

WYROK

z dnia 10 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 6 maja 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 kwietnia 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Holding Hunters Sp. z o.o. Sp. k., z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, Green Hunters Sp. z o.o. Sp. k., z siedzibą w Warszawie, Blue Hunters Sp. z o.o. Sp. k., z siedzibą w Warszawie, Hunters Ochrona Plus Sp. z o.o., z siedzibą Piotrkowie Trybunalskim, Hunters24 Sp. z o.o. sp.k., z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, Agencja Ochrony ESKORT Sp. z o.o., z siedzibą w Łodzi, Agencja Ochrony Osób i Mienia "Zubrzycki" Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, Zubrzycki Ochrona Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie,

w postępowaniu prowadzonym przez Mazowiecki Urząd Wojewódzki w Warszawie,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Art-Security Sp. z o.o. Sp.k., z siedzibą w Warszawie oraz Art Group Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu: (i) unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej; (ii) wezwać wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Art-Security Sp. z o.o. Sp.k., z siedzibą w Warszawie oraz Art Group Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.1.4 lit. a) specyfikacji warunków zamówienia, a w przypadku braku potwierdzenia spełnienia w/w udziału w postępowaniu, wezwać do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp; (iii) dokonać ponownego badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Mazowiecki Urząd Wojewódzki w Warszawie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Holding Hunters Sp. z o.o. Sp. k., z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, Green Hunters Sp. z o.o. Sp. k., z siedzibą w Warszawie, Blue Hunters Sp. z o.o. Sp. k., z siedzibą w Warszawie,

Hunters Ochrona Plus Sp. z o.o., z siedzibą Piotrkowie Trybunalskim, Hunters24 Sp. z o.o. sp.k., z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, Agencja Ochrony ESKORT Sp. z o.o., z siedzibą w Łodzi, Agencja Ochrony Osób i Mienia "Zubrzycki" Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, Zubrzycki Ochrona Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie;

2.2 zasądza od zamawiającego Mazowieckiego Urzędu Wojewódzkiego na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Holding Hunters Sp. z o.o. Sp. k., z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, Green Hunters Sp. z o.o. Sp. k., z siedzibą w Warszawie, Blue Hunters Sp. z o.o. Sp. k., z siedzibą w Warszawie, Hunters Ochrona Plus Sp. z o.o., z siedzibą Piotrkowie Trybunalskim, Hunters24 Sp. z o.o. sp.k., z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, Agencja Ochrony ESKORT Sp. z o.o., z siedzibą w Łodzi, Agencja Ochrony Osób i Mienia "Zubrzycki" Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, Zubrzycki Ochrona Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu wpisu od odwołania.

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 1093/22

UZASADNIENIE

W dniu 21 kwietnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Holding Hunters Sp. z o.o. Sp. k., z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, Green Hunters Sp. z o.o. Sp. k., z siedzibą w Warszawie, Blue Hunters Sp. z o.o. Sp. k., z siedzibą w Warszawie, Hunters Ochrona Plus Sp. z o.o., z siedzibą Piotrkowie Trybunalskim, Hunters24 Sp. z o.o. sp.k., z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, Agencja Ochrony ESKORT Sp. z o.o., z siedzibą w Łodzi, Agencja Ochrony Osób i Mienia "Zubrzycki" Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, Zubrzycki Ochrona Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającemu Mazowieckiemu Urzędowi Wojewódzkiemu w Warszawie (dalej „Zamawiający”) niezgodne z ustawą Pzp czynności polegające na (i) błędnym wyborze oferty pozornie uznanej jako najkorzystniejsza, złożoną przez wykonawcę: Konsorcjum firm: Art-Security Sp. z o.o. Sp. K. oraz „ART GROUP” Sp. z o.o. (dalej zwany jako „Art Security”); (b) zaniechaniu wezwania Art Security do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w Postępowaniu (zdolność techniczna i zawodowa), tj. do uzupełnienia prawidłowego wykazu usług wraz z wymaganymi referencjami; (iii) uznanie, że Art Security spełnia warunki udziału w Postępowaniu mimo, iż wykonawca ten nie potwierdził ich spełnienia w zakresie wymaganym w SWZ, dotyczącym doświadczenia; (iv) zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Odwołujący zarzuciła Zamawiającemu naruszenie: (a) art. 17 ust. 2, art. 204 ust. 1 i art. 239 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b), 226 ust. 1 pkt 3) w związku z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp, poprzez wadliwy wybór oferty pozornie najkorzystniejszą, a w rzeczywistości podlegającej odrzuceniu i zaniechaniu przeprowadzenia procedury rzetelnego badania oferty w sposób gwarantujący zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców; (b) art. 16 pkt 1) w związku z naruszeniami art. 128 ust. 1, art. 128 ust. 4, art. 128 ust. 6, art. 223 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Art Security do uzupełnienia podmiotowych środków

dowodowych i przeprowadzenia procedury rzetelnego badania ofert w sposób gwarantujący zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, uznając że oferta Art Security spełnia warunki udziału w Postępowaniu i nie podlega odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako niespełniającej warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (wymagane doświadczenie o którym mowa w art 8.1.4. ust. a) SWZ), wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, względnie nakazanie Zamawiającemu ponownej czynności badania i oceny ofert, w tym wezwania Wykonawcę Art Security do uzupełnienia poprawnych referencji wraz z prawidłowym wykazem usług, celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (wymagane doświadczenie o którym mowa w art. 8.1.4. ust. a) SWZ), zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, według rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu lub rozprawie.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że wykonawca Art Security nie wykazał spełnienia postawionego przez Zamawiającego wymogu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (doświadczenie), o którym mowa w punkcie 8.1.4. SWZ: „W okresie ostatnich trzech lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia

działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 3 usługi, o wartości nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł brutto każda, polegających na ochronie budynków użyteczności publicznej, w rozumieniu przepisów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 12 kwietnia 2002 w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2019, poz. 1065 z późn. zm.), o powierzchni nie mniejszej niż 6.000 m² w ramach każdej z usług”. Odwołujący wskazał, że w celu potwierdzenia spełnienia tegoż warunku zgodnie z art. 126 ust.1 ustawy Pzp, Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwał Art Security (jako ofertę najwyższej ocenioną), do złożenia w wyznaczonym terminie wymaganych w SWZ podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu usług wykonanych 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 oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy/usługi zostały wykonane, sporządzone według wzoru stanowiącego Załącznik nr 11 do SWZ.

W ocenie Odwołującego przedstawiony przez Wykonawcę Art Security wykaz usług (dowód nr 1) oraz referencje (dowody nr 2, 3, 4) nie potwierdzają spełnienia przez tego Wykonawcę postawionego w SWZ (art 8.1.4. ust. a) warunku w zakresie wymaganego doświadczenia, gdyż dwie spośród czterech wskazanych w wykazie usług nie wpisują się w definicję budynków użyteczności publicznej, w rozumieniu przepisów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 12 kwietnia 2002 w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2019, poz. 1065 z późn. zm.) Zgodnie z definicją budynku użyteczności publicznej zawartą w tymże Rozporządzeniu, za budynek użyteczności publicznej „Rozumie się przez to budynek przeznaczony dla administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, opieki zdrowotnej, opieki społecznej i socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym lub wodnym, poczty lub telekomunikacji oraz inny ogólnodostępny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności i publicznej uznaje się także budynek biurowy i socjalny”. Usługi zrealizowane przez Art Security na rzecz Jednostki Wojskowej nr 6021 (ul. Żwirki i Wigury 9/13, Warszawa) oraz Miejskich Zakładów Autobusowych Sp. z o.o. (Ul. Włociańska 52, Warszawa) nie wpisują się w cytowaną wyżej definicję budynku użyteczności publicznej. W celu potwierdzenia stanowiska, Odwołujący wskazał, że przedkłada SWZ (oraz załączniki) do postępowań na usługi ochrony dla obu tych Zamawiających (dowody nr 5, 6) na podstawie których jasno wynika, iż charakterystyka tych obiektów nie wypełnia definicji budynków użyteczności publicznej.

Dalej Odwołujący wskazał w odniesieniu do usługi zrealizowanej na rzecz Jednostki Wojskowej nr 6021, że ze SWZ oraz wzoru umowy dla postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie ochrony tego Zamawiającego (dowód nr 5) jasno wynika, iż chodzi o kompleks wojskowy. Kompleks wojskowy jako taki nie wpisuje się w definicję budynku użyteczności publicznej. Samo wejście osób postronnych na teren kompleksu wojskowego jest niemożliwe, a więc ciężko utożsamiać charakter tego obiektu z definicją obiektu użyteczności publicznej. Usługa to nie spełnia postawionego w SWZ wymogu, a więc Art

Security nie może legitymować się tą usługą jako spełniającą wymagane w SWZ doświadczenie. Uznanie tej usługi przez Zamawiającego jest niezgodne z wymogami zawartymi w SWZ w zakresie warunku udziału w Postępowaniu (doświadczenie).

Ponadto, w ocenie Odwołującego, wskazana w wykazie usługa zrealizowana na rzecz Miejskich Zakładów Autobusowych Sp. z o.o. (Ul. Włociańska 52, Warszawa), nie wpisuje się w definicję budynku użyteczności publicznej, gdyż na podstawie SWZ oraz opisu przedmiotu zamówienia (dowód nr 6) można stwierdzić, iż chodzi o budynki techniczne, a więc nie przeznaczone bezpośrednio do obsługi pasażerów. Z opisu przedmiotu zamówienia (dowód nr 6) wynika, iż na terenie obiektów o których mowa w referencji przedstawionej przez Art Security znajdują się głównie budynki zaplecza technicznego i remontowego służące do bieżącej naprawy i utrzymania infrastruktury technicznej (np. autobusy lub inne środki techniczne). Obiekty te de facto są zajezdniami autobusowymi, co potwierdza sam Zamawiający (Miejski Zakład Autobusowy Sp. z o.o.), gdyż wymaga on w SWZ dla postępowania na usługi ochrony (dowód nr 6) zrealizowania przez potencjalnych wykonawców minimum dwóch usług ochrony bazy transportowej z min. 200 pojazdami. Baza transportowa nie wpisuje się w definicję budynku użyteczności publicznej, a więc Art Security nie może legitymować się tą usługą jako spełniającą wymagane w SWZ doświadczenie. Uznanie tej usługi przez Zamawiającego jest niezgodne z wymogami zawartymi w SWZ w zakresie warunku udziału w Postępowaniu (doświadczenie).

W ocenie Odwołującego, kolejną nieprawidłowością jest wskazana w wykazie, usługa na rzecz Mazowieckiego Urzędu Wojewódzkiego w Warszawie. Referencja (dowód nr 4) mówi

o kilku umowach (nr 46/2019/BOU, 10/2021/BOU oraz 64/2022/BOU) zawieranych i

realizowanych począwszy od dnia 01 lutego 2019 r. (do chwili obecnej), natomiast Art Security w wykazie usług wskazuje jej wykonanie od 1 lutego 2019 roku do 28.02.2022 r., powyższe jest niezgodne z treścią referencji. Nadmieniam, iż zgodnie z ustawą Pzp każda umowa stanowi oddzielną usługę. Sposób potwierdzania doświadczenia poprzez referencje i poświadczenia zawarty jest w Rozporządzeniu o którym mowa w ustawie Pzp art.128 ust. 6. Odwołujący wskazał, że dane zawarte w wykazie usług przez Art Security co do usługi realizowanej na rzecz Mazowieckiego Urzędu Wojewódzkiego w Warszawie są nieprawidłowe. Mamy uzasadnione wątpliwości czy każda z umów, jeśli rozpatrywać je osobno spełnia postawiony w SWZ wymóg kwotowy tj. 5.000.000,00 zł brutto.

Odwołujący wskazał, że mimo wniosku zgłoszonego do Zamawiającego, nie zweryfikował tych informacji. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu niedopełnienie obowiązków wynikających z art. 223 ust.1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień i uzupełnienia prawidłowych dokumentów przez Wykonawcę Art Security. Odwołujący wskazał, że na wszystkie wyżej wymienione nieprawidłowości zwróciliśmy Zamawiającemu uwagę w korespondencji mailowej (na adres:) z dnia 07.04.2022 r. (dowód nr 7). Korespondencja nie została jednak wzięta przez Zamawiającego pod uwagę, nie dostaliśmy również odpowiedzi na wskazane przez nas zarzuty. Zamawiający dokonał wyboru oferty Art Security jako najkorzystniejszą (informacja o wyborze znajduje się na stronie internetowej prowadzonego Postępowania).

Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego, Zamawiającemu naruszył art. 16 pkt 1) w związku z 128 ust. 1, art. 128 ust. 4, art. 128 ust. 6, art. 223 ust. 1 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Art Security do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, złożenia wyjaśnień i przeprowadzenia procedury rzetelnego badania ofert w sposób gwarantujący zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, uznając iż oferta Wykonawcy Art Security spełnia warunki udziału w Postępowaniu i nie podlega odrzuceniu.

W ocenie Odwołującego na podstawie wyżej wymienionych przesłanek popartych dowodami Art Security nie wykazał spełnienia postawionego przez Zamawiającego w SWZ wymogu w zakresie doświadczenia (zdolność techniczna i zawodowa), tj. realizacji w okresie ostatnich trzech lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności

jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 3 usług, o wartości nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł brutto każda, polegających na ochronie budynków użyteczności publicznej, w rozumieniu przepisów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 12 kwietnia 2002 w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2019, poz.

1065 z późn. zm.), o powierzchni nie mniejszej niż 6.000 m2 w ramach każdej z usług.

Oferta Art Security podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp,

gdyż nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu. W związku z powyższym zarzucamy Zamawiającemu złamanie art.17 ust. 2, art. 204 ust. 1 i art. 239 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit .b), 226 ust. 1 pkt 3) w związku z art.16 pkt 1) ustawy Pzp, poprzez wadliwy wybór oferty pozornie najkorzystniejszej, a w rzeczywistości podlegającej odrzuceniu i zaniechaniu przeprowadzenia procedury rzetelnego badania oferty w sposób gwarantujący zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez uznanie, iż oferta Art Security spełnia wszystkie warunki udziału w Postępowaniu.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zapewnienie stałej ochrony osób i mienia w budynkach Mazowieckiego Urzędu Wojewódzkiego w Warszawie” (dalej „Postępowanie”).

Izba ustaliła, że w SWZ Zamawiający w pkt. 8.1.4 lit. a) określił warunek w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (doświadczenie): „W okresie ostatnich trzech lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 3 usługi, o wartości nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł brutto każda, polegających na ochronie budynków użyteczności publicznej, w rozumieniu przepisów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 12 kwietnia 2002 w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2019, poz. 1065 z późn. zm.), o powierzchni nie mniejszej niż 6.000 m2 w ramach każdej z usług”.

Izba ustaliła, że w punkcie 10.5.7 SWZ, Zamawiający wskazał, że wykonawca wraz z ofertą składa m.in. wykazu usług wykonanych 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 oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy/usługi zostały wykonane, sporządzonego według wzoru stanowiącego Załącznik nr 11 do SWZ.

Izba ustaliła, że w Postępowaniu zostały złożone oferty dwóch wykonawców: Odwołujący oraz Art Security. Izba ustaliła, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 29 marca 2022 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych, wykonawca Art Security złożył m.in. wykaz usług, w którym powołał się na następujące doświadczenie w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.1.4. a):

1	Zapewnienie stałej ochrony osób i mienia w budynkach Mazowieckiego Urzędu Wojewódzkiego w Warszawie i Delegaturach Zamiejscowych w Rlocku, Ciechanowie i Siedlcach.	5 307 300,44 brutto za ostatnie 3 lata (usługa realizowana w całości przez Konsorcjum Art-Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. i ART GROUP Sp. z o.o.)	Od 1.02.2019 r. do 28.02.2022 r.	Mazowiecki Urząd Wojewódzki w Warszawie pl. Bankowy 3/5 00-950 Warszawa
2	Całodobowa ochrona osób i mienia na terenie Miejskich Zakładów Autobusowych Sp. z o.o. w Warszawie.	5 652 783,37 zł brutto ostatnie 2 lata (usługa realizowana w Konsorcjum Firm)	Od 29.11.2020 r. do 28.11.2021 r.	Miejskie Zakłady Autobusowe Sp. z o.o. Ul. Włociańska 52 01-710 Warszawa

<p>3</p> <p>Całodobowa ochrona osób i mienia realizowana przez SUFO na rzecz Regionalnego Centrum Informatyki Warszawa, kompleks wojskowy K0009, przy ul. Dymińskiej 13 w Warszawie.</p>	<p>6 661 040,77 zł brutto za ostatnie 3 lata (usługa realizowana przez Art-Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. - jako Lider konsorcjum)</p>	<p>Od 31.12.2018 r. do 31.01.2022 r.</p>	<p>Jednostka Wojskowa 6021, ul. Żwirki i Wigury 9/13, 00-909 Warszawa</p>
<p>4</p> <p>6 007 570,15 brutto za ostatnie 2 lata (usługa realizowana w Konsorcjum Firm)</p>	<p>Kompleksowa, całodobowa ochrona osób i mienia w formie bezpośredniej ochrony fizycznej na terenie obiektów I Oddziału ZUS w Warszawie.</p>	<p>Od 05.05.2020 r. do 14.02.2022r.</p>	<p>Zakład Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w Warszawie U. Senatorska 6/8, 00-917 Warszawa</p>

Izba ustaliła, że wykonawca Art Security złożył również referencje wystawione przez w/w podmioty, potwierdzające należyte wykonanie usług.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 8 kwietnia 2022 r. Zamawiający skierował do wykonawcy Art Security wezwanie w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że w wykazie wykonanych usług, złożonym na wezwanie zamawiającego, wykonawca wskazał usługi realizowane na rzecz:

- 1) Miejskich Zakładów Autobusowych Sp. z o.o. (01-710 Warszawa, ul. Włociańska 52)
- 2) Jednostki Wojskowej 6021 (00-909 Warszawa, ul. Żwirki i Wigury 9/13).

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że wymagał, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich trzech lat, przed upływem terminu składania

ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 3 usługi, o wartości nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł brutto każda, polegających na ochronie budynków użyteczności publicznej, w rozumieniu przepisów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2019, poz. 1065 z późn. zm.), o powierzchni nie mniejszej niż 6.000 m² w ramach każdej z usług. Mają na uwadze, iż zgodnie z art. 3 pkt 6 przywołanego rozporządzenia, pod pojęciem „budynku użyteczności publicznej” należy rozumieć budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny, a także fakt, iż zgodnie z wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku z dnia 14 lipca 2011 r. (sygn. akt II SAB 287/11), przy kwalifikowaniu budynku do budynków użyteczności publicznej bez znaczenia jest, czy dostęp do niego mają osoby trzecie, czy wyłącznie pracownicy zatrudnieni w danym budynku, zamawiający prosi o potwierdzenie, iż w przypadku ww. usług przedmiotem każdej z nich było świadczenie usług ochrony budynków użyteczności publicznej o parametrach wskazanych w przywołanym warunku.

Izba ustaliła, że odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, wykonawca Art Security wskazał, że zamawiający nie doprecyzował, czy wartość 6.000 m² odnosi się do jednego czy do kilku budynków objętych jedną umową (usługą). Wobec powyższego, mając na uwadze ugruntowaną linię orzecniczą zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów powszechnych wyrażoną chociażby w wyroku Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 18 marca 2015 r. (sygn. akt III Ca 70/15) i wielokrotnie powtarzana, nakazującą rozstrzygnięcie wszelkich wątpliwości powstałych na tle interpretacji dokumentów zamówienia na korzyść wykonawcy. Wykonawca wskazał, że usługi wykonane na rzecz Miejskich Zakładów Autobusowych Sp. z o.o. oraz Jednostki Wojskowej 6021 spełniają wymagania określone przez zamawiającego w dokumentach zamówienia. Należy przy tym wskazać, iż zgodnie z przytoczoną przez zamawiającego definicją „budynku użyteczności publicznej”, zaczerpniętą z art. 3 pkt 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 12 kwietnia 2002 w sprawie warunków

technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2019, poz. 1065 z późn. zm.), za ww. budynki należy uznać m. in. budynek biurowy lub socjalny. Wykonawca wskazał, że ochrona zawarta z zamawiającym: Miejskie Zakłady Autobusowe Sp. z o.o., obejmowała ochronę wielu obiektów o różnym przeznaczeniu, m. in. budynków biurowych i socjalnych, o parametrach spełniających wymagania zamawiającego. Niezależnie od powyższego w przypadku usługi realizowanej na rzecz Jednostki Wojskowej 6021 wykonawca świadczył przedmiotową usługę - co prawda na terenie zamkniętym dla osób postronnych, ale fakt ten pozostaje bez znaczenia dla zakwalifikowania obiektu jako budynku użyteczności publicznej. Co więcej przedmiotową usługą objęte były m. in. budynki administracyjnobiurowe i biurowo-sztabowe, które w świetle wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku z dnia 14 lipca 2011 r. (sygn. akt II SAB 287/11), spełniają wymagania zamawiającego określone w dokumentach zamówienia.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 11 kwietnia 2022 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania. Oferta wykonawcy Art Security została uznana za najkorzystniejszą.

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby Odwołujący wykazał niezgodność decyzji Zamawiającego ze przepisami ustawy Pzp, co skutkowało uwzględnieniem odwołania.

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 należy, że ustawodawca pozostawił zamawiającym swobodę w zakresie określenia warunków udziału w postępowaniu, stwierdzając jedynie, że warunki takie muszą 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.

W analizowanym stanie faktycznym, Zamawiający wskazał w SWZ, że wykonawca musi wykazać się doświadczeniem w realizacji co najmniej 3 usług o wartości nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł brutto każda usługa, polegających na ochronie budynków użyteczności publicznej, w rozumieniu przepisów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 12 kwietnia

2002 w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2019, poz. 1065 z późn. zm.), o powierzchni nie mniejszej niż 6.000 m² w ramach każdej z usług. Zamawiający wymagał zatem, aby przedmiotem usługi były objęte budynki użyteczności publicznej o powierzchni nie mniej niż 6.000 m² w ramach każdej z usług. Tym samym każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia był zobowiązany wykazać po pierwsze, że usługi wskazane w wykazie obejmowały swoich zakresem budynki użyteczności publicznej. Po drugie zaś, iż budynki użyteczności publicznej spełniały wymagania dotyczące wskazanego przez Zamawiającego metrażu tj. 6 000 m² w ramach każdej z usług.

Dalej wskazać należy, że definicja budynków użyteczności publicznej do której odwołał się Zamawiający w SWZ została zawarta w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z 12 kwietnia 2002 w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2019, poz. 1065 z późn. zm.). W § 3 Rozporządzenia została zamieszczona definicja budynku użyteczności publicznej. Zgodnie z nią za taki budynek uważa się budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny. Zdaniem Izby z powyższej definicji wywieść należy, że usytuowanie budynków użyteczności publicznej czy ograniczenia w ich dostępie dla osób trzecich nie stanowi elementu definiującego możliwość zakwalifikowania danego obiektu do kategorii budynków użyteczności publicznej.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Izby, Zamawiający dokonał tylko częściowo prawidłowej oceny dokumentów i wyjaśnień wykonawcy Art Security. Zamawiający zasadnie wezwał wykonawcę Art Security do złożenia wyjaśnień w dniu 8 kwietnia 2022 r. Zdaniem Izby ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Art Security dokonana przez Zamawiającego była jednak wadliwa. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że przy kwalifikowaniu budynku jako budynku użyteczności publicznej bez znaczenia jest, czy dostęp do niego mają osoby trzecie, czy wyłącznie pracownicy zatrudnieni w danym budynku. Jednakże, z treści warunku wskazanego w SWZ wynika, że akceptowane będą tylko te budynki użyteczności publicznej, które samodzielnie lub łącznie spełniają wymaganie co do metrażu.

W odniesieniu zatem do usługi wykonanej na rzecz Miejskiego Zakładu Autobusowego, Izba wskazuje, że z dowodów złożonych przez samego Odwołującego wynika, że zakres ochrony jaka była wykonywana przez wykonawcę Art Security wchodził również: (i) budynek biurowo-mieszkalny (patrz: str. 1 dowodu nr 6 - załącznika nr 9 do odwołania - Oddział Przewozów R-1 „Woronicza” - Obiekty na terenie Oddziału Przewozów), (ii) budynki biurowe (patrz: str. 2 dowodu nr 6 - załącznika nr 9 do odwołania - Oddział Przewozów R-2 „Kleszczowa” - Obiekty na terenie Oddziału Przewozów; patrz: str. 2 dowodu nr 6 - załącznika nr 9 do odwołania - Oddział Przewozów R-3 „Ostrobramska” - Obiekty na terenie Oddziału Przewozów; patrz: str. 3 dowodu nr 6 - załącznika nr 9 do odwołania - Teren „Redutowa” - Obiekty na terenie „Redutowa”); (iii) budynek administracyjno-biurowy (patrz: str. 4 dowodu nr 6 - załącznika nr 9 do odwołania - Teren „Nakielska” - Obiekty na terenie „Nakielska”). Izba wskazuje jednakże, że z żadnego dokumentu nie wynika jaka była rzeczywista powierzchnia w/w budynków objętych zakresem poszczególnych usług. Ma to znaczenie dla sprawy, z punktu widzenia oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby wykonawca winien wykazać, że ochroną były objęte budynki o powierzchni wymaganej przez Zamawiającego. W złożonych dowodach określona jest wyłącznie ogólna powierzchnia poszczególnych zajezdni wchodzących w zakres ochrony, bez określenia powierzchni budynków użyteczności publicznej, jakie są zlokalizowane na terenach objętych zakresem zamówienia.

Podobnie, zdaniem Izby, w odniesieniu do usługi wykonanej na rzecz Jednostki Wojskowej 6021, brak jest potwierdzenia jaka była powierzchnia budynków użyteczności publicznej w ramach realizacji zamówienia na rzecz w/w Jednostki. Przedmiotem zamówienia, w podziale na części, były kompleksy wojskowe. W udzielonych przez wykonawcę Art Security wyjaśnieniach zostało wskazane, że przedmiotową usługą były objęte m.in. budynki administracyjno - biurowe oraz biurowo - szkoleniowe, z tym, że Izba zaznacza, że nie została nigdzie określona powierzchnia takich budynków. I ile Izba podziela stanowisko

wyrażone przez Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 14 lipca 2011 sygn. akt II SAB 287/11, iż bez znaczenia dla uznania określonych budynków za budynki użyteczności publicznej jest okoliczność, iż znajdują się one na terenie zamkniętym dla osób postronnych, o tyle wykonawca winien wykazać, że na terenach wojskowych objętych ochroną w ramach realizacji zamówienia na rzecz Jednostki Wojskowej znajdowały się budynki użyteczności publicznej o powierzchni wymaganej przez Zamawiającego.

Zdaniem Izby, w okolicznościach analizowanej sprawy, zasadne było nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownego wezwania wykonawcy Art Security to złożenia wyjaśnień w zakresie określenia powierzchni budynków użyteczności publicznej objętych zakresem ochrony w ramach realizacji zamówienia na rzecz Miejskiego Zakładu Autobusowego oraz Jednostki Wojskowej 6021. Wykonawca winien wykazać w treści wyjaśnień na jakiej podstawie uznał, że usługi te spełniają wymagania Zamawiającego. Jednocześnie Izba podkreśla, że sam Zamawiający może wystąpić do w/w podmiotów w trybie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp o wyjaśnienia zakresu wykonanych usług przez wykonawcę Art Security. W sytuacji niemożności potwierdzenia wymogu co do powierzchni budynków użyteczności publicznej, Zamawiający winien wezwać wykonawcę Art Security w trybie art. 128 ust. 1 ustawy do uzupełnienia wykazu o usługi spełniające warunki określone w pkt 8.1.4 lit. a) SWZ.

Odnosząc się do usługi wykonanej na rzecz Mazowieckiego Urzędu Wojewódzkiego w Warszawie, wątpliwości wskazane przez Odwołującego w odwołaniu, zostały w sposób prawidłowy rozwiązane przez Zamawiającego, który złożył w poczet materiału dowodowego umowę 46/2019/BOU, która to umowa określała daty wykonania zamówienia oraz jego wartość, co było kwestionowane przez Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 1 pkt 2 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: