

WYROK

z dnia 2 września 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 sierpnia 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lipca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Ekspert Security Duo sp. z o.o., Ekspert Security AT sp. z o.o., Biuro Szybkiej Interwencji Z. M. i Wspólnicy Sp. z o.o. sp. k., Firma Ochrony, Szkolenia, Asekuracji FOSA sp. z o.o., FOSA OCHRONA sp. z o.o., SILEZJAN SYSTEM SECURITY - Biuro Ochrony Mienia sp. z o.o., SILEZJAN EKO sp. z o.o.** siedzibą dla lidera w Warszawie ul. Magazynowa 11a/63, 02-652 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - 22 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Olsztynie**, ul. Saperska 1, 10-073 Olsztyn

przy udziale zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **DGP Security Partner Sp. z o.o., DERSŁAW sp. z o.o., 7 MG Sp. z o.o., CTG Sp. z o.o., DGP Provider Sp. z o.o.** siedzibą dla lidera w Katowicach ul. Jesionowa 9A, 40-159 Katowice

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Impel Defender Sp. z o.o., Impel Safety Sp. z o.o., Impel Provider Sp. z o.o., Impel Facility Services Sp. z o.o., Impel Technical Security Sp. z o.o., ITM Poland S.A.** z siedzibą dla lidera we Wrocławiu ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **STEKOP S.A., STEKOP-OCRONA Sp. z o.o.** siedzibą dla lidera w Warszawie, ul. Mołdawska 9, 02-127 Warszawa

orzeka:

1. **Oddala odwołanie;**

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Ekspert Security Duo sp. z o.o., Ekspert Security AT sp. z o.o., Biuro Szybkiej Interwencji Z. M. i Wspólnicy Sp. z o.o. sp. k., Firma Ochrony, Szkolenia, Asekuracji FOSA sp. z o.o., FOSA OCHRONA sp. z o.o., SILEZJAN SYSTEM SECURITY - Biuro Ochrony Mienia sp. z o.o., SILEZJAN EKO sp. z o.o.** siedzibą dla lidera w Warszawie ul. Magazynowa 11a/63, 02-652 Warszawa, 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.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Skarb Państwa – 22 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Olsztynie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) dalej: „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na: „Świadczenie usług ochrony osób i mienia w jednostce i instytucji wojskowej w Garnizonie Ciechanów, nr referencyjny: 22WOG-ZP.2712.17.2021/M117/1101/U/PO/OB. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 4 czerwca 2021 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, numer ogłoszenia: 2021/S 107-283308.

Zamawiający 13 lipca 2021 roku poinformował o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Na powyższą czynność wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum w składzie: Ekspert Security Duo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Ekspert Security AT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Biuro Szybkiej Interwencji Z. M. i Wspólnicy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, Firma Ochrony, Szkolenia, Asekuracji FOSA Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, FOSA OCHRONA Sp. z o.o., SILEZJAN SYSTEM SECURITY - Biuro Ochrony Mienia Sp. z o.o., SILEZJAN EKO sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący” lub „Konsorcjum Ekspert”) wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 411 ust. 8 i 9 Pzp art. 16 Pzp poprzez błędną ocenę wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonych przez wykonawców polegającej na uznaniu za prawidłowe referencji niespełniających kryteriów selekcji, co doprowadziło do nieprawidłowej oceny wniosków i niezaproszenie Odwołującego do składania ofert;
- 2) art. 16 pkt 1 Pzp poprzez opisanie w Ogłoszeniu przesłanek wykluczenia z postępowania w sposób ograniczający konkurencję i równe traktowanie wykonawców biorących udział w postępowaniu i sposób nieadekwatny do zakresu zamówienia i warunków dopuszczenia do udziału w postępowaniu;
- 3) art. 16 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców z uwagi na przyznanie konsorcjum, którego liderem jest Seris Konsalnet Ochrona sp. z o.o. („Konsorcjum Konsalnet”), konsorcjum którego liderem jest „STEKOP” Spółka akcyjna („Konsorcjum Stekop”), konsorcjum, którego liderem jest „DGP Security Partner sp. z o.o. („Konsorcjum DGP”), konsorcjum, którego liderem jest Impel Defender sp. z o.o. („Konsorcjum Impel”) oraz konsorcjum, którego liderem jest SOLID SECURITY sp. z o.o. („Konsorcjum Solid”) punktów za referencje które potwierdzają należyte wykonanie wykazanych usług, a tym samym nieprawidłową ocenę kryterium selekcji, co doprowadziło do niezaproszenia Odwołującego do składania ofert na pozycji 3 oraz zaproszenie konsorcjum DGP, które w przypadku prawidłowej oceny kryteriów selekcji znalazłoby się na

pozycji 5.

W związku z powyższym, mając na uwadze fakt, iż wskazane w niniejszym odwołaniu naruszenia mogą mieć lub mają wpływ na wynik postępowania, Odwołujący wniośł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) unieważnienie czynności polegającej na braku zaproszenia Odwołującego do składania ofert oraz czynności oceny spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu na podstawie złożonego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i przeprowadzenia w tym zakresie powtórnej oceny wniosków o dopuszczenie do składania wniosków złożonych przez Konsorcjum Konsalnet, Konsorcjum Stekop, Konsorcjum DGP, Konsorcjum Impel, Konsorcjum Solid oraz Odwołującego pod kątem dokonanej punktacji w kryterium selekcji w zakresie wykazanych referencji i zaproszenie do Odwołującego do składania ofert jako 3;
- 4) zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego zgodnie z rachunkiem przedstawionym na rozprawie.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał m.in., że z informacji o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu („Informacja o wynikach”) wynikało, że nie został on zaproszony do składania ofert, gdyż jego wniosek został sklasyfikowany na pozycji 5. W konsekwencji w myśl art. 146 ust. 2 Pzp wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożony przez Konsorcjum Ekspert jako wykonawcy niezaproszonego do składania ofert został uznany za odrzucony. W Informacji o wynikach wskazano, że wszyscy wykonawcy, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu spełniali warunki udziału w postępowaniu. Spowodowało to konieczność wyłonienia wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert w drodze kryteriów selekcji. W sekcji IV.1.2) Ogłoszenia przyjęto następujące kryterium selekcji: „wykazana każda usługa ponad wymaganą tj. 1, potwierdzona referencjami, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych z ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, otrzyma 1 pkt.” Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 10 czerwca 2021 roku, wskazał, że uzna usługę jeśli będzie potwierdzona referencją, z której będzie wynikać, że usługa była należyście wykonana. Także w odpowiedziach na pozostałe pytania oraz w Załączniku nr 2 do wniosku odnoszącym się do wykazu usług Zamawiający za każdym razem posługuje się pojęciem należytego wykonania usługi.

Następnie Odwołujący stwierdził, że zgodnie z postanowieniami umów na usługi w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa podstawą do nałożenia kary jest niewykonanie usługi lub nienależyte jej wykonanie, a więc nałożenie kary na wykonawcę usług jest równoznaczne z brakiem możliwości uzyskania wiarygodnej referencji poświadczającej należyte wykonanie usługi. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie dotyczące kar umownych wskazanych w referencjach odpowiedział, że referencje powinny potwierdzać należyte wykonanie usługi, jednakże zdaniem Odwołującego istnienie kar zaprzecza możliwości poświadczania należytego wykonania usługi. Wykonawca konsorcjum Ekspert złożył przykładowy projekt umowy z jednostkami wojskowymi dotyczący analogicznych usług, jak w analizowanym postępowaniu, wskazując, że zawarte w niej postanowienia potwierdzają jego twierdzenia, iż kary umowne są ściśle powiązane z nienależytą realizacją umowy. W konsekwencji, nałożenie kary umownej jednoznacznie świadczy o tym, że umowa nie jest zrealizowana należyście, a na tym Zamawiającemu zależało. (Dowód: projekt umowy z 42 BIS stanowiącej załącznik do postępowania 24/PODOIB-2020).

Odwołujący zauważył, że z Informacji o wynikach wynika, że Zamawiający przyjął następujące ilości wykazanych usług: Konsorcjum Solid-12 usług, Konsorcjum Konsalnet - 22 usługi, Konsorcjum Stekop -22 usługi, Konsorcjum Impel - 16 usług, Konsorcjum Ekspert - 12 usług, konsorcjum Basma — 4 usługi, Konsorcjum DGP — 22 usługi. Zamawiający zaprosił do składania ofert Konsorcjum Konsalnet, Konsorcjum Stekop, Konsorcjum DGP i Konsorcjum Impel. Zdaniem Odwołującego Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny referencji, nie eliminując tych z nich, które nie spełniają określonych przez Zamawiającego kryteriów selekcji, co w konsekwencji doprowadziło do niezaproszenia Odwołującego do składania ofert. W przypadku prawidłowego dokonania badania wniosków, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożony przez Odwołującego znalazłby się na w najgorszej sytuacji na pozycji 3 z 11 referencjami. Zdaniem Konsorcjum Ekspert przy prawidłowej ocenie punktacja powinna kształtować się w sposób następujący: Konsorcjum Impel – 12 usług, Konsorcjum Konsalnet -13 usług, Konsorcjum DGP-5 usług, Konsorcjum Stekop -10 usług, Konsorcjum Solid – 7 usług, Konsorcjum Basma – 4 usługi, Konsorcjum Ekspert -11 usług, co oznacza to, że wykonawcami zaproszonymi do składania ofert powinny być: Konsorcjum Konsalnet, Konsorcjum Impel, Konsorcjum Ekspert, Konsorcjum Stekop.

Uzasadniając swoje stanowisko odnośnie usług wskazanych we wniosku o dopuszczenie do składania ofert, złożonym przez Konsorcjum SOLID, Odwołujący podał, że wykonawca ten wskazał 12 usług, jednak w przypadku referencji wymienionych w pkt 1 (usługa świadczona na rzecz 12 WOG Toruń), pkt 3 (usługa realizowana na rzecz 18 WOG Wejherowo), pkt 6 - 8 (usługa realizowana na rzecz 25 WOG Rzęsce) na wykonawcę nałożono kary umowne. W ocenie Konsorcjum Ekspert już z samego faktu naliczenia kary umownej w toku realizacji umowy płynie wniosek, że umowa ta nie była realizowana w sposób należyty, skoro doszło do uchybień skutkujących nałożeniem na wykonawcę kary umownej. Z tych też powodów należy wskazać, że 5 z 12 referencji nie poświadczą należytego wykonania usług, zatem zasadnym jest stanowisko, że konsorcjum Solid wykazało jedynie 7 usług.

Odnosnie usług wskazanych we wniosku o dopuszczenie do składania ofert złożonym przez Konsorcjum Konsalne Odwołujący stwierdził, że wykonawca ten wskazał 22 usługi, jednak referencja wydana przez 5 Pułk Artylerii (pkt 1 wykazu) jest w ocenie Odwołującego nieważna. Rozbieżność występuje w okresie realizacji usługi. W wykaz konsorcjum Konsalnet wskazało, iż usługa była realizowana w okresie od 18.02.2016 do 30.06.2018 roku. Natomiast treści samej referencji wynika, że usługa realizowana była od 18.02.2016 do chwili obecnej, czyli jak należałoby rozumieć do czerwca 2020 roku, kiedy referencja została udzielona. Tym samym trudno określić, jaki okres obejmuje wartość usług świadczonych przez co najmniej dwa następujące po sobie okresy. Także w tym zakresie nie przedłożono innych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi, co dyskwalifikuje tę usługę w kryterium selekcji. W przypadku referencji wymienionych w pkt 5-7 (usługa świadczona na rzecz 45 WOG) przedłożone poświadczenie nie zawiera informacji czy usługa została wykonana w sposób należyty. Tym samym w ocenie Konsorcjum Ekspert nie sposób uwzględnić tej usługi przy punktacji, szczególnie, że Konsorcjum Konsalnet nie przedłożyło innych dowodów, które potwierdzałyby, iż usługa została wykonana w sposób należyty. Z kolei z referencji dotyczącej usługi realizowanej na rzecz 18 WOG (pkt 9 wykazu) wynika, że na wykonawcę została nałożona kara umowna. W ocenie Odwołującego już z samego faktu naliczenia kary umownej płynie wniosek, że umowa ta nie była realizowana w sposób należyty, skoro doszło do uchybień skutkujących nałożeniem na wykonawcę kary umownej. Podobnie referencje udzielone przez 41 Bazę Lotnictwa Szkolnego Dęblin (pkt 12 i 13 wykazu) poświadczają jedynie, realizację usług na poziomie „dobrym” i „pozytywną ocenę świadczonych usług”. Zdaniem Odwołującego takie stwierdzenia nie są wystarczające do zakwalifikowania ich jako spełniające kryteria oceny stawiane przez Zamawiającego, czyli wykazania usługi realizowanej należyście. Z dokumentów referencji wymienionych w punkcie 19 i 20 wykazu (usługi świadczone na rzecz WAT) nie wynika należyta realizacja usług, gdyż dokumenty te charakteryzują świadczone przez wykonawcę usługi jako wykonane „dobrze” i „bardzo dobrze”. Z tych powodów 9 z 22 referencji nie poświadczają należytego wykonania usług zatem Konsorcjum Konsalnet wykazało jedynie 13 usług.

W odniesieniu do usług wskazanych we wniosku o dopuszczenie do składania ofert złożonym przez Konsorcjum Stekop Odwołujący podał, że wykonawca ten zgłosił 22 usługi, natomiast referencje wskazane w pkt 1 wykazu (usługi świadczone na rzecz 4 WOG) nie zawierają informacji o tym, że usługa została wykonana „należyście”, a tym samym nie spełniają kryterium selekcji określonego przez Zamawiającego. Z kolei w referencji wydanej przez 42 Bazę Lotnictwa Szkolnego w Radomiu (pkt 4 wykazu) wynika, że usługę realizowano w sposób „właściwy, wywiązując się z warunków zawartej umowy.” Zdaniem Odwołującego takie sformułowania w treści nie pozwalają na zakwalifikowanie tej referencji do kryterium kwalifikacji. Poświadczenia wykonania usług zrealizowanych na rzecz 2 WOG we Wrocławiu (pkt 7-12 wykazu) nie potwierdzają należytego wykonania usług. Dokumenty te wprost informują, że współpraca przebiegała jedynie poprawnie. Co więcej, wystawca wspomina o niedociągnięciach w trakcie realizacji usług, na które wprawdzie reagowano, jednakże nie dyskwalifikuje to faktu, że takie nieprawidłowości w trakcie realizacji każdej z tych usług się pojawiły. Tym samym usługi te nie powinny być zaliczane przy punktowaniu wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Referencja wydana przez 16 WOG dotycząca usługi z pkt 15 wykazu nie zawiera prawidłowego oznaczenia daty, zatem nie sposób określić kiedy została sporządzona oraz niewidoczna jest pieczęć poświadczającego, pozwalająca na ustalenie jego tożsamości. W przypadku usługi świadczonej na rzecz 13 WOG w Grudziądzu (pkt 17 wykazu) w referencji stwierdzono, że w toku realizacji usługi nakładano na wykonawcę kary umowne w każdym roku świadczenia usługi. Kar umowne zostały także nałożone i dobrowolnie zapłacone na wykonawcę w toku świadczenia usług na rzecz 1 Wojskowego Oddziału Gospodarczego (pkt 19 wykazu). W dokumencie wydanym przez 16 Wojskowy Oddział Gospodarczy Drawsko Pomorskie (pkt 21 wykazu) wskazano, że „Oferowana, jakość i rzetelność wykonywanego przedmiotowej umowy spowodowała naliczenie kar umownych w wysokości 96 400,00 zł. Naliczone kary zostały uregulowane w całości z Zamawiającym.” W ocenie Odwołującego takie sformułowanie jednoznacznie wskazuje, że realizacja nie była należyta, skoro 16 WOG zmuszony był nałożyć kary w takiej wysokości, a co więcej zostały orzeczone przez Wykonawcę, to znaczy że nie kwestionował on prawdopodobnie stwierdzonych nieprawidłowości. W ocenie Konsorcjum Ekspert, już z samego faktu naliczenia kar umownych w przypadku każdej z wymienionych powyżej usług płynie wniosek, że umowy te nie były realizowane w sposób należyty, skoro doszło do uchybień skutkujących nałożeniem na wykonawcę kary umownej. Także w toku realizacji usługi realizowanej na rzecz 13 WOG doszło do nałożenia kar umownych w łącznej wysokości 127.800,00 zł z uwagi na nieprawidłowości w realizacji będące wynikiem działań pracowników. Jednoznacznie świadczy to o nieprawidłowościach. W ocenie Odwołującego nie da się bowiem oddzielić przy realizacji usługi ochrony osób i mienia działań wykonawcy i jego pracowników, ponieważ to poprzez działania pracowników i dobór odpowiedniej i profesjonalnej kadry w głównej mierze można ocenić czy usługa jest realizowana w sposób należyty. Zaniechania pracowników wpływają bowiem w ewidentny sposób na realizację umów przez wykonawcę. Konsorcjum Stekop wykazało także usługę realizowaną na rzecz Zamawiającego, co pozwala na wgląd w jej treść i potwierdzenie stanowiska prezentowanego przez Odwołującego w niniejszym odwołaniu, że Zamawiający świadomie posługuje się pojęciem należytego wykonania umowy i takich też dokumentów żądał od wykonawców. W referencji tej stwierdzono: „Wykonawca należyście zrealizował zamówienie zgodnie z postanowieniami ww. umowy, dokładając należytej staranności.”. Zamawiający nawet dwukrotnie użył słowa „należyty”, co dodatkowo wskazuje na to, jaką przykładą wagę do tego pojęcia. Z tych też powodów należy wskazać, że 12 z 22 referencji nie poświadczają należytego wykonania usług, co oznacza, że Konsorcjum Stekop wykazało jedynie 10 usług.

Odnosnie usług wskazanych we wniosku o dopuszczenie do składania ofert złożonym przez Konsorcjum IMPEL, Odwołujący wskazał, że wykonawca ten zgłosił 16 usług, jednak referencje wskazane w pkt 8 dotyczące usług świadczonych na rzecz 11 WOG Bydgoszcz oraz w pkt 10 dotyczące usług świadczonych na rzecz 8 Bazy Lotnictwa Transportowego Kraków nie potwierdzają należytego wykonania usługi, ponieważ podmiot je wystawiający potwierdza, że były realizowane zgodnie z wymogami i ustaleniami określonymi w zawartej umowie. Każda umowa zawiera informację na temat nienależytego wykonania umowy i płynących z tego tytułu kar umownych. Z kolei w przypadku usługi realizowanej na rzecz 43 WOG Świętoszów (punkt 9 wykazu) określono że w toku realizacji usługi naliczono karę umową. W ocenie Konsorcjum Ekspert już z samego faktu naliczenia kary umownej płynie wniosek, że umowa ta nie była realizowana w sposób należyty, skoro doszło do uchybień skutkujących nałożeniem na wykonawcę kary umownej. Także w toku realizacji usługi realizowanej na rzecz 13 WOG doszło do nałożenia kar umownych w łącznej wysokości 127.800,00 zł z uwagi na nieprawidłowości w realizacji będące wynikiem działań pracowników. Jednoznacznie świadczy to o nieprawidłowościach. W ocenie Odwołującego, nie da się bowiem oddzielić przy realizacji usługi ochrony osób i mienia działań wykonawcy i jego pracowników, ponieważ to poprzez działania pracowników i dobór odpowiedniej, profesjonalnej kadry w głównej mierze można ocenić czy usługa jest realizowana w sposób należyty. Zaniechania pracowników wpływają bowiem w ewidentny sposób na realizację umowy przez wykonawcę. Z tych powodów 4 z 16 referencji nie poświadczają

należytego wykonania usług, zatem zasadnym jest stanowisko, że Konsorcjum Impel wykazało jedynie 12 usług.

Odnosnie usług wskazanych we wniosku o dopuszczenie do składania ofert złożonym przez Konsorcjum DGP, Odwołujący wskazał, że wykonawca ten w Załączniku nr 2 do wniosku stanowiącym wykaz usług zgłosił 22 usługi, jednak referencje wskazane w punktach 1 i 2 wykazu dotyczące usług świadczonych na rzecz 24 WOG Giżycko nie potwierdzają należytego wykonania usług, gdyż nie odnoszą się do wymaganego przez Zamawiającego zwrotu. Takie same uwagi Odwołujący zgłosił, co do referencji wydanych przez 21 WOG Elbląg (pkt 4 i 5 wykazu), usług świadczonych na rzecz 15 WOG Szczecin (pkt 13-17 wykazu) oraz usług z pkt 18 świadczonych na rzecz 31 BLT Poznań. Powyższe prowadzi do wniosku, że za te usługi konsorcjum DGP nie powinny zostać przyznane punkty w toku badania kryteriów selekcji. Usługi świadczone na rzecz wskazanego w pkt 19 wykazu 4 WOG Gliwice nie potwierdzają należytego wykonania usług, gdyż nie odnoszą się do wymaganego przez Zamawiającego zwrotu. Analiza referencji wydanych przez 43 WOG Świątoszów (pkt 7-10 wykazu) wskazuje na nałożenie na wykonawcę w każdej z tych umów kar umownych w toku realizacji. Kolejne trzy usługi wskazane w wykazie w punktach 20 - 22 świadczone na rzecz Komendy Portu Wojennego Świnoujście poświadczają, że w związku z nienależytym wykonywaniem zapisów umowy nałożono na wykonawcę kary umowne. Takie stwierdzenie w ocenie Odwołującego powinno jednoznacznie dyskwalifikować te usługi z punktacji, tymczasem Zamawiający z niewiadomych przyczyn uwzględnił także te 3 usługi przy ocenie złożonego przez tego wykonawcę wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W ocenie Odwołującego już z samego faktu naliczenia kary umownej plynie wniosek, że umowa ta nie była realizowana w sposób należyty, skoro doszło do uchybień skutkujących nałożeniem na wykonawcę kary umownej. Z tych powodów 17 z 22 referencji nie poświadczają należytego wykonania usług, zatem zasadnym jest stanowisko, że Konsorcjum DGP wykazało jedynie 5 usług.

Następnie Odwołujący zauważył, w jego wykazie usług w punkcie 12 znajduje się referencja wystawiona przez 32 WOG Zamość, która także nie zawiera zwrotu „należyte wykonanie usługi”, w związku z tym stosując jednolicie kryterium selekcji zastosowane przez Zamawiającego liczba referencji Odwołującego powinna wynosić 11. Nie zmienia to jednak faktu, że przy takiej liczbie referencji Konsorcjum Ekspert plasuje się na 3 miejscu, kwalifikującym je do zaproszenia do udziału w postępowaniu.

W podsumowaniu swojego stanowiska Odwołujący stwierdził, że w przypadku prawidłowej oceny kryteriów selekcji Zamawiający powinien na pozycji 3 zaprosić go do składania ofert. Działania Zamawiającego polegające na zaliczeniu ww. wykonawcom wszystkich zgłoszonych referencji bez dokonania oceny tych dokumentów w sposób rzetelny i zgodny z postanowieniami Ogłoszenia, od których zależała punktacja w kryterium selekcji, doprowadziło do nierównego traktowania wykonawców przejawiającego się w tym, że Odwołujący nie został zaproszony do składania ofert.

Na marginesie Odwołujący poddał w wątpliwość sposób sformułowania i doboru kryteriów przez Zamawiającego, który przy takim kryterium selekcji ogranicza konkurencyjność, gdyż podmioty posiadające doświadczenie umożliwiające ir prawidłową realizację zamówienia nie mogłyby ubiegać się o udział w tym postępowaniu, ponieważ nie mogłyby konkurować przy „ilościowym” kryterium z podmiotami istniejącymi na rynku niekiedy po kilkanaście lat lub dłużej. Dlatego też tym bardziej Zamawiający powinien poddać większej kontroli i bardziej krytycznie podchodzić do oceny wykazanych w Załączniku nr 2 do wniosku usług, tak aby rzeczywiście punktowane były usługi, co do których wykonawcy byli w stanie wykazać na podstawie przedłożonych referencji lub innych dopuszczonych dokumentów, iż usługa była realizowana należyście.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający podjął szereg bezpodstawnych czynności, które w konsekwencji doprowadziły do uniemożliwienia ubiegania się Odwołującemu o realizację zamówienia, tj.: zaniechał rzetelnej oceny i badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonych przez Odwołującego i wykonawców oraz dokonał nieprawidłowej oceny kryteriów selekcji, nie zaprosił Odwołującego do składania ofert.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie, uznając, że poprawnie przeprowadził ocenę referencji, co znajduje potwierdzenie w przywołanych przez niego orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m.in., że nie żądał od wykonawców by załączone dowody (referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługa została wykonana) zawierały literalnie pojęcie „należyte” używane w treści § 9 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, a dowód złożony przez Odwołującego nie dotyczy przedmiotowego postępowania, w związku z tym nie powinien być uwzględniany.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego opisu w Ogłoszeniu przesłanek wykluczenia z postępowania w sposób ograniczający konkurencję i równe traktowanie wykonawców biorących udział w postępowaniu i sposób nieadekwatny do zakresu zamówienia i warunków dopuszczenia do udziału w postępowaniu, Zamawiający stwierdził, że wobec zaistnienia przesłanki art. 515 ust. 2 Pzp nie powinien być rozpatrywany.

Odnosnie trzeciego z zarzutów Zamawiający przedstawił fragmenty referencji przywołanych w odwołaniu, wskazując w odniesieniu do niektórych z nich swoje stanowisko, np., że naliczenie kar umownych w kontekście zakresu wykonanego zamówienia nie zmieniło oceny wystawiającego referencje, czy, że w ocenie Zamawiającego wysokość naliczonych kar umownych w odniesieniu do całkowitej wartości umowy jest niewspółmiernie niska. W przypadku referencji Konsorcjum Konsalnet (pkt 15 - usługa świadczona na rzecz 5 Lubuskiego Pułku Artylerii) Zamawiający zaznaczył, że nie miał wątpliwości co do uznania faktu świadczenia usługi, gdyż w wykazie wykonanych usług wykonawca wskazał wartość wykonanych usług (5 652 449,43 zł) w okresie od 18.02.2016r. do 30.06.2018r., a wystawiający referencje potwierdził, że wykonawca świadczy usługi do chwili wystawienia referencji tj. do czerwca 2020 r, natomiast w przypadku Konsorcjum Stekop (pkt 15 - usługi świadczone na rzecz 16 WOG) Zamawiający wskazał, że referencja zawiera okrągłą pieczęć herbową 16.WOG pozwalającą zidentyfikować wystawiającego dokument, oraz, że uznał niepełną datę (bez wskazania dnia) wystawienia dokumentu za nieistotną, ponieważ referencja wystawiona została w grudniu 2020r. co nie ma wpływu na ważność dokumentu, który potwierdził usługę zakończoną. Zamawiający wskazał również, że wyrażane przez Odwołującego stanowisko w zakresie kwestii formalnych do referencji wykonawcy Stekop, (braku znaków identyfikujących wystawiającego logo, pieczęć itp.) dotyczy także referencji Odwołującego załączonych do wykazu wykonanych usług.

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: DGP Security Partner Sp. z o.o.; DERSŁAW sp. z o.o.; 7 MG Sp. z o.o.; CTG Sp. z o.o.; DGP Provider Sp. z o.o. (w treści: „Konsorcjum DGP” lub „Przystępujący DGP”), Impel Defender Sp. z o.o., Impel Safety Sp. z o.o., Impel Provider Sp. z o.o., Impel Facility Services Sp. z o.o., Impel Technical Security Sp. z o.o., ITM Poland S.A. (w treści: „Konsorcjum Impel” lub „Przystępujący Impel”) oraz STEKOP S.A., STEKOP-OCRONA Sp. z o.o. (w treści: „Konsorcjum Stekop” lub „Przystępujący Stekop”) zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, stając się jego uczestnikami.

Pismem z 27 sierpnia 2021 r. Przystępujący Stekop przedstawił swoje stanowisko w sprawie, wnosząc o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu swojego stanowiska podał m.in., że wszystkie kwestionowane przez Odwołującego referencje, załączone do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez Konsorcjum Stekop, potwierdzają należyte wykonanie umowy i jako takie zostały właściwie uwzględnione przez Zamawiającego, który w konsekwencji zaprosił tego wykonawcę do składania ofert. Po pierwsze, list referencyjny z 15 stycznia 2020 r. wystawiony przez 4 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Gliwicach potwierdza, że usługa całodobowej bezpośredniej ochrony fizycznej Jednostki Wojskowej 3946 Bytom, Jednostki Wojskowej 3946 Bytom kompleks Toszek, Jednostki Wojskowej 3946 Bytom kompleks Gliwice, a także Jednostki Wojskowej 2748 Wrocław kompleks Radzionków była świadczona należyście, o czym świadczy przede wszystkim zawarta w niej rekomendacja wskazująca m.in. na to, że Stekop S.A przy wykonywaniu usługi zaprezentowała się jako solidny; profesjonalny wykonawca, zarówno zakresie jakości świadczonych usług, jak i parter elastycznie współpracujący ze Zleceńdodawcą. Oznacza to, że przedmiotowa referencja potwierdza należyte świadczenie usług przez Przystępującego na rzecz 4 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Gliwicach, nie zawierając jednocześnie jakichkolwiek zastrzeżeń, czy też negatywnych opinii. Podobną opinię zawierają referencje wystawione przez 42 Bazę Lotnictwa Szkolnego z dnia 30 sierpnia 2018 r., w których stwierdzono, iż realizował usługę ochrony sposób właściwy, wywiązując się z warunków zawartej umowy. Poświadczenie wykonania usług wskazanych w pkt 7-12 wykazu dołączonego do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, sporządzone przez 2 Wojskowy Oddział Gospodarczy we Wrocławiu, mimo że w swej treści zawiera stwierdzenie „niedociągnięcia”, to nie może traktować o nienależytym wykonaniu usług. Wręcz przeciwnie, wystawca referencji wskazał wprost, że Przystępujący reagował na „występujące niedociągnięcia” zgodnie z zapisami umowy, co oznacza, że stosując się do jej zapisów, nie mógł wykonać jej nienależyście. Zdaniem Przystępującego Stekop dokumenty załączone przez niego do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wskazują wprost na swój referencyjny charakter. Brak sformułowania „należytego wykonania usługi”, czy innych znaczeniowo tożsamy sformułowań, nie dyskwalifikuje bowiem dokumentu, jako potwierdzającego należyte wykonanie dostawy lub usługi. Potwierdzenie przez wystawcę referencji, wykonywania usługi przez okres przewidziany na realizację zamówienia, stanowi potwierdzenie realizacji celu zamówienia, a fakt że potwierdzenie to nie zawiera jednoznacznych zastrzeżeń pozwala uznać, że zamówienie zostało zrealizowane zgodnie z wymaganiami zamawiającego, a tym samym należyście. W języku polskim „referencje” to dokument polecający kogoś - w tym przypadku polecający Przystępującego Stekop, jako podmiot, który w referencjach jest wskazany. Z kolei referencja dotycząca usługi z pkt 15 wykazu, jakkolwiek nie zawiera daty dziennej wystawienia, a jedynie oznaczenie miesiąca i roku jej wystawienia, jednak przedmiot umowy jak i termin jej realizacji zostały na tyle szczegółowo określone, że umożliwiają jej indywidualizację. Z treści dokumentu wynika fakt zakończenia świadczenia usług dniu 01.12.2020 r. i ich należytego wykonania. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, referencja zawiera wyraźne odwzorowanie pieczęci 16 Wojskowego Oddziału Gospodarczego, jak również wskazanie osoby wystawcy. Nawet w przypadku, gdyby nie były one widoczne, to Zamawiający posiadał możliwość zweryfikowania jej prawdziwości. Po trzecie, okoliczność, że w przypadku usługi świadczonych na rzecz 3 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Grudziądzu (poz. 17 wykazu), 6 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Uście (poz. 19 wykazu) i 16 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Drawsku Pomorskim (poz. 21 wykazu), zostały na Przystępującego Stekop nałożone kary umowne, nie może automatycznie skutkować uznaniem umowy za wykonaną w sposób nienależyty. Ani 13 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Grudziądzu, ani 6 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Uście, ani 16 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Drawsku Pomorskim nie ponieśli w związku z naruszeniem warunków umowy żadnej szkody. 13 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Grudziądzu nałożył na Przystępującego kary umowne na łączną kwotę 8.500,00 zł, co w zestawieniu z wartością brutto całej umowy, stanowi zaledwie 0,08% wartości brutto umowy. Przystępujący nie kwestionował zasadności nałożenia kary dobrowolnie ją uiszczając, przy jednoczesnym podjęciu działań, w tym środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, zmierzających do wyeliminowania wystąpienia okoliczności skutkujących nałożeniem kary umownej w przyszłości. 6 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Uście nałożył na Przystępującego karę umowną w wysokości 800,00 zł (co w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, stanowi zaledwie 0,01 %, która nie była przez Przystępującego kwestionowana i została uiszczona dobrowolnie. Faktem jest, że 16 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Drawsku Pomorskim nałożył na Przystępującego kary umowne w trakcie realizacji zamówienia, trwającego od 1 lutego 2014 r. do 31 grudnia 2016 r., które nie były przez Przystępującego kwestionowane ani co do zasadności ich nałożenia, ani wysokości. Przystępujący dobrowolnie uiszczył zobowiązanie, przy jednoczesnym podjęciu działań, w tym środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, zmierzających do wyeliminowania wystąpienia okoliczności skutkujących nałożeniem kary umownej w przyszłości.

Przystępujący Stekop odniósł się również do referencji złożonych przez Odwołującego, stwierdzając, że Odwołujący kwestionując referencje innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, zdaje się nie zauważać, że również w złożonych przez siebie referencjach nie we wszystkich przypadkach pojawia się określenie „należytego” wykonania umowy, czy też usługi (np. referencja dot. poz. 12 wykazu). Ponadto w zakresie poz. 3 wykazu 31 Baza Lotnictwa Taktycznego odmówiła wystawienia referencji, zaś odnośnie poz. 7 i 11 wykazu Odwołujący nie przedstawił referencji, a jedynie własne oświadczenie o realizacji zamówienia, mimo, że wystąpił o wystawienie przedmiotowych referencji. Natomiast odnośnie poz. 9 wykazu referencje zostały wystawione przez Kierownika Sekcji Ochrony Obiektów, z przedłożonego dokumentu nie wynika uprawnienie do reprezentowania 26 Wojskowego Oddziału Gospodarczego, a odnośnie poz. 12 wykazu brak jest daty dziennej wystawienia referencji.

Odnośnie drugiego z zarzutów Przystępujący Stekop stwierdził, że zarzut ten jest spóźniony. Kwestie dotyczące warunków udziału w postępowaniu, jak i podstaw wykluczenia powinny być kwestionowane w odwołaniu wniesionym od czynności Zamawiającego, polegającej na opublikowaniu Ogłoszenia o zamówieniu, a nie dopiero po ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i wyłonieniu wykonawców zaproszonych do składania ofert.

Na rozprawie Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego oraz dowody złożone przez: Odwołującego, w postaci ww. umowy załączonej do odwołania i pisma 24. Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Giżycku z 25 sierpnia 2021 r., oraz przez Przystępującego DGP w postaci: wystąpienia do 24. Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Giżycku z 23 sierpnia 2021 r. z załączeniem dwóch poświadczeń tego wystawcy z 26 czerwca 2018 r., pisma 24. Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Giżycku z 25 sierpnia 2021 r. wskazującego na sposób rozumienia treści poświadczeń; wystąpienia do 21. Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Elblągu z 24 sierpnia 2021 r. z załączeniem dwóch poświadczeń tego wystawcy z 26 czerwca 2018 r. i 19 czerwca 2019 r., pisma 21. Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Elblągu z 25 sierpnia 2021 r. wskazującego na sposób rozumienia treści poświadczeń; wystąpienia do 15. Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Szczecinie z 23 sierpnia 2021 r. z załączeniem referencji tego wystawcy z 11 maja 2021 r., oświadczenia 15. Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Szczecinie z 27 sierpnia 2021 r. wskazującego na sposób rozumienia treści referencji.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępujących, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał m.in., że wadliwe, naruszające zasadę uczciwej konkurencji, a w konsekwencji niezgodne z Pzp dokonanie oceny złożonych przez wykonawców, w tym Odwołującego, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu doprowadziły bezpośrednio do narażenia Odwołującego na brak możliwości udziału w postępowaniu, pozyskania zamówienia i w konsekwencji szkodę w postaci utraty zysku, który Odwołujący mógłby osiągnąć w wypadku wyboru jego oferty (uznania oferty za najkorzystniejszą i zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego). W przypadku uwzględnienia odwołania Odwołujący zostanie zaproszony do składania ofert w postępowaniu i być może oferta Odwołującego zostanie uznana za najkorzystniejszą oraz doprowadzi do zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, miałby szansę w kolejnym etapie postępowania ubiegać się o zamówienie.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z Sekcją III pkt 2.3. Ogłoszenia o zamówieniu „(...)Zamawiający wymaga doświadczenia w zakresie ochrony obiektów jednostek i instytucji wojskowych, potwierdzonego referencjami, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych z ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie. W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wykonawca do złożonego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu załączy wykaz wykonanych usług wraz z referencjami, według wzoru stanowiącego załącznik do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów Zamawiający wymaga wykonania przez Wykonawcę minimum 1 zrealizowanej/ realizowanej usługi na rzecz jednostek i instytucji Resortu Obrony Narodowej, o wartości nie mniejszej niż 4 500 000,00 PLN brutto każda”

W Sekcji IV pkt 1.2. Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający ograniczył liczbę wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert do czterech, wskazując: *Jeżeli liczba Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału będzie większa niż 4, Zamawiający dokona oceny punktowej wniosków, które zostały złożone przez Wykonawców niepodlegających wykluczeniu postępowania według następującego kryterium selekcji: wykazana każda usługa ponad wymaganą tj. 1, potwierdzona referencjami, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych z ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, otrzyma 1 pkt. W przypadku uzyskania takiej samej liczby punktów Zamawiający zaprosi tylko tego Wykonawcę, którego łączna wartość wykazanych usług będzie większa. Jeżeli liczba Wykonawców którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie 4 lub mniejsza niż 4 Zamawiający zaprosi do składania ofert wszystkich Wykonawców spełniających warunki bez dokonania oceny punktowej.*

Poszczególne dokumenty złożone dla potwierdzenia należytego wykonania usług na które w odwołaniu wskazuje Odwołujący zawierają m.in. treści:

1) ad konsorcjum SOLID,

a)pkt 1 (usługa świadczona na rzecz 12 WOG Toruń), w referencji wskazano, że: „Umowy zrealizowane przez Konsorcjum zostały wykonane należyście. Naliczone kary umowne zostały zapłacone.”

b)pkt 3 (usługa realizowana na rzecz 18 WOG Wejherowo), w rekomendacji wystawiający wskazał wykonawcę świadczącego usługi jako „sumiennego, profesjonalnego oraz wiarygodnego partnera w zakresie świadczenia usługi ochrony osób i mienia”, oraz: „Pomijając fakt wystąpienia kilku incydentów związanych z nałożeniem kar umownych firma realizowała usługę fachowo, sumiennie i z należytą starannością” Na wykonawcę nałożono kary umowne stanowiące wg wycień Zamawiającego 0,06 % wartości świadczonych usług.

c)pkt 6-8 (usługa realizowana na rzecz 35 WOG Rzęsce) w poświadczeniach:

-(poz. 6) wystawiający wskazał: „Usługa została wykonana zgodnie z zawartą umową”. Konsorcjum przedłożyło do poświadczenia oświadczenie potwierdzające, „iż kontrakt został zrealizowany należyście, a wartość nałożonych kar zostały uregulowane w terminie”. Na wykonawcę nałożono kary umowne stanowiące wg wycień Zamawiającego 0,15 % wartości świadczonych usług,

-(poz. 7) wskazano, że na wykonawcę nałożono kary umowne które stanowiły 2,39 % wartości umowy. Jednocześnie konsorcjum przedłożyło do referencji oświadczenie potwierdzające, iż „kontrakt został zrealizowany należyście zgodnie z zawartą umową, a wartości nałożonych kar zostały uregulowane w terminie”,

d)(poz. 8) wskazano, że na wykonawcę nałożono kary umowne które stanowiły wg wycień Zamawiającego 0,36 % wartości umowy, oraz, że: „ Usługa została wykonana zgodnie z umową”.

2) Konsorcjum Konsalnet:

a)pkt 15 (usługa świadczona na rzecz 5 Lubuskiego Pułku Artylerii) w referencji z czerwca 2020r. wskazano, iż „w okresie od 18.02.2016r. do chwili obecnej świadczy usługę ochrony (...)”. Zamawiający nie miał wątpliwości uznania faktu świadczenia usługi, gdyż w wykazie wykonanych usług wykonawca wskazał wartość wykonanych usług (5 652 449,43 zł) w okresie od 18.02.2016r. do 30.06.2018r., a wystawiający referencje potwierdził, że wykonawca świadczy usługi do chwili wystawienia referencji tj. do czerwca 2020 r.,

b)pkt 5-7 (usługa świadczona na rzecz 45 WOG Węgrzyn), referencje:

-(poz. 5 i 6) wystawiający poświadczenie wskazał iż „usługa wykonana prawidłowo zgodnie z warunkami umowy”,

-(poz. 7) do poświadczenia wykonywania usług dołączono zaświadczenie Ośrodka Szkolenia Poligonowego Wojsk

Łądowych Wędrzyn, na rzecz którego świadczona była usługa, w którym ośrodek potwierdza „należyte wykonanie usługi” wskazując również, że wykonawca „wykonał usługę w sposób godny polecenia, z należytą starannością i według zapisów umowy”,

c)pkt 9 (usługa świadczona na rzecz 18 WOG) w opinii stwierdzono: „Usługa była wykonywana sumiennie i z należytą starannością”. Do opinii dołączono rekomendację ww. zamawiającego, w treści której jednoznacznie wykazano: „Pomijając fakt wystąpienia incydentu związanego z nałożeniem kary umownej firma realizowała usługę fachowo, sumiennie i z należytą starannością”. (...) „Rekomenduję konsorcjum spółek KONSALNET SECURITY sp. z o.o. oraz KONSALNET OCHRONA sp. z o.o. jako sumiennego, bardzo profesjonalnego, fachowego oraz wiarygodnego partnera w zakresie świadczenia usługi ochrony osób i mienia, który rozumie bieżące potrzeby Zamawiającego i wychodzi im naprzeciw.”

d)pkt 12-13 (41 Bazę Lotnictwa Szkolnego Dęblin), w wystawionym liście referencyjnym wyrażono „pozytywną ocenę świadczonych usług ochrony”

e)pkt 19-20 (usługi świadczone na rzecz WAT) w referencji wskazano, iż z powierzonych zadań realizowanych w ramach umowy, wykonawca wywiązuje się dobrze i bardzo dobrze, oraz, że jest to: „Firma godna polecenia instytucji potrzebującej sprawnej i skutecznej ochrony”,

3) Konsorcjum Stekop:

a)pkt 1 (usługa świadczona na rzecz 4 WOG) w referencji wystawca wskazał m.in.: „Firma STEKOP (Wykonawca) przy wykonywaniu usługi zaprezentowała się jako solidny, profesjonalny wykonawca zarówno w zakresie jakości świadczonych usług jak i partner elastycznie współpracujący ze Zleceniodawcą”,

b)pkt 4 (usługa świadczona na rzecz 42 Bazy Lotnictwa Szkolnego Radom) w referencji stwierdzono: „Konsorcjum „STEKOP” S.A. oraz „STEKOP OCHRONA” realizowało usługę ochrony w sposób właściwy, wywiązując się z warunków zawartej umowy”,

c)pkt 7-12 (usługi świadczone na rzecz 2 WOG) w poświadczeniach wystawca stwierdza odpowiednio: „Usługi określone w wyżej wymienionych umowach zostały zrealizowane. Współpraca pomiędzy Zamawiającym, a firma STEKOP S.A. przebiegała poprawnie, a na występujące niedociągnięcia w trakcie realizacji usługi firma reagowała zgodnie z zapisami umowy.”,

d)pkt 15 (usługi świadczone na rzecz 16 WOG Wrocław) referencja zawiera okrągłą pieczęć herbową 16.WOG pozwalającą zidentyfikować wystawiającego dokument. Zamawiający uznał niepełną datę (bez wskazania dnia) wystawienia dokumentu za nieistotną ponieważ referencja wystawiona została w grudniu 2020r. co nie ma wpływu na ważność dokumentu, który potwierdził usługę zakończoną,

e)pkt 17 (usługi świadczone na rzecz 13 WOG Grudziądz) w poświadczeniu za wykonanie usługi wskazano: „Usługa w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia przez SUFO w kompleksach w Chełmnie i Grubnie była realizowana prawidłowo j zgodnie z zawartą umową”, oraz, że na wykonawcę nałożono kary umowne stanowiące według wyliczeń Zamawiającego 0,08 % wartości umowy,

f)pkt 19 (usługi świadczone na rzecz 6 WOG) w poświadczeniu wykonania usług wskazano, że na wykonawcę nałożono kary umowne, co stanowiło według wyliczeń Zamawiającego 0,01 % wartości dwóch umów,

g)pkt 21 (usługi świadczone na rzecz 16 WOG) w poświadczeniu wykonania usług wskazano, że na wykonawcę naliczono kary umowne, które w stosunku do wartości całego kontraktu według wyliczeń Zamawiającego wynosiły 1,61 0/0. „Kary zostały uregulowane w całości z Zamawiającym”.

h)pkt (usługi świadczone na rzecz 13 WOG) Odwołujący błędnie wskazał wysokość kar, wskazując wysokość kar w kwocie 127 800 zł, co nie wynika z poświadczenia za wykonaną usługę, wystawionego przez 13.WOG gdzie wskazano łączną wysokość kar w wysokości 8 500 zł.

4) Konsorcjum Impel:

a)pkt 8 (usługi świadczone na rzecz 11 WOG Bydgoszcz) w poświadczeniu z 20 lutego 2020 r. znajduje się stwierdzenie: „Usługi określone w zawartej umowie były zrealizowane zgodnie z wymaganiami i ustaleniami określonymi w zawartej umowie.”,

b)pkt 10 (usługi świadczone na rzecz 8 BLT) - w poz. 10 wykazu wykonanych usług ww. wykonawcy jest wskazana 43.WOG Świętoszów a nie jak twierdzi 8. Baza Lotnictwa Transportowego (poz. 11 wykazu wykonanych usług). Zaświadczenie 8. Bazy Lotnictwa Transportowego w Balicach z 31 sierpnia 2017 r. zawiera stwierdzenie, że wskazane usługi: „wykonywane były zgodnie z zawartą umową”, zaś poświadczenie z 27 listopada 2020 r. zawiera ocenę: „Usługi określone w zawartej umowie wykonane były w sposób należyty, rzetelnie, poszanowanie interesów Zleceniodawcy.”

c)pkt 9 (usługi świadczone na rzecz 43 WOG), w poświadczeniu 17 stycznia 2017 r. wskazano, że Usługi określone w zawartej umowie wykonywane były w sposób należyty, rzetelny i profesjonalny. Naliczono łączną karę umowną stanowiącą według wyliczeń Zamawiającego 0,20% wartości umowy,

d)w odniesieniu do realizowanej na rzecz 13 WOG (poz. 16) w poświadczeniu wystawca stwierdza m.in., iż „Usługa w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia przez SUFO w kompleksach w Grudziądzu była realizowana prawidłowo j zgodnie z zawartą umową” oraz, że „Zastosowano kary umowne w wysokości stanowiącej według wyliczeń Zamawiającego 0,62% wartości umowy.

5) konsorcjum DGP:

a)pkt 1-2 (usługi świadczone na rzecz 24 WOG). W poświadczeniach wystawca wskazał: „Przedmiotowa usługa zrealizowana została zgodnie z postanowieniami umowy”,

b)pkt 4-5 (usługi świadczone na rzecz 21 WOG). W dwóch poświadczeniach wystawca wskazał: „Usługa „została wykonana zgodnie z postanowieniami umowy”, zaś w referencji stwierdził: „Przedmiotowa usługa jest realizowana należycie (zgodnie z postanowieniami umowy).”,

c)pkt 13-17 (usługi świadczone na rzecz 15 WOG Szczecin) w treści odwołania Odwołujący wskazuje pkt od 13 do 17, natomiast z wykazu wykonanych usług wynika, że są to pkt od 12 do 16. W referencjach zostały zawarte stwierdzenia: „Przedmiotowe usługi zostały wykonane zgodnie z warunkami umowy”,

- d) pkt 18 (usługi świadczone na rzecz 31 BLT Poznań) w treści odwołania Odwołujący wskazuje pkt 18 wykonanej usługi a wykazie wykonanych usług jest to poz. 17. W referencji stwierdzono: „Przedmiotowa usługa zrealizowana została należyście”,
- e) pkt 19 (usługi świadczone na rzecz 4 WOG Gliwice) w treści odwołania Odwołujący wskazuje pkt 19 wykonanej usługi, natomiast w wykazie wykonanych usług jest to pkt 18. W referencjach zostało stwierdzone: „Usługa została wykonana rzetelnie zgodnie z zapisami umowy”,
- f) pkt 7-10 (usługi świadczone na rzecz 43 WOG Świątoszów) w treści odwołania Odwołujący wskazuje pkt od 7 do 10 wykonanej usługi a wykazie wykonanych usług są to pkt od 6 do 9. Z poświadczeń należytego wykonania usług wskazanych w poz. od 6 do 9 wynika, że usługi wykonywane były w sposób należyty, rzetelny (dwa pierwsze) oraz należyty, rzetelny i profesjonalny (kolejne), oraz, że zostały naliczone kary umowne stanowiące według wyliczeń Zamawiającego odpowiednio: 0,02%, 0,13%, 0,20%, 0,01% wartości umów,
- g) pkt 20-22 (usługi świadczone na rzecz komenda Portu Wojennego Świnoujście) w treści odwołania Odwołujący wskazuje pkt od 20 do 22 wykonanej usługi, natomiast w wykazie wykonanych usług są to pkt od 19 do 21. Z referencji wynika, że: Przez okres realizacji ww. umowy Konsorcjum praktyczne w sposób prawidłowy wywiązywało się ze swoich obowiązków realizując umowę z zachowaniem standardów ochrony fizycznej oraz należytym przygotowaniem i zaplecem technicznym. Pracownicy realizujący umowę przy wykonywaniu swych obowiązków działali zgodnie z obowiązującym prawem i procedurami w zakresie ochrony mienia.” Z referencji wynika również, że w czasie realizacji umowy nałożono jednakże na wykonawcę kary umowne w związku z nienależytym wykonaniem zapisów umowy odpowiednio wg wyliczeń Zamawiającego 0,16%, 0,10%, 0,09% wartości umów.

Odwołujący nie kwestionował wielkości procentowych kar wyliczonych przez Zamawiającego w odniesieniu do ww. referencji.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania, w granicach których Izba orzeka.

Ad zarzut nr 1 i 3 dotyczące: *naruszenia art. 411 ust. 8 i 9 oraz art. 16 ustawy Pzp przez błędną ocenę wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonych przez wykonawców polegającej na uznaniu referencji niespełniających kryteriów selekcji za prawidłowe, co doprowadziło do nieprawidłowej oceny wniosków i niezaproszenie Odwołującego do składania ofert oraz naruszenia art. 16 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców z uwagi na przyznanie konsorcjum, którego liderem jest Seris Konsalnet Ochrona sp. z o.o. („Konsorcjum Konsalnet”), konsorcjum którego liderem jest „STEKOP” Spółka akcyjna („Konsorcjum Stekop”), konsorcjum, którego liderem jest „DGP Security Partner sp. z o.o. („Konsorcjum DGP”), konsorcjum, którego liderem jest Impel Defender sp. z o.o. („Konsorcjum Impel”) oraz konsorcjum, którego liderem jest SOLID SECURITY sp. z o.o. („Konsorcjum Solid”) punktów za referencje, które potwierdzają należyte wykonanie wykazanych usług, a tym samym nieprawidłową ocenę kryterium selekcji, co doprowadziło do niezaproszenia Odwołującego do składania ofert na pozycji 3 oraz zaproszenie konsorcjum DGP, które w przypadku prawidłowej oceny kryteriów selekcji znalazłoby się na pozycji 5.*

Stosownie do art. 411 ust. 8 i 9 ustawy Pzp: 8. Zamawiający może ograniczyć liczbę wykonawców zapraszanych do składania ofert, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu, o ile liczba ta jest wystarczająca, aby zapewnić konkurencję i nie jest mniejsza niż 3. 9. W przypadku, o którym mowa w ust. 8, zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu oraz, w przypadku, o którym mowa w ust. 3, w SWZ kryteria selekcji, które zamierza stosować w celu ograniczenia liczby wykonawców zaproszonych do składania ofert, oraz podaje minimalną liczbę wykonawców, których zaprosi do składania ofert. Zamawiający może wskazać maksymalną liczbę wykonawców, których zaprosi do składania ofert.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Z analizy stanowisk prezentowanych przez Strony i Uczestników postępowania odwoławczego wynika, że spór dotyczy sposobu interpretacji dokumentów złożonych przez wykonawców na potwierdzenie należytego wykonania usług wskazanych w wykazie wykonanych usług, w sytuacji gdy w dokumentach tych pojawiają się informacje dotyczące naliczenia kary umownej lub nie występuje w nich sformułowanie: „należyście wykonane”, lecz zostały użyte przez ich wystawcę inne określenia oceniające pozytywnie wykonanie lub wykonywanie usług.

W ocenie Odwołującego już z samego faktu naliczenia kary umownej wynika, że umowa nie była realizowana w sposób należyty, skoro doszło do uchybień skutkujących nałożeniem na wykonawcę kary umownej, a w referencjach musi się znajdować dosłowne sformułowanie „należyście wykonane”, a nie jakiegokolwiek inne, bez względu na to, czy z niego wynika pozytywna ocena czy nie. Zdaniem Zamawiającego i Uczestników postępowania stanowisko Odwołującego jest błędne, bowiem samo naliczenie kar umownych, jak również użycie innych określeń, wskazujących na pozytywną ocenę wykonania usług, nie dyskwalifikuje referencji.

Ustosunkowując się do powyższych kwestii spornych w ocenie Izby wskazania wymaga, że wbrew temu, co wynika ze stanowiska Odwołującego, ocena dokumentów przedłożonych przez wykonawcę na potwierdzenie należytego wykonania usług nie powinna ograniczać się do wybranych fragmentów tych dokumentów, tj. tylko do tego, czy zawierają informacje o karach umownych, oraz do tego czy zawierają sformułowanie: „należyście wykonane” i automatycznego nieuznawania dokumentów, jako potwierdzających należyte wykonanie usług, w pierwszym z ww. przypadków, gdy informacje o naliczeniu kar umownych się w nich pojawiają, a w drugim przypadku, gdy zostały użyte inne określenia dla pozytywnej oceny wykonania usług, niż „należyte”. Badaniu przez zamawiającego powinna podlegać cała treść dokumentu i to, jaka ocena wystawcy z niego wynika.

W ocenie Izby sam fakt obciążenia wykonawcy karami umownymi w sytuacji, gdy chodzi np. o kary umowne stanowiące znikomy procent wartości umowy, dotyczące niewielkich uchybień, nie dyskwalifikuje automatycznie referencji, jako dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia, gdy jednocześnie ich wystawca potwierdza należyte wykonanie zamówienia, używając takiego sformułowania lub innych określeń, dobranych według własnego uznania, z których wynika, że pozytywnie ocenia wykonanie przez wykonawcę usług. Za należyte wykonane usługi można bowiem uznać takie, w wyniku których interes zamawiającego, określony w umowie, zostanie zaspokojony w sposób określony treścią zobowiązania. W związku z tym np. określenie w referencji czy poświadczeniu wskazujące, że usługi zostały

wykonane zgodnie z umową, należy uznać za potwierdzające ich należyte wykonanie. Wystąpienie w trakcie realizacji umowy nieznacznych uchybień, zwłaszcza gdy te zostały naprawione przez wykonawcę, nie oznacza bowiem, że cel umowy o świadczeniu usług nie został osiągnięty, a umowa nie może być uznana za należyście wykonaną.

Ponadto uwzględnić także stanowisko Przystępującego Stokop, z którego wynika, że „referencja”, co do zasady ma pozytywny wydźwięk, a Zamawiający, niezadowolony z jakości świadczonych usług, najczęściej odmawiając wystawienia referencji na rzecz wykonawców, którzy nienależyście wykonują lub wykonali umowę, co oznacza, że gdyby zdaniem wystawcy referencji cel umowy nie został zrealizowany, to nie polecałby danego wykonawcy, nie stwierdzałby wykonania usług zgodnie z umową.

Trudno nie zgodzić się z takim stanowiskiem czytając np. ww. referencje wystawione dla Konsorcjum Solid przez 18. WOG, gdzie znalazło się stwierdzenie: „*Pomijając fakt wystąpienia kilku incydentów związanych z nałożeniem kar umownych firma realizowała usługę fachowo, sumiennie i z należytą starannością.*” Podana jednocześnie informacja, że na wykonawcę nałożono kary umowne, stanowiące wg wyliczeń Zamawiającego 0,06 % wartości świadczonych usług, nie oznacza zatem, że w ocenie wystawcy okoliczność ta uniemożliwia pozytywną ocenę wykonanych usług.

W ocenie Izby dowód przedłożony przez Odwołującego w postaci pisma 24. Wojskowego Oddziału Gospodarczego z 25 sierpnia 2021 r. dotyczący - według oświadczenia Odwołującego na rozprawie - referencji złożonych przez DGP (w piśmie brak jest wskazania którego wykonawcy dotyczy), do którego nie zostało załączone wystąpienie o udostępnienie informacji publicznej, nie przeczy ww. rozumieniu treści referencji. W piśmie tym zawarta jest informacja o naliczeniu kar umownych w ramach trzech wskazanych w nim umów w wysokości: 15 000 zł, 6 000 zł i 23 500 zł, co w sytuacji gdy zostało w nim podane, że wartość tych umów wynosiła odpowiednio: 5 781 757,69 zł, 4 640 425,05 zł i 20 483 075,74 zł wskazuje, że wysokość tych kar stanowiła niewielki procent wartości umów. Natomiast podnoszona na rozprawie przez Odwołującego okoliczność, iż wystawca poświadczenia nie wspominał w nim o ich naliczeniu, może oznaczać, że w jego ocenie nie miały one wpływu na całościową pozytywną ocenę wykonania usług.

To wystawca referencji przed ich sporządzeniem dokonuje oceny, czy usługi, których dotyczą referencje, zostały wykonane należyście bądź nienależyście. Ocena ta jest zatem dokonywana z uwzględnieniem okoliczności danej sprawy, w tym z uwzględnieniem treści zawartej przez niego umowy z danym podmiotem i funkcji kary umownej, której w danej umowie nadano najistotniejsze znaczenie. W przypadku umów na świadczenie usług często, niezależnie od funkcji kompensacyjnej, jest to funkcja stymulująca, a więc funkcja mobilizująca wykonawcę do prawidłowego i pełnego wykonania zobowiązania umownego. W sytuacji, gdy kary umowne zostały przewidziane za drobne uchybienia, których wystąpienie nie miało wpływu na całościową ocenę realizacji umowy, możliwa jest zatem ocena, iż usługi objęte daną umową zostały wykonane należyście. Zamawiający mógł zatem uwzględnić takie referencje, w których wystawcy niezależnie od wyrażenia pozytywnej oceny wykonanych na ich rzecz usług, wskazali także na obciążenie wykonawcy karami umownymi w stosunkowo niewielkiej wysokości w relacji do wartości umowy.

W ocenie Izby również brak sformułowania „należyte wykonanie usług” w odpowiedniej formie nie dyskwalifikuje referencji, jako dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie przedmiotu umowy. Inne sformułowania np. „wykonane zgodnie z umową”, stanowią także potwierdzenie należytej realizacji przedmiotu zamówienia, wskazują bowiem na to, że cel zamówienia został osiągnięty, zamówienie zostało zrealizowane zgodnie z wymaganiami zamawiającego, a tym samym należyście.

Ustawa Pzp nie zawiera definicji „należytego wykonania umowy”. Zgodnie z art. 354 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego *dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią, w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel. Stosownie do art. 355 k.c. § 1. Dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). § 2. Należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności.* Umowa co do zasady określa, jaki jest zakres obowiązków wykonawcy i pożądaný sposób ich wykonania. W związku z tym należy zakładać, że zamawiający przed wystawieniem referencji dokonuje oceny wykonania umowy, uwzględniając m.in. cel zawarcia umowy, jej postanowienia i obowiązujące przepisy prawa, a

Przy ocenie treści referencji należy mieć zatem na uwadze to, czy według ich wystawcy, który składa oświadczenie wiedzy w tym zakresie, istota, cel, potrzeba gospodarcza realizacji danej umowy, zostały osiągnięte, a zatem czy umowa została wykonana należyście. Użycie w dokumentach, z założeń potwierdzających należyte wykonanie umów, np. referencjach czy poświadczeniach (gdy cel ich wystawienia jest znany), innych określeń dla wyrażenia pozytywnej oceny ich wykonania, np. sformułowania „zgodnie z umową”, nie niweczy zatem takiego dokumentu, jako potwierdzającego należyte wykonanie umowy. Wystawca ma bowiem swobodę w doborze używanych sformułowań dla wyrażenia swojej opinii. Również sam fakt naliczenia kary umownej, w sytuacji gdy dotyczy ona niewielkich nieprawidłowości przy realizacji umowy, pozostających bez wpływu na wynik umowy, nie oznacza, że cel zawarcia umowy nie został zrealizowany, a zatem nie wyklucza uznania przez wystawcę, że umowa została zrealizowana należyście, co stwierdza w wydanych dokumentach. Powyższe należy odnosić do zdecydowanej większości referencji zakwestionowanych w odwołaniu.

Inaczej natomiast, w ocenie Izby, należy ocenić referencje, w których wystawca poświadczenia nie zawiera pozytywnej opinii dotyczącej wykonania przez dany podmiot umowy, a jedynie informację, że takie wykonanie umowy miało miejsce i podaje informację dotyczącą naliczenia kar umownych, np. ww. poświadczenia złożone przez Konsorcjum Stokop wymienione w pkt 19 (usługi świadczone na rzecz 6 WOG) i pkt 21 (usługi świadczone na rzecz 16 WOG). W związku z tym takie dokumenty w ocenie Izby, nie są wystarczające dla potwierdzenia należytego wykonania zamówienia. Brak jest w nich bowiem oceny wystawcy wykonania usług przez wykonawcę. W okolicznościach analizowanej sprawy automatyczne uwzględnienie takich referencji przez Zamawiającego nie ma jednak wpływu na wynik postępowania. Zamawiający zaprosił do składania ofert 4 wykonawców, tj. Konsorcjum Konsalnet, Konsorcjum Impel, Konsorcjum DGP, Konsorcjum Stokop, uznając, iż wykonawcy uzyskali odpowiednio następującą liczbę punktów w kryterium selekcji: 22, 16, 22, 22. Oznacza to, że ewentualne nieuwzględnienie takich referencji pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Odwołujący podważa liczbę punktów przyznanych przez Zamawiającego w odniesieniu do ww. wykonawców, a także wykonawcy Konsorcjum Solid, który nie został zaproszony do składania ofert i którego sytuacja według stanowiska Odwołującego wyrażonego w odwołaniu nie miałaby ulec zmianie. Wpływ na wynik postępowania mogłaby mieć natomiast ocena, dotycząca usług wskazanych we wniosku o dopuszczenie do składania ofert, złożonym przez Konsorcjum DGP, bowiem, to jedynie ten wykonawca, zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego, w sposób nieuprawniony został zaproszony do składania ofert.

Jak wskazał Odwołujący Konsorcjum DGP w Załączniku nr 2 do wniosku stanowiącym wykaz usług zgłosił 22 usługi, przy czym referencje wskazane w punktach: nr 1 i 2 wykazu dotyczące usług świadczonych na rzecz 24 WOG Giżycko, pkt 4 i 5 wykazu - referencje wydanych przez 21 WOG Elbląg, (pkt 13-17 wykazu) usług świadczonych na rzecz 15 WOG Szczecin, z pkt 18 świadczonych na rzecz 31 BLT Poznań, w pkt 19 wykazu usługi świadczone na rzecz 4 WOG Gliwice, w jego ocenie nie potwierdzają należytego wykonania usług, gdyż nie odnoszą się do wymaganego przez Zamawiającego zwrotu, tj. „należytego wykonania usług” i dlatego zdaniem Odwołującego za te usługi Konsorcjum DGP nie powinny zostać przyznane punkty w toku badania kryteriów selekcji. Z kolei referencje wskazane w pkt 7-10 wykazu wydane przez 43 WOG Świątoszów, w pkt 20- 22 świadczonych na rzecz Komendy Portu Wojennego Świnoujście wskazują na nałożenie na wykonawcę w każdej z tych umów kar umownych w toku realizacji, co wskazuje, że w związku z nienależytym wykonywaniem zapisów umowy nałożono na wykonawcę kary umowne. Z tych powodów 17 z 22 referencji nie poświadczają należytego wykonania usług, zatem według Odwołującego zasadnym jest stanowisko, że Konsorcjum DGP wykazało jedynie 5 usług.

Nie jest natomiast sporne, że:

- a) pkt 1-2 (usługi świadczone na rzecz 24 WOG) - w poświadczeniach wystawca wskazał: „Przedmiotowa usługa zrealizowana została zgodnie z postanowieniami umowy”,
- b) pkt 4-5 (usługi świadczone na rzecz 21 WOG) - w poświadczeniach/referencjach wystawca wskazał, iż usługa „została wykonana zgodnie z postanowieniami umowy”,
- c) pkt 13-17 - wg wykazu wykonanych usług pkt od 12 do 16 (usługi świadczone na rzecz 15 WOG Szczecin) - w referencjach użyto sformułowań „przedmiotowe usługi zostały wykonane zgodnie z warunkami umowy”,
- d) pkt 18 - wg wykazu wykonanych usług pkt 17 (usługi świadczone na rzecz 31 BLT Poznań) - w referencji użyto sformułowania „przedmiotowa usługa zrealizowana została należyście”,
- e) pkt 19 - wg wykazu wykonanych usług pkt 18 (usługi świadczone na rzecz 4 WOG Gliwice)- w referencjach użyto sformułowania „usługa została wykonana rzetelnie zgodnie z zapisami umowy”,
- f) pkt 7-10 - wg wykazu wykonanych usług pkt 6-9 (usługi świadczone na rzecz 43 WOG Świątoszów) - poświadczeń należytego wykonania usług wskazanych wynika, że usługi wykonywane były w sposób należyty, rzetelny i profesjonalny, a wysokości naliczonych kar umownych stanowią 0,02 %, 0,13 %, 0,20 %, 0,01 % wartości umów,
- g) pkt 20-22 - wg wykazu wykonanych usług pkt 19-21 (usługi świadczone na rzecz komenda Portu Wojennego Świnoujście) - z referencji wynika, że „usługi wykonywane przez konsorcjum wykonywane były z zachowanie standardów ochrony fizycznej oraz należytym przygotowanym zapleczem technicznym”, a wysokości naliczonych kar umownych stanowiły 0,16 %, 0,10 %, 0,09 % wartości umów.

Jak wyżej wskazano, użycie przez wystawcę dokumentu innego sformułowania, niż „należyte wykonanie”, tj. w ww. przypadkach dotyczących dokumentów wystawionych dla Konsorcjum DGP, np. „przedmiotowe usługi zostały wykonane zgodnie z warunkami umowy”, nie dyskwalifikuje takich referencji. Takiego skutku nie można także przypisać dokumentom, zawierającym, obok pozytywnej opinii, dotyczącej wykonania usług, również informacje o naliczeniu kar umownych pozostających, według wyliczeń Zamawiającego, których Odwołujący nie zakwestionował, w ww. stosunku do wartości umów. Odwołujący nie wykazał, że kary umowne zostały naliczone za istotne uchybienia, niweczące cel umowy, i że w związku z tym wystawcy dokumentów nie byli uprawnieni do złożenia oświadczeń wiedzy o treści przedstawionej w dokumentach złożonych przez Konsorcjum DGP.

Przystępujący DGP przedłożył natomiast ww. dowody m.in. w postaci oświadczeń, z których wynika, że wystawcy złożonych przez tego wykonawcę dokumentów tj. 24 WOG, 21 WOG, 15 WOG stwierdzają, że użyte przez nich w dokumentach, złożonych przez Konsorcjum DGP, sformułowanie np. w brzmieniu: „Przedmiotowa usługa zrealizowana została zgodnie z postanowieniami umowy”, wyraża pozytywną oceną wystawiającego referencje i oznacza należyte wykonanie umowy.

Oznacza to, że nie zostało wykazane, aby Zamawiający przyznał Konsorcjum DGP nieprawidłową liczbę punktów. W konsekwencji nie zostało wykazane, aby lista wykonawców zaproszonych do składania ofert powinna ulec zmianie. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty także w odniesieniu do innych wykonawców, które miałyby wpływ na wynik postępowania.

Odnośnie zarzutu dotyczącego Konsorcjum Stekop i braku daty dziennej na referencji wystawionej przez 16. WOG (pkt 15 wykazu), stwierdzenia wymaga, że Zamawiający zasadnie uznał, iż brak tej daty nie ma wpływu na ważność dokumentu, bowiem referencja została wystawiona w grudniu 2020 r. i potwierdza usługę zakończoną, jak też, że istnieje możliwość identyfikacji wystawcy dokumentu. Nadto jak zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie kwestia braku znaków identyfikacyjnych wystawcy dokumentu (logo, pieczęć) dotyczy także referencji Odwołującego, załączonych do wykazu wykonanych usług.

Odnośnie natomiast dokumentu złożonego przez Konsorcjum Konsalnet w zakresie pkt 15 wykazu i podważanej przez Odwołującego wartości usług, zauważenia wymaga, że złożony przez tego wykonawcę wykaz zawiera jednoznaczną informację o czasie realizacji usług i ich wartości. Okoliczność, iż wystawca referencji potwierdził, że wykonawca świadczy usługi „do chwili obecnej”, a więc wystawienia referencji (czerwiec 2020) nie oznacza, że Zamawiający nieprawidłowo uwzględnił te referencje. To wykaz wykonanych usług stanowi oświadczenie wykonawcy, w którym wskazuje on m.in. wykonane usługi, ich wartość i termin wykonania, a celem złożenia referencji wystawionych przez podmiot, na rzecz którego były wykonywane, jest potwierdzenie ich należytego wykonania, o ile oczywiście taka jest jego ocena. Zamawiający zatem miał podstawy, aby uznać te dokumenty. Odwołujący, jeśli kwestionuje wartość usług, powinien wykazać, że nie odpowiada ona tym usługom, które zostały podane w wykazie, jednak tego nie uczynił, pomimo, iż to na nim, ciążył w tym zakresie dowód w sprawie.

Odwołujący nie wykazał także, aby Zamawiający dokonywał punktacji w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Nie jest sporne, że Zamawiający uwzględnił wszystkie przedłożone przez wykonawców dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług, także dokumenty przedłożone przez Odwołującego, a jak sam stwierdził w odwołaniu, jeden ze złożonych przez tego dokumentów nie powinien zostać uwzględniony, ponieważ nie zawierał zwrotu „należyte wykonanie usługi”. Oznacza to, że Zamawiający nie traktował w sposób odmienny poszczególnych wykonawców i dokumenty zawierające inne sformułowania dla wyrażenia pozytywnej opinii o wykonanych usługach, poddał punktacji na takich samych zasadach.

Ad zarzut oznaczony nr 2 dotyczący naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez opisanie w Ogłoszeniu przesłanek wykluczenia z postępowania w sposób ograniczający konkurencję i równe traktowanie wykonawców biorących udział w postępowaniu i sposób nieadekwatny do zakresu zamówienia i warunków dopuszczenia do udziału w postępowaniu

Zarzut ten jest spóźniony, bowiem dotyczy treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie, a zatem mógł on być postawiony w terminie określonym w art. 515 ust. 2 ustawy Pzp. Postawienie go dopiero po dokonaniu czynności zaproszenia do składania ofert oznacza brak możliwości jego rozpoznania przez Izbę.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie stwierdzono zarzucanego przez Odwołującego naruszenia przepisów ustawy Pzp, które miałyby wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* W analizowanej Izba oddaliła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący, który został obciążony kosztami postępowania, na które składał się uiszczony przez niego wpis od odwołania. Izba nie uwzględniła wniosku pełnomocnika Zamawiającego złożonego na rozprawie o przyznanie wynagrodzenia w kwocie 3 600 zł, bowiem nie został złożony rachunek na ww. kwotę.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) w wysokości przewidzianej w ww. rozporządzeniu.

Przewodniczący:.....