania, uzyskane z naruszeniem zasady jednokrotności wezwania, zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji nie mogą być brane pod uwagę przy dokonywaniu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu; procedura sanacyjna nie może usprawiedliwiać uchylania się Wykonawcy od złożenia rzetelnego i kompletnego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,

b)ułożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum_2 pośród wniosków wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do złożenia ofert, pomimo, że Konsorcjum_2 nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie opisanym powyżej,

c)zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum_2 z udziału w postępowaniu mimo, że nie wykazał spełniania warunków udziału w

postępowaniu,

d) podejmowanie czynności w postępowaniu w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także ustalenia wyników oceny brak podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu w tym kwalifikacji wykonawców do zaproszenia do złożenia ofert niezgodnie z przepisami Pzp poprzez stworzenie sytuacji, w której ofertę najkorzystniejszą może złożyć Konsorcjum_2, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, co na późniejszym etapie postępowania nie będzie mogło być skutecznie podważone, 5) art. 131e ust. 2 i ust. 2a Pzp w zw. z art. 51 ust. 1a Pzp w zw. z art. 131j Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1, ust. 1a i ust. 1b Pzp w zw. z art. 22d w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z § 2 ust. 4 pkt 2 i ust. 6 rozporządzenia w zw. z § 3 rozporządzenia, w związku z treścią postanowień ogłoszenia o zamówieniu i danych do ogłoszenia poprzez:

a) dokonanie pozytywnej oceny wniosku Konsorcjum_2 w tym aspekcie, iż Zamawiający nie wskazał opisanych w niniejszym zarzucie okoliczności faktycznych i prawnych jako podstawy dokonanego wykluczenia z udziału w postępowaniu obok okoliczności faktycznych i prawnych podanych w ocenie spełniania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, iż Zamawiający uznał, że Konsorcjum_2 wykazało, iż spełniania warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej tj. zrealizowania co najmniej dwóch usług polegających na ochronie fizycznej osób i mienie przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne na kwotę 7 000 000,00 PLN brutto każda, w szczególności:

-w zakresie usługi realizowanej na rzecz Głównego Instytutu Górniczego w Katowicach (usługa realizowana na podstawie umowy 23/FT-2/2016 z 25.5.2016 przez Firma Ochrony Szkolenia Asekuracji FOSA Sp. z o.o., SAFECO sp. z o.o. [obecnie FOSA Ochrona sp. z o.o.], Agencja Ochrony Mienia „MATPOL” sp. z o.o., CUY Security S.A.) Konsorcjum_2 w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu powołało się na doświadczenie w realizacji podobnych usług przez Firma Ochrony Szkolenia Asekuracji FOSA Sp. z o.o. oświadczając jednocześnie, iż spółka ta wypracowała usługę o wartości 10 933 792,51 zł brutto, podczas gdy Konsorcjum_2 mimo brzmienia warunku udziału w postępowaniu oraz treści kolumny prowadzonej przez 35 WOG w Krakowie na „Ochronę kompleksów wojskowych na terenie miasta Krakowa, Nowego Sącza, Tarnowa oraz miejscowości Rzęska w zakresie bezpośredniej stałej i doraźnej ochrony fizycznej terenu, obiektów, urządzeń oraz osób imienia realizowaną przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne (SUFO)”, Numer sprawy: 23/SOO/19 Konsorcjum firm w składzie: Era Sp. z o.o., Jantar 2 sp. z o.o., FOSA Ochrona sp. z o.o., złożyło oświadczenie w wykazie usług z którego wynika, iż doświadczenie w realizacji usługi na rzecz GIG w Katowicach o wartości 8 072 264,82 zł nabyła FOSA Ochrona Sp. z o.o. ergo Firma Ochrony Szkolenia Asekuracji FOSA Sp. z o.o. nie zrealizowała usługi SUFO o wartości co najmniej 7 mln zł brutto,

1.w niniejszym postępowaniu Zamawiający wymagał legitymowaniem się usługą polegającą na ochronie fizycznej osób i mienia przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne, w konsekwencji Konsorcjum_2 mogło wykazywać się wartością usługi zrealizowaną jedynie przez SUFO. Tymczasem analiza OPZ z postępowania na GIG w Katowicach prowadzi do wniosku, iż przedmiot zamówienia nie obejmował wyłącznie usługi SUFO, ale również obiekty niepodlegające obowiązkowej ochronie takie jak: teren w Katowicach: Pawilon II, Hala nr 11, budki parkingowe, parking zewnętrzny, obiekt w Łaziskach, które realizowane są przez niekwalifikowanych pracowników ochrony,

2.w postępowaniu prowadzonym przez 35 WOG w Krakowie na „Ochronę kompleksów wojskowych na terenie miasta Krakowa, Nowego Sącza, Tarnowa oraz miejscowości Rzęska w zakresie bezpośredniej stałej i doraźnej ochrony fizycznej terenu, obiektów, urządzeń oraz osób imienia realizowaną przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne (SUFO)”, Numer sprawy: 23/SOO/19 Konsorcjum firm w składzie: Era Sp. z o.o., Jantar 2 sp. z o.o., FOSA Ochrona sp. z o.o., złożyło oświadczenie w wykazie usług z którego wynika, iż doświadczenie w realizacji usługi na rzecz GIG w Katowicach o wartości 8 072 264,82 zł nabyła FOSA Ochrona Sp. z o.o. ergo Firma Ochrony Szkolenia Asekuracji FOSA Sp. z o.o. nie zrealizowała usługi SUFO o wartości co najmniej 7 mln zł brutto,

- w zakresie usługi realizowanej na rzecz 26 WOG JW Wesola (zgodnie z przedłożoną referencją usługą realizowaną była przez konsorcjum firm w składzie: Ekspert Security Sp. z o.o., Firma Ochrony Szkolenia Asekuracji FOSA Sp. z o.o., Agencja Ochrony Mienia Matpol sp. z o.o. Konsorcjum_2, oświadczyło w wykazie usług, iż wymaganą wartość referencyjną wypracowała Firma Ochrony Szkolenia Asekuracji FOSA Sp. z o.o. Tym samym Konsorcjum_2, podało wartość za realizację całej umowy, bez uwzględnienia faktu, iż umowa realizowana była przez co najmniej 3 członków konsorcjum, podczas gdy w postępowaniu prowadzonym przez 23 Baza Lotnictwa Transportowego na „Ochronę fizyczną osób i mienia realizowaną przez SUFO na rzecz jednostek wojskowych” sygnatura sprawy ZP/20/2018, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyło konsorcjum firm w składzie: Ekspert Security Sp. z o.o., Biuro Szybkiej Interwencji Z. M. i współpracownicy Sp. z o.o. sp. k., Agencja Ochrony Mienia Matpol sp. z o.o., Kasta sp. z o.o., załączając oświadczenie zawarte w wykazie usług, w którym powołali się na realizację usługi na rzecz 26 WOG w latach 1.08.2017 -31.07.2018 r. w oparciu o umowę nr 20/SOO/2016 na wartość 11 860 147,97 zł brutto. Podkreślić należy, iż żaden z członków konsorcjum realizującego usługę na rzecz 23 BLT nie ubiega się obecnie o udzielenie zamówienia w postępowaniu na 43 WOG. Podmiotem łączącym 23 BLT oraz 26 WOG JW. Wesola jest Ekspert Security Sp. z o.o., który nie jest uczestnikiem Konsorcjum w postępowaniu na 43 WOG w Świętoszowie. Powyższe prowadzi do wniosku, iż Firma Ochrony Szkolenia Asekuracji FOSA Sp. z o.o., nie wypracowała usługi o wartości podanej w wykazie usług,

b)zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum_2 z udziału w postępowaniu ponad podstawy prawne i faktyczne już wskazane w treści informacji o wynikach oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu tj. z uwagi na fakt, iż Konsorcjum_2 nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie opisanym powyżej w zarzucie,

c)podejmowanie czynności w postępowaniu w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także ustalenia wyników, oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w tym kwalifikacji wykonawców do zaproszenia do złożenia ofert niezgodnie z przepisami Pzp poprzez stworzenie sytuacji, w której ofertę najkorzystniejszą może złożyć Konsorcjum_2, które nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej co na późniejszym etapie postępowania nie będzie mogło być skutecznie podważone,

6) art. 131e ust. 2 i ust. 2a Pzp w zw. z art. 131j Pzp w zw. z art. 51 ust. 1a Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 24 ust. 16 i ust. 17 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, w związku z treścią postanowień ogłoszenia o zamówieniu i danych do ogłoszenia poprzez:

a) nieprawidłowe badanie i ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu wniosku

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum_2 i uznanie, że wobec Konsorcjum_2 nie zachodzą podstawy wykluczenia z udziału w postępowaniu, podczas gdy Konsorcjum_2 w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. złożyło określone (opisane szczegółowo w zarzucie wcześniejszym) oświadczenia oraz dowody co do zakresu przedmiotowego oraz wartościowego realizowanych usług i ich zgodności z warunkami udziału w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego,

b)zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum_2 z udziału w postępowaniu, ponad powody już podane w informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. mimo, że nie wykazał braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu, w szczególności w okolicznościach faktycznych opisanych w zarzucie powyżej,

c) podejmowaniu czynności w postępowaniu w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także ustalenia wyników oceny brak podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu w tym kwalifikacji wykonawców do zaproszenia do złożenia ofert niezgodnie z przepisami ustawy Pzp poprzez stworzenie sytuacji, w której ofertę najkorzystniejszą może złożyć Konsorcjum_2, wobec którego zachodzą podstawy wykluczenia co na późniejszym etapie postępowania nie będzie mogło być skutecznie podważone,

7) art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 131e ust. 1 pkt 4 i 5 Pzp w zw. z art. 131j - Pzp w zw. z art. 51 ust. 1a Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z § 3 rozporządzenia w związku z treścią postanowień ogłoszenia o zamówieniu i danych do ogłoszenia poprzez:

a) dokonanie pozytywnej oceny wniosku Konsorcjum_2 i zakwalifikowanie do dalszego etapu postępowania, pomimo że Konsorcjum_2 nie wykazało, że nie zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia określone w przedmiotowym postępowaniu tj. przesłanki o których mowa w art. 131e ust. 1 pkt 4 i 5 Pzp, albowiem ani wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu ani na wezwanie z dnia 7 października 2010 r. Konsorcjum_2 nie przedstawiło wymaganych oświadczeń. Jednocześnie wobec wyczerpania wezwaniem z dnia 7 października 2010 r. procedury sanacyjnej, zgodnie z obowiązującą zasadą jednokrotnego wezwania, Zamawiający nie był uprawniony do kierowania do Konsorcjum_2 w tym zakresie kolejnego wezwania z dnia 15 października 2020r. W konsekwencji dokumenty złożone w wyniku realizacji tego wezwania, uzyskane z naruszeniem zasady jednokrotności wezwania, zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji nie mogą być brane pod uwagę przy dokonywaniu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu; procedura sanacyjna nie może usprawiedliwiać uchylania się Wykonawcy od złożenia rzetelnego i kompletnego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,

b) ulokowanie wniosku o dopuszczenie, do udziału w postępowaniu Konsorcjum_2 pośród wniosków wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do złożenia ofert, pomimo, że Konsorcjum_2 nie wykazało braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu w zakresie opisanym powyżej,

c) zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum_2 z udziału w postępowaniu mimo, że nie wykazał braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu,

d) podejmowanie czynności w postępowaniu w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także ustalenia wyników oceny brak podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu w tym kwalifikacji wykonawców do zaproszenia do złożenia ofert niezgodnie z przepisami Pzp poprzez stworzenie sytuacji, w której ofertę najkorzystniejszą może złożyć Konsorcjum_2, który nie wykazał braku podstaw do wykluczenia, co na późniejszym etapie postępowania nie będzie mogło być skutecznie podważone.

W związku z tak przedstawionymi zarzutami Odwołujący wnioś o:

I. w odniesieniu zadania części 2:

1) uwzględnienie odwołania w całości,

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na:

a) zakwalifikowaniu wykonawców do złożenia ofert w szczególności unieważnienie czynności polegającej na zakwalifikowaniu do dalszego etapu postępowania tj. złożenia ofert w oparciu o Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia, zaproszeniu do składania ofert Konsorcjum_1,

b) ocenie złożonych w postępowaniu wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w szczególności wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum_1, ocenie że Konsorcjum_1 spełniło warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, wykazało brak podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu, w tym kwalifikacji Konsorcjum_1 do zaproszenia do złożenia ofert i zaproszeniu do złożenia ofert,

3) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w tym:

a) wykluczenie Konsorcjum_1, a w konsekwencji nie zakwalifikowanie Konsorcjum_1 do dalszego etapu postępowania tj. zaproszenia do złożenia ofert,

II. w zakresie zadania części 3:

1) uwzględnienie odwołania w całości,

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na:

a) zakwalifikowaniu wykonawców do złożenia ofert w szczególności unieważnienie czynności polegającej na zakwalifikowaniu do dalszego etapu postępowania tj. złożenia ofert w oparciu o Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia,

b) ocenie złożonych w postępowaniu wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w szczególności wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum_2, ocenie że Konsorcjum_2 spełniło warunki udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności, zdolności technicznej lub zawodowej, wykazało brak podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu w aspekcie opisanym w niniejszym odwołaniu,

4) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w tym:

b) wykluczenie Konsorcjum_2 w oparciu o okoliczności prawne i faktyczne wskazane w niniejszym odwołaniu obok okoliczności faktycznych i prawnych już wskazanych w informacjach o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji nie zakwalifikowanie Konsorcjum_2 do dalszego etapu postępowania tj. zaproszenia do złożenia ofert.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej zgodnie, z którym: „W celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wymaga dostarczenia wykazu dostaw lub usług wykonywanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie, ostatnich 5 lat; przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwóch usług polegających na ochronie fizycznej osób i mienia przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne na kwotę każda:

— zadanie nr 1: 14 000 000,00 PLN brutto,

— zadanie nr 2: 4 000 000,00 PLN brutto,

— zadanie nr 3: 7 000 000,00 PLN brutto,

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 nadał 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.

Jeżeli Wykonawca składa ofertę na więcej niż jedną część, zobowiązany jest wykazać spełnienie warunku o wartości najwyższej postawionej dla części, w których składa ofertę.

Uwaga: nie dopuszcza się sumowania wartości usług zrealizowanych w ramach kilku umów w celu uzyskania progu wartościowego wyznaczonego przez zamawiającego."

Jednocześnie zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego z dnia 1 października 2020 r.: „Do wykazania się niezbędną zdolnością techniczną lub zawodową do wykonania przedmiotu zamówienia niezbędne jest, by co najmniej jeden z przedsiębiorców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia spełnił warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia (doświadczenie nie sumuje się, tj. wykonanie przez 3 wykonawców po jednej usłudze nie potwierdza spełnienia warunku). Zgodnie z opracowanym przez Zamawiającego wzorem wykazu usług, wykonawcy zobowiązani byli do wskazania „Wartości brutto zrealizowanej/realizowanej usługi”.

Zdaniem Odwołującego w postawionym warunku udziału w postępowaniu, w świetle orzeczenia Esaprojekt z dnia 4 maja 2017 r. C-387/14, Zamawiający oczekiwał wskazania wartości brutto wypracowanej przez wykonawcę, który spośród kilku wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego wykazywał się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu. Każdy z wykonawców może powołać się jedynie na doświadczenie wartości i zakres rzeczywiście przez niego zrealizowany w ramach konsorcjum w którym wspólnie wykonuje usługę. Mając powyższe na uwadze w okolicznościach niniejszej sprawy nie było poprawne zamieszczenie w wykazie usług wartości wypracowanej przez całe konsorcjum. Odwołujący podkreślił, że opisane w uchybieniu nie mogą już być przedmiotem wezwań Zamawiającego, albowiem Zamawiający wystosował już w dniu 7 października 2020 r. wezwanie do Konsorcjum_1 i Konsorcjum_2 w oparciu o art. 26 ust. 3 Pzp. Przedmiotem tego wezwania było przedłożenie dokumentów na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia, albowiem pierwotnie przedłożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu składały się jedynie z samego formularza wniosku. W konsekwencji w odpowiedzi na wezwanie z dnia 7 października 2020 r. Konsorcjum_1 i Konsorcjum_2 zobowiązani byli do przedłożenia dokumentów o poprawnej treści spełniających precyzyjnie wszystkie wymagania dokumentacji postępowania. Kierowanie pod adresem Konsorcjów wezwań do uzupełnień/wyjaśnień, które powodowałyby zmiany w treści złożonego oświadczenia o spełniania warunków, udziału w postępowaniu zawartego w wykazie usług w zakresie konkretnych parametrów wskazanych w nim usług, rozpatrywać należy w kategorii obejścia przepisów Pzp w szczególności w aspekcie zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji jak również w aspekcie ukształtowanej przez orzecznictwo KIO zasady jednokrotności wezwania.

Odnosząc się do zarzutu nr 1, Odwołujący wskazał, że Konsorcjum_1 w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu powołało się na realizację usługi na rzecz 31 Bazy Lotnictwa Taktycznego w Poznaniu (31 BLT) wskazując, iż usługa realizowana była w okresie od dnia 1 maja 2018 r. do dnia 30 kwietnia 2020 r. W celu potwierdzenia należytego wykonania usługi Konsorcjum_1 nie przedstawiło referencji bądź innego dokumentu pochodzącego od podmiotu zamawiającego a jedynie oświadczenie własne powołując się na: „*fakt przedłużającej się procedury uzyskania referencji, związanej z organizacją pracy Zamawiającego (31BLT) Wykonawca w celu udziału w postępowaniu złożył wniosek o wystawienie referencji do 31 BLT, jednak do tej pory nie otrzymał na ten wniosek odpowiedzi związane jest to z obiektywną przyczyną, jaką jest obecnie panująca pandemia koronawirusa, która utrudnia szybkie uzyskiwanie takich dokumentów u części Zamawiających w obecnym czasie.*”

Odwołujący zauważył, że oświadczenie o analogicznej treści składane było przez Konsorcjum_1 w innych postępowaniach prowadzonych przez:

- 31 BLT w Poznaniu – jako powód złożenia oświadczenia wskazano: „*fakt przedłużającej się procedury uzyskania referencji, związanej z organizacją pracy Wykonawcy, który powoduje opóźnienia w uzyskaniu referencji poświadczających należyte wykonanie umowy.*”

Odwołujący zaznaczył, że oświadczenie zostało przygotowane przez Konsorcjum_1 niestarannie, datowane jest na dzień 3 stycznia 2019 r. zamiast 3 stycznia 2020 r. Powyższe pokazuje również, iż Konsorcjum_1 posługiwało się oświadczeniem własnym w miejsce referencji jeszcze w trakcie realizacji umowy na rzecz 31 BLT i jeszcze przed wystąpieniem pandemii i wprowadzeniem stanu epidemicznego. Co więcej w treści oświadczenia z dnia 9 stycznia 2019 (2020) wskazywali, iż powodem braku referencji jest przedłużająca się procedura związana z organizacją pracy Wykonawcy a nie Zamawiającego. Oświadczenie własne może być stosowane wyjątkowo w obiektywnie uzasadnionych okolicznościach za takie, nie można uznać okoliczności leżących po stronie Wykonawcy. Powyższe obrazuje również, iż Konsorcjum_1 nie pozyskało referencji nie tylko w ciągu ostatnich 5 miesięcy (okres między zakończeniem usługi a złożeniem wniosku w niniejszym postępowaniu) ale w ciągu blisko 9 miesięcy co poddaje pod wątpliwość czy Konsorcjum_1 w ogóle występuje do Zamawiających o uzyskanie referencji.

- 16 WOG Olesno - Powody złożenia oświadczenia to: *fakt przedłużającej się procedury uzyskania referencji, związanej z organizacją pracy Zamawiającego (31BLT). Wykonawca w celu udziału w niniejszym postępowaniu złożył wniosek o wystawienie referencji do 31 BLT, jednak do tej pory nie otrzymał na ten wniosek odpowiedzi. Związane jest to z obiektywną przyczyną, jaką jest obecnie panująca pandemia koronawirusa, która utrudnia szybkie uzyskiwanie takich dokumentów u części zamawiających w obecnym czasie.*"

- 18 WOG Wejherowo - Powodem złożenia oświadczenia (w zakresie zadania nr 1 i 3) był *fakt przedłużającej się procedury uzyskania referencji, związanej z organizacją pracy Wykonawcy i Zamawiającego m. in. z powodów panującej pandemii koronawirusa), który powoduje opóźnienia w uzyskaniu referencji poświadczających należyte wykonanie umowy.*"

- 10 Brygada Logistyczna w Opolu - *fakt przedłużającej się procedury uzyskania referencji, związanej z organizacją pracy Wykonawcy i Zamawiającego (m. in. z powodów panującej pandemii koronawirusa), który powoduje opóźnienia w uzyskaniu referencji poświadczających należyte wykonanie umowy.*"

- 21 Baza Lotnictwa Taktycznego w Świdwinie - „*Powodem złożenia niniejszego oświadczenia jest fakt przedłużającej się procedury uzyskania referencji, związanej z organizacją pracy Zamawiającego (31BLT), pomimo złożenia przez Wykonawcę wniosku o ich wystawienie. Wykonawca. Powiązane jest to z obecnie panującą pandemią koronawirusa, która utrudnia szybkie uzyskiwanie takich dokumentów u części zamawiających w obecnym czasie - nie jest to pierwsza sytuacja tego typu, którą Wykonawca napotkał w okresie panującej pandemii.*”

Uwzględniając powyższe, Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum_1 składa oświadczenia niezwykle niestarannie, z różnymi wartościami, błędnymi nazwami Zamawiających, wskazując często jako przyczynę jego złożenia własną niewłaściwą organizację pracy. Odwołujący podkreślił, że wykonawca może przedłożyć oświadczenie, gdy z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze nie jest w stanie uzyskać dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi. Składając zamawiającemu oświadczenie wykonawca powinien wskazać zamawiającemu, że nie był w stanie pozyskać stosownych dokumentów, a zatem że:

- podjął środki w celu ich pozyskania, ale środki te okazały się nieskuteczne,
- określić przyczynę nie uzyskania takich dokumentów, przy czym przyczyna ta powinna mieć obiektywny charakter,
- wykazać dochowanie należytej staranności w próbie uzyskania dokumentów (vide KIO 2671/17).

W ocenie Odwołującego zaistniała w niniejszym postępowaniu sytuacja powoduje, iż Zamawiający nie powinien brać pod uwagę oświadczenia własnego złożonego przez Konsorcjum_1. Po pierwsze sama treść wyjaśnień zawarta de

facto w oświadczeniu jest bardzo lakoniczna i zdawkowa. Ponadto Konsorcjum_1 nie przedstawiło żadnych dowodów potwierdzających, iż podejmowało jakiegokolwiek działania zmierzające do pozyskania owych referencji, ale z przyczyn obiektywnych działania te zakończyły się bez pozytywnego wyniku w postaci uzyskania referencji. W doktrynie jak i orzecznictwie wskazuje się na konieczność udokumentowania wystąpienia obiektywnych przyczyn, które uniemożliwiły uzyskanie oświadczenia oraz przedstawienie dowodów potwierdzających podjęcie działań mających na celu ich pozyskanie. Okolicznością, która dodatkowo powinna wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego jest fakt, iż zakończenie usługi miało miejsce w kwietniu 2020 r. czyli ponad 5 miesięcy temu. Powoływanie się na utrudnienia związane z sytuacją epidemiczną nie uzasadniają braku możliwości uzyskania dokumentu referencji przez taki okres czasu. Jednak na plan pierwszy wysuwa się w niniejszej sprawie fakt, iż Konsorcjum_1 w żaden sposób nie udokumentowało, nie uprawdopodobniło wystąpienia obiektywnych przyczyn uniemożliwiających przedstawienie referencji. Odwołujący podkreślił ponadto, że to nie rolą Zamawiającego jest poszukiwanie dowodów potwierdzających należyte wykonanie usługi. Wręcz przeciwnie, rolą Zamawiającego jest jedynie ocena dokumentów otrzymanych od Wykonawcy i ewentualna weryfikacja ich poprawności w sytuacji gdy dokumenty te budzą wątpliwości. W przypadku gdy Konsorcjum_1 nie dostarczyło wraz z oświadczeniem własnym dowodów (dokumentów) potwierdzających podjęcie działań zmierzających do uzyskania referencji Zamawiający nie był uprawniony do samodzielnego poszukiwania informacji, które miały potwierdzić spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum_1. Co więcej podejmując takie działania dopuścił się naruszenia naczelných zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w szczególności zasadę równego traktowania wykonawców oraz zapewnienia uczciwej konkurencji. Zamawiający przed dokonaniem ostatecznej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wobec pisma Odwołującego z dnia 20 października 2020 r. dysponował informacjami, iż Konsorcjum_1 posługuje się tego typu oświadczeniem własnym od wielu miesięcy i wskazuje analogiczne powody jego przedłożenia. Powyższe obrazuje również, iż Konsorcjum_1 nie pozyskało referencji nie tylko w ciągu ostatnich 5 miesięcy (okres między zakończeniem usługi a złożeniem wniosku w niniejszym postępowaniu) ale co najmniej w ciągu blisko 9 miesięcy. Co poddaje pod wątpliwość czy Konsorcjum_1 w ogóle występuje do Zamawiających o uzyskanie referencji.

