Sygn. akt: KIO 2062/22

WYROK

z dnia 24 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Bogusława Tokarczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę PHU VICA SECURITY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Katowice

przy udziale wykonawcy Fundacja Jupiter z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) 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 2062/22

Uzasadnienie

Zamawiający Miasto Katowice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

pod nazwą „Utrzymanie i eksploatacja szaletów miejskich zlokalizowanych w Katowicach - Część II". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 15 kwietnia 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 075-202531.

I. W dniu 8 sierpnia 2022 r. wykonawca PHU VICA SECURITY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

odwołanie wobec:

1) zaniechania odrzucenia oferty Fundacji Jupiter oraz Konsorcjum firm: P.B. PAJA (lider) oraz Niecko s.c. W. N. oraz B. N. (dalej zwanego jako „Konsorcjum"), pomimo tego, że ww. wykonawcy w toku wyjaśnień prowadzonych w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp zmienili treść swoich ofert poprzez wskazanie, że wbrew treści złożonych ofert, ww. wykonawcy nie posiadają koncesji na ochronę osób i mienia (ani wskazani przez nich podwykonawcy), i usługa ma być wykonywana przez podwykonawców posiadających ww. uprawnienia co jest sprzeczne z ustawą Pzp oraz sprzeczne z warunkami zamówienia (tj. Rozdziałem II ust. 12 pkt 5 SIWZ zgodnie z którym Wykonawca ma prawo złożyć tylko jedną ofertę, a oferty wykonawcy który przedłoży więcej niż jedną ofertę, zostaną odrzucone oraz niezgodne z Rozdziałem III ust. 2 pkt 1 SWZ ustalającym termin, w którym może zostać złożona oferta);

2) zaniechania wykluczenia Fundacji Jupiter oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy,

nieprawidłowej oceny oferty tego wykonawcy i wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej mimo tego, że Fundacja Jupiter oraz wskazany przez niego podwykonawca mimo deklaracji złożonych przez ww. wykonawcę w ofercie nie posiadają koncesji na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie ochrony osób i mienia co oznacza, że ww. wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd i/lub w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, w zakresie spełniania kryterium selekcji określonego w Rozdziale III, Podrozdział 5 pn. Zasady oceny ofert wg. ustalonych kryteriów części II, pkt 2 (przy uwzględnieniu zmian SWZ nr 3 z 11 maja 2022 r.) tj. kryterium ochrony szaletów, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

3) zaniechania wykluczenia Konsorcjum oraz odrzucenia oferty Konsorcjum,

nieprawidłowej oceny oferty tego wykonawcy mimo tego, że Konsorcjum mimo deklaracji złożonych w ofercie nie posiada koncesji na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie ochrony osób i mienia co oznacza, że ww. wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia kryteria selekcji określone w Rozdziale III, Podrozdział 5 pn. Zasady oceny ofert wg. ustalonych kryteriów części II, pkt 2 (przy uwzględnieniu zmian SWZ nr 3 z 11 maja 2022 r.) i/lub w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp":

1) Zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 218 ust. 2 oraz art. 219 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z Rozdziałem II ust. 12 pkt 5 SWZ oraz Rozdziałem III ust. 2 pkt 1 SWZ poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Fundacji Jupiter i Konsorcjum pomimo tego, że ww. wykonawcy w toku wyjaśnień prowadzonych w trybie art. 223 ust. 1 ustawy PZP zmienili treść swoich ofert poprzez wskazanie, że ww. wykonawcy nie posiadają koncesji na ochronę osób i mienia (ani wskazani przez nich podwykonawcy), a usługa będzie wykonywana przez podwykonawców posiadających ww. uprawnienia co jest sprzeczne z treścią złożonych ofert, z ustawą Pzp oraz warunkami zamówienia;

2)

a) Zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a oraz art. 118 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Fundacja Jupiter i odrzucenia jego oferty pomimo tego, że ww. wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia kryteria selekcji w zakresie ochrony szaletu co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz przyznaniu ww. Wykonawcy punktów w kryterium zapewnienia ochrony szaletu mimo, że

ww. Wykonawca nie spełnił wymogów kryteriów, co oznacza, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny ofert i naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania;

b) w przypadku nieuwzględnienia powyższego, ewentualnego naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a oraz art. 118 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp i/lub zaniechania wykluczenia Fundacji Jupiter i odrzucenia jego oferty mimo iż wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz przyznaniu ww. Wykonawcy punktów w kryterium zapewnienia ochrony szaletu mimo, że ww. Wykonawca nie spełnił wymogów kryteriów, co oznacza, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny ofert i naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania;

3)

a) Zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a oraz art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Konsorcjum pomimo tego, że ww. wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia kryteria selekcji w zakresie ochrony szaletu co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz przyznaniu ww. Wykonawcy punktów w kryterium zapewnienia ochrony szaletu mimo, że ww. Wykonawca nie spełnił wymogów kryteriów, co oznacza, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny ofert i naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania;

b) w przypadku nieuwzględnienia powyższego, ewentualnego naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a oraz art. 118 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum i odrzucenia jego oferty mimo tego, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa ww. Konsorcjum przedstawiło informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz przyznaniu ww. Wykonawcy punktów w kryterium zapewnienia ochrony szaletu mimo, że ww. Wykonawca nie spełnił wymogów kryteriów, co oznacza, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny ofert i naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania;

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty Fundacji Jupiter;

2) odrzucenia ofert i wykluczenia z postępowania Fundacji Jupiter i Konsorcjum;

3) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

II. Pismem wniesionym w dniu 18 sierpnia 2022 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Fundacja Jupiter z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim. Stanowisko w sprawie przystępujący przedstawił w piśmie wniesionym w dniu 19 sierpnia 2022 r. Przystępujący uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Okoliczności faktyczne związane z prowadzeniem postępowania nie były pomiędzy stronami sporne. Spór dotyczył oceny składanych przez wykonawcę Jupiter oraz Konsorcjum oświadczeń dotyczących jednego z kryterium oceny ofert, którym było zapewnienie ochrony szaletu. W kontekście zarzutów podniesionych w odwołaniu istotne znaczenie mają dwie kwestie, tj. ustalone przez zamawiającego zasady oceny ofert w ramach ww. kryterium oceny ofert oraz znaczenie oświadczeń składanych przez wykonawców w przedmiocie podwykonawstwa.

Zgodnie z postanowieniami Specyfikacji Warunków Zamówienia (rozdz. III, podrozdział 5) punkty w ramach ww. kryterium oceny ofert miały zostać przyznane wykonawcy, który oświadczy, że zapewni ochronę szaletu, na wezwanie całodobowo, przy czym osoba pełniąca ochronę stawi się w miejscu zgłoszenia w czasie do 20 minut od momentu wezwania. Jednocześnie zamawiający wskazał, że wykonawca otrzyma punkty w tym kryterium tylko wtedy, gdy ochronę szaletu będzie wykonywał podmiot uprawniony do tego na podstawie przepisów prawa (tj. posiadający koncesję na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony i mienia) za pomocą osób wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej. Ponadto zamawiający przewidział, że w sytuacji, w której wykonawca w kryterium oceny ofert „zapewnienie ochrony w szalecie" otrzymał dodatkowe punkty, będzie on zobowiązany przed zawarciem umowy do złożenia kopii koncesji na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia oraz kopii umowy regulującej tę współpracę. W formularzu oferty zamawiający przewidział złożenie przez wykonawcę następującego oświadczenia:

„c) Oświadczam, że w trakcie wykonywania zamówienia firma, która reprezentