Sygn. akt: KIO 950/22

WYROK

z dnia 25 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Silezjan System Security Biuro Ochrony Mienia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu oraz Silezjan Security Biuro Ochrony Mienia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu

w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu

przy udziale wykonawcy Maxus sp. z o.o. w Łodzi, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Silezjan System Security Biuro Ochrony Mienia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu oraz Silezjan Security Biuro Ochrony Mienia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SILEZJAN SYSTEM SECURITY Biuro Ochrony Mienia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu oraz SILEZJAN SECURITY Biuro Ochrony Mienia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu

tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

Silezjan System Security Biuro Ochrony Mienia spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością we Wrocławiu oraz Silezjan Security Biuro Ochrony Mienia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu na rzecz wykonawcy Maxus sp. z o.o. w Łodzi kwotę 11.100 zł 00 gr (słownie: jedenastu tysięcy stu złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty uczestnika postępowania poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 950/22

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

Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest usługa ochrony fizycznej osób i mienia Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego we Wrocławiu.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 24 stycznia 2022 r., nr 2022/BZP 00032387/01.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 4 kwietnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli odwołanie wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Silezjan System Security Biuro Ochrony Mienia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu oraz Silezjan Security Biuro Ochrony Mienia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, zwani dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b), art. 16 pkt 1), art. 17 ust. 2 i art. 239 ust. 1 Pzp przez

zaniechanie odrzucenia oferty Maxus spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, mimo że wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, polegającego na posiadaniu własnej grupy interwencyjnej na terenie Miasta Wrocławia, oraz poprzez wybór oferty Maxus Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi jako najkorzystniejszej, mimo że oferta ta podlegała odrzuceniu,

2) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c), art. 16 pkt 1), art. 17 ust. 2 oraz art. 239 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Maxus Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, mimo że wykonawca ten nie złożył podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu, polegającego na posiadaniu własnej grupy interwencyjnej na terenie Miasta Wrocławia, oraz poprzez wybór oferty Maxus Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi jako najkorzystniejszej, mimo że oferta ta podlegała odrzuceniu,

3) art. 128 ust. 1 i art. 16 pkt 1) Pzp przez zaniechanie wezwania Maxus Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi do uzupełnienia oświadczenia o posiadaniu własnej grupy interwencyjnej na terenie miasta Wrocławia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty Maxus Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi jako oferty najkorzystniejszej,

2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

3) odrzucenia oferty Maxus Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi,

4) ewentualnie, jeżeli Krajowa Izba Odwoławcza uzna żądanie odrzucenia oferty za przedwczesne, wezwania Maxus Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do uzupełnienia oświadczenia o posiadaniu własnej grupy interwencyjnej na terenie miasta Wrocławia.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zgodnie z pierwotnymi postanowieniami punktu 1.4) w rozdziale XVI „Warunki udziału w postępowaniu” Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej „SWZ” lub „specyfikacją”), zamawiający wymagał, by wykonawca spełniał następujące warunki w zakresie zdolności technicznej:

„4.1) Zdolność techniczna:

1) dysponuje 8 osobami skierowanymi do realizacji zamówienia, w tym odpowiedzialnymi za

świadczenie usługi, posiadającymi kwalifikacje zawodowe - kwalifikowany pracownik

ochrony fizycznej.”

Odwołujący wskazał, że w punkcie I.4 w rozdziale XVIII SWZ „Podmiotowe środki dowodowe i przedmiotowe środki dowodowe” Zamawiający podał, że wezwie wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, do złożenia wskazanych tam podmiotowych środków dowodowych, w tym: wykazu osób (podpunkt 3), oświadczenia o posiadaniu

własnego Centrum Dowodzenia i Stacji Monitorowania Alarmów - załącznik nr 7 do SWZ (podpunkt 4) i oświadczenia o posiadaniu własnej grupy interwencyjnej i osobach posiadających status kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej - załącznik nr 9 do SWZ (podpunkt 6).

Odwołujący argumentował, że załącznik nr 9 do SWZ określał wzór oświadczenia o posiadaniu własnej Grupy Interwencyjnej oraz o osobach posiadających status kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej. Zamawiający wymagał w tym załączniku złożenia oświadczenia o treści:

„Oświadczam/-y, że posiadamy:

1. Co najmniej jedną, własną Grupę Interwencyjną na terenie miasta Wrocławia, gwarantującą podjęcie działań w przypadku zagrożenia w czasie nie dłuższym niż 15 minut w dzień (w godzinach 6.00-22.00) i 10 minut w nocy (w godzinach 22.00-6.00). Grupa Interwencyjna składa się z co najmniej dwóch kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, wyposażonych w środki przymusu bezpośredniego.

2. Niniejszym, oświadczam, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, tj.: posiadają kwalifikację pracownika ochrony fizycznej zgodnie z przepisami ustawy z dnia 22.08.1997 r. o ochronie osób i mienia (Dz. U. z 2021 r. poz. 1995)”.

Odwołujący wskazał, że w dniu 28 stycznia 2022 r. (data publikacji na stronie postępowania pisma z 27 stycznia 2022 r.) Zamawiający udzielił wyjaśnień do SWZ. W pytaniu nr 2 jeden z wykonawców wskazał, iż Zamawiający dopuszcza podwykonawstwo i jednocześnie wymaga podpisania oświadczenia o posiadaniu własnej grupy interwencyjnej na terenie miasta Wrocławia (zał. nr 9). Wykonawca wniósł zatem o wyjaśnienie, czy Zamawiający dopuszcza podwykonawstwo w ramach Grupy Interwencyjnej. Odpowiedź Zamawiającego była pozytywna. Dodatkowo Zamawiający zmodyfikował i uszczegółowił zapisy załącznika nr 9 do SWZ. Po zmianie Zamawiający wymagał złożenia w punkcie 1 oświadczenia o treści:

„Oświadczam/-y, że posiadamy:

1. Co najmniej jedną, własną Grupę Interwencyjną na terenie miasta Wrocławia*, będę/będziemy korzystać z podwykonawstwa w zakresie Grupy Interwencyjnej z firmą, która posiada taką Grupę na terenie miasta Wrocławia*,

gwarantującą podjęcie działań w przypadku zagrożenia w czasie nie dłuższym niż.....minut.

Grupa Interwencyjna składa się z co najmniej dwóch kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, wyposażonych w środki przymusu bezpośredniego.”

Następnie odwołujący wskazał, że w dniu 9 lutego 2022 r. Zamawiający udzielił kolejnych wyjaśnień do SWZ. W pytaniu nr 4 jeden z wykonawców zwrócił uwagę, że Zamawiający oczekuje złożenia podmiotowych środków dowodowych w postaci oświadczenia o posiadaniu własnej grupy interwencyjnej i osobach posiadających status kwalifikowanego

pracownika ochrony fizycznej - załącznik nr 9 do SWZ. Zgodnie z ustawą PZP podmiotowe środki dowodowe to środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Wykonawca wniósł o modyfikację zapisu z uwagi na brak postawionych wymagań i warunków w zakresie posiadania własnej grupy interwencyjnej w warunkach udziału w postępowaniu i o usunięcie załącznika nr 9. W odpowiedzi Zamawiający wyjaśnił, że modyfikuje zapisy rozdziału XVI - Warunki udziału w postępowaniu w SWZ w zakresie zdolności technicznej wykonawcy poprze dodanie takiego warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że po modyfikacji w punkcie 1.4) w rozdziale XVI „Warunki udziału w postępowaniu” SWZ znalazło się następujące postanowienie:

„4.1) Zdolność techniczna:

1) dysponuje 8 osobami skierowanymi do realizacji zamówienia, w tym odpowiedzialnymi za świadczenie usługi, posiadającymi kwalifikacje zawodowe - kwalifikowany pracownik

ochrony fizycznej.

2) dysponuje własnym Centrum Dowodzenia i Stacją Monitorowania Alarmów.

3) dysponuje własną grupą interwencyjną".

W punkcie I.4 w rozdziale XVIII SWZ wśród podmiotowych środków dowodowych nadal wymienione było oświadczenie o posiadaniu własnej grupy interwencyjnej oraz o osobach posiadających status kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej, przy czym zmianie uległ numer załącznika zawierającego wzór oświadczenia z 9 na 8.

Odwołujący wskazał, że w postępowaniu zostały złożone dwie oferty: oferta Maxus Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej zwany również „Maxus") i jego oferta. Wskazał, że w formularzu ofertowym w punkcie VII „Podwykonawcy" Maxus złożył oświadczenie „Przy realizacji przedmiotu zamówienia zobowiązuję się do zawarcia umowy z podwykonawcami: 1) Solid Group Sp. z o.o. Sp. k w zakresie wsparcia grupy interwencyjnej". W oświadczeniu wykonawcy składanym na podstawie art. 125 ust. 1 PZP (załącznik nr 3 do SWZ), stosownie do postanowień punktu 6 w rozdziale XVIII SWZ przedstawił swoje oświadczenie, że powyższy podwykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący podniósł, że Maxus nie załączył do oferty zobowiązania jakiegokolwiek podmiotu, w tym Solid Group Sp. z o.o. Sp.k., o zobowiązaniu do oddania Maxus do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia i oświadczenia takiego podmiotu złożonego na podstawie art. 125 ust. 1 PZP, wymaganych stosownie do punktu 5 w rozdziale XVIII i punktów 3 i 4 w rozdziale XIX SWZ.

Następnie odwołujący wskazał, że oferta Maxus została najwyżej oceniona przez Zamawiającego. W konsekwencji wykonawca ten został wezwany do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych. W odpowiedzi Maxus przedłożył m.in. oświadczenie o posiadaniu własnej Grupy Interwencyjnej oraz o osobach posiadających status kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej z 8 marca 2022 r., w którym Maxus złożył m.in. oświadczenie o treści:

„Oświadczam/-y, że posiadamy:

1. Co najmniej jedną, własną Grupę Interwencyjną. Grupa Interwencyjna składa się z co najmniej dwóch kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, wyposażonych w środki przymusu bezpośredniego."

Odwołujący podniósł, że tekst oświadczenia wymaganego przez Zamawiającego został przekreślony. Złożone przez Maxus oświadczenie nie potwierdzało zatem, że Maxus posiada własną grupę interwencyjną na terenie Wrocławia.

Odwołujący wskazał, że w dniu 21 marca 2022 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Maxus Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej. Następnie w dniu 25 marca 2022 r. Zamawiający poinformował, że unieważnia czynności wyboru wykonawcy i że dokona ponownej oceny ofert.

Odwołujący następnie wskazał, że w ramach ponownego badania ofert, pismem z 25 marca 2022 r. Zamawiający wezwał Maxus do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń złożonych przez Maxus w rozdziale VII „Podwykonawcy" w formularzu ofertowym, gdzie Maxus wskazał podwykonawcę w zakresie wsparcia grup interwencyjnych, i w załączniku nr 8, gdzie wykreślono punkt o korzystaniu z podwykonawstwa w zakresie grupy interwencyjnej. Ponadto Zamawiający wezwał do poprawienia i uzupełniania oświadczenia z załącznika nr 8 do SWZ, jeżeli wykonawca dysponuje lub będzie korzystał z podwykonawstwa w zakresie grupy interwencyjnej.

Następnie odwołujący wskazał, że w odpowiedzi Maxus złożył pismo datowane na 28 marca 2022 r., a podpisane 29 marca 2022 r., w którym potwierdził, że samodzielnie dysponuje własną grupą interwencyjną i spełnia warunki udziału w postępowaniu. Maxus podtrzymał deklarację zamieszczoną w formularzu oferty, że przy realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie wsparcia GI będzie korzystać z podwykonawcy. Maxus wskazał również, że „Przedstawione w SWZ warunki udziału w postępowaniu w kwestii grupy interwencyjnej nie wskazywały, iż Wykonawca winien dysponować własną Grupą Interwencyjną na terenie miasta Wrocławia. Tym samym zapisy w załączniku nr 8 wskazujące na lokalizację własnej GI na terenie Wrocławia są nieadekwatne i nadmierne w stosunku do warunków udziału w postępowaniu.".

Ponadto Maxus złożył ponownie oświadczenie o posiadaniu własnej Grupy

Interwencyjnej oraz o osobach posiadających status kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej, w którym Maxus oświadczył, co następuje:

„Oświadczam/-y, że posiadamy :

1. Co najmniej jedną, własną Grupę Interwencyjną ~~na terenie miasta Wrocławia~~*, będę~~/będziemy~~ korzystać z podwykonawstwa w zakresie Grupy Interwencyjnej z firmą, która posiada taką Grupę na terenie miasta Wrocławia*, gwarantującą podjęcie działań w przypadku zagrożenia w czasie nie dłuższym niż 15 minut. Grupa Interwencyjna składa się z co najmniej dwóch kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, wyposażonych w środki przymusu bezpośredniego.

2. Niniejszym, oświadczam, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, tj: posiadają kwalifikację pracownika ochrony fizycznej zgodnie z przepisami ustawy z dnia 22.08.1997 r. o ochronie osób i mienia (Dz. U. z 2021 r. poz. 1995)".

Dodatkowo Maxus Sp. z o.o. przedłożył decyzję z 4 grudnia 2018 r., którą Komendant Wojewódzki Policji w Łodzi wydał pozwolenie na bron palną w celu ochrony osób i mienia. Zgodnie z pismem Maxus dokument ten został przekazany w celu uniknięcia dalszych wątpliwości i potwierdzenia, że Maxus posiada status S.U.F.O.

Odwołujący wskazał następnie, że w dniu 29 marca 2022 r. Zamawiający poinformował, że ponownie wybrał ofertę Maxus Sp. z o.o. Zdaniem odwołującego, wybór tej oferty nastąpił z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Według odwołującego, z przedstawionych powyżej postanowień SWZ wynika bowiem, że jednym z warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej jest posiadanie przez wykonawcę własnej grupy interwencyjnej na terenie miasta Wrocławia, a nie jakiejkolwiek grupy interwencyjnej.

Zdaniem odwołującego, wynika to z postanowień punktu 1.4) podpunktu 4.1)3) w rozdziale XVI SWZ, zgodnie z którym o zamówienie może ubiegać się wykonawca, który dysponuje własną grupą interwencyjną, punktu I.4.6) w rozdziale XVIII SWZ, w którym Zamawiający wymaga przedłożenia podmiotowego środka dowodowego w postaci oświadczenia o posiadaniu własnej grupy interwencyjnej, oraz wzoru tego oświadczenia określonego w załączniku nr 8 do SWZ, w którym Zamawiający wymagał złożenia oświadczenia o treści: „Oświadczam/-y, że posiadamy (...) Co najmniej jedną, własną Grupę Interwencyjną na terenie miasta Wrocławia*, będę/będziemy korzystać z podwykonawstwa w zakresie Grupy Interwencyjnej z firmą, która posiada taką Grupę na terenie miasta Wrocławia*,".

Odwołujący podkreślił, że wszelkie załączniki do SWZ (w tym wzory oświadczeń, stanowiących podmiotowe środki dowodowe) stanowią integralną część SWZ. W konsekwencji, przy ustalaniu warunków udziału w postępowaniu należy uwzględnić wszystkie wskazane wyżej postanowienia SWZ (tj. punkt 1.4) podpunkt 4.1)3) w rozdziale XVI SWZ, punkt I.4.6) w rozdziale XVIII SWZ i załącznik nr 8 do SWZ). Zdaniem odwołującego, nie ma żadnych podstaw, by traktować te postanowienia rozdzielnie.

Zdaniem odwołującego, intencje zamawiającego są jasne i nie budzą wątpliwości - już w pierwotnej wersji SWZ Zamawiający wymagał złożenia podmiotowego środka dowodowego w postaci oświadczenia o posiadaniu własnej grupy interwencyjnej na terenie miasta Wrocławia, co wynika z wzoru tego oświadczenia zamieszczonego w załączniku, stanowiącym integralną część SWZ (na tym etapie załącznik oznaczony był numerem 9). W dniu 28 stycznia 2022 r. (pismem datowanym na 27 stycznia 2022 r.) Zamawiający zmienił treść tego załącznika tylko o tyle, że dopuścił skorzystanie w tym zakresie z podwykonawstwa. Zamawiający podtrzymał wymóg złożenia oświadczenia o posiadaniu grupy interwencyjnej na terenie miasta Wrocławia również przy okazji modyfikacji SWZ z 9 lutego 2022 r. (zmianie uległa wówczas numeracja załącznika z 9 na 8). Zdaniem odwołującego, okoliczność, że Zamawiający dodał wówczas w punkcie 1.4) podpunkcie 4.1)3) w rozdziale XVI SWZ warunek udziału o treści „dysponuje własną grupą interwencyjną" nie oznacza, że Zamawiający zawęził warunek udziału w postępowaniu do dysponowania jakąkolwiek grupa interwencyjną. W odpowiedzi na wniosek jednego z wykonawców o usunięcie załącznika nr 9 do SWZ Zamawiający wyjaśnił przecież, że modyfikuje zapisy rozdziału XVI - Warunki udziału w postępowaniu w SWZ w zakresie zdolności technicznej wykonawcy poprzez dodanie warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie. Zdaniem odwołującego, istotne jest, że Zamawiający nie zmodyfikował jednocześnie wzoru oświadczenia, w którym nadal wymagał potwierdzenia posiadania grupy interwencyjnej na terenie Wrocławia.

Odwołujący argumentował, że historia zmian wprowadzanych przez zamawiającego w

SWZ i udzielanych przez niego wyjaśnień do SWZ wskazuje, iż intencją Zamawiającego było, by warunek udziału w postępowaniu polegał na posiadaniu własnej grupy interwencyjnej na terenie miasta Wrocławia. Zdaniem odwołującego obowiązkiem wykonawcy jest całościowa analiza postanowień SWZ, a całościowa analiza SWZ (tj. postanowień punktu 1.4) podpunktu 4.1)3) w rozdziale XVI SWZ, punktu I.4.6) w rozdziale XVIII SWZ i załącznika nr 8 do SWZ) prowadzi do wniosku, że warunkiem udziału w postępowaniu było posiadanie własnej grupy interwencyjnej na terenie Wrocławia, a nie jakiejkolwiek grupy interwencyjnej. Interpretacja postanowień SWZ przedstawiona przez Maxus w piśmie z 28 marca 2022 r. jest według odwołującego błędna.

Odwołujący wskazał, że zamawiający dopuścił skorzystanie z podwykonawstwa w zakresie grupy interwencyjnej na terenie miasta Wrocławia (wyjaśnienia z 27 stycznia 2022 r.). Zdaniem odwołującego, w kontekście warunków udziału w postępowaniu oznacza to, że wykonawca, który nie posiada własnej grupy interwencyjnej na terenie Wrocławia, mógł w celu potwierdzenia spełniania warunku polegać na zdolnościach technicznych podmiotu udostępniającego zasoby, w tym wypadku podwykonawcy, stosownie do przepisu art. 118 PZP i rozdziału XIX SWZ. W tym celu wykonawca powinien był złożyć wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia (art. 118 ust. 3 i ust. 4 PZP i punkty 3 i 4 w rozdziale XIX SWZ) oraz oświadczenie tego podmiotu, potwierdzające brak podstaw jego wykluczenia i spełnianie danego warunku (art. 125 ust. 5 PZP i punkt I.5 w rozdziale XVIII SWZ), a na wezwanie Zamawiającego podmiotowe środki dowodowe, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu z postępowania (art. 274 ust. 1 PZP i punkt 6 w rozdziale XIX SWZ).

Odwołujący wskazał, że Maxus nie wskazał w ofercie na okoliczność, że w celu potwierdzania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania własnej grupy interwencyjnej na terenie Wrocławia powołuje się na zasoby podwykonawcy (Solid Group Sp. z o.o. Sp.k.) oraz nie przedstawił zobowiązania tego podmiotu do udostępnienia zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Wskazał jedynie Solid Group sp. z o.o. sp.k. jako podwykonawcę w zakresie wsparcia grupy interwencyjnej oraz umieścił oświadczenie o niepodleganiu Solid Group Sp. z o.o. sp.k. wykluczeniu z postępowania w swoim oświadczeniu złożonym na podstawie art. 125 ust. 1 PZP, co potwierdza, że nie traktował Solid Group sp. z o.o. sp.k. jako podmiotu udostępniającego zasoby w rozumieniu art. 118 PZP, ale jako „zwykłego" podwykonawcę (punkt 6 w rozdziale XVIII SWZ).

Według odwołującego, Maxus postanowił zatem wykazać, że spełnia ten warunek udziału samodzielnie. Potwierdza to pismo Maxus datowane na 28 marca 2022 r., w którym Maxus, interpretując punkt 1.4) 4.1).3) w rozdziale XVI SWZ w oderwaniu od załącznika nr 8 do SWZ, oświadcza, że spełnia warunek udziału w postępowaniu. W związku z powyższym po złożeniu oferty Maxus nie mógł powołać się na zasoby Solid Group sp. z o.o. sp.k. (art. 123 PZP i punkt 8 w rozdziale XIX SWZ).

W oświadczeniu z 8 marca 2022 r. Maxus oświadczył, co następuje „ posiadamy: (...) Co najmniej jedną, własną Grupę Interwencyjną. Grupa Interwencyjna składa się z co najmniej dwóch kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, wyposażonych w środki przymusu bezpośredniego.", a w oświadczeniu datowanym na 28 marca 2022 r. „posiadamy (.) Co najmniej jedną, własną Grupę Interwencyjną na terenie miasta Wrocławia*, będę/będziemy korzystać z podwykonawstwa w zakresie Grupy Interwencyjnej z firmą, która posiada taką Grupę na terenie miasta Wrocławia*". Zdaniem odwołującego, żadne z powyższych oświadczeń nie potwierdza, że Maxus spełnia warunek udziału w postępowaniu, polegający na posiadaniu własnej grupy interwencyjnej we Wrocławiu.

Zdaniem odwołującego, skoro Oświadczenie Maxus z 8 marca 2022 r. nie potwierdziło, że Maxus samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu, Zamawiający powinien był wezwać Maxus, w trybie art. 128 ust. 1 PZP, do uzupełnienia tego oświadczenia i potwierdzenie dysponowania własną grupą interwencyjną na terenie miasta Wrocławia. Zamiast tego Zamawiający wezwał Maxus do uzupełnienia oświadczenia z załącznika nr 8 do SWZ, jeżeli Maxus dysponuje lub będzie korzystał z podwykonawstwa w zakresie grupy interwencyjnej. Według odwołującego, w kontekście art. 118 PZP takie uzupełnienie braku oświadczenia nie mogło doprowadzić do potwierdzenia spełniania warunku. Zamawiający naruszył zatem przepis art. 128 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania Maxus do uzupełnienia oświadczenia w zakresie wymaganym w SWZ, tj. co do posiadania grupy interwencyjnej we Wrocławiu.

Odwołujący argumentował, że w odpowiedzi Maxus złożył oświadczenie, którym nie tylko uzupełnił informację, że będzie korzystał w tym zakresie z podwykonawstwa, ale również złożył oświadczenie, że posiada „Co najmniej jedną, własną Grupę Interwencyjną ~~na terenie miasta Wrocławia~~*" Poprzez skreślenie w tym zdaniu sformułowania „na terenie miasta

Wrocławia" Maxus z własnej inicjatywy potwierdził zatem, iż nie posiada grupy interwencyjnej na terenie Wrocławia i nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Maxus na tym etapie nie może również powołać się na zasoby swojego podwykonawcy Solid Group sp. z o.o. Sp.k. w celu potwierdzenia spełniania warunku. W zaistniałej sytuacji kolejne wezwanie do uzupełnienia dokumentów, w trybie art. 128 ust. 1 PZP, nie doprowadzi zatem do potwierdzenia spełniania warunku i stanowić będzie naruszenie zasady jednokrotności wezwania.

Odwołujący podniósł, że skoro Maxus składał już dwukrotnie oświadczenie w tym zakresie, brak ten nie może zostać uzupełniony w trybie art. 128 ust. 1 PZP. Zdaniem odwołującego, oferta Maxus podlega zatem odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) PZP, ponieważ Maxus nie spełnia warunku udziału polegającego na posiadaniu własnej grupy interwencyjnej na terenie Wrocławia, co potwierdzają jego pismo i oświadczenie z 28 marca 2022 r. Oferta Maxus podlega również odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) PZP, ponieważ Maxus nie złożył podmiotowego środka dowodowego w postaci oświadczenia o treści wymaganej przez Zamawiającego, że posiada własną grupę interwencyjną na terenie miasta Wrocław, na potwierdzenie spełniania warunku w tym zakresie.

Dodatkowo w ocenie Odwołującego z przedstawionej przez Maxus decyzji Komendanta Wojewódzkiego Policji w Łodzi z 4 grudnia 2018 r., zawierającej pozwolenie na broń palną, wynika, że Maxus w ogóle nie dysponuje własną grupą interwencyjną. Z uzasadnienia tej decyzji wynika bowiem, że Maxus uzasadnił wniosek o wydanie pozwolenia na broń potrzebą realizowania umów w zakresie bezpośredniej ochrony fizycznej polegającej na konwojowaniu wartości pieniężnych oraz innych przedmiotów wartościowych lub niebezpiecznych. Zdaniem odwołującego z pozwolenia na broń można korzystać wyłącznie w celu, dla którego pozwolenie zostało wydane.

Odwołujący argumentował, że konwojowanie wartości pieniężnych oraz innych przedmiotów wartościowych lub niebezpiecznych jest formą bezpośredniej ochrony fizycznej wyszczególnioną w art. 3 pkt 1) lit. c) ustawy z 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia. Zasady konwojowania wartości pieniężnych reguluje ponadto rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 7 września 2010 r. w sprawie wymagań, jakim powinna odpowiadać ochrona wartości pieniężnych przechowywanych i transportowanych przez przedsiębiorców i inne jednostki organizacyjne. Odwołujący wywiódł, że zgodnie z § 1 punktem 3) rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 21 października 2011 r. w sprawie zasad uzbrojenia specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych i warunków przechowywania oraz ewidencjonowania broni i amunicji, 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 1997 r. 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.

Odwołujący podniósł, iż zadaniem grup interwencyjnych nie jest zatem konwojowanie wartości pieniężnych oraz innych przedmiotów wartościowych lub niebezpiecznych. Zdaniem odwołującego Maxus uzyskał przedstawione pozwolenie na broń w innym celu niż działalność grup interwencyjnych, co wskazuje, że nie posiada grupy interwencyjnej. Tym samym Maxus nie spełnia również wąsko rozumianego warunku udziału w postępowaniu, polegającego na dysponowaniu własną grupą interwencyjną. Uzasadnia to dodatkowo zarzut, że oferta Maxus podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) PZP.

W końcowej części uzasadnienia odwołujący wskazał, że wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu stanowi również naruszenie przepisu art. 239 ust. 1 PZP. Ponadto zaniechanie odrzucenia oferty Maxus prowadzi do stosowania różnych wymagań wobec poszczególnych wykonawców, co stanowi naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 16 pkt 1 PZP). Przyjęcie oferty niezgodnej z warunkami zamówienia stanowi w szczególności naruszenie zasady równości. Zaniechanie odrzucenia tej oferty prowadzi również do udzielenia zamówienia wykonawcy, który nie powinien zostać wybrany (art. 17 ust. 2 PZP).

Odwołujący podniósł, że jeżeli Izba uzna, że Zamawiający powinien ponownie wezwać Maxus do uzupełnienia braków oświadczenia z załącznika nr 8 do SWZ, zaniechanie takiego wezwania przez Zamawiającego naruszyło przepisy art. 128 ust. 1 PZP. Zaniechanie tego wezwania naruszyło również art. 16 pkt 1 PZP, poprzez stosowanie różnych wymagań wobec poszczególnych wykonawców.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Maxus sp. z o.o. w Łodzi. Złożył sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), wyjaśnienia treści SWZ, modyfikacje treści SWZ, informację z otwarcia ofert, ofertę wykonawcy Maxus sp. z o.o., wezwanie zamawiającego z 2 marca 2022 r. r. skierowane do przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, podmiotowe środki dowodowe złożone przez przystępującego 8 marca

2022 r. wezwanie do wyjaśnień z dnia 25 marca 2022 r., wyjaśnienia przystępującego z

28 marca 2022 r., zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 29 marca 2022

r., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez

strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Art. 128 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków 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.

Art. 226 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) została złożona przez wykonawcę:

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub

c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;

Art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest usługa ochrony fizycznej osób i mienia Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego we Wrocławiu.

Ustalono, że zgodnie z pierwotnymi postanowieniami punktu 1.4) w rozdziale XVI „Warunki udziału w postępowaniu" Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej „SWZ" lub „specyfikacją"), zamawiający wymagał, by wykonawca spełniał następujące warunki w zakresie zdolności technicznej:
„4.1) Zdolność techniczna:

1) dysponuje 8 osobami skierowanymi do realizacji zamówienia, w tym odpowiedzialnymi za świadczenie usługi, posiadającymi kwalifikacje zawodowe - kwalifikowany pracownik

ochrony fizycznej."

Ustalono także, że w punkcie I.4 w rozdziale XVIII SWZ „Podmiotowe środki dowodowe i przedmiotowe środki dowodowe" Zamawiający podał, że wezwie wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, do złożenia wskazanych tam podmiotowych środków dowodowych, w tym: wykazu osób (podpunkt 3), oświadczenia o posiadaniu własnego Centrum Dowodzenia i Stacji Monitorowania Alarmów - załącznik nr 7 do SWZ (podpunkt 4) i oświadczenia o posiadaniu własnej grupy interwencyjnej i osobach posiadających status kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej - załącznik nr 9 do SWZ (podpunkt 6).

Ustalono również, że załącznik nr 9 do SWZ określał wzór oświadczenia o posiadaniu własnej Grupy Interwencyjnej oraz o osobach posiadających status kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej. Zamawiający wymagał w tym załączniku złożenia oświadczenia o treści:

„Oświadczam/-y, że posiadamy:

1. Co najmniej jedną, własną Grupę Interwencyjną na terenie miasta Wrocławia, gwarantującą podjęcie działań w przypadku zagrożenia w czasie nie dłuższym niż 15 minut w dzień (w godzinach 6.00-22.00) i 10 minut w nocy (w godzinach 22.00-6.00). Grupa Interwencyjna składa się z co najmniej dwóch kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, wyposażonych w środki przymusu bezpośredniego.

2. Niniejszym, oświadczam, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, tj.: posiadają kwalifikację pracownika ochrony fizycznej zgodnie z przepisami ustawy z dnia 22.08.1997 r. o ochronie osób i mienia (Dz. U. z 2021 r. poz. 1995)".

W dalszej kolejności ustalono, że w dniu 28 stycznia 2022 r. (data publikacji na stronie postępowania pisma z 27 stycznia 2022 r.) Zamawiający udzielił wyjaśnień do SWZ. W pytaniu nr 2 jeden z wykonawców wskazał, iż Zamawiający dopuszcza podwykonawstwo i jednocześnie wymaga podpisania oświadczenia o posiadaniu własnej grupy interwencyjnej na terenie miasta Wrocławia (zał. nr 9). Wykonawca wniósł zatem o wyjaśnienie, czy Zamawiający dopuszcza podwykonawstwo w ramach Grupy Interwencyjnej. Odpowiedź Zamawiającego była pozytywna. Dodatkowo Zamawiający zmodyfikował i uszczegółowił zapisy załącznika nr 9 do SWZ. Po zmianie Zamawiający wymagał złożenia w punkcie 1 oświadczenia o treści:

„Oświadczam/-y, że posiadamy:

1. Co najmniej jedną, własną Grupę Interwencyjną na terenie miasta Wrocławia*, będę/będziemy korzystać z podwykonawstwa w zakresie Grupy Interwencyjnej z firmą, która posiada taką Grupę na terenie miasta Wrocławia*,

gwarantującą podjęcie działań w przypadku zagrożenia w czasie nie dłuższym niż.....minut.

Grupa Interwencyjna składa się z co najmniej dwóch kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, wyposażonych w środki przymusu bezpośredniego."

Następnie ustalono, że w dniu 9 lutego 2022 r. Zamawiający udzielił kolejnych wyjaśnień do SWZ. W pytaniu nr 4 jeden z wykonawców zwrócił uwagę, że Zamawiający oczekuje złożenia podmiotowych środków dowodowych w postaci oświadczenia o posiadaniu własnej grupy interwencyjnej i osobach posiadających status kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej - załącznik nr 9 do SWZ. Zgodnie z ustawą PZP podmiotowe środki dowodowe to środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Wykonawca wniósł o modyfikację zapisu z uwagi na brak postawionych wymagań i warunków w zakresie posiadania własnej grupy interwencyjnej w warunkach udziału w postępowaniu i o usunięcie załącznika nr 9. W

odpowiedzi Zamawiający wyjaśnił, że modyfikuje zapisy rozdziału XVI - Warunki udziału w postępowaniu w SWZ w zakresie zdolności technicznej wykonawcy poprze dodanie takiego warunku udziału w postępowaniu.

Ustalono również, że po modyfikacji w punkcie 1.4) w rozdziale XVI „Warunki udziału w postępowaniu" SWZ znalazło się następujące postanowienie:

„4.1) Zdolność techniczna:

1) dysponuje 8 osobami skierowanymi do realizacji zamówienia, w tym odpowiedzialnymi za świadczenie usługi, posiadającymi kwalifikacje zawodowe - kwalifikowany pracownik ochrony fizycznej.

2) dysponuje własnym Centrum Dowodzenia i Stacją Monitorowania Alarmów.

3) dysponuje własną grupą interwencyjną".

W punkcie I.4 w rozdziale XVIII SWZ wśród podmiotowych środków dowodowych nadal wymienione było oświadczenie o posiadaniu własnej grupy interwencyjnej oraz o osobach posiadających status kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej, przy czym zmianie uległ numer załącznika zawierającego wzór oświadczenia z 9 na 8.

W dalszej kolejności ustalono, że w postępowaniu zostały złożone dwie oferty: oferta Maxus sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (przystępującego) i oferta odwołującego.

W formularzu ofertowym w punkcie VII „Podwykonawcy" Maxus złożył oświadczenie „Przy realizacji przedmiotu zamówienia zobowiązuję się do zawarcia umowy z podwykonawcami: 1) Solid Group Sp. z o.o. Sp. k w zakresie wsparcia grupy interwencyjnej". W oświadczeniu wykonawcy składanym na podstawie art. 125 ust. 1 PZP (załącznik nr 3 do SWZ), stosownie do postanowień punktu 6 w rozdziale XVIII SWZ przedstawił swoje oświadczenie, że powyższy podwykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania. Maxus nie załączył do oferty zobowiązania jakiegokolwiek podmiotu, w tym Solid Group Sp. z o.o. Sp.k., o zobowiązaniu do oddania Maxus do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia i oświadczenia takiego podmiotu złożonego na podstawie art. 125 ust. 1 PZP.

Następnie ustalono, że pismem z dnia 2 marca 2022 r. zamawiający działając na podstawie art. 274 ust. 1 Pzp wezwał Maxus do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym m.in. oświadczenia o posiadaniu własnej grupy interwencyjnej oraz o

osobach posiadających status kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej należy przedstawić w formie oryginału - Załącznik nr 8 do SWZ.

W odpowiedzi Maxus przedłożył m.in. oświadczenie o posiadaniu własnej Grupy Interwencyjnej oraz o osobach posiadających status kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej z 8 marca 2022 r., w którym Maxus złożył m.in. oświadczenie o treści:

„Oświadczam/-y, że posiadamy:

1. Co najmniej jedną, własną Grupę Interwencyjną. Grupa Interwencyjna składa się z co najmniej dwóch kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, wyposażonych w środki przymusu bezpośredniego."

Ustalono, że w dniu 21 marca 2022 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Maxus Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej. Następnie w dniu 25 marca 2022 r. Zamawiający poinformował, że unieważnia czynności wyboru wykonawcy i że dokona ponownej oceny ofert.

Następnie ustalono, że w ramach ponownego badania ofert, pismem z 25 marca 2022 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 223 ust 1 oraz art. 128 ust. 1 Pzp, wezwał Maxus do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń złożonych przez Maxus w rozdziale VII „Podwykonawcy" w formularzu ofertowym, gdzie Maxus wskazał podwykonawcę w zakresie wsparcia grup interwencyjnych, i w załączniku nr 8, gdzie wykreślono punkt o korzystaniu z podwykonawstwa w zakresie grupy interwencyjnej. Ponadto Zamawiający wezwał do poprawienia i uzupełniania oświadczenia z załącznika nr 8 do SWZ, jeżeli wykonawca dysponuje lub będzie korzystał z podwykonawstwa w zakresie grupy interwencyjnej.

Ustalono również, że w odpowiedzi Maxus złożył pismo datowane na 28 marca 2022 r., a podpisane 29 marca 2022 r., w którym potwierdził, że samodzielnie dysponuje własną grupą interwencyjną i spełnia warunki udziału w postępowaniu. Maxus podtrzymał deklarację zamieszczoną w formularzu oferty, że przy realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie wsparcia GI będzie korzystać z podwykonawcy. Maxus wskazał również, że „Przedstawione w SWZ warunki udziału w postępowaniu w kwestii grupy interwencyjnej nie wskazywały, iż Wykonawca winien dysponować własną Grupą Interwencyjną na terenie miasta Wrocławia. Tym samym zapisy w załączniku nr 8 wskazujące na lokalizację własnej GI na terenie Wrocławia są nieadekwatne i nadmierne w stosunku do warunków udziału w postępowaniu."

Ponadto Maxus złożył ponownie oświadczenie o posiadaniu własnej Grupy Interwencyjnej oraz o osobach posiadających status kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej, w którym Maxus oświadczył, co następuje:

„Oświadczam/-y, że posiadamy :

1. Co najmniej jedną, własną Grupę Interwencyjną ~~na terenie miasta Wrocławia~~*, będę/~~będziemy~~ korzystać z podwykonawstwa w zakresie Grupy Interwencyjnej z firmą, która posiada taką Grupę na terenie miasta Wrocławia*, gwarantującą podjęcie działań w przypadku zagrożenia w czasie nie dłuższym niż 15 minut. Grupa Interwencyjna składa się z co najmniej dwóch kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, wyposażonych w środki przymusu bezpośredniego.

2. Niniejszym, oświadczam, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, tj: posiadają kwalifikację pracownika ochrony fizycznej zgodnie z przepisami ustawy z dnia 22.08.1997 r. o ochronie osób i mienia (Dz. U. z 2021 r. poz. 1995)".

Dodatkowo Maxus Sp. z o.o. przedłożył decyzję z 4 grudnia 2018 r., którą Komendant Wojewódzki Policji w Łodzi wydał pozwolenie na broń palną w celu ochrony osób i mienia. Zgodnie z pismem Maxus dokument ten został przekazany w celu uniknięcia dalszych wątpliwości i potwierdzenia, że Maxus posiada status S.U.F.O.

Ustalono również, że w dniu 29 marca 2022 r. Zamawiający poinformował, że ponownie wybrał ofertę Maxus sp. z o.o. jako najkorzystniejszą.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Bezzasadne okazały się zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Odwołujący podniósł w odwołaniu, że z postanowień SWZ i chronologii zdarzeń jednoznacznie miało wynikać, że jednym z warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej było posiadanie przez wykonawcę własnej grupy interwencyjnej na terenie miasta Wrocławia, a nie jakiejkolwiek grupy interwencyjnej. Stanowisko to okazało się nietrafne.

Zgodnie z ostatecznym brzmieniem warunku udziału w postępowaniu, zamawiający wymagał od wykonawcy dysponowania jedynie własną grupą interwencyjną, bez doprecyzowania, że ma to być grupa na terenie miasta Wrocławia (por. ostateczne brzmienia w punkcie 1.4) w rozdziale XVI „Warunki udziału w postępowaniu"). Owszem jednocześnie, we wzorze załącznika nr 8 do SWZ zamawiający wymagał złożenia oświadczenia, że wykonawca dysponuje własną grupą interwencyjną na terenie miasta Wrocławia. Zestawienie warunku i wzoru oświadczenia prowadziło do wniosku, że występowała między nimi niespójność. W tej sytuacji, na uwagę zasługiwał fakt, że zgodnie z art. 124 Pzp, zamawiający może żądać podmiotowych środków dowodowych jedynie w dwóch celach:

1) na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia,

2) na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Przypomnienia wymagało również, że o tym, kto może ubiegać się o udzielenie zamówienia decyduje warunek udziału w postępowaniu. Natomiast podmiotowy środek dowodowy jest to oświadczenie (dokument) służące wykazaniu tego warunku. Z powyższego wynika więc, że podmiotowy środek dowodowy nie może wykraczać poza warunek udziału w

postępowaniu postawiony w treści SWZ. Na takie rozumienie warunków i podmiotowych środków dowodowych wskazują także sankcyjne przepisy ustawy Pzp. Dostrzec należało bowiem, że w myśl art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp:

b) , zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,

c) wykonawcę, który nie złożył podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Z przepisów tych jednoznacznie wynikało, że sankcję odrzucenia oferty ustawodawca wiąże jedynie z niewykazaniem warunku udziału w postępowaniu oraz z niezłożeniem podmiotowego środka dowodowego, ale takiego, który potwierdzałby spełnianie warunku.

Przy wyrokowaniu wzięto również pod uwagę, że na korzyść przystępującego przemawiała także niekwestionowana w orzecznictwie Izby zasada, że wszelkie wątpliwości co do brzmienia zapisów SWZ powinny być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Reguła ta wynika z prawniczej paremii „In dubio contra proferentem", oznaczającej w języku polskim „Wątpliwości należy tłumaczyć przeciw autorowi". Nie ulegało zaś wątpliwości, że to zamawiający był autorem ogłoszenia o zamówieniu i SWZ.

Biorąc powyższe rozważania pod uwagę należało stwierdzić, że na gruncie danej SWZ, o udzielenie zamówienia mógł się ubiegać wykonawca dysponujący jakąkolwiek grupą interwencyjną, niekoniecznie jednak zlokalizowaną na terenie miasta Wrocławia.

Nie ulegało wątpliwości, że przystępujący wykazał samodzielnie spełnianie warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z którym należało jedynie dysponować grupą interwencyjną. Natomiast na terenie Wrocławia przystępujący zamierzał skorzystać z podwykonawstwa zapewnianego przez grupę interwencyjną Solid Group sp. z o.o. sp. k. Wynikało to z formularza ofertowego przystępującego oraz wypełnionego przez niego załącznika nr 8 do SWZ.

Jednocześnie w analizowanym przypadku, z przyczyn wskazanych wcześniej, korzystanie z podwykonawstwa nie będzie poleganiem na zdolnościach podmiotu trzeciego, celem wykazania warunku w rozumieniu art. 118 Pzp, gdyż warunku dysponowania grupą interwencyjną na terenie miasta Wrocławia w SWZ nie zastrzeżono. W konsekwencji przystępujący nie miał obowiązku złożenia zobowiązania Solid Group sp. z o.o. sp. k. do udostępnienia przystępującemu zasobów celem wykazania warunku ani oświadczenia tego podmiotu potwierdzającego brak jego podstaw do wykluczenia z postępowania, o których mowa w rozdziale XVIII pkt 5 i w rozdziale XIX pkt 3 i 4 SWZ. Zarzuty okazały się zatem nietrafne.

W dalszej kolejności należało odnieść się do zarzutu, zgodnie z którym przystępujący miał w ogóle nie dysponować własną grupą interwencyjną. Po rozpoznaniu odwołania Izba stwierdziła, że taki zarzut również okazał się nietrafny.

Odwołujący podniósł w odwołaniu, że przystępujący uzyskał pozwolenie na broń w innym celu niż działalność grup interwencyjnych. Powołując się na pozwolenie na broń z dnia 4 grudnia 2018 r. złożone przez przystępującego przy piśmie z 28 marca 2022 r. argumentował, że wniosek o pozwolenie został uzasadniony przez przystępującego potrzebą realizowania umów w zakresie bezpośredniej ochrony fizycznej polegającej na konwojowaniu wartości pieniężnych oraz innych przedmiotów wartościowych lub niebezpiecznych. Odwołujący wywiódł, że warunkiem uznania danej grupy za grupę interwencyjną jest posiadanie przez jej członków broni. W tym zakresie powołał się na przepis § 1 pkt 3) rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 21 października 2011 r. w sprawie zasad uzbrojenia specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych i warunków przechowywania oraz ewidencjonowania broni i amunicji (tj. Dz. U. z 2015 poz. 992). Stosownie do ww. przepisu, 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 1997 r. 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.

W konsekwencji odwołujący wywiódł, że grupa jaką stworzył przystępujący, nie może być uznana za grupę interwencyjną w rozumieniu właściwych przepisów.

Argumentacja przedstawiona przez odwołującego okazała się niezasadna. W pierwszej kolejności należało podnieść, że zamawiający rzeczywiście wymagał od wykonawców dysponowania grupą interwencyjną. Jednakże w treści załącznika nr 8 do SWZ jednocześnie zamawiający przesądził, że członkowie takiej grupy mają być wyposażeni jedynie w środki przymusu bezpośredniego. Zdaniem Izby, takie ukształtowanie warunków zamówienia świadczyło o tym, że choć wprawdzie zamawiający wymagał grupy interwencyjnej, jednakże nie była to grupa interwencyjna, o której mowa w § 1 pkt 3) rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 21 października 2011 r. w sprawie zasad uzbrojenia specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych i warunków przechowywania oraz ewidencjonowania broni i amunicji. Skoro zamawiający w SWZ dopuścił, aby członkowie grupy dysponowali jedynie środkami przymusu bezpośredniego, to z pewnością nie wymagał grupy, o której mowa w przepisie powołanym przez odwołującego. W tej sytuacji kwestia posiadania lub nieposiadania broni przez członków takiej grupy interwencyjnej, jak również celu dla którego przystępujący uzyskał pozwolenie na broń, na gruncie danej specyfikacji pozostawała bez jakiegokolwiek znaczenia.

Jedynie na marginesie należało wskazać, że art. 12 ust. 1 ustawy z 21 maja 1999 r. o broni i amunicji (t. jedn. Dz. U. z 2012 poz. 576) stanowi, iż Pozwolenie na broń wydawane jest w drodze decyzji administracyjnej, w której określa się cel, w jakim zostało wydane oraz rodzaj i liczbę egzemplarzy broni. Z przepisu tego wynika, że aby uzyskać pozwolenie na broń, należy umotywować powód w złożonym wniosku. Jeśli powód wniosku okaże się zaś legalny, to właściwy organ udziela zezwolenia. Przywołana przez odwołującego regulacja nie stanowiła zakazu używania legalnie zdobytej broni w innym, legalnym celu. Odwołujący w szczególności nie wskazał żadnych poglądów piśmiennictwa, ani praktyki, np. przykładowych decyzji administracyjnych właściwych organów, z których wynikałoby, że użytkowanie broni w innym, legalnym celu, niż określony w decyzji o pozwoleniu na broń, skutkowało cofnięciem takiej decyzji. Wobec powyższego zarzut uznano za niezasadny.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza 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 żadnych naruszeń ustawy Pzp, co skutkowało koniecznością oddalenia odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192

ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie Izba oddaliła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 7.500 zł, oraz wynagrodzenie pełnomocnika wnoszącego sprzeciw w kwocie 3.600,00 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 pkt b 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).

Przewodniczący: .....