Sygn. akt: KIO 3654/21

WYROK

z dnia 4 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 4 stycznia 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 grudnia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Jantar sp. z o.o., z siedzibą w Słupsku oraz Jantar 2 sp. z o.o., z siedzibą w Słupsku,

w postępowaniu prowadzonym przez Muzeum Pomorza Środkowego w Słupsku,

przy udziale wykonawcy SIGN Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Szczecinie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Jantar sp. z o.o., z siedzibą w Słupsku oraz Jantar 2 sp. z o.o., z siedzibą w Słupsku i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Jantar sp. z o.o., z siedzibą w Słupsku oraz Jantar 2 sp. z o.o., z siedzibą w Słupsku na rzecz wykonawcy SIGN Polska Sp. z o.o., z siedzibą w

Szczecinie kwotę 3 600 zł 00 gr (słowie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika wykonawcy.

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 2019 r., poz. 2019 z późn. 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.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 3654/21

UZASADNIENIE

W dniu 17 grudnia 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Jantar spółka z o.o. oraz Jantar2 spółka z o.o. (dalej „Odwołujący") zarzucając zamawiającemu Muzeum Pomorza Środkowego w Słupsku (dalej „Zamawiający") naruszenie: (i) art. 16 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; (ii) art. 226 ust. 1 pkt 2 a-c) poprzez błędne uznanie, że oferta złożona przez Sign Polska sp. z o.o., 71-245 Szczecin, ul. Władysława Szafera 3/5/7, nie podlega odrzuceniu, jako złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania lub niespełniającego warunku udziału w postępowaniu lub który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu i tym samym zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Sign Polska sp. z o.o., 71-245 Szczecin, ul. Władysława Szafera 3/5/7.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: uchylenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Sign Polska, odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Sign Polska sp. z o.o., podlegającego wykluczeniu z postępowania lub niespełniającego warunku udziału w postępowaniu, który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, dokonanie ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 13 grudnia 2021 r. doręczył Odwołującemu, przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, informację o wyniku postępowania zawierającą zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Sign Polska sp. z o.o., w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez przeprowadzenia negocjacji o wartości nieprzekraczającej progu unijnego określonego w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 1 pzp na: „Świadczenie usług ochrony osób i mienia oraz monitoringu elektronicznego w Muzeum Pomorza Środkowego w Słupsku".

W ocenie Odwołującego czynność zamawiającego polegająca na zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Sign Polska sp. z o.o., złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania lub niespełniającego warunku udziału w postępowaniu lub który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, została powzięta z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania lub niespełniającego warunku udziału w postępowaniu lub który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego, Sign Polska sp. z o.o. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt 7.2.4.2. SWZ polegającego na skierowaniu do realizacji

przedmiotu zamówienia załogi interwencyjnej zdolnej do reakcji — interwencji w ochranianym obiekcie, w czasie nie dłuższym niż: a) część I — 10 minut, b) część II — 10 minut, c) część III — 25 minut, d) część IV — 50 minut, a ponadto wykonawca Sign Polska w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 25.11.202 lr. do złożenia podmiotowych środków dowodowych, nie złożył wymaganych dowodów określających, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Odwołujący wskazał, że wykonawca SIGN Polska wraz z ofertą złożyła oświadczenie dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu, na załączniku nr 3 do SWZ, z którego wynika, że wszystkie warunki udziału w postępowaniu, w tym dotyczący załóg interwencyjnych wykonawca spełnia samodzielnie. Natomiast z powszechnie dostępnych informacji wynika, że Sign Polska na terenie miasta Słupska i powiatu słupskiego, nie dysponuje własną załogą interwencyjną, co potwierdza ponadto oświadczenie zawarte w pkt 10 formularza oferty, że podjazdy grupy interwencyjnej zostaną zlecone podwykonawcom. Jednocześnie SIGN Polska składając w/w oświadczenie dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie powołała się na zasoby żadnego innego podmiotu.

W związku ze złożeniem przez Odwołującego, pismem z dnia 25.11.2021 r., zastrzeżeń do oferty złożonej przez SIGN Polska w zakresie niespełnienia przez wskazanego wykonawcę w/w warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt 7.2.4.2 SWZ, Zamawiający pismem z dnia 29.1 1.2021r. wezwał Sign Polska do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej określonego w pkt 7.2.4.2. SWZ, wskazując że w treści złożonego oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, wykonawca potwierdził, że wszystkie warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego w pkt 7.2.2. i 7.2.4. SWZ, wykonawca spełnia samodzielnie, a jednocześnie z treści formularza oferty wynika, że "podjazdy grupy interwencyjnej" wykonawca zamierza zlecić podwykonawcy. Dodatkowo zamawiający wskazał, że zgodnie z pkt 10.8. SWZ oraz art. 123 ustawy Pzp wykonawca nie może, po upływie terminu składania ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, w związku z czym skoro składając ofertę oświadczył, że samodzielnie spełnia w/w warunek udziału w postępowaniu, to nie może obecnie zlecić świadczenia usługi objętej warunkiem udziału w postępowaniu podmiotowi trzeciemu, na potencjał którego nie powołał się składając ofertę, co potwierdza uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28.02.2020r. (KIO/KD/11/20, Legalis), w której Izba uznała, że niedopuszczalne jest aby po upływie terminu składania ofert wykonawca, w celu wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, powoływał się na okoliczności i dokumenty, których jego oferta nie zawierała, jak powołanie się na podmiot trzeci i jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy jego zdolności do realizacji danego zamówienia. W konkluzji Zamawiający wezwał Sign Polska do potwierdzenia, że samodzielnie spełnia warunek udziału w postepowaniu wskazany w pkt 7.2.4.2.SWZ i że samodzielnie będzie realizował usługi w zakresie reakcji grupy interwencyjnie zgodnie z warunkami SWZ.

W odpowiedzi z dnia 01.12.2021 r. wykonawca Sign Polska zarzucił Zamawiającemu, że sformułował warunek udziału w postępowaniu jako skierowanie do realizacji przedmiotu zamówienia załogi interwencyjnej, a nie posiadania skierowanej do podejmowania interwencji załogi interwencyjnej na dzień składania ofert i Sign Polska oświadczyła, że zgodnie ze stanem faktycznym, na dzień składania ofert dysponuje własnymi załogami interwencyjnymi, magazynami broni oraz własnym uzbrojonym stanowiskiem interwencyjnym, a zamawiający dopuścił realizację usługi interwencji przez podwykonawców, na co wykonawca powołał się w treści złożonej oferty. W ocenie Odwołującego, Sign Polska wbrew w/w wezwaniu zamawiającego oświadczyła, że złożone oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej jest zgodne ze stanem faktycznym, a wykonawca w ramach warunków określonych w SWZ, może korzystać w tym zakresie z usług podwykonawcy, zamiast własnego potencjału. Dodatkowo Sign Polska zupełnie bezzasadnie i gołosłownie zarzuciła zamawiającemu, faworyzowanie wykonawcy obecnie wykonującego usługę oraz nieobiektywność prowadzonego postępowania, a także zmianę warunków SWZ w trakcie prowadzonego postępowania.

Dalej Odwołujący wskazał, że pomimo niewykonania pierwszego wezwania z dnia 25.11.2021 r., zamawiający w kolejnym piśmie z dnia 06.12.2021 r. wyjaśnił, że warunek udziału w postępowaniu sformułował zgodnie z art. 112 ust. 1 i art. 116 ust. 1 ustawy Pzp proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, i ponownie wezwał Sign Polska do potwierdzenia, że samodzielnie spełnia warunek udziału w postepowaniu wskazany w pkt

7.2.4.2. w zakresie reakcji grupy interwencyjnej, zgodnie z warunkami SWZ oraz złożenia wyjaśnienia w jaki sposób wykonawca spełnia ten warunek tzn. w jakim miejscu (miejscowość i ulica) znajduje się załoga interwencyjna przewidziana do realizacji każdej z części (zadania) przy założeniu, czasu wymaganego na podjęcie interwencji. Dodatkowo zamawiający wezwał Sign Polska do wyjaśnienia, dlaczego jak sugeruje w odpowiedzi z dnia 01.12.2021r. jeżeli nie spełnia w/w warunku samodzielnie i zamierzał skorzystać z potencjału podmiotu trzeciego, w ofercie nie wskazał, że powołuje się na jego zasoby.

W odpowiedzi z dnia 01.12.2021 r. wykonawca Sign Polska. oświadczył, że dysponuje załogami interwencyjnymi zdolnymi podejmować interwencję na rzecz zamawiającego, na dowód czego przedkłada wydruk GPS, rzekomo pojazdu służbowego potwierdzającego obecność na terenie Słupska w dniu 19.11.2021 r. przez czas niespełna dwóch godzin, pomiędzy godziną 13.00 a 14.50, zastrzegając jednocześnie, że ma prawo dysponowania załogą interwencyjną podwykonawcy według własnego uznania, a nie uznania zamawiającego, zarzucając po raz kolejny całkowicie bezzasadnie i gołosłownie zamawiającemu, rozszerzenie wymagań zawartych w SW Z oraz brak uprawnienia do żądania informacji o miejscu stacjonowania załogi interwencyjnej, które wydaje się zobowiązaniem abstrakcyjnym z uwagi na fakt charakteru tego rodzaju służby. Dodatkowo Sign złożyła do zamawiającego wniosek o wskazanie ustawowej definicji załogi interwencyjnej, na którą powołuje się w wezwaniach. Pomimo niewykonania przez Sign Polska wezwań Zamawiającego i nieudzielenia żądanych informacji, istotnych dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający wybrał ofertę Sign Polska jako najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazał, że Sign Polska w związku ze złożeniem wraz z ofertą oświadczenia o samodzielnym spełnieniu warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.2.4.2. SWZ polegającego na skierowaniu do realizacji przedmiotu zamówienia załogi interwencyjnej zdolnej do reakcji — interwencji w ochranianym obiekcie, w czasie nie dłuższym niż: a) część I — 10 minut, b) część II — 10 minut, c) część III — 25 minut, d) część IV — 50 minut, mimo dwukrotnego wezwania przez zamawiającego, w żadnej z udzielonych odpowiedzi, nie potwierdziła jego samodzielnego spełnienia i nie udowodniła, że warunek ten spełnia samodzielnie. Wprost przeciwnie, za każdym razem w udzielnych wyjaśnieniach, Sign Polska powoływała się na zasoby podmiotu trzeciego (podwykonawcy), co zgodnie z pkt 10.8. SWZ i art. 123 pzp, a także w/w uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej, jest niedopuszczalne.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że wydruk GPS, rzekomo jednego pojazdu służbowego potwierdzającego obecność na terenie Słupska w jednym dniu, tj. 19.11.2021 r., przez czas niespełna dwóch godzin, pomiędzy godziną 13.00 a 14.50, absolutnie nie jest dowodem potwierdzającym dysponowanie załogą interwencyjną zdolną do reakcji — interwencji w ochranianym obiekcie, w czasie nie dłuższym niż: a) część I — 10 minut, b) część II — 10 minut, c) część III — 25 minut, d) część IV — 50 minut. Odwołujący podkreślił również, że wykonawca Sign Polska nie udzielił Zamawiającemu odpowiedzi na szczególnie istotne pytanie w jakim miejscu (miejscowość i ulica) znajduje się załoga interwencyjna przewidziana do realizacji każdej z części (zadania) przy założeniu, czasu wymaganego na podjęcie interwencji. Odwołujący zwrócić szczególną uwagę na fakt, że zgodnie z pkt 3.1.1. in fine Załącznika nr 8 do SWZ - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, wszystkie obiekty wymienione w tym punkcie (lit. a-e) MPŚ, figurują w wykazie Wojewody Pomorskiego, obejmującym obiekty podlegające obowiązkowej ochronie. Fakt ten oznacza, że w/w obiekty, na podstawie art. 5 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997r. o ochronie osób i mienia — (tj. z dnia 1 października 2021 r. , Dz.U. z 2021 r. , poz. 1995), podlegają obowiązkowej ochronie przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne [SUFO], przez które zgodnie z art. 2 pkt 7 tej ustawy, należy rozumieć wewnętrzne służby ochrony oraz przedsiębiorców, którzy uzyskali koncesje na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia, posiadających broń na podstawie świadectwa broni, o którym mowa w art. 29 ust. I pkt 1 i 2 ustawy z dnia 2]. maja 1999 r. o broni i amunicji (Dz.U. z 2020 r., poz. 955). Natomiast zgodnie z § 1 pkt 3 rozporządzenia Ministra Spraw wewnętrznych i Administracji z dnia 21.10.201 Ir. w sprawie zasad uzbrojenia specjalistycznych formacji ochronnych i warunków przechowywania oraz ewidencjonowania broni i amunicji (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 992), określenie grupa interwencyjna oznacza co najmniej dwóch uzbrojonych pracowników ochrony, którzy po uzyskaniu za pośrednictwem uzbrojonego stanowiska interwencyjnego informacji z urządzeń lub systemów alarmowych sygnalizujących zagrożenie chronionych osób lub mienia wspólnie udają się na teren obszaru, obiektu lub urządzenia podlegającego obowiązkowej ochronie na podstawie art. 5 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997r. o ochronie osób i mienia lub innego podmiotu chronionego z bronią palną, na podstawie zawartej umowy, w celu sprawdzenia stanu ich bezpieczeństwa lub realizacji zadań ochrony osób lub mienia w formie bezpośredniej ochrony fizycznej.

Zatem w/w przepis wyraźnie przewiduje, iż grupę interwencyjną tworzy dwóch pracowników ochrony uzbrojonych w broń palną. Zgodnie zaś z §8 ust. 2 w/w rozporządzenia, do funkcjonowania grupy interwencyjnej koniecznym jest dysponowanie magazynem broni, który może być zorganizowany we własnej siedzibie lub w obiektach chronionych przez SUFO. Ze SWZ nie wnika, że w jakimkolwiek obiekcie Muzeum Pomorza Środkowego w Słupsku znajduje się magazyn do przechowywania broni palnej, a siedziba Sign Polska znajduje się w Szczecinie. Konieczność dysponowania magazynem broni dla potrzeb funkcjonowania grupy interwencyjnej wynika wprost z §15 oraz §14 ust. 3 w/w rozporządzenia. Pierwszy z powyższych przepisów stanowi, iż „wydawanie broni i amunicji na czas wykonywania zadań ochrony i przyjmowanie ich po zakończeniu wykonywania tych zadań podlega rejestracji w książce wydania przyjęcia broni i amunicji. Książka stanu uzbrojenia musi być przechowywana w magazynie broni, o czym stanowi drugi przepis. Każda broń na okaziciela, która znajduje się na wyposażeniu SUFO jest „przypisana", do konkretnego magazynu. Przedsiębiorca posiadający koncesję jest zobowiązany do powiadamiania Policji, w którym magazynie znajduje się konkretny egzemplarz broni. Każda zmiana magazynu skutkuje koniecznością poinformowania organów Policji.

W ocenie Odwołującego mając na uwadze powyższe należy uznać, że wykonawca Sign Polska wbrew złożonemu wraz z ofertą oświadczeniu o samodzielnym spełnieniu warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.2.4.2 SWZ, w odpowiedzi na dwa wezwania zamawiającego, nie potwierdzając tego faktu i nie udzielając zamawiającemu odpowiedzi w jakim miejscu (miejscowość i ulica) znajduje się załoga interwencyjna przewidziana do realizacji każdej z części (zadania) przy założeniu, czasu wymaganego na podjęcie interwencji, a w szczególności gdzie znajduje się magazyn broni palnej, która będzie na wyposażeniu SUFO, nie udowodniła, że samodzielnie spełnia przedmiotowy warunek określony w pkt 7.2.4.2 SWZ.

Zarzut dotyczący braku złożenia w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu

Odwołujący wskazał, że niezależnie i nie cofając powyższego należy wskazać, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 25 listopada 2021 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych, wykonawca Sign Polska nie złożył wymaganych dowodów, tj. referencji bądź innych dokumentów sporządzonych przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, wystawionych po wykonaniu usług lub w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych wystawionych w okresie ostatnich 3 miesięcy. Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 9.4.3. SWZ, podmiotowe środki dowodowe wymagane od wykonawcy obejmują m.in. wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów; na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów oświadczenie wykonawcy: w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich miesięcy.

Odwołujący wskazał, że w złożonym wykazie usług Sign Polska wykazała n/w usługi, do których nie dołączyła wymaganych dowodów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie:

1) poz. 4 — okres realizacji: 14.02.2019r. — 01 .11.2020r. — usługa zakończona — referencje z dnia 20.08.2019r. wystawione w trakcie trwania usługi, a nie po zakończeniu,

2) poz. 5 — okres realizacji: 01.10.2019r. — 30.09.2021 r. — usługa zakończona — referencje z dnia 17.11.2020r. - wystawione w trakcie trwania usługi, a nie po zakończeniu,

3) poz. 7 — okres realizacji: 01.01.2021r. do aktualnie — usługa trwająca — referencje z dnia 17.11.2020r. wystawione wcześniej niż w okresie ostatnich 3 miesięcy,

4) poz. 8 — okres realizacji: 30.12.2019r. — do aktualnie — usługa trwająca —

referencje z dnia 17.11.2020r. wystawione wcześniej niż w okresie ostatnich 3 miesięcy.

dowody z dokumentów:

- wykaz usług Sign Polska sp. z o.o.,
- referencje z dnia 20.08.2019r. wystawione przez Arena Szczecin Operator sp. z o.o.,
- referencje z dnia 17.11.2020r. wystawione przez Enea Operator sp. z o. o.,
- referencje z dnia 17.11.2020r. wystawione przez Zarząd Budynków i Lokali

Komunalnych w Szczecinie, - referencje z dnia 17.11.2020 r. wystawione przez Zakład Usług Komunalnych w Szczecinie, w celu wykazania faktu niezłożenia przez Sign Polska sp. z o. o., w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 25 listopada 2021 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych, wymaganych dowodów, tj. referencji bądź innych dokumentów sporządzonych przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, wystawionych po wykonaniu usług lub w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych wystawionych w okresie ostatnich 3 miesięcy, potwierdzających, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie

W ocenie Odwołującego mając na uwadze powyższe nie ulega wątpliwości, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 25 listopada 2021 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych, Sign Polska sp. z o.o., nie złożyła wymaganych dowodów, tj. referencji bądź innych dokumentów sporządzonych przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, wystawionych po wykonaniu usług lub w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych wystawionych w okresie ostatnich 3 miesięcy, potwierdzających, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Zarzut naruszenia zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający dokonując wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Sign Polska w sytuacji gdy wykonawca wbrew złożonemu wraz z ofertą oświadczeniu o samodzielnym spełnieniu warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.2.4.2. SWZ, w odpowiedzi na dwa wezwania zamawiającego, nie potwierdzając tego faktu i nie udzielając zamawiającemu odpowiedzi w jakim miejscu (miejscowość i ulica) znajduje się załoga interwencyjna przewidziana do realizacji każdej z części (zadania) przy założeniu, czasu wymaganego na podjęcie interwencji, a w szczególności gdzie znajduje się magazyn broni palnej, która będzie na wyposażeniu SUFO, naruszył zasadę przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zamawiający, którym jest Muzeum Pomorza Środkowego w Słupsku i w posiadaniu, którego znajdują się obiekty podlegające obowiązkowej ochronie, figurujące w wykazie Wojewody Pomorskiego, obejmującym obiekty podlegające obowiązkowej ochronie, a więc ważne dla interesu gospodarczego państwa, bezpieczeństwa publicznego i innych ważnych interesów państwa, powinien dokonać wyboru wykonawcy realizującego usługi ochrony osób i mienia oraz monitoringu elektronicznego na jego rzecz, w sposób nie budzący wątpliwości. Natomiast pokrętne wyjaśnienia złożone przez Sign Polska na wezwanie zamawiającego, brak jednoznacznych odpowiedzi na pytania, szczególnie istotne dla prawidłowej realizacji usług w obszarze ochrony osób i mienia, a przede wszystkim brak spełnienia w/w warunku udziału w postępowaniu, powinno skutkować odrzuceniem przez zamawiającego oferty złożonej przez Sign Polska. Zamawiający wybierając jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Sign Polska, którego oferta powinna zostać odrzucona ze wskazanych wyżej przyczyn, naruszył zasadę przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.:”Usługi świadczenia usług ochrony osób i mienia oraz monitoringu elektronicznego w Muzeum Pomorza Środkowego w Słupsku”. Zamówienie zostało podzielone na cztery części.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 7.2.4 SWZ Zamawiający postawił następujący warunek udziału

w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że:

7.2.4.1. wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwie usługi ochrony osób i mienia, każda o wartości:

a) część I - minimum 150 000 zł brutto,

b) część II - minimum 150 000 zł brutto,

c) część III - minimum 100 000 zł brutto,

d) część IV - minimum 100 000 zł brutto,

e) usługi realizowane w ramach jednej umowy traktuje się jako jedną usługę;

f) w przypadku składania oferty na realizację więcej niż jednej części (zadania) wymaga ilość i wartość usług nie podlega sumowaniu;

7.2.4.2. skieruje do realizacji przedmiotu zamówienia załogę interwencyjną zdolną do reakcji - interwencji w ochranianym obiekcie, w czasie nie dłuższym niż:

a) część I - 10 minut,

b) część II - 10 minut,

c) część III - 25 minut,

d) część IV - 50 minut;

7.2.4.3. dysponuje całodobową bazą monitoringu umożliwiającą przyjęcie sygnału zagrożenia.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 9.4.3. SWZ, podmiotowe środki dowodowe wymagane od wykonawcy obejmują m.in. wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów oświadczenie wykonawcy: w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich miesięcy.

Izba ustaliła, że w złożonym wykazie usług wykonawca Sign Polska powołał się na realizację 8 usług, załączając dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług. Izba ustaliła, że do usług wskazanych w poz. nr 4, 5, 7 i 8 data wystawienia poświadczeń była niewłaściwa.

Ponadto, Izba ustaliła, że wykonawca SIGN Polska wraz z ofertą złożyła oświadczenie dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu - załącznik nr 3 do SWZ. Wykonawca oświadczył, że warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 7.2.4.2 SWZ spełnia samodzielnie i nie korzysta w tym zakresie w zasobów podmiotu trzeciego. Izba ustaliła, że w Formularzu oferty wykonawca Sign oświadczył, że przewiduje udział podwykonawcy w realizacji zamówienia w zakresie „pojazdy grupy interwencyjnej".

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 29.11.2021 r. wezwał Sign Polska do złożenia

wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej określonego w pkt 7.2.4.2 SWZ, wskazując że w treści złożonego oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, wykonawca potwierdził, że wszystkie warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego w pkt 7.2.2 i 7.2.4 SWZ, wykonawca spełnia samodzielnie, a jednocześnie z treści formularza oferty wynika, że "podjazdy grupy interwencyjnej" wykonawca zamierza zlecić podwykonawcy. Dodatkowo zamawiający wskazał, że zgodnie z pkt 10.8 SWZ oraz art. 123 ustawy Pzp wykonawca nie może, po upływie terminu składania ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, w związku z czym skoro składając ofertę oświadczył, że samodzielnie spełnia w/w warunek udziału w postępowaniu, to nie może obecnie zlecić świadczenia usługi objętej warunkiem udziału w postępowaniu podmiotowi trzeciemu, na potencjał którego nie powołał się składając ofertę, co potwierdza uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28.02.2020r. (KIO/KD/11/20, Legalis).

Izba ustaliła, że w odpowiedzi na wezwanie, pismem z dnia 01.12.2021 r. wykonawca Sign Polska zarzucił Zamawiającemu, że sformułował warunek udziału w postępowaniu jako skierowanie do realizacji przedmiotu zamówienia załogi interwencyjnej, a nie posiadania skierowanej do podejmowania interwencji załogi interwencyjnej na dzień składania ofert. Wykonawca oświadczył, że zgodnie ze stanem faktycznym, na dzień składania ofert dysponuje własnymi załogami interwencyjnymi, magazynami broni oraz własnym uzbrojonym stanowiskiem interwencyjnym, a zamawiający dopuścił realizację usługi interwencji przez podwykonawców, na co wykonawca powołał się w treści złożonej oferty.

Izba ustaliła, że Zamawiający w kolejnym piśmie z dnia 06.12.2021 r. skierowanym do wykonawcy Sign Polska wskazał, że warunek udziału w postępowaniu sformułował zgodnie z art. 112 ust. 1 i art. 116 ust. 1 ustawy Pzp proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Zamawiający ponownie wezwał Sign Polska do potwierdzenia, że samodzielnie spełnia warunek udziału w postepowaniu wskazany w pkt 7.2.4.2 SWZ w zakresie reakcji grupy interwencyjnej, zgodnie z warunkami SWZ oraz złożenia wyjaśnienia w jaki sposób wykonawca spełnia ten warunek tzn. w jakim miejscu (miejscowość i ulica) znajduje się załoga interwencyjna przewidziana do realizacji każdej z części (zadania) przy założeniu, czasu wymaganego na podjęcie interwencji. Dodatkowo Zamawiający wezwał Sign Polska do wyjaśnienia, dlaczego jak sugeruje w odpowiedzi z dnia 01.12.2021 r. jeżeli nie spełnia w/w warunku samodzielnie i zamierzał skorzystać z potencjału podmiotu trzeciego, w ofercie nie wskazał, że powołuje się na jego zasoby.

Izba ustaliła, że w odpowiedzi z dnia 01.12.2021 r. wykonawca Sign Polska oświadczył, że dysponuje załogami interwencyjnymi zdolnymi podejmować interwencję na rzecz zamawiającego, na dowód czego przedkłada wydruk GPS, pojazdu służbowego potwierdzającego obecność na terenie Słupska w dniu 19.11.2021 r. przez czas niespełna dwóch godzin, pomiędzy godziną 13.00 a 14.50, zastrzegając jednocześnie, że ma prawo dysponowania załogą interwencyjną podwykonawcy według własnego uznania, a nie uznania zamawiającego, zarzucając zamawiającemu brak uprawnienia do żądania informacji o miejscu stacjonowania załogi interwencyjnej, które wydaje się zobowiązaniem abstrakcyjnym z uwagi na fakt charakteru tego rodzaju służby. Dodatkowo Sign złożyła do zamawiającego wniosek o wskazanie ustawowej definicji załogi interwencyjnej, na którą powołuje się w wezwaniach.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 13 grudnia 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania przetargowego. Za najkorzystniejszą została uznana we wszystkich częściach oferta wykonawcy Sign.

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut braku wykazania przez wykonawcę Sign Polska warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.2.4.2 SWZ. Wskazać należy na wstępie, że zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający

ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Ponadto, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Nie budzi w piśmiennictwie sporu, iż określenie przez zamawiającego warunków udziału w danym postępowaniu przetargowym ma na celu cenę zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, tak aby zminimalizować ryzyko nienależytego wykonania zamówienia. Podkreślić przy tym należy, że ustawodawca nie nałożył na zamawiających obowiązku formułowania warunków w taki sposób, który odzwierciedla przedmiot zamówienia, lecz pozostawił zamawiającym swobodę w tym zakresie, stwierdzając jedynie, że warunki udziału w postępowaniu musza być określone przez zamawiającego w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przy czym zaznaczyć należy, że warunki udziału w postępowaniu podlegają w pierwszej kolejności literalnej wykładni. Stanowi to gwarancję obiektywizmu zamawiającego w procesie weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, jak również stanowi narzędzie realizujące zasadę równego traktowania wykonawców. Nieujawnione w dokumentacji postępowania intencje zamawiającego nie mogą decydować o treści warunku udziału w postępowaniu. Na etapie badania i oceny ofert zamawiający nie może interpretować wymagań specyfikacji w sposób bardziej rygorystyczny niż to wynika z literalnego brzmienia warunku, albowiem prowadziłoby to do nieuprawnionej zmiany albo co najmniej istotnej modyfikacji warunku, co powodowałoby w konsekwencji naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Zaznaczyć jednocześnie należy, że to zamawiający odpowiada za kształt SWZ, w tym za poprawne sformułowanie warunków udziału w postępowaniu. Warunki te winny być sformułowane w taki sposób, aby nie rodziły wątpliwości interpretacyjnych na dalszym etapie postępowania, w tym przede wszystkim podczas oceny stopnia spełniania danego warunku przez oferenta. Jeżeli warunki udziału sformułowano w taki sposób, że możliwe są różne metody ich odczytania, czy też jednoznacznie nie wskazano w jaki sposób odbywać się będzie ocena poziomu ich spełniania, to należy zastosować ten sposób interpretacji, który jest korzystniejszy dla wykonawcy. Zamawiający odpowiada również za jednoznaczne określenie i sprecyzowanie w SWZ sposobu weryfikacji spełnienia przez wykonawców określonych w SWZ warunków udziału w postępowaniu. Za nieuprawnione uznać należy domaganie się od wykonawców wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sposób inny niż określony przez Zamawiającego w SWZ.

W analizowanym stanie faktycznym, Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał, że w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.2.4 SWZ wykonawca składa oświadczenie w formie wskazanej w załączniku nr 3 do SWZ. Nie jest sporne w sprawie, że takie oświadczenie zostało złożone przez wykonawcę Sign. W treści złożonego oświadczenia wykonawca w sposób jednoznaczny wskazał, że spełnia samodzielnie warunki udziału w postepowaniu określone w pkt 7.2.4 SWZ. Tym samym wykonawca, w sposób i w formie wymaganej przez Zamawiającego, potwierdził, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby za nieuprawnione na etapie badania ofert wykonawców jest żądanie od wykonawcy złożenia dokumentów/informacji, których sam Zamawiający nie wymagał w SWZ. Izba podkreśla, że zakres informacji wskazany w piśmie Zamawiającego do wykonawcy z dnia 6 grudnia 2021 r. dotyczący miejsca (miejscowość i ulica), gdzie znajduje się załoga interwencyjna przewidziana do realizacji każdej z części (zadania) przy założeniu, czasu wymaganego na podjęcie interwencji nie znajdują odzwierciedlenia w zapisach SWZ i żądanie takich informacji na etapie weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu jest, zdaniem Izby, nieuprawnione. Zamawiający nie wymagał bowiem, aby na etapie składania ofert wykonawca identyfikował w treści oferty miejsca, gdzie znajduje się jego załoga interwencyjna, która będzie realizować zadanie w czasie przewidzianym przez Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego o braku złożenia przez wykonawcę Sign oświadczenia o poleganiu na zasobach podmiotu trzeciego, Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Należy wskazać w pierwszej kolejności, że analizowanym stanie faktyczny, warunek udziału w postępowaniu nie stanowi odzwierciedlenia przedmiotu zamówienia. W pkt 7.2.4.2 SWZ Zamawiający wskazał: w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że: skieruje do realizacji przedmiotu zamówienia załogę interwencyjną zdolną do reakcji - interwencji w ochranianym obiekcie, w czasie nie dłuższym niż:

a) część I - 10 minut,

b) część II - 10 minut,

c) część III - 25 minut,

d) część IV - 50 minut;

Mowa więc w spornym warunku o zobowiązaniu wykonawcy do skierowania do realizacji zamówienia „załogi interwencyjnej", zdolnej do podjęcia interwencji w określonych przedziałach czasowych, a więc do delegowania pracowników wykonawcy, którzy będą zdolni do podjęcia interwencji w wymaganych przez Zamawiającego ramach czasowych. Taka interpretacja warunku udziału w postępowaniu odpowiada również definicji „grupy interwencyjnej" zawartej w Rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 21 października 2011 r. w sprawie zasada uzbrojenia specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych i warunków przechowywania oraz ewidencjonowania broni i amunicji (Dz.U. nr 245 poz. 1462 ze zm.). Zgodnie z tą definicją „grupa interwencyjna" to co najmniej dwóch uzbrojonych pracowników ochrony, którzy po uzyskaniu za pośrednictwem uzbrojonego stanowiska interwencyjnego informacji z urządzeń lub systemów alarmowych sygnalizujących zagrożenie chronionych osób lub mienia wspólnie realizują zadanie ochrony osób lub mienia w formie bezpośredniej ochrony fizycznej doraźnej na terenie chronionego obszaru, obiektu lub urządzeń. Zdaniem Izby kwestia posiadania pojazdów jest kwestią wtórną i nie objętą zakresem definicji grupy interwencyjnej. Podobnie zresztą jak w warunku udziału w postępowaniu, gdzie Zamawiający wskazał wyłącznie, iż wykonawca ma wykazać poprzez złożenie odpowiedniego oświadczenia, że skieruje do realizacji zamówienia załogę interwencyjną. Zamawiający nie wymagał ani sprecyzowania ani przedstawienia żadnych dokumentów na jakich zasadach załoga interwencyjna będzie wykonywać swoje zadania i czy w celu ich wykonania konieczne będzie użycie pojazdów interwencyjnych.

Izba wskazuje, że wykonawca Sign oświadczył w załączniku nr 3, że samodzielnie spełnia taki warunek, posiada odpowiednią zaplecze osobowe - pracowników zdolnych do podjęcia takiej interwencji. Zdaniem Izby kwestią nieobjętą warunkiem udziału w postępowaniu jest sposób zapewnienia pojazdów czy innego wyposażenia dla załogi interwencyjnej. Tym samym za niezasadne uznać należy stanowisko Odwołującego, iż wykonawca Sign miał obowiązek złożyć zobowiązanie podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby. Zdaniem Izby, takie zobowiązanie nie było konieczne, gdyż wykonawca w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt 7.2.4.2 SWZ nie korzystał z zasobów podmiotu trzeciego i oświadczył zarówno w załączniku nr 3 oraz w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, że sporny warunek spełnia samodzielnie. Należy podkreślić, że oświadczenie wykonawcy Sign, iż przewiduje możliwość skorzystania z podwykonawców w zakresie „pojazdów grupy interwencyjnej", pozostaje irrelewantne dla oceny spełnienia warunków udziału w postępowania. Zakres bowiem wskazanego podwykonawstwa nie jest objęty warunkiem udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut podniesiony przez Odwołującego o braku wykazania przez wykonawcę Sign spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 7.2.4.2 SWZ. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, wykonawca Sign w sposób wymagany przez Zamawiającego w SWZ złożył oświadczenie w formie przewidzianej w Załączniku nr 3 do SWZ, iż sporny warunek spełnia samodzielnie, bez udziału podmiotu trzeciego. Wskazany zaś przez wykonawcę Sign w formularzu oferty przewidywany zakres podwykonawstwa nie dotyczył, zdaniem Izby, warunku udziału w postępowaniu. Ponadto, jak Izba wskazała powyżej, żądanie przez Zamawiającego wskazania nazw ulic patrolów interwencyjnych nie wynikało ze wymagań wskazanych w SWZ. Zamawiający sam określił, iż wykazanie spełnienia warunku określonego w pkt 7.2.4 SWZ następuje w formie złożenia oświadczenia, co wykonawca Sign uczynił. Zamawiający mógł przewidzieć inną procedurę weryfikacji w SWZ, czego jednak nie uczynił, zaś próba jej wdrożenia na etapie badania ofert była, zdaniem Izby, spóźniona, a tym samym nieuprawniona.

Odnosząc się do drugiego z zarzutów podniesionych przez Odwołującego tj. braku złożenia przez wykonawcę Sign podmiotowych środków dowodowych - referencji bądź innych dokumentów sporządzonych przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, wystawionych po wykonaniu usług lub w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych wystawionych w okresie ostatnich 3 miesięcy, Izba wskazuje, że złożone przez wykonawcę Sign podczas rozprawy dowody potwierdzają prawidłowe wykonanie usług zgodnie z pkt 9.4.3 w zw. z pkt 7.2.4.1 SWZ. Jak Izba ustaliła, wykonawca Sign złożył wykaz

wykonanych usług. Wykaz zawierał 8 pozycji. Wraz z wykazem wykonawca złączył dowody potwierdzające należyte ich wykonanie. Część poświadczeń opatrzona była zbyt późną datą. Izba uznała, że złożone podczas rozprawy poświadczenia potwierdzały spełnienie warunku udziału w postępowaniu z pkt 7.2.4.1 SWZ. W konsekwencji zarzut nie potwierdził się.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 2

.

Przewodniczący:.....