

WYROK

z dnia 27 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2021 r. przez wykonawcę Agencję Ochrony Osób i Mienia JAG sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Sąd Okręgowy w Bydgoszczy

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Security Solutions sp. z o.o., Impel Safety sp. z o.o., Impel Facility Services sp. z o.o.; Impel Defender sp. z o.o., Impel Provider sp. z o.o., Impel Technical Security sp. z o.o., ITM Poland S.A., Gwarant Agencja Ochrony sp. z o.o. z siedzibą lidera we Wrocławiu zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3574/21 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Agencję Ochrony Osób i Mienia JAG sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Agencję Ochrony Osób i Mienia JAG sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy Agencji Ochrony Osób i Mienia JAG sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy na rzecz Zamawiającego: Sądu Okręgowego w Bydgoszczy kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Sygn. akt: KIO 3574/21

Zamawiający: Sąd Okręgowy w Bydgoszczy wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usługi ochrony osób i mienia w Sądzie Okręgowym i Rejonowym w Bydgoszczy oraz Prokuraturze Rejonowej w Bydgoszczy, numer referencyjny: SZP-273-7/2021.

W dniu 1 grudnia 2021 r. Odwołujący: Agencja Ochrony Osób i Mienia JAG sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy otrzymał od Zamawiającego informację o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Security Solutions Sp. z o.o. — Lider z Wrocławia, Impel Safety Sp. z o.o. z Wrocławia, Impel Facility Services Sp. z o.o. z Wrocławia, Impel Defender Sp. z o.o. z Wrocławia, Impel Provider Sp. z o.o. z Wrocławia, Impel Technical Security Sp. z o.o. z Wrocławia, ITM Poland S.A. z Zielonej Góry oraz Gwarant Agencja Ochrony Sp. z o.o. z Opola jako najkorzystniejszej oraz wobec odrzucenia oferty Firmy Agencja Ochrony Osób i Mienia JAG Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy a także nie odrzucenia oferty Konsorcjum Firm: Impel Security Solutions Sp. z o.o. — Lider z Wrocławia, Impel Safety Sp. z o.o. z Wrocławia, Impel Facility Services Sp. z o.o. z Wrocławia, Impel Defender Sp. z o.o. z Wrocławia, Impel Provider Sp. z o.o. z Wrocławia, Impel Technical Security Sp. z o.o. z Wrocławia, ITM Poland S.A. z Zielonej Góry oraz Gwarant Agencja Ochrony Sp. z o.o. z Opola, a także o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 9 grudnia 2021 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając mu:

1. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp lub ustawą z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego,

2. naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wadliwej czynności oceny oferty Odwołującego,

3. naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie,

4. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie zapisów nie będących w istocie opisem przedmiotu zamówienia, gdyż nie odnoszących się do przedmiotu zamówienia lub też sposobu jego realizacji (nie będącym warunkiem zamówienia),

5. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 7 pkt 17 zw. z art. 112 ust. 1 i 2, w zw. z art. 113 i w zw. z art. 114 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy z uwagi na niezgodność jego oferty z

warunkami zamówienia, podczas gdy zapis na podstawie którego oferta została odrzucona jest w istocie niedopuszczalnym przez ustawę Pzp warunkiem udziału w postępowaniu,

6. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w zw. z § 6, § 7 i § 9 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. 2020 poz. 2415), poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy z uwagi na niezgodność jego oferty z warunkami zamówienia, podczas gdy zapis na podstawie którego oferta została odrzucona jest w istocie niedopuszczalnym przez ustawę Pzp jak i przywołane rozporządzenie warunkiem udziału w postępowaniu,

7. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 7 pkt 20 zw. z art. 104, 105, 106 oraz 107 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy z uwagi na niezgodność jego oferty z warunkami zamówienia, podczas gdy zapis na podstawie którego oferta została odrzucona jest w istocie

niedopuszczalnym przez ustawę Pzp przedmiotowym środkiem dowodowym,

8. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 128 ust. 1 i 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, poprzez jego niezastosowanie, w sytuacji gdyby uznać zastosowany przez Zamawiającego zapis za warunek udziału w postępowaniu,

9. naruszenie art. 239 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, oferty Wykonawcy, którego oferta nie była najkorzystniejsza,

10. naruszenie art. 17 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, poprzez dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych,

11. naruszenie art. 16 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,

12. naruszenie art. 16 pkt 2 w zw. z art. 253 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, tj. zasady przejrzystości i obowiązku uzasadniania

faktycznego i prawnego decyzji o odrzuceniu oferty Wykonawcy, albowiem motywy

przekazanej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego są lakoniczne i nie jest jasne na jakiej podstawie Zamawiający nie uwzględnił jako prawidłowej przynależności przez Odwołującego do stowarzyszenia Polski Związek Pracodawców Ochrona i skąd czerpał wiedzę na jakiej podstawie działa to stowarzyszenie, a także nie wskazał z jakiego przepisu ustawy Pzp lub rozporządzenia wykonawczego do ustawy Pzp wynika obowiązek przynależności do stowarzyszenia działającego tylko i wyłącznie na podstawie ustawy o izbach gospodarczych (a nie na podstawie innych ustaw), a także

13. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum Firm: Impel Security Solutions Sp. z o.o. — Lider z Wrocławia, Impel Safety Sp. z o.o. z Wrocławia, Impel Facility Services Sp. z o.o. z Wrocławia, Impel Defender Sp. z o.o. z Wrocławia, Impel Provider Sp. z o.o. z Wrocławia, Impel Technical Security Sp. z o.o. z Wrocławia, ITM Poland S.A. z Zielonej Góry oraz Gwarant Agencja Ochrony Sp. z o.o. z Opola.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy oferty Konsorcjum Firm: Impel Security Solutions Sp. z o.o. — Lider z Wrocławia, Impel Safety Sp. z o.o. z Wrocławia, Impel Facility Services Sp. z o.o. z Wrocławia, Impel Defender Sp. z o.o. z Wrocławia, Impel Provider Sp. z o.o. z Wrocławia, Impel Technical Security Sp. z o.o. z Wrocławia, ITM Poland S.A. z Zielonej Góry oraz Gwarant Agencja Ochrony Sp. z o.o. z Opola jako najkorzystniejszej,

2) unieważnienia czynności odrzucenia Odwołującego,

3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Jednocześnie Odwołujący wnosił o:

a. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania,

b. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, według dokumentów, które zostaną przedłożone na rozprawie.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych zastosowanie znajdzie doktryna i orzecznictwo wypracowane dotychczas do

odrzućenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.).

Podniósł, że zgodnie z tym orzecznictwem podstawą odrzućenia oferty nie mogą być jakiegokolwiek wymogi, które nie mają bezpośredniego związku z treścią oferty rozumianą

wąsko, jako zakres przyszłego świadczenia. Zgodność treści oferty z warunkami zamówienia powinna wynikać ze wszystkich dokumentów składających się na merytoryczną treść oferty, rozumianą jako treść zobowiązania wykonawcy do przyszłego świadczenia.

Wskazał, że opis przedmiotu zamówienia, ma dotyczyć przedmiotu zamówienia tj. jego jakości, ilości, terminów i innych istotnych cech oferowanego świadczenia, a nie do cech podmiotowych wykonawcy, w tym przynależności do wskazanych przez Zamawiającego grupowań.

Zwrócił uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu ani w treści przyszłej umowy, ani też w opisie przedmiotu zamówienia — załącznik numer 5 — Zamawiający nie wskazał konieczności przynależności do stowarzyszenia działającego na podstawie ustawy o izbach gospodarczych, występuje tylko zapis w pkt 5 ppkt 11 zdanie 4 i 5 SWZ.

W ocenie Odwołującego - zapis ten nie ma więc znamion opisu przedmiotu zamówienia, czyli tego, czego zamawiający oczekuje od usługi, którą ma otrzymać od wykonawcy, a dodatkowo zamawiający w żaden sposób, w żadnym miejscu SWZ wraz z załącznikami, nie wykazał w jaki sposób przynależność wykonawcy do stowarzyszenia działającego na podstawie ustawy o izbach gospodarczych miałyby wpłynąć na cechę czy jakość oferowanej usługi ochrony.

W istocie rzeczy zapis ten jest więc obejściem prawa, gdyż tak naprawdę odnosi się on do podmiotu wykonawcy a nie do przedmiotu zamówienia.

Przyznał słuszność podmiotowi zadającemu pytanie Zamawiającemu, że w istocie rzeczy zapis wprowadzony przez Zamawiającego w pkt 5 ppkt 11 zdanie 4 i 5 SWZ, jest to niedopuszczalny warunek udziału w postępowaniu, a niedopuszczalny z tego względu, że w przypadku stawiania przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający musi się opierać na przepisach Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. 2020 poz. 2415), które to rozporządzenie nie dopuszcza tego, aby zamawiający mógł wymagać od wykonawców przynależności do stowarzyszenia działającego na podstawie ustawy o izbach gospodarczych.

Wywodził, że gdyby jednak nawet taki warunek dopuścić, to w przypadku niezłożenia podmiotowych środków dowodowych przez wykonawcę lub ich wadliwości, zamawiający miałby obowiązek wezwania do ich uzupełnienia lub poprawienia, w którym to wezwaniu zamawiający wskazuje zaistniałe według niego błędy, które wykonawca ma szansę naprawić, a nawet Zamawiający mógłby uzyskać informację bezpośrednio od podmiotu wystawiającego dokument.

Dalej, argumentował, że wprowadzony do SWZ zapis można by też rozpatrywać w kategorii możliwych do wymagania przez Zamawiającego przedmiotowych środków dowodowych, które służą zweryfikowaniu poprawności merytorycznej złożonej oferty lub potwierdzeniu oferowanych właściwości przedmiotu zamówienia.

Zauważył przy tym, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie wymagał jednak przedłożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych (pkt 4 SWZ) i nie

miał podstaw do żądania złożenia odpowiadających im przedmiotowych środków dowodowych.

Podniósł, że ustawa nie przewiduje takiego przedmiotowego środka dowodowego jak „przynależność do stowarzyszenia działającego w oparciu o ustawę o izbach gospodarczych”, pomimo, że katalog tych środków jest otwarty, to w żaden sposób wymóg postawiony przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu nie spełnia idei wymagania przedmiotowych środków dowodowych wymogu potwierdzenia właściwości usług ochrony.

Jednakże i w tym wypadku, w razie nie złożenia przedmiotowych środków dowodowych lub złożenia ich niekompletnych, zamawiający - zdaniem Odwołującego - wzywa wykonawcę do ich uzupełnienia (o ile przewidział taką możliwość).

Zapewnił, że w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący przedłożył wraz z formularzem ofertowym informację do jakiego stowarzyszenia należy i przedłożył w tym zakresie zaświadczenie wystawione przez stowarzyszenie — Polski Związek Pracodawców

Ochrona.

Stwierdził, że Zamawiający uznał arbitralnie, że wskazane stowarzyszenie nie działa na podstawie ustawy o izbach gospodarczych i bez wezwania Odwołującego, nie zastosowawszy uprzednio wezwania z art. 223 ustawy Pzp.

Dodatkowo, wskazał, że Odwołujący w dniu 27 października 2021 roku oprócz wniosku o przyjęcie jego Firmy w poczet członków stowarzyszenia Polskiego Związku Pracodawców Ochrona, złożył również wniosek i wymagane dokumenty do Polskiej Izby Ochrony (działającej na podstawie ustawy o izbach gospodarczych).

Informacją mailową z dnia 10 listopada 2021 roku został poinformowany o tym, że decyzją zarządu Polskiej Izby Ochrony z dnia 9 listopada 2021 roku został włączony w poczet członków Państwowej Izby Ochrony.

Tego samego dnia Odwołujący otrzymał Certyfikat Członkostwa w Polskiej Izbie Ochrony i przyjęcia w poczet firm członkowskich w dniu 9 listopada 2021 roku - drogą mailową z informacją, że oryginał zostanie wysłany drogą pocztową.

Jednakże kolejnym mailem z dnia 15 listopada 2021 roku Odwołujący otrzymał informację, że aproba ta przystąpieniu przez Odwołującego do Polskiej Izby Ochrony zostaje wstrzymana. Decyzja — wg treści maila — „jest związana z koniecznością ponownego przeanalizowania dokumentacji oraz innych niezbędnych informacji dotyczących

firmy Odwołującego

Przyznał przy tym, że Zarząd lub Prezydium Zarządu tej Izby może podjąć decyzję albo o przyjęciu w poczet Członków Polskiej Izby Ochrony albo o odrzuceniu złożonego wniosku, nie ma informacji, że możliwe jest „wstrzymanie” już zapadłej decyzji o przyjęciu w

poczet członków.

Oświadczył, że do dnia wniesienia odwołania Odwołujący nie otrzymał żadnej dalszej informacji od Polskiej Izby Ochrony, jaki jest jego status w tej organizacji — przyjęty czy odrzucony.

Biorąc pod uwagę to zdarzenie, Odwołujący stwierdził, że podjął decyzję o wskazaniu w formularzu ofertowym przynależności do Polskiego Związku Pracodawców Ochrona, nie wiedząc, jaki jest status jego Firmy w stowarzyszeniu Polskiej Izby Ochrony.

W ocenie Odwołującego - zaistniała sytuacja pokazuje jednak, że po pierwsze tego typu organizacje nie mogą być w żaden sposób opiniotwórcze, a także, że przynależność do takiej organizacji w żaden sposób nie wpływa na przedmiot zamówienia w postępowaniu o

udzielenie zamówienia i wymóg ten nie odnosi się do merytorycznej części przedmiotu zamówienia, a tylko niezgodność oferty z merytoryczną częścią zamówienia wedle aktualnego orzecznictwa, może stanowić podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy na

podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący stwierdził, że gdyby posłużył się otrzymanym wcześniej certyfikatem

uzyskanym od Polskiej Izby Ochrony (w posiadaniu którego jest, ponieważ członkostwo

Odwołującego w Polskiej Izbie Ochrony nadal nie zostało odrzucone), Zamawiający najprawdopodobniej uznał by Odwołującego za członka stowarzyszenia działającego na

podstawie ustawy o izbach gospodarczych.

Dodatkowo, wskazał, że zapis wprowadzony przez Zamawiającego, jak też odrzucenie Odwołującego z postępowania na tej podstawie jest także sprzeczny z art. 16 ustawy Pzp, gdyż nierówno traktuje wykonawców, którzy przynależą do stowarzyszenia zrzeszającego firmy ochroniarskie, innego niż działające na podstawie ustawy o izbach gospodarczych, tym bardziej, że np. w zakresie wymogów dotyczących przedmiotowych środków dowodowych ustawa PZP wprost nakazuje zamawiającemu akceptację równoważnych przedmiotowych środków dowodowych.

Zwrócił uwagę, że zarówno Polski Związek Pracodawców Ochrona, jak i np. Polska Izba Ochrony (która działa na podstawie ustawy o izbach gospodarczych) to według Krajowego Rejestru Sądowego stowarzyszenia o w zasadzie tożsamych celach działalności.

Odwołujący uważał, że powody odrzucenia wskazane przez Zamawiającego w jego

decyzji z dnia 1 grudnia 2021 roku nie pozwalają sformułować wniosku, że oferta

Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, odnoszącymi się do przedmiotu zamówienia.

Dodatkowo wskazał, że jedynie jeden z konsorcjantów konkurenta - Gwarant Agencja Ochrony Sp. z o.o. z Opola posiada wymagane przez Zamawiającego członkostwo.

W dniu 14 grudnia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Impel Security Solutions Sp. z o.o. — Lider z Wrocławia, Impel Safety Sp. z o.o. z Wrocławia, Impel Facility Services Sp. z o.o. z Wrocławia, Impel Defender Sp. z o.o. z Wrocławia, Impel Provider Sp. z o.o. z Wrocławia, Impel Technical Security Sp. z o.o. z Wrocławia, ITM Poland S.A. z Zielonej Góry oraz Gwarant Agencja Ochrony Sp. z o.o. z Opola, zwani dalej Przystępującym zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 21 grudnia 2021 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego odrzucenie jako wniesionego po terminie, względnie o jego oddalenie i zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, oferty Odwołującego, odwołania, informacji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 1 grudnia 2021 r. i o wyborze najkorzystniejszej oferty, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 21 grudnia 2021 r., a także na podstawie złożonych wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

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

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 pkt 17 i pkt 20 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, art.16, art.17, art.104 do 107, art.99 ust.1, 2 i 4, art.112 do 114, art.128 ust.1 i 5, art.223 ust.1, art. 226 ust.1 pkt 5, art.253 ust.1 oraz art. 239 ust.1 ustawy Pzp, a także przepisów § 6, § 7 i § 9 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. 2020 poz. 2415).

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy wykonawcy, w tym Przystępujący złożył ofertę zgodną z warunkami zamówienia.

Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 5.11 SWZ - Opis przedmiotu zamówienia wymagał by Wykonawca był członkiem ogólnopolskiego stowarzyszenia branży ochrony. Stowarzyszenie musi być samorządnym oraz niezależnym w swej działalności statutowej od organów administracji państwowej, samorządu terytorialnego oraz organizacji politycznych, społecznych i zawodowych oraz działać na podstawie ustawy z dnia 30 maja 1989 r. o izbach gospodarczych”.

Ponadto, Izba stwierdziła, że Odwołujący w swojej ofercie złożył oświadczenie, że przynależy do Polskiego Związku Pracodawców Ochrona. Przy czym wykonawcy mieli wskazać w odpowiedniej rubryce nazwę stowarzyszenia.

Na tle powyższego wymagania SWZ i jego znaczenia prawnego powstał pomiędzy stronami spór co do tego, czy Odwołujący powinien wykazać się przynależnością do takiego stowarzyszenia.

W związku z tym w pierwszej kolejności wymagało omówienia, że zarzut odwołania oparty o przepis art. 99 ust.1, 2 i 4 ustawy Pzp jest spóźniony z tego powodu, że Odwołujący nie kwestionował w żaden sposób treści SWZ na etapie jej przygotowania, a zatem jest on w całej rozciągłości związany jej wymaganiami.

Dodatkowo, na rozprawie pełnomocnik Odwołującego oświadczył, że nie kwestionuje treści SWZ. Wobec powyższego powyższy zarzut należało uznać za oczywiście bezzasadny, jako, że żaden z wykonawców nie może stać się beneficjentem zmiany treści SWZ już po złożeniu ofert, co oznaczałoby rażące naruszenie przepisu art.16 ustawy Pzp przewidującego, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie

wykonawców;

- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

W ocenie lzby - nie można mówić o jakiegokolwiek równości uczestników przetargu czy jego przejrzystości, jeżeli wobec jednego z wykonawców stosuje się ustanowione w SWZ wymaganie, podczas gdy stosunku do innego przestaje ono działać.

Na uwagę zasługuje, że inne podejście w tej sprawie byłoby równoznaczne z przyjęciem, że Zamawiający celowo ograniczył krąg podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia, uniemożliwiając niektórym z potencjalnych wykonawców, niespełniających spornego warunku, uzyskanie przedmiotowego zamówienia, co w sposób zasadniczy przeczyłoby znaczeniu powyższych zasad prawnych.

Reasumując, zarzut naruszenia art. 99 ust.1 ustawy Pzp, który stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, może być podnoszony jedynie na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wymaga podkreślenia, że ustawodawca przewidział prawne środki korekcyjne opisane w art.137 ust.1 ustawy Pzp stosownie, do którego to przepisu w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ.

Wnioskując a contrario Zamawiający nie może dokonać takiej modyfikacji SWZ po terminie składania ofert.

W ocenie lzby to samo dotyczy możliwości zastosowania art. 99 ust.2 i 4 ustawy Pzp, które to przepisy stanowią dyrektywę skierowaną do Zamawiającego w zakresie formułowania opisu przedmiotu zamówienia.

Należy również wskazać, że Zamawiający w SWZ nie dokonał opisanego spornego wymagania jako warunku przedmiotowego od, którego spełnienia byłby uzależniony udział wykonawcy w przetargu, a zatem zarzut naruszenia art.104 do 107 ustawy Pzp w tym zakresie należało uznać za chybiony.

Podobnie, Zamawiający w SWZ nie nadał spornemu wymaganiu znaczenia warunku udziału w postępowaniu, co wynika z jednoznacznej treści zamkniętego katalogu warunków określonych w pkt 8 SWZ - Informacji o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wobec czego również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art.112 do 114 ustawy Pzp - według zapatrywania lzby - jest bezzasadny.

Konsekwentnie, stwierdzając, że w Wykazie podmiotowych środków dowodowych (pkt.9 SWZ), Zamawiający nie ustanowił spornego wymagania, lzba nie mogła przyjąć, że mógł mieć zastosowanie przepis art.128 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie z którym jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w podmiotowych środkach dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

W ocenie lzby - nie było również pola do skorzystania z przepisu art.223 ust.1 ustawy

Pzp, który stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Oferta Odwołującego nie wymagała jakichkolwiek wyjaśnień, z tego powodu, że deklaracja przynależności Odwołującego do organizacji pracodawców, a nie izby gospodarczej była definitywna.

Chybione jest również stanowisko Odwołującego, że przynależność do Izby nie była przewidziana w umowie.

Wymaga wskazania, że w § 2 ust.1 Załącznika nr 7 do SWZ postanowiono, że SWZ - Opis przedmiotu zamówienia (tam został określony sporny warunek) jako załącznik wymieniony w umowie stanowi jej integralną część, co umknęło uwadze Odwołującego.

Idąc dalej, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego zawartego w treści odwołania uznając, że wykazanie się przez Odwołującego przynależnością do Polskiego Związku Pracodawców Ochrona nie odpowiada warunkowi zamówienia, o którym mowa w pkt 5.11. Opisu przedmiotu zamówienia oraz art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp, bowiem zgodnie z wyraźną treścią tego warunku Zamawiający wymagał przynależności członkowskiej do stowarzyszenia branży ochrony, które działa na podstawie ustawy z dnia 30 maja 1989 r o izbach gospodarczych, podczas gdy Odwołujący należy do organizacji działającej na podstawie innej ustawy z dnia 23 maja 1991 r. o organizacjach pracodawców tj. z dnia 19 listopada 2015 r.

W powyższym warunku Izba dostrzegła elementy przedmiotowo istotne związane z jakością wykonywanego przedmiotu zamówienia, które wynikają z rygorystycznie przyjętych procedur przynależności do Polskiej Izby Ochrony.

W myśl przepisu art. 3 ustawy z dnia 30 maja 1989 r. o izbach gospodarczych tj. z dnia 15 marca 2019 r. Izby gospodarcze kształtują i upowszechniają zasady etyki w działalności gospodarczej, w szczególności opracowują i doskonalą normy rzetelnego postępowania w obrocie gospodarczym.

Natomiast przepis art.5 ustawy z dnia 23 maja 1991 r. o organizacjach pracodawców przewiduje, że podstawowym zadaniem związków pracodawców, ich federacji i konfederacji jest ochrona praw i reprezentowanie interesów, w tym gospodarczych, zrzeszonych członków wobec związków zawodowych, organów władzy i administracji rządowej oraz organów samorządu terytorialnego.

Z zestawienia zakresów przedmiotowych działalności tych dwóch odrębnych bytów prawnych wynika w sposób jednoznaczny, że izby gospodarcze odpowiadają za kształtowanie norm poprawiających jakość wykonywanych przez wykonawców usług, podczas gdy organizacje pracodawców przede wszystkim mają na celu ochronę interesów pracodawców w konfrontacji z władzą publiczną i związkami zawodowymi pracowników, a zatem nie zachodzi tożsamość celów.

Nie jest zatem prawdziwe twierdzenie Odwołującego, że istnienie podobieństw ustrojowych w tych dwóch odrębnych organizacjach, przesądza o takim samym znaczeniu i wpływie na realizację zamówień publicznych na rynku usług ochrony osób i mienia.

Podobne cele wskazane we wpisach rejestrowych nie oznaczają, że podmiot nie zobowiązany ustawowo będzie dane zadania wykonywał.

Zdaniem Izby - te zadania ustawowe nałożone na Polską Izbę Ochrony mają istotne znaczenie z punktu widzenia zagwarantowania Zamawiającemu rękojmi należytego wykonania zamówienia przy uwzględnieniu rygorystycznych procedur korporacyjnych wdrożonych przez Izbę, a stosowanych przez jej członków.

W przekonaniu Izby - powyższą gwarancję zapewnia przynależność do Polskiej Izby Ochrony, co najmniej jednego z konsorcjantów, który jest związany korporacyjnymi normami rzetelnego postępowania w obrocie gospodarczym. Co wymaga również zauważenia, że w wymaganiach z pkt 5.11. SWZ - Opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający nie określił rygorystycznego oczekiwania przynależności do izby wszystkich konsorcjantów.

Z powyższego należy wnioskować, że pozostali wykonawcy będący w konsorcjum, a nie należący do Polskiej Izby Ochrony, będą zobowiązani przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia stosować się do wskazanych przedmiotowych norm postępowania pod kierunkiem konsorcjanta, który przynależy do Polskiej Izby Ochrony.

Wobec powyższego, Izba uznała, że Zamawiający nie miał podstawy prawnej do zastosowania przepisu art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Jednocześnie, Izba doszła do przekonania, że Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, to jest w granicach przepisu art.239 ust.1 ustawy Pzp.

Pozostałe zarzuty odwołania, gdzie powołano jedynie ich podstawę prawną z racji braku ich rozwinęcia oraz braku przedstawienia ich uzasadnienia Izba uznała za nie potwierdzone.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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

Przewodniczący:.....