Ponadto Odwołujący wskazał, że Trybunał Sprawiedliwości odpowiedział, iż dyrektywa 2004/18 nie pozostawia żadnych wątpliwości co do hierarchii środków dowodowych, gdy idzie o wykazanie kwalifikacji wykonawcy. Wyrażenie „w razie braku takiego zaświadczenia” wyraźnie wskazuje na pomocniczość oświadczenia własnego w stosunku do dokumentu zawierającego referencje od poprzednich prywatnych nabywców. Dlatego zamawiający może zezwolić wykonawcy na złożenie oświadczenia własnego jedynie wtedy, kiedy nie jest w stanie uzyskać zaświadczenia od poprzedniego prywatnego kontrahenta. W przypadku instytucji publicznej nie ma takiego problemu, gdyż muszą one wydawać wykonawcom zaświadczenia poświadczane przez właściwy organ. Odwołujący zauważył, że Europejscy sędziowie podkreślili jednocześnie, że taka wykładnia przepisów dyrektywy jest jedyną zgodną z jej celem. Gdyby bowiem instytucje zamawiające pozostawiałyby wykonawcom wybór sposobu dowodzenia ich kwalifikacji, zostałaby narażona na szwank zasada skuteczności unijnych przepisów. A to dlatego, że można się spodziewać, że większość zainteresowanych udziałem w przetargu nie zadawałaby sobie trudu zdobywania zaświadczeń i czyniłaby zadość wymaganom prawa przedstawiając jedynie dokumenty własne. To zaś, w dalszej kolejności, wymagałoby od instytucji zamawiających dodatkowych kontroli prawidłowości informacji zawartych w oświadczeniach przedsiębiorców o samych sobie. Fakt, że w razie niemożności uzyskania zaświadczenia zamawiający dopuszcza, by wykonawca, posłużył się oświadczeniem, jest natomiast zgodny z zasadą proporcjonalności. [Wyrok z 7.07.2016r. w sprawie C-46 Ambisong - Ambiente e Sistemas de Informacao Geografica S.A. przeciwko AICP- Associacao de Industriais do Concelho de Pombal.] Stanowisko Trybunału Sprawiedliwości jest, zgodne z polskimi przepisami i praktyką orzecniczą przed KIO. Wykonawca może bowiem udowodnić posiadane doświadczenie jedynie własnymi oświadczeniami w postępowaniach na dostawy lub usługi tylko w wyjątkowych okolicznościach. Zamawiający musi badać, czy takie specjalne okoliczności miały miejsce. Odwołujący na potwierdzenie prezentowanego stanowiska powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 września 2020 r. sygn. akt KIO 2019/20. Zdaniem Odwołującego, w sytuacji, gdy Konsorcjum_1 nie posiadało referencji powinno przedstawić w pierwszej kolejności protokoły odbioru za całą realizację usługi poparte ewentualnie w przypadku stwierdzenia w nich uchybień fakturami oraz dowodami uiszczenia wynagrodzenia w celu wykazania iż usługa była realizowana należycie.

Odwołujący odnosząc się do usługi realizowanej na rzecz 31 BLT w Poznaniu wskazał, że Konsorcjum_1, mimo brzmienia warunku udziału w postępowaniu oraz treści kolumn wykazu usług, oświadczyło w wykazie usług, iż Silezjan System Security Biuro Ochrony Mienia Sp. z o.o. wypracował wymaganą w postępowaniu wartość usługi na kwotę 8 514 884,20 zł brutto, a tym samym Konsorcjum_1, podało wartość za realizację całej umowy, bez uwzględnienia faktu, iż umowa realizowana była przez 3 członków konsorcjum (Silezjan EKO sp. z o.o. - lider, Silezjan System Security Biuro Ochrony Mienia Sp. z o.o., Makropol sp. z o.o.). Tymczasem jak wynika z oświadczenia złożonego przez Makropol S.A. w postępowaniu prowadzonym przez 33 Bazę Lotnictwa Transportowego w Powidzu na „Świadczenie całonocnej ochrony osób i mienia w systemie zmianowym realizowanym przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne (SUFO) w latach 2020-2022”, wypracował on usługę o wartości 3 970 803, 60 zł brutto. Powyższe prowadzi do wniosku, iż Silezjan System Security Biuro Ochrony Mienia Sp. z o.o. nie mogło wypracować pełnej wartości usługi, również z tego względu, iż w konsorcjum znajdowała się Silezjan Eko sp. z o.o. lider konsorcjum, który też realizował usługę, a z uwagi na pełnioną funkcję w konsorcjum domniemywać można iż jego udział w realizacji był znaczny.

Odwołujący wskazał ponadto, że analiza opisu przedmiotu zamówienia w zakresie części 2 realizowanej usługi na rzecz MPWiK we Wrocławiu prowadzi do wniosku, iż przedmiot zamówienia nie obejmował wyłącznie usługi SUFO, ale równi usługi realizowane przez pracowników niekwalifikowanych, usługi inkaso, podłączenie SSWIN i monitorowanie obiektów podjazd GI. Zamawiający postawił, warunek wykazania się usługami realizowanymi przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne (SUFO). Zgodnie z definicją przedstawioną w ustawie o ochronie osób i mienia, określono, iż jest to specjalistyczna uzbrojona formacja ochronna, czyli wewnętrzna służba ochrony, którą tworzy się w myśl wspomnianej wyżej ustawy. Zadania w ramach SUFO mogą wykonywać jedynie pracownicy, którzy zostali wpisani na listę kwalifikowanych pracowników ochrony. W związku z powyższym Konsorcjum_1 powinien wykazać się wartością usługi, realizowaną jedynie w zakresie Specjalistycznych Uzbrojonych Formacji Ochronnych (SUFO) przez kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej. Nieuprawnione więc było posłużenie się wartością za całość realizacji umowy.

Odwołujący w odniesieniu do usługi realizowanej na rzecz MPWiK we Wrocławiu, na podstawie OPZ, SIWZ i umowy Odwołujący przedstawił wyliczenia w zakresie wartości usługi związanej z realizacją przez pracowników kwalifikowanych na podstawie których dowodził, że wartość całkowita umowy kształtowała się na poziomie: 895 962,26 zł brutto - rok 2016, 4 293 619,06 zł brutto - rok 2017 i 2018, łącznie: 5 189 581,32 zł brutto. Natomiast w wykazie usług Konsorcjum_1 wskazało wartość 6 247 248,87 zł brutto. W ocenie Odwołującego mało prawdopodobne jest otrzymanie tak dużej waloryzacji na 8 miesięcy obowiązywania umowy (01.01.2018-20.08.2018) - tj. na poziomie 1 057 667,55 zł. (waloryzacja musiałaby wynieść 20,38 %) czyli Konsorcjum musiałoby otrzymać 138 938,94 zł brutto na każdy miesiąc w 2018 roku więcej, w sytuacji gdy otrzymywane miesięczne

wynagrodzenie wynosiło po ok. 212 000 zł brutto.

Odwolujący wskazał również, że Konsorcjum_1 i Konsorcjum_2 podało inną wartość oraz zakres usług niż ta która wynika z dokumentów obrazujących realizację danego zamówienia, o czym Konsorcjum_1 oraz Konsorcjum_2 musiało wiedzieć skoro realizowało osobiście te usługi. Dodatkowo Konsorcjum_1 przedkładało oświadczenia własne odnoszące się do wartości jak i przedmiotu tychże usług. Jednocześnie gdyby nie opisane powyżej działania i w konsekwencji podanie całkowitej wartości zamówienia przypadającej na wszystkich konsorcjantów bądź na cały przedmiot zamówienia, w tym w zakresie nieobjętym warunkiem udziału w niniejszym postępowaniu, odpowiednio Konsorcjum_1 i Konsorcjum_2 nie spełniałoby warunków udziału w postępowaniu i nie mogłoby zostać zakwalifikowane do drugiego etapu postępowania. Działania Konsorcjum_1 oraz Konsorcjum_2 prowadzą do wniosku, iż Konsorcjum_1 i Konsorcjum_2 w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Odwołującego działanie takie stanowi podstawę do wykluczenia Konsorcjum_1 i Konsorcjum_2 na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, albowiem nawet błąd nieświadomy, wywołany z przyczyn niezależnych od wykonawcy stanowi podstawę do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, pod warunkiem, że błąd ten może mieć istotny wpływ na decyzję podejmowaną przez zamawiającego. Złożenie nieprawidłowego wykazu usług z całą pewnością było działaniem lekkomyślnym lub niedbalstwem. Odwołujący wskazał, że oceny, czy zachowanie to miało znamiona lekkomyślności/niedbalstwa, należy dokonywać w odniesieniu do dyspozycji art. 355 § 2 kodeksu cywilnego (k.c.), tj. zawodowej staranności. Zdaniem Odwołującego, zachodzą też w niniejszej sprawie przesłanki do wykluczenia Konsorcjum_1 oraz Konsorcjum_2 na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Do wykluczenia wykonawcy w oparciu o ww. przepis prawa konieczne jest kumulatywne spełnienie następujących przesłanek:

- wykonawca działał w sposób zamierzony lub w warunkach rażącego niedbalstwa,
- wskutek tego zachowania zamawiający został wprowadzony w błąd,
- błąd dotyczy informacji, co do istnienia podstaw wykluczenia wykonawcy, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

W niniejszym postępowaniu, należyta staranność określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru działalności Konsorcjum_1 (art. 355 § 2 k.c.). Podstawową działalnością Konsorcjum_1 oraz Konsorcjum_2 jest działalność w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia, a zatem Konsorcjum_1 i Konsorcjum_2 ma pełną świadomość tego, jakie czynności (usługi) można uznać za spełniające wymogi zamawiającego w zakresie usług polegających na ochronie fizycznej osób i mienia przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne, a jakie prace wymogu tego nie spełniają. Konsorcjum_1 oraz Konsorcjum_2 przed podjęciem decyzji o wskazaniu konkretnych usług jako spełniających warunki udziału w postępowaniu powinno dokonać ich weryfikacji, o ile w ogóle własne doświadczenie wymaga jakiegokolwiek weryfikacji, ponieważ musi ono być temu podmiotowi znane. Podobnie poszczególni wykonawcy wspólnie realizujący zamówienia publiczne powinni wiedzieć jaki zakres prac i o jakiej wartości został przez nich zrealizowany w ramach współpracy. Wskazać należy, iż znajomość zakresu zrealizowanych prac dotyczy również sytuacji w której przy realizacji polega się na podwykonawstwie. Taka wiedza jest bowiem niezbędna do prawidłowego rozliczenia się stron w ramach prowadzonej współpracy m.in. w zakresie otrzymanego wynagrodzenia. Różnice pomiędzy składanymi oświadczeniami i stanem faktycznym tłumaczone mogą być wyłącznie zamierzonym działaniem bądź też rażącym niedbalstwem. Dodatkowo należy wskazać, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem w dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp mieszczą się również sytuacje błędów pracownika wykonawcy, w takim przypadku bowiem dochodzi do winy w związku z niewłaściwym doбором pracownika do zadań, organizacji pracy pracowników bądź wykonawcy czy też nieprawidłowym nadzorem na pracownikami czy osobami którymi wykonawca posługuje się prowadząc działalność. Wykaz usług załączony przez Konsorcjum_1 oraz Konsorcjum_2 został wypełniony w taki sposób, by sprawić wrażenie, że spełnia on wymogi podmiotowe w postępowaniu. Tym samym można przyjąć, że zostały spełnione opisane wyżej przesłanki, gdyż zamawiający został wprowadzony w błąd, bowiem wbrew stanowi faktycznemu przyjął, że Konsorcjum_1 oraz Konsorcjum_2 spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej i nie polega wykluczeniu. Powodem przyjęcia takiego stanu rzeczy była treść oświadczenia (wykazu usług) złożona przez oba Konsorcja, oświadczenia odnoszące się do tak ważnych okoliczności dla przebiegu postępowania jakimi są warunki udziału w postępowaniu.

Kolejno Odwołujący wskazał, że Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz danych do ogłoszenia przewidział warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania ważnej na dzień składania wniosków koncesji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia wydanej zgodnie z ustawą z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia. Wykonawcy zobowiązani byli przedstawić koncesję w odniesieniu do każdego z członków konsorcjum. Punkt 7.1 lit a danych do ogłoszenia skorelowany z nim pkt 8.1. lit. a danych do ogłoszenia. Oświadczenia stanowiące załącznik nr 3 i 4 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przewidziane zostały w pkt 8.1 lit. g jako dokumenty pozwalające na wykazanie braku podstaw do wykluczenia w zakresie przesłanek wykluczenia o których mowa w art. 131e ust. 1 pkt 4 i 5 Pzp. Odwołujący wskazał, że Konsorcjum_1 nie skorzystał z możliwości złożenia odpowiednich dokumentów wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ponieważ przedłożył jedynie sam formularz wniosku. Mając powyższe na uwadze w dniu 7 października 2020 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum_1 i Konsorcjum_2 do przedłożenia brakujących dokumentów wymieniając w treści wezwania owe dokumenty. Oba Wykonawcy nie zastosowali się do treści wezwania. Analiza dokumentów złożonych w postępowaniu przez ww. Wykonawców doprowadziła Zamawiającego do konstatacji, iż wnioski te są niekompletne. Poczynienie takich przez Zamawiającego powinno za skutkować wykluczeniem Konsorcjum_1 z udziału w postępowaniu z uwagi na niewykazanie braku podstaw do wykluczenia, zaś w przypadku Konsorcjum_2 wykluczeniem z udziału w postępowaniu z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji uprawnień do prowadzenia określonej działalności oraz z uwagi na niewykazanie braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu. Co za tym idzie w tej sytuacji nie sposób znaleźć uzasadnienia dla kierowania do nich kolejnego, uzupełniającego wezwania. Takie wezwanie służyło wyłącznie obejściu dyspozycji art. 26 ust. 3 Pzp. Innymi słowy, ponowne wezwanie nie może zaś stanowić, wobec sankcji z art. 26 ust. 3 Pzp, czynności sanującej bierność Wykonawcy na etapie składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i pierwotnego wezwania nie może sanować nierzetelności wykonawcy. Natomiast w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający w treści wezwania z dnia 15 października 2020 r. wskazuje, iż wzywa do dostarczenia dokumentów „z uwagi na uzasadnione wątpliwości Zamawiającego co do poprawności przesłanych uprzednio dokumentów w szczególności braku koncesji”. Trudno pogodzić się z możliwością wzywania do wyjaśnień wątpliwości co do dokumentu, którym Zamawiający nie dysponuje. W treści wezwania brak choćby próby sformułowania uzasadnienia dla ponownego wezwania do oświadczeń z załącznika 3 i 4 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wezwanie do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów może być dokonywane tylko raz w stosunku do tego samego braku dotyczącego określonego oświadczenia lub dokumentu, składanych na potwierdzenie tych samych

okoliczności. Wyjątkowo dopuszcza się możliwość kolejnych wezwań, nawet w stosunku do tych samych oświadczeń i dokumentów, pod warunkiem, że wezwanie będzie dotyczyło innych okoliczności. Tymczasem w niniejszej sprawie wezwanie z dnia 7 października 2020 r. oraz z dnia 15 października 2020 r. dotyczyły tych samych okoliczności. Zdaniem Odwołującego Zamawiający w niniejszej sprawie kompleksowo w wezwaniu z dnia 7 października 2020 r. wezwał do przedstawienia wszystkich brakujących oświadczeń i dokumentów. Z tych względów Zamawiający nie miał podstaw do skierowania do Wykonawcy wezwania do złożenia dodatkowych dokumentów. Po ich uzyskaniu nie mógł brać pod uwagę ich treści oraz w nich stwierdzonych, albowiem zostały one złożone jako spóźnione z obejściem sankcji przewidzianej w art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Odwołujący zauważył ponadto, że Konsorcjum 2 w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zadania nr 3 powołało się na doświadczenie w realizacji podobnych usług przez Firmę Ochrony Szkolenia Asekuracji FOSA Sp. z o.o. Powyższe wynika z faktu, iż jedynym wspólnym wykonawcą z pośród kilku ubiegających się o udzielenie zamówienia w niniejszym postępowaniu oraz w przedłożonych dwóch usługach na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu jest Firma Ochrony Szkolenia Asekuracji FOSA Sp. z o.o. Tymczasem w postępowaniu prowadzonym przez 35 WOG w Krakowie na „Ochronę kompleksów wojskowych na terenie miasta Krakowa, Nowego Sącza, Tarnowa oraz miejscowości Rzęska w zakresie bezpośredniej stałej i doraźnej ochrony fizycznej terenu, obiektów, urządzeń oraz osób imienia realizowana przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne (SUFO)”, Konsorcjum firm w składzie Era Sp. z o.o., Jantar 2 sp. z o.o., FOSA Ochrona sp. z o.o., złożyło wykaz usług z którego wynika, iż doświadczenie w realizacji usługi na rzecz GIG w Katowicach w wysokości 8 072 264,82 zł brutto nabyła FOSA Ochrona sp. z o.o. Wartość podana w przywołanym wykazie zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu wyliczona została do dnia wystawienia referencji tj. do dnia 2 lipca 2019r. Zestawiając wartości odnoszące się do usługi realizowanej na rzecz 35 WOG przywołane przez Konsorcjum 2 w postępowaniu na rzecz Zamawiającego 10 933 792,51 zł brutto, z wartością podaną przez Konsorcjum firm w składzie Era Sp. z o.o. Jantar 2 sp. z o.o. FOSA Ochrona sp. z o.o. 8 072 264,82 zł brutto, prowadzi do wniosku, iż Firma Ochrony Szkolenia Asekuracji FOSA Sp. z o.o. wypracowała wartość 2 861 527, 69 zł brutto.

Odwołujący wyjaśnił także, że analiza opisu przedmiotu zamówienia w realizowanej usługi na rzecz GIG w Katowicach prowadzi do wniosku, iż przedmiot zamówienia nie obejmował wyłącznie usługi SUFO, ale również obiekty niepodlegające obowiązkowej ochronie, które realizowane są przez niekwalifikowanych pracowników ochrony. Konsorcjum 2 w wykazie usług oświadczył, iż wartość zrealizowanej umowy na rzecz GIG wynosi 10 933 792,51 zł brutto natomiast nie określił jaka wartość została zrealizowana przez pracowników kwalifikowanych. Odwołujący w treści odwołania zaprezentował wyliczenia z których wynika, że Firma Ochrony Szkolenia Asekuracji FOSA Sp. z o.o. nie zrealizowało wymaganej wartości usługi przez Zamawiającego tj. 7 000 000 min zł brutto, a tym samym Konsorcjum 2 nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Odnosząc się natomiast do usługi realizowanej na rzecz 26 WOG JW Wesola, Odwołujący wskazał, że Konsorcjum 2 złożyło w niniejszym postępowaniu oświadczenie, iż wymaganą wartość referencyjną wypracowała Firma Ochrony Szkolenia Asekuracji FOSA Sp. z o.o. Powyższe wynika z faktu, iż jedynym wspólnym wykonawcą z pośród kilku ubiegających się o udzielenie zamówienia w niniejszym postępowaniu oraz w przedłożonych dwóch usługach na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu jest Firma Ochrony Szkolenia Asekuracji FOSA Sp. z o.o. Zgodnie z przedłożoną referencją usługa realizowana była przez konsorcjum firm w składzie Ekspert Security Sp. z o.o., Firma Ochrony Szkolenia Asekuracji FOSA Sp. z o.o., Agencja Ochrony Mienia Matpol sp. z o.o. Tymczasem w postępowaniu prowadzonym przez 23 Bazę Lotnictwa Transportowego na „Ochronę fizyczną osób i mienia realizowaną przez SUFO na rzecz jednostek wojskowych”, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyło konsorcjum firm w składzie Ekspert Security Sp. z o.o., Biuro Szybkiej Interwencji Z. M. i wspólnicy Sp. z o.o. sp. k., Agencja Ochrony Mienia Matpol sp. z o.o., Kasta sp. z o.o., którzy wykazali się realizacją usługi na rzecz 26 WOG JW. Wesola. Podkreślić należy, iż żaden z członków tamtego konsorcjum nie ubiega się obecnie o udzielenie zamówienia w postępowaniu na 43 WOG. Podmiotem łączącym 23 BLT oraz 26 WOG JW. Wesola jest Ekspert Security Sp. z o.o., który nie jest uczestnikiem Konsorcjum 2 w postępowaniu na 43 WOG w Świątoszowie.

Powyższe prowadzi do uzasadnionych wątpliwości, która ze spółek rzeczywiście wypracowała wartości w ramach usługi realizowanej na rzecz 26 WOG. Zestawienie zaś oświadczeń składanych w poszczególnych postępowaniach prowadzi do wniosku, iż uczestnicy konsorcjum realizującego usługę na rzecz 26 WOG przypisują sobie wypracowane doświadczenie, w zależności od potrzeb postępowań w których biorą udział.

Reasumując, Odwołujący stwierdził, iż czynności dokonane przez Zamawiającego, opierające się na wskazanych powyżej błędach i zaniechaniach, są nieprawidłowe i w sposób bezsporny naruszają przepisy ustawy Pzp. W związku z powyższym, niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione i zasługuje na uwzględnienie, dlatego też wnoszę jak w petitum.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości. Odnosząc się do zarzutów odwołania wskazał, że Odwołujący nie trafnie podniósł, iż Zamawiający dokonał czynności polegającej na błędnym wezwaniu Konsorcjum 1 pismem z dnia 15 października 2020 r. do złożenia dokumentów. Zamawiający wyjaśnił, że w dniu 7 października 2020r. skierował do Konsorcjum 1 oraz Konsorcjum 2 wezwanie do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, wymienionych w pkt. 8 „Danych do ogłoszeniu do zamówienia” z terminem wykonania 8 października 2020r. Na wezwanie Wykonawca, jeszcze tego samego dnia przesłał informację, że osoba kompletująca wniosek omyłkowo nie załączyła stosownych dokumentów do wniosku, a wskazany w wezwaniu termin dostarczenia dokumentów jest dla niego nierealny i wystosował prośbę o wyznaczenie daty 12 października 2020r. Zamawiający ze względu na pilność sprawy oraz mając na uwadze, iż dokumenty i oświadczenia będące przedmiotem wezwania miały stanowić załącznik do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, składanego do dnia 6 października 2020r. oraz uwzględniając fakt, że siedziba Wykonawcy znajduje się od siedziby Zamawiającego w odległości pozwalającej na dostarczenie kompletu dokumentów we wskazanym przez Zamawiającego terminie, nie wyraził zgodny na przesunięcie terminu złożenia dokumentów na 12 października 2020r. W konsekwencji Konsorcjum 1 oraz Konsorcjum 2 dostarczył wymagane dokumenty i oświadczenia w terminie 8 października 2020r. Analiza i weryfikacja dostarczonych w dniu 8 października 2020r. przez Konsorcjum 1 oraz Konsorcjum 2 dokumentów wzbudziła u Zamawiającego uzasadnione wątpliwości, co do ich kompletności i po ponownym przeanalizowaniu stanu sprawy Zamawiający zdał sobie sprawę z faktu, iż termin z wezwania z dnia 7 października 2020r. mógł być - i jak się okazało - był nierealnym do spełnienia.

Zamawiający wskazał, iż informacja o wezwaniu do uzupełnienia dokumentów wysłana została w dniu 7 października 2020r. i jeszcze tego samego dnia o godzinie 16:07 osoba odpowiedzialna za kontakt z Zamawiającym po stronie Konsorcjum 1 i 2 wysłała informację z wnioskiem o wydłużenie terminu do 12 października 2020r. tj. 3 dni roboczych z uwagi na fakt, iż wyznaczony przez Zamawiającego termin tj. niecały jeden dzień roboczy był nierealnym na skompletowanie i dostarczenie przedmiotowych dokumentów. Zamawiający po ponownej analizie dokumentacji jak również korespondencji dokonanej pomiędzy nim a Konsorcjum 1 i Konsorcjum 2 doszedł do przekonania, iż wezwanie z

dnia 8 października 2020r. było wadliwe z uwagi na zbyt krótki czas jaki został wyznaczony Konsorcjum_1 i Konsorcjum_2 na uzupełnienie dokumentów, brak precyzyjnego wskazania stwierdzonych braków i żadanego zakresu uzupełnienia. Z uwagi na powyższe mając na względzie m.in. wyrok KIO z dnia 23 kwietnia 2012r. KIO 732/12 Zamawiający wezwał Konsorcjum_1 i Konsorcjum_2 tym razem w sposób nie pozostawiający wątpliwości o poprawności wezwania do uzupełnienia dokumentów poprzez dostarczenie aktualnej koncesji wydanej przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji na prowadzenie działalności w zakresie ochrony osób i mienia, oświadczenia wykonawcy że w stosunku do niego nie podjęto decyzji o cofnięciu poświadczenia bezpieczeństwa, o której mowa w art. 33 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010r. o ochronie informacji niejawnych, oświadczenia wykonawcy że nie naruszył zobowiązań w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw lub że nie uznano ich za nieposiadających wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa Państwa. Powyższe okoliczności w opinii Zamawiającego sprawiają, że zarzut Odwołującego jakoby doszło do wadliwego powtórnego wezwania jest chybiony i jako taki winien zostać oddalony.

Odnosząc się do kolejnych zarzutów Odwołującego w szczególności dotyczących nieprawidłowego badania i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum_1 w szczególności uznanie, iż oświadczenia złożone przez Konsorcjum w zakresie referencji są wystarczające do stwierdzenia, iż Konsorcjum_1 spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w zakresie kompetencji, oraz wskazaniu, iż Konsorcjum_1 celowo bądź, nieświadomie wprowadziło Zamawiającego w błąd co do treści w/w oświadczeń Zamawiający wskazał, iż uznał w/w oświadczenia mając na uwadze m.in. rozporządzenie w szczególności § 2 ust. 4 pkt. 2, które wskazuje, iż jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać dokumentów służących potwierdzeniu należytego wykonania usługi może złożyć oświadczenie. Ważne jest, że wykonawca na spełnianie warunków udziału w postępowaniu jest zobligowany do złożenia wykazu usług, a referencje czy inne dokumenty (w tym oświadczenie) jest jedynie potwierdzeniem należytego wykonania usługi. W tym miejscu z ostrożnością procesowej Zamawiający wskazuje, iż uznał obecnie panujący stan zagrożenia epidemicznego wirusem SARS-Cov2 jak uzasadnienie w występowaniu problemów z uzyskiwaniem różnego rodzaju dokumentów, jednocześnie nie zrezygnował ze sprawdzenia czy oświadczenia złożone przez Konsorcjum_1 w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej są prawdziwe i poparte faktami i w dniu 13 października 2020r. wystąpił do Dowódcy 31 Bazy Lotnictwa Taktycznego w Poznaniu-Krzesiny o weryfikację oświadczenia przedstawionego przez Konsorcjum nr 1. Tego samego dnia tj. 13 października 2020r. Zamawiający otrzymał odpowiedź od Dowódcy 31 Bazy Lotnictwa Taktycznego w Poznaniu-Krzesiny, iż koncesjonowany podmiot gospodarczy Silesjan System Security Biuro Ochrony Mienia sp. z o.o. z realizował w okresie 1.05.2018 do 30.04.2020 usługę na całodobową ochronę fizyczną osób i mienia na rzecz JW. 1517 i WKU Leszno będących na zaopatrzeniu 31 BLT. Podając, iż wartość zrealizowanej umowy przez w/w konsorcjum opiewała na kwotę 9 067 810,59 zł. Nadmienając o nałożonych karach, które jednak nie miały wpływu na należyte wykonanie umowy, które potwierdził w w/w piśmie. W związku z powyższym Zamawiający podjął decyzję o dopuszczeniu Konsorcjum_1 w przedmiotowym postępowaniu, składając zaproszenia do złożenia oferty w części nr 2.

Odnosząc się do zarzutów Odwołania w zakresie części 3 zamówienia, Zamawiający wskazał, że nie jest mu znana przyczyna złożenia odwołania przez Odwołującego wobec wniosku Konsorcjum_2, bowiem Konsorcjum_2 zostało wykluczone z postępowania przez Zamawiającego z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu o wykluczeniu.

Przystępujący_1 oraz Przystępujący_2 w pismach procesowych z dnia 21 listopada 2020r. wniesli o oddalenie odwołania w całości. Stwierdzili, że zasada jednokrotności wezwania wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp nie ma charakteru absolutnego. W określonych sytuacjach możliwe jest ponowne wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, w szczególności jeżeli poprzednie wezwanie było wadliwe. Wezwanie z 7 października 2020 r., skierowane przez Zamawiającego do Przystępującego_1 i Przystępującego_2, było wadliwe, ponieważ Zamawiający nie określił szczegółowo, jakie są podstawy faktyczne wezwania, nie opisał stwierdzonych braków i nie sprecyzował żadanego zakresu uzupełnienia. Ponadto w wezwaniu doręczonym Przystępującym w dniu 7 października 2020 r. w godzinach popołudniowych Zamawiający wezwał ich do złożenia dokumentów w następnym dniu (8 października 2020 r.) w Kancelarii Jawnej Zamawiającego w Świętoszowie. Natomiast siedziba Lidera konsorcjum Przystępujących znajduje się we Wrocławiu. Termin wyznaczony na uzupełnienie był zatem nieodpowiedni. W konsekwencji, Zamawiający był zobowiązany do ponownego wezwania do uzupełnienia dokumentów, co uczynił pismem z 15 października 2020 r. Podkreślili, że sam Zamawiający na wstępie tego pisma powołał się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z 23 kwietnia 2012 r. KIO 732/12 i z 20 lipca 2012 r. KIO 1418/12, zgodnie z którymi w przypadku wadliwości pierwszego wezwania do uzupełnienia dokumentów konieczne jest skierowanie kolejnego wezwania do wykonawcy. Zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp poprzez skierowanie do Przystępującego_1 oraz Przystępującego_2 wezwania z 15 października 2020 r. do uzupełnienia dokumentów oraz uwzględnienie przy badaniu i ocenie wniosku dokumentów uzupełnionych w odpowiedzi na to wezwanie są zatem nieuzasadnione. Tym samym nieuzasadniony jest również zarzut, że Przystępujący_1 i Przystępujący_2 nie wykazał braku podstaw wykluczenia z art. 131e ust. 1 pkt 4) i 5) Pzp. Przystępujący przedłożyli bowiem wymagane w tym zakresie dokumenty w odpowiedzi na wezwania z 7 i 15 października 2020 r. W ocenie Przystępującego_1 oraz Przystępującego_2 zarzut, że nie wykazali oni spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, jest nieuzasadniony. Gdyby jednak Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła zarzut Odwołującego, że Przystępujący nie wykazał spełniania tego warunku, żądanie nakazania Zamawiającemu wykluczenia Przystępujących z postępowania z tego powodu jest przedwczesne. Wątpliwości przedstawiane przez Odwołującego powinny bowiem w pierwszej kolejności zostać wyjaśnione w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. W ramach ewentualnego ponownego badania i oceny wniosków Zamawiający będzie zatem zobowiązany do ponownego wystosowania do Przystępującego wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Przystępujący_1 oraz Przystępujący_2 zaprzeczyli także, że przedstawili nieprawdziwe informacje, a tym bardziej że działali celowo lub działali w zamiarze wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Zauważyli, że wbrew twierdzeniom Odwołującego zarówno ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, jak i dane do ogłoszenia zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego nie zawierały żadnych regulacji i wymogów w zakresie sposobu badania doświadczenia w przypadku poprzednich zamówień realizowanych jako konsorcjum czy w przypadku zamówień o szerszym zakresie niż doświadczenie wymagane przez Zamawiającego w tym postępowaniu. Przystępujący_1 oraz Przystępujący_2 stwierdzili, że nie ukrywali informacji o realizacji usług ujętych w wykazie w ramach konsorcjów czy o przedmiocie umów, na podstawie których usługi te były realizowane. W ich opinii, dowody przedstawione przez Odwołującego mają jedynie charakter poszlakowy, stanowią tylko pewne jego domysły co do zachowania Przystępującego_1 oraz Przystępującego_2 i są oparte na niepełnych informacjach pochodzących z innych postępowań. Wyliczenia dotyczące wartości realizowanych usług są zupełnie dowolne, dokonane w szczególności bez znajomości kosztów realizacji tych usług przyjętych do kalkulacji wynagrodzenia. Zarzucili, że Odwołujący dokonał ponadto szeregu różnych założeń, na podstawie których przypisuje Przystępującemu oświadczenia, których Przystępujących w ogóle nie

składał. Przykładowo przypisuje Przystępującemu złożenie w wykazie usług oświadczeń, że SILEZJAN SYSTEM SECURITY - Biuro Ochrony Mienia Sp. z o.o. wypracowała podane w wykazie wartości, mimo że takich oświadczeń w wykazie brak. Wbrew sugestiom Odwołującego, po zakończeniu realizacji zamówienia dla 31 BLT, pismem z 25 czerwca 2020 r. SILEZJAN EKO Sp. z o.o. wystąpił do 31 BLT o wydanie referencji potwierdzających należyłą realizację zamówienia. Do daty złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu referencje nie zostały jednak wydane z przyczyn niedotyczących wykonawcy. Zgodnie z treścią Odwołania Zamawiający potwierdził należyłą realizację tego zamówienia bezpośrednio u Zamawiającego, na którego rzecz zostało ono wykonane. Niewydanie referencji nastąpiło zatem z przyczyn leżących po stronie 31 BLT, na co Przystępujący nie ma wpływu.

W opinii Przystępującego_1 oraz Przystępującego_2 ewentualne wykluczenie go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) lub 17) Pzp, powinno zostać poprzedzone podjęciem przez Zamawiającego procedury wyjaśnienia tych wątpliwości, w szczególności na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp. Również z tego względu żądanie przez Odwołującego nakazania Zamawiającemu wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) lub 17) Pzp jest co najmniej przedwczesne.

Sygn. akt KIO 2846/20

Odwołujący_2- Konsorcjum firm: Silezjan System Security Biuro Ochrony Mienia Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Fosa Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, Era Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, Novia Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, Firma Ochrony Szkolenia Asekuracji FOSA Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, Ekspert Security DUO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Ekspert Security AT Sp. z o.o. z siedzibą w Jabłonnej wniosł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12), art. 7 ust. 1, art. 25 ust. 1 i ust. 2 Pzp oraz § 2 ust. 4 pkt 2) rozporządzenia, poprzez przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia oraz wykluczenie Odwołującego z postępowania, mimo że Odwołujący przedstawił dokumenty wymagane przez Zamawiającego na potwierdzenie spełniania tego warunku, w szczególności referencje potwierdzające należyte wykonanie usług, wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, i podpisane przez osobę posiadającą wiedzę pozwalającą na wystawienie referencji o takiej treści.

W oparciu o tak przedstawione zarzuty Odwołujący wniosł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,
- unieważnienia czynności dokonanych po wykluczeniu Odwołującego z postępowania, w szczególności czynności zaproszenia pozostałych wykonawców do składania ofert na realizację zamówienia w zakresie zadania nr 3,
- powtórzenia czynności badania i oceny wniosków wykonawców o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w zakresie zadania nr 3.

Odwołujący_2 wskazał, że zgodnie z Ogłoszeniem i Danymi do ogłoszenia o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy spełniający warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający wymagał od wykonawców m.in. doświadczenia w zakresie wykonania co najmniej dwóch usług, polegających na ochronie fizycznej osób i mienia przez Specjalistyczne Uzbrowione Formacje Ochronne na kwotę 7 milionów złotych brutto każda usługa (punkt 7.3.a) Danych do ogłoszenia i punkt III.2.3) ogłoszenia). W celu wykazania spełniania powyższego warunku wykonawcy byli zobowiązani załączyć do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykaz wykonanych usług i dowody, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie (punkt III.2.3) ogłoszenia i punkt 7.3.a) Danych do ogłoszenia). Odwołujący_2 wyjaśnił, że złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w zakresie zadania nr 3 (jednostki i instytucje wojskowe dyslokowane w m. Głogów). W wykazie wykonanych usług ujął m.in. usługę ochrony fizycznej osób i mienia oraz monitorowania wykonaną w okresie od 1 lutego 2016 r. do 31 grudnia 2018 r. na rzecz Jednostki Wojskowej nr 1230 Wesola, będącej na zaopatrzeniu 26 WOG w Zegrzu. Na potwierdzenie należytego wykonania tej usługi Odwołujący przedłożył referencję wystawioną przez Jednostkę Wojskową nr 1230 w dniu 14 lutego 2019 r. i podpisaną przez sierżanta Ł. G.

Pismem datowanym na 15 października 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego_2, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, do przedstawienia prawidłowej referencji dotyczącej powyższej usługi, ponieważ przedłożona referencja nie została podpisana przez osobę uprawnioną do jej wydania, tj. Komendanta 26 WOG. W odpowiedzi Odwołujący wyjaśnił, iż zakwestionowana referencja została wystawiona przez Jednostkę Wojskową nr 1230 Warszawa - Wesola jako podmiot, na rzecz którego usługa była świadczona. Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący przedstawił umowę na świadczenie tych usług.

Dalej wskazał, że Zamawiający pismem datowanym na 21 października 2020 r. poinformował go o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp. W uzasadnienie swojej decyzji Zamawiający podał, iż uzyskał informację z 26 WOG w Zegrzu, że referencje przedstawione przez Odwołującego_2 nie zostały podpisane przez osobę upoważnioną do podpisania takiego dokumentu, tj. Komendanta 26 WOG. Zamawiający podał ponadto, że również Jednostka Wojskowa 1230 w Wesolej, powołując się na zapis decyzji 145/MON z 13 lipca 2017 r., potwierdziła, że osoba, która podpisała referencję, nie jest uprawniona do wystawienia takiego dokumentu.

W ocenie Odwołującego_2 decyzja Zamawiającego o wykluczeniu go z postępowania była niezasadna. Wyjaśnił, że sporna usługa świadczona była na podstawie umowy nr 20/SO/O/2016 z 21 stycznia 2016 r. zawartej ze Skarbem Państwa - 26 Wojskowym Oddziałem Gospodarczym przy udziale Jednostki Wojskowej 1230 Warszawa - Wesola. 26 Wojskowy Oddział Gospodarczy był określany w umowie jako Zamawiający, ponieważ przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia oraz pełnił funkcję płatnika wynagrodzenia za usługi świadczone na podstawie tej umowy. Przedmiotem umowy były usługi ochrony fizycznej osób i mienia na rzecz Jednostki Wojskowej nr 1230 Warszawa - Wesola, zwanej w umowie Beneficjentem (§ 1 umowy). Osobą odpowiedzialną za realizację umowy ze strony Beneficjenta był Komendant Ochrony Jednostki Wojskowej nr 1230 Warszawa - Wesola (§ 17 umowy). Zamawiający upoważnił przedstawiciela Beneficjenta do realizacji umowy w jego imieniu w zakresie jej faktycznego koordynowania z Wykonawcą (§ 17 ust. 1 umowy). Umowa określa obowiązki Beneficjenta w zakresie współdziałania z wykonawcą i zapewnienia mu odpowiednich warunków świadczenia usług (np. § 2 umowy). Komendant Ochrony Jednostki Wojskowej nr 1230 Warszawa - Wesola nadzorował codzienną realizację zadań ochronnych przez pracowników wykonawcy (§ 8 ust. 5 umowy). Beneficjent miał prawo kontroli wykonywania zadań ochronnych przez pracowników wykonawcy (§ 9 ust. 2-5) oraz do wydawania dowódcy ochrony wykonawcy poleceń związanych z realizacją zadań ochronnych (§ 9 ust. 6-7 umowy). Wyjaśnił także, że zapłata wynagrodzenia następowała w okresach miesięcznych, na podstawie faktur VAT wystawianych przez wykonawcę w oparciu o harmonogram przepracowanych miesięcznie godzin przez pracowników ochrony i protokół odbioru wykonanych usług za dany miesiąc (§ 11 ust. 7, 8 i 11 umowy). Harmonogram i protokół wymagały podpisu przedstawiciela Beneficjenta (§ 11 ust. 12 umowy). Ponadto, wykonawca odpowiadał wobec Beneficjenta za szkody wynikłe wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy (§ 5 i § 14 ust. 7 umowy).

Odwołujący_2 podkreślił, że sierżant Ł. G., który podpisał referencje przedstawione przez Odwołującego, pełnił w okresie realizacji powyższej umowy funkcję nieetatowego Komendanta Ochrony w Jednostce Wojskowej 1230 Warszawa - Wesola oraz pełnił tę funkcję nadal. Z racji pełnionej funkcji sierżant Ł. G. brał udział w realizacji umowy ze strony Beneficjenta oraz zastępował etatowego Komendanta Ochrony w czasie jego absencji. W ramach swoich obowiązków sierżant Ł. G. wielokrotnie podpisywał m.in. protokoły odbioru usług, na podstawie których 26 Wojskowy Oddział

Gospodarczy regulował wynagrodzenie wykonawcy.

Odwolujący₂ wskazał, że rodzaje dokumentów, których zamawiający może żądać od wykonawców w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, określa rozporządzenie, w związku z czym Zamawiający nie może żądać w toku postępowania innych dokumentów niż określone w SIWZ lub ogłoszeniu o zamówieniu. Zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia, dowodami określającymi, czy usługi ujęte w wykazie, zostały wykonane lub są wykonywane należycie, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi te były wykonywane. W postępowaniu, którego dotyczy odwołanie, Zamawiający powtórzył tą regulację w ogłoszeniu o zamówieniu i w danych do ogłoszenia. Podmiotem, na rzecz którego usługi były wykonywane, niekoniecznie musi być podmiot, który podpisał umowę z wykonawcą i zlecił mu świadczenie usług. Przykładowo w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowany jest pogląd, iż referencje dotyczące prac wykonanych przez podwykonawcę może wystawić zarówno wykonawca, z którym podwykonawca zawarł umowę, jak i inwestor, będący ostatecznym odbiorcą tych prac. Ostateczny odbiorca prac jako ich użytkownik ma bowiem wystarczające informacje, by ocenić jakość tych prac oraz czy zostały one wykonane należycie (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 11 października 2010 r. sygn. akt: KIO/UPZ 2127/10). W związku z powyższym Odwołujący₂ stwierdził, że referencje mógł wystawić zarówno 26 Wojskowy Oddział Gospodarczy (podmiot, który przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia, i który zawarł z wykonawcą umowę na realizację zamówienia), jak i Jednostka Wojskowa nr 1230 Warszawa - Wesola. Jednostka Wojskowa była bowiem finalnym odbiorcą usług. Zgodnie z postanowieniami umowy Jednostka Wojskowa jako Beneficjent była uprawniona do kontrolowania jakości usług oraz potwierdzała co miesiąc należyte wykonanie usług poprzez podpisywanie protokołów odbioru i harmonogramów przepracowanych godzin. Jednostka Wojskowa nr 1230 Warszawa - Wesola jest zatem podmiotem, na rzecz którego usługi były wykonywane, w rozumieniu § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia, i jest uprawniona do wystawienia referencji.

Odwolujący₂ odnosząc się do decyzji 145/MON z 13 lipca 2017 r., powołanej w uzasadnieniu decyzji Zamawiającego o wykluczeniu go z postępowania, podniósł, że określa ona zasady postępowania w kontaktach z wykonawcami oraz ma zastosowanie wobec pracowników i żołnierzy komórek organizacyjnych Ministerstwa Obrony Narodowej, jednostek organizacyjnych podległych Ministrowi Obrony Narodowej lub przez niego nadzorowanych, oraz wobec osób fizycznych świadczących pracę na podstawie umów cywilnoprawnych w powyższych komórkach lub jednostkach organizacyjnych. Decyzja ta nie jest zatem źródłem prawa powszechnie obowiązującego oraz nie może zmienić przepisów Pzp i wydanego na jej podstawie rozporządzenia. Zamawiający nie może zatem ograniczać praw wykonawców wynikających z prawa powszechnie obowiązującego poprzez wymaganie przedłożenia referencji podpisanej przez podmioty wskazane w tej decyzji. Podkreślił także, że jedynym postanowieniem w decyzji 145/MON z 13 lipca 2017 r. odnoszącym się do referencji jest § 12 załącznika do decyzji, który w szczególności stanowi, iż dopuszczalne jest udzielenie wykonawcy pozytywnych referencji (poświadczenia) w związku z należyтым wykonaniem przez niego umowy oraz że referencji udziela w formie pisemnej zamawiający po uprzednim ustaleniu należytego wykonania umowy. Paragraf 12 decyzji określa zatem warunki wystawienia referencji, nie określa natomiast, kto konkretnie jest uprawniony do ich podpisania. Usługi objęte sporną referencją zostały wykonane należycie. Referencja ta jest zatem zgodna z decyzją MON, na którą powołał się Zamawiający.

Odwolujący₂ podkreślił, że referencje stanowią oświadczenie wiedzy, a nie oświadczenie woli. Nie ma zatem wymogu, by referencje podpisała osoba upoważniona do reprezentacji danego podmiotu, gdyż wystarczające jest podpisanie referencji przez osobę, która pełni funkcję, dającą wystarczającą wiedzę czy wiadomości, by potwierdzić należyte wykonanie usług i wystawić referencje o takiej treści. Powołując się na wyrok KIO z dnia 12 października 2010 r., sygn. KIO 2108/10 wskazał, że uprawnienie do podpisania referencji wynika najczęściej z wewnętrznych uregulowań jednostki, a ewentualne podpisanie jej przez osobę nieuprawnioną nie powoduje z mocy prawa nieważności referencji. Referencje może zatem wystawić każdy, kto ma wystarczające informacje, pozwalające uznać należyłą jakość wykonanych usług, a jak wskazał powyżej, osoba, która podpisała sporne w tej sprawie referencje, z racji pełnienia funkcji, miała wystarczającą wiedzę na temat realizacji zamówienia, pozwalającą na wystawienie pisemnego poświadczenia należytego wykonania usług. W związku z powyższym referencje przedstawione przez Odwołującego₂ są referencjami wystawionymi przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, oraz potwierdzają należyte wykonanie tych usług. Tym samym Odwołujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia i powinien zostać zaproszony do złożenia oferty. Zamawiający nie obalił bowiem domniemania prawdziwości stwierdzeń zapisanych w referencji, że usługi zostały wykonane należycie.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości. Wyjaśnił, że w dniu 12.10.2020r. Zamawiający z uwagi na wątpliwości co poprawności wystawienia referencji z dnia 14.02.2018r. przez sierżanta Ł. G. oraz ich prawdziwości wystąpił do Komendanta 26 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Zegrzu o weryfikację przedstawionych przez Ekspert Security, Firma Ochrony Szkolenia Asekuracji, Agencji Ochrony Mienia w latach 2016-2018 referencji. W odpowiedzi na w/w zapytanie w dniu 13.10.2020r. otrzymał pismo Komendanta 26 WOG w Zegrzu Pułkownika G. G. z którego wynikało jednoznaczne stwierdzenie, iż 26 WOG z siedzibą w Zegrzu nie wystawił na rzecz firmy Ekspert Security sp. z o.o. referencji. Ponadto z treści przedmiotowego pisma wynikało, iż dokument przedstawiony przez Odwołującego₂ nie jest referencją a osoba, która go podpisała nie posiadała żadnego umocowania do wyrażania oświadczenia wiedzy w postaci zatwierdzenia referencji. W ocenie Zamawiającego w/w dokument w sposób jednoznaczny wskazywał, iż Konsorcjum₂ nie przedstawił dokumentów wymaganych w zamówieniu w postaci potwierdzenia należytego wykonania umowy. W ocenie Zamawiającego koniecznym jest wskazanie, iż Komendant 26 WOG z siedzibą w Zegrzu wskazał, iż „26 WOG nie potwierdza przesłanego dokumentu jako referencji beneficjenta usług świadczonych przez firmę Ekspert Sp. z o.o. na jego rzecz” a tym samym nie potwierdził należytego wykonania tychże usług.

Kolejno Zamawiający wyjaśnił, że w związku z powyższym pismem poinformował Odwołującego₂ co do wątpliwości w zakresie referencji jakie zostały dołączone do wniosku. Odpowiadając na powyższe Odwołujący₂ podniósł, iż przedmiotowe referencje dotyczą realizacji umowy nr 20/SOO/2016 z dnia 21.01.2016r. gdzie stronami umowy są 26 WOG z siedzibą w Zegrzu - zamawiający, a beneficjentem jest Jednostka Wojskowa 1230 Warszawa - Wesola. Odwołujący wskazał, iż zgodnie z § 1 ust. 2 ww. umowy przedmiotem umowy jest świadczenie usług w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia przez specjalistyczne uzbrojone formacje obronne na rzecz Jednostki Wojskowej 1230 Warszawa - Wesola. Ponadto Odwołujący₂ wskazał, iż §17 przedmiotowej umowy określił podmioty i zakres w jakim podmioty te upoważnione są do składania oświadczeń w imieniu Zamawiającego. W ocenie Odwołującego₂ Zamawiający upoważnił Beneficjenta do realizacji w jego imieniu w/w umowy.

Zamawiający odnosząc się do powyższego stanowiska wskazał, że zgodnie z przywołanym § 17 umowy z dnia 21.01.2016r. osobami upoważnionymi za realizację umowy w zakresie upoważnień i oświadczeń ze strony Zamawiającego są Kierownik Sekcji Ochrony Obiektów a ze strony Beneficjenta Komendant Ochrony Jednostki Wojskowej. Zauważył, że Odwołujący pominął postanowienia §17 ust 1 pkt. 1 w/w umowy które w sposób jednoznaczny wskazują, iż „zamawiający upoważnia przedstawicieli Beneficjenta do realizacji umowy w jego imieniu, w zakresie faktycznego koordynowania z Wykonawcą, w ścisłej współpracy z przedstawicielem Zamawiającego wymienionym w ust.

1". Według Zamawiającego referencje z dnia 14.02.2019r. zostały wystawione w sposób wadliwy i nie mogły świadczyć o należyтым wykonaniu umowy albowiem zgodnie ze wskazanym powyżej zapisem §17 ust 1 pkt. 1 oświadczenia wiedzy winny zostać wydane jedynie w ścisłej współpracy z 26 WOG w Zegrzu. W ocenie Zamawiającego posiadając wiedzę wynikającą z pisma z dnia 13.10.2020r. wystawionego przez Komendanta 26 WOG w Zegrzu tj. o braku potwierdzenia należytego wykonania usługi przez Odwołującego_2 wraz z informacją, iż osoba podpisana na dokumencie na który Odwołujący się powołuje nie jest w żadnym stopniu upoważniona do wydawania oświadczeń woli czy wiedzy za 26 WOG w Zegrzu Zamawiający zmuszony był wykluczyć Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Zamawiający wskazał ponadto, że referencje nie tylko zostały wystawione w sposób sprzeczny z postanowieniami umowy nr 20/SO0/2016 z dnia 21.01.2016r. tj. z pominięciem Zamawiającego 26 WOG w Zegrzu, ale zostały również podpisane przez osobę nie upoważnioną, albowiem nawet jeżeli przyjąć twierdzenia Odwołującego_2 za słuszne upoważnionym do podpisu oświadczeń był jedynie Komendant Ochrony Jednostki Wojskowej nr 1230 Warszawa — Wesoła a podpis na spornym dokumencie złożył sierżant Ł. G. tj. podoficer sztabowy. W związku z powyższym brak było możliwości, aby uznać dokumentu z dnia 14.02.2019r. jako potwierdzenia należytego wykonania umowy albowiem Odwołujący_2 miał pełną świadomość postanowień zawartych w umowie 20/800/2016 z dnia 21.01.2016r. jak również był w posiadaniu informacji, iż Komendant 26 WOG w Zegrzu wskazał, iż nie potwierdza prawdziwości informacji zawartych w w/w dokumencie. Pomimo w/w świadomości Odwołujący_2 nie dokonał korekty w/w dokumentu np. w trybie art. 87 Pzp i nie załączył np. oświadczenia dotyczącego należytego wykonania usługi z jednoczesnym wskazaniem, iż wycofanie referencji z dnia 14.02.2019r. i złożenie w ich miejsce oświadczenia spowodowane jest obiektywną przyczyną tj. koniecznością uzyskania poprawnych referencji od 26 WOG w Zegrzu w których w sposób bezsprzeczny zostało by wskazane należyte wykonanie usługi przez Odwołującego. Zamawiający wskazał, że „zgodnie z art. 58 dyrektywy 2014/24/EU instytucje zamawiające mogą w szczególności wymagać, aby wykonawcy mieli wystarczający poziom doświadczenia wykazany odpowiednimi referencjami dotyczącymi zamówień wykonanych wcześniej. Art. 60 ww. dyrektywy stanowi podstawę dla instytucji zamawiających do żądania dokumentów, na podstawie których następować będzie weryfikacja podmiotowa wykonawców pod kątem zaistnienia ewentualnych przesłanek wykluczenia oraz posiadanego potencjału do realizacji zamówienia. Zgodnie z treścią tego przepisu, dokumentami tymi mogą być zaświadczenia, oświadczenia, inne środki dowodowe” (Wyrok KIO z 4.01.2018 r., KIO 2671/17, LEX nr 2442424).

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że obaj Odwołujący spełniają określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. mają interes w uzyskaniu zamówienia, a zarzucane naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez nich szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści Danych do ogłoszenia, treści wezwania Zamawiającego z dnia 7 października 2020r., 15 października 2020r., korespondencji Zamawiającego z Konsorcjum_1 oraz Konsorcjum_2 datowaną na dzień 7 oraz 8 października 2020r., treści dokumentów złożonych na wezwanie Zamawiającego z dnia 7 października 2020r., w tym wykazu usług wykonanych przez Konsorcjum_1 oraz Konsorcjum_2, dowodów załączonych przez Odwołującego do odwołania oraz treści pism procesowych przedstawionych przez Zamawiającego i Przystępującego_1 oraz Przystępującego_2 na rozprawie.

Na podstawie ww. dokumentów Izba ustaliła, że stan faktyczny sprawy nie jest sporny i został przedstawiony w odwołaniu oraz odpowiedzi na odwołanie adekwatnie do treści przywołanych powyżej dokumentów.

Sygn. akt KIO 2844/20

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego dotyczącego nieprawidłowym posłużeniem się przez Konsorcjum_1 oświadczeniem własnym, zamiast referencji w celu potwierdzenia należytego wykonania usługi na rzecz 31 BLT, skład orzekający uznał zarzut za niezasadny.

Wskazać należy, że zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać m.in. wykazu dostaw lub usług wykonanych 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 należyście, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy.

Treść ww. przepisu wskazuje na to, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązany jest podjąć starania w celu pozyskania dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia od podmiotu, na rzecz którego było ono realizowane. Dopiero w sytuacji, gdy dokumentu takiego nie będzie w stanie pozyskać, uprawniony jest do złożenia w tym przedmiocie oświadczenia, przy czym brak możliwości pozyskania ww. dokumentu musi wynikać z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze. Z przepisu tego należy również wywieść, że składając Zamawiającemu oświadczenie, o którym mowa powyżej, wykonawca powinien wskazać Zamawiającemu, że nie był w stanie pozyskać stosownych dokumentów, a zatem, że podjął środki w celu ich pozyskania, ale środki te okazały się nieskuteczne, a także określić przyczynę nie uzyskania takich dokumentów, przy czym przyczyna ta powinna mieć obiektywny charakter.

Izba ustaliła, że w złożonym oświadczeniu z dnia 2 października 2020r. Konsorcjum_1 wskazało, że powodem złożenia oświadczenia własnego jest fakt przedłużającej się procedury uzyskania referencji, związanej z organizacją pracy Zamawiającego (31 BLT). Wyjaśniło także, że zwróciło się do Zamawiającego o wystawienie referencji, jednak do momentu złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie otrzymało odpowiedzi. W ocenie Konsorcjum_1 powyższe spowodowane jest panującą w kraju pandemią koronawirusa, która utrudnia szybkie uzyskiwanie takich dokumentów. Ponadto Konsorcjum_1 wraz pismem procesowym złożonym na rozprawie przedłożyło dowód, z którego wynika, że w dniu 25 czerwca 2020r. zwróciło się do Zamawiającego – 31 BLT o wystawienie referencji dotyczącej realizacji umowy na całodobową ochronę fizyczną osób i mienia na rzecz JW1517 i WKU Leszno będących na zaopatrzeniu 31 BLT realizowanej w okresie 1.05.2018 – 30.04.2020r.

Uwzględniając złożone przez Konsorcjum_1 wyjaśnienia oraz powyższy dowód Izba w składzie orzekającym uznała, że w niniejszej sprawie Konsorcjum_1 zdołało wykazać, że podjęło starania w celu pozyskania referencji od 31 BLT i w związku z ich nieuzyskaniem w sposób uprawniony posłużyło się oświadczeniem własnym.

Izba odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Konsorcjum_1 w związku z niespełnieniem przez Konsorcjum_1 warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej ustaliła, że w

zakresie części 2 zamówienia wykonawcy musieli wykazać się m.in. zrealizowaniem dwóch usług polegających na ochronie fizycznej osób i mienia przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne na kwotę 4 000 000 zł.

Konsorcjum_1 w przedłożonym na wezwanie Zamawiającego wykazie wykonanych lub wykonywanych usług (załącznik nr 2) na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu podało usługę realizowaną na rzecz 31 Bazy Lotnictwa Taktycznego w Poznaniu o wartości brutto 8 514 884,20 zł oraz drugą usługę realizowaną na rzecz MPWiK S.A. we Wrocławiu o wartości brutto 6 247 248, 87 zł.

Ponadto Izba ustaliła, że z przedłożonych przez Odwołującego dowodów wynika, że usługa świadczona na rzecz 31 BLT realizowana była przez Konsorcjum w składzie 3 firm: Silezjan EKO sp. z o.o., Silezjan System Security Biuro Ochrony Mienia sp. z o.o. oraz Makropol sp. z o.o. Jak natomiast wynika z oświadczenia złożonego przez firmę Makropol sp. z o.o. w postępowaniu prowadzonym przez 33 Bazę Lotnictwa Transportowego w Powidzu na „Świadczenie całodobowej ochrony osób i mienia w systemie zmianowym realizowanym przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne (SUFO) w latach 2020-2022” o.o. podczas realizacji usługi świadczonej dla 31 BLT wypracował on usługę o wartości 3 970 803,60 zł.

Uwzględniając powyższe skład orzekający uznał, że w niniejszym stanie faktycznym zaistniała konieczność ustalenia konkretnego udziału w wykonaniu zamówienia przez poszczególnych konsorcjantów w celu ustalenia, że wykonawca na którego doświadczenie powołuje się Konsorcjum_1 posiada doświadczenie pod względem wartościowym wymaganym przez Zamawiającego w części 2 zamówienia.

Powyższe stanowisko znajduje swoje oparcie w judykaturze Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w tym w wyroku w sprawie Esaprojekt z dnia 4 maja 2017r. C-387/14, w którym to Trybunał orzekł, że gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. Trybunał wskazał, że wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców. Wynika z tego, że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie nie brał udziału.

W opinii składu orzekającego również w odniesieniu do usługi świadczonej na rzecz MPWiK S.A. istnieją uzasadnione wątpliwości, czy wartość wskazana w wykazie usług przez Konsorcjum_1 obejmowała tylko i wyłącznie usługę polegającą na świadczeniu ochrony przez SUFO. Podkreślić bowiem należy, że z przedłożonych przez Odwołującego dowodów wynika, że przedmiot zamówienia nie obejmował wyłącznie usługi SUFO, ale także usługi realizowane przez pracowników niekwalifikowanych, usługi inkaso, podłączenie SSWIN i monitorowanie obiektów i pojazdów GI.

W konsekwencji Zamawiający zobowiązany będzie do wezwania Konsorcjum_1 do złożenia wyjaśnień w zakresie usług wskazanych w wykazie celem wyjaśnienia czy wykonawca ten posiada wymagane przez Zamawiającego doświadczenie. Ustalenie natomiast, że wskazane w wykazie usługi nie potwierdzają posiadania przez Konsorcjum_1 wymaganego doświadczenia skutkować będzie wykluczeniem Konsorcjum_1 z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, bowiem w niniejszej sprawie brak jest możliwości wezwania tego wykonawcy o przedłożenie nowego wykazu usług, z uwagi na fakt, że Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wzywał już w dniu 7 października 2020r. Konsorcjum_1 do złożenia m. in. wykazu usług wymienionego w punkcie 8.2 lit. b danych do ogłoszenia.

Skład orzekający za przedwczesne uznał zarzuty dotyczące naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, bowiem ustalenie, że Konsorcjum_1 wprowadziło Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej będzie możliwe dopiero po złożeniu wyjaśnień przez Konsorcjum_1 co do rzeczywistej wartości usługi zrealizowanej przez Silezjan System Security Biuro Ochrony Mienia sp. z o.o. na rzecz 31 BLT realizowanej w ramach konsorcjum 3 firm oraz wartości usługi świadczonej przez wykonawcę Silezjan EKO sp. z o.o. na rzecz MPWiK S.A.

Izba w składzie orzekającym nie podzieliła zarzutu dotyczącego naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum_1 z postępowania, pomimo że Konsorcjum_1 nie wykazało, że nie zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia o których mowa w art. 131e ust. 1 pkt 4 i 5 Pzp, ponieważ Konsorcjum nie złożyło oświadczeń ani wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu ani w odpowiedzi na wezwanie z dnia 7 października 2020r. wydane na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Odnosząc się do powyższego zarzutu w pierwszej kolejności wskazać należy, że Izba ustaliła, że Zamawiający w punkcie 8.1 oraz 8.2 Danych do ogłoszenia ustanowił wymóg aby wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu każdy z wykonawców złożył aktualne na dzień składania wniosku oświadczenia i dokumentu w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W związku z okolicznością, że z Konsorcjum_1 wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie złożyło wymaganych w punkcie 8 Danych do ogłoszenia dokumentów i oświadczeń, Zamawiający pismem z dnia 7 października 2020r. wezwał Konsorcjum_1 w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów „potwierdzających okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, wymienionych w pkt 8 Danych do ogłoszenia”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Konsorcjum_1 złożyło w dniu 8 października 2020 r. dokumenty za wyjątkiem:

a) oświadczenia Wykonawcy będącego osobą fizyczną, spółką jawną partnerską, komandytową, komandytowo- akcyjną lub osobą prawną, że w stosunku do takiej osoby, współnika, partnera lub członka zarządu, komplementariusza, urzędującego członka organu zarządzającego lub w związku z podejmowanym przez niego działaniem lub zaniechaniem nie podjęto decyzji o cofnięciu poświadczenia bezpieczeństwa, o której mowa w art. 33 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 o ochronie informacji niejawnych (załącznik nr 3 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu),

b) oświadczenia Wykonawcy, że nie naruszył zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw lub, że nie uznano ich za nieposiadających wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa, także winny sposób niż w drodze wydania decyzji o cofnięciu świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego o której mowa w art. 66 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r o ochronie informacji niejawnych. Jeżeli Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium RP przedkłada dokument wystawiony w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania potwierdzający, że: nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków (załącznik nr 4 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu).

W związku z powyższym Zamawiający ponownie działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał w dniu 15 października 2020r. Konsorcjum_1 do uzupełnienia powyższych dwóch dokumentów.

Odwołujący zakwestionował prawidłowość ponownego wezwania Konsorcjum_1 w trybie art. 26 ust.3 Pzp wskazując, że drugie wezwanie naruszało zasadę jednokrotności wezwania, a także zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Zdaniem Odwołującego złożenie przez Konsorcjum_1 dokumentów w odpowiedzi na

ponowne wezwanie nie mogło być brane przez Zamawiającego pod uwagę przy dokonywaniu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

Uwzględniając powyższe ustalenia w tym przede wszystkim treść wezwania Zamawiającego z dnia 7 października 2020r. skład orzekający uznał, że Zamawiający kierując w dniu 15 października 2020r. do Konsorcjum_1 ponowne wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie naruszył tego przepisu. Zauważyć należy, że w wezwaniu z dnia 7 października 2020r. Zamawiający wzywał o złożenie dokumentów potwierdzających okoliczności wskazane w art. 25 ust. 1 Pzp, jednocześnie wskazując, że dokumenty i oświadczenia zostały wymienione w punkcie 8 Danych do ogłoszenia. Izba po analizie powyższego punktu Danych do ogłoszenia ustaliła, że w żadnej pozycji tego punktu Zamawiający nie wymienił oświadczenia składanego na podstawie art. 33 oraz 66 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 o ochronie informacji niejawnych (załącznik nr 3 i 4 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu). Również ze wskazywanego przez Odwołującego pkt 8.1 lit. g nie wynika w sposób nie budzący wątpliwości obowiązek złożenia takich oświadczeń, tym bardziej, że punkt ten odnosi się do załącznika nr 1 do wniosku a nie do załącznika nr 3 i 4. Tym samym skoro Zamawiający żądał złożenia oświadczeń i dokumentów wymienionych w punkcie 8 Danych do ogłoszenia, a w punkcie tym ww. oświadczenia nie zostały wyraźnie wymienione to uznać należało, że wezwanie z dnia 7 października 2020r. było wadliwe i nieprecyzyjne, a zatem zaistniała konieczność powtórzonego wezwania Konsorcjum_1, w sposób precyzyjny jakiego oświadczenia wykonawca ma obowiązek złożyć na wezwanie. Powtórne więc wezwanie z dnia 15 października 2020r. było prawidłowe i nie naruszało art. 26 ust. 3 Pzp. Na skutek natomiast złożenia przez Konsorcjum_1 wymaganych oświadczeń, Zamawiający w sposób uprawniony dokonał ich oceny pod kątem spełnienia przez Konsorcjum_1 warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia z postępowania.

Przechodząc kolejno do zarzutów dotyczących Konsorcjum_2, wskazać należy, że Izba w tym zakresie podzieliła zarzuty Odwołującego dotyczące zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Izba ustaliła, że Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp w dniu 7 października 2020r. wzywał Konsorcjum_2 do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp wymienionych w punkcie 8 Danych do ogłoszenia. Izba ustaliła ponadto, że w punkcie 8.1 lit. a) oraz 8.2 lit. d) zawarty był obowiązek złożenia wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu aktualnej koncesji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia wydanej zgodnie z ustawą z dnia 22 sierpnia 1997r. Jak wynika z akt sprawy, Konsorcjum_2 na wezwanie z dnia 7 października 2020r. nie złożyło tego dokumentu dla uczestnika Konsorcjum_2, tj. Firmy Ochrony Szkolenia Asekuracji FOSA sp. z o.o. W związku więc z faktem, że Konsorcjum_2 nie uzupełniło dokumentu koncesji dla Firmy Ochrony Szkolenia Asekuracji FOSA sp. z o.o. na wezwanie z dnia 7 października 2020r. podlegało ono wykluczeniu w postępowaniu już na tym etapie postępowania.

W konsekwencji nieuprawnione było kierowanie przez Zamawiającego ponownego wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp o uzupełnienie dokumentów i oświadczeń wskazanych w tym wezwaniu. Podkreślić bowiem należało, że wykonawca mając konkretną wiedzę odnośnie dokumentów które należało złożyć wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jako profesjonalista powinien był dołożyć należytej staranności aby takie dokumenty i oświadczenia złożyć Zamawiającemu wraz z wnioskiem lub najpóźniej odpowiadając na wezwanie z dnia 7 października 2020r. Izba w składzie orzekającym nie podzieliła stanowiska Zamawiającego i Przystępującego dotyczącego nieprecyzyjności wezwania z dnia 7 października 2020r. Podkreślić należało, że skoro obowiązek złożenia koncesji został dwukrotnie wskazany z punkcie 8 danych do ogłoszenia (pkt 8.1.a oraz pkt 8.2.d), a wezwanie Zamawiającego wprost wskazywało na konieczność złożenia wszystkich dokumentów o których mowa w tym punkcie, to nie sposób uznać, że wykonawca nie miał wiedzy co do dokumentów, które należało złożyć wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Izba w składzie orzekającym nie podzieliła ponadto stanowiska Zamawiającego, że wezwanie z dnia 15 października 2020r. wystosowane zostało z uwagi na stwierdzenie przez Zamawiającego, że wyznaczony w wezwaniu z dnia 7 października 2020r. termin na uzupełnienie dokumentów był zbyt krótki. W tym miejscu podkreślić należy, że zarówno Konsorcjum_1 jak i 2 przysługiwało prawo zaskarżenia powyższego wezwania do Izby jeżeli wykonawca uznawał, że termin wyznaczony przez Zamawiającego jest zbyt krótki i nierealny. W sytuacji więc gdy wykonawcy z powyższego uprawnienia nie skorzystali zobowiązani byli uzupełnić dokumenty i oświadczenia w terminie zakreślonym w tym wezwaniu. Tym samym skoro w odpowiedzi na wezwanie z dnia 7 października 2020r. Konsorcjum_2 nie uzupełniło dokumentu koncesji, Zamawiający winien był wykluczyć tego wykonawcę z postępowania. Odnośnie konieczności ponownego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp o złożenie oświadczeń zawartych w załącznikach nr 3 i 4 Izba podtrzymuje stanowisko wyżej zaprezentowane.

Podkreślić ponadto należało, że Odwołujący w uzasadnieniu odwołania w sposób szczegółowy przedstawił argumenty podważające wartość usług podanych przez Konsorcjum_2 na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, co znalazło odzwierciedlenie w przedłożonych wraz z odwołaniem dowodach. Powyższe wymagałoby od Zamawiającego wezwania Konsorcjum_2 do złożenia wyjaśnień dotyczących wskazanych w wykazie usług realizowanych na rzecz 26 WOG JW. Wesola oraz na rzecz Głównego Instytutu Górnictwa w Katowicach. Z uwagi jednak na fakt, że Konsorcjum_2 podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp z przyczyn szczegółowo wyżej opisanych, bezprzedmiotowym jest wzywanie wykonawcy w zakresie usług wymienionych w wykazie, dlatego też Izba nie nakazywała Zamawiającemu dokonania powyższej czynności.

Sygn. akt KIO 2846/20

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba ustaliła:

Odwołujący wraz z wykazem wykonanych usług złożył Zamawiającemu referencję wystawioną w dniu 14 lutego 2019r., z której wynika, że konsorcjum w składzie: Ekspert Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Firma Ochrony Szkolenia Asekuracji FOSA sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie oraz Agencja Ochrony Mienia Matpol sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie świadczyło od dnia 1 lutego 2016r. do dnia 31 grudnia 2018r. usługę ochrony fizycznej osób i mienia oraz monitorowania na rzecz Jednostki Wojskowej Nr 1230 Wesola – będącej na zaopatrzeniu 26 WOGu. Referencje zostały podpisane przez sierżanta Ł. G.

Ponadto Izba ustaliła, że w piśmie z dnia 13 października 2020r. Komendant 26 WOGu w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 12 października 2020r. poinformował, że 26 WOG będąc stroną umowy na rzecz Firmy Ekspert Security sp. z o.o., która świadczy aktualnie usługi ochrony osób i mienia, nie wystawiał w ostatnim czasie referencji ww. firmie. Ponadto wskazał, że dokument z dnia 14 lutego 2019r. nie jest referencją wystawioną przez 26 WOG oraz, że Komendant 26 WOG nie upoważnił osoby, która złożyła podpis na referencjach do wystawiania w jego imieniu takiego dokumentu. Ponadto wskazał, że z uwagi na fakt, że dokument ten nie wskazuje podmiotu wystawiającego referencje nie może być uznany za referencje podmiotu na rzecz którego świadczone są usługi i w związku z tym dokument ten należy traktować jedynie w kategoriach subiektywnych odczuć osoby je podpisującej.

W dniu 21 października 2020r. Zamawiający wykluczył Odwołującego_2 z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, motywując swoją czynność uzyskaniem od Komendanta 26WOGu informacji, według których dokument z

dnia 14 lutego 2019r. nie stanowi referencji.

Uwzględniając powyższe okoliczności stanu faktycznego, rozstrzygnięcia Izby wymagała okoliczność, czy dokument z dnia 14 lutego 2019r. stanowił referencję, czy też jak twierdził Zamawiający za taki dokument nie mógł być uznany, w konsekwencji czego Odwołujący_2 podlegał wykluczeniu z postępowania.

W ocenie Izby zarzut Odwołującego_2 dotyczący nieprawidłowego wykluczenia go z postępowania zasługuje na uwzględnienie, bowiem nie sposób uznać, że dokument z dnia 14 lutego 2019r. nie stanowi referencji.

Izba podkreśla, że podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 listopada 2011 roku sygn.. akt KIO 2253/11, zgodnie z którym „referencje przedstawiane przez Wykonawców są oświadczeniami wiedzy, nie woli. (...) Przepisy ustawy P.z.p., jak i aktów wykonawczych do niej, nie dają podstaw do weryfikacji osób uprawnionych do działania w imieniu podmiotów, na rzecz których wykonywane były określone roboty wykazywane przez Wykonawcę w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. (...)”

Podkreślić należy, że jak zostało wykazane przez Odwołującego osoba która wystawiła referencje, czyli pan Ł. G. brał udział przy realizacji usługi wskazanej w referencjach. Osoba ta podpisywała bowiem protokoły odbioru wykonanych prac na podstawie której 26 WOG regulował wynagrodzenie wykonawcy, a zatem nie sposób uznać, że nie posiadała ona wiedzy co do należytego wykonania usługi. Ponadto podkreślić należy, że ani Zamawiający, ani Przystępujący nie zdołali podważyć, po pierwsze stanowiska Odwołującego_2, że sierżant Ł. G. nie posiadał wiedzy co do realizacji prac świadczonych na rzecz Beneficjenta, tj. Jednostki Wojskowej Nr 1230, a po drugie nie wykazali, że usługa realizowana na rzecz JW. Wesola Nr 1230 były realizowane w sposób nieprawidłowy. Informacja taka nie wynika też z pisma Komendanta 26 WOG.

W konsekwencji uznając, że referencje są oświadczeniami wiedzy, a osoba która podpisała kwestionowane referencje w sposób niebudzący wątpliwości taką wiedzę posiadała, to nie sposób uznać że wykonawca nie przedłożył Zamawiającemu prawidłowego dokumentu.

Podkreślić jeszcze raz należy, że § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia nie reguluje w żaden sposób jakie podmioty referencje mogą wystawiać. Jak wynika z powyższego przepisu, podmiotem uprawnionym do wystawienia referencji jest „podmiot na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane”. W konsekwencji nie ma znaczenia czy wystawca referencji był bezpośrednim, czy pośrednim dawcą zamówienia. Ponadto Izba w składzie orzekającym w pełni popiera pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 13 czerwca 2011r., sygn. akt KIO 1127/11, że nawet ewentualne podpisanie referencji przez osobę nieuprawnioną nie powoduje z mocy prawa jej nieważności.

Tym samym Izba stwierdziła, że Zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp wykluczając Odwołującego z postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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. z 2018 r. Nr 41, poz. 972).

Przewodniczący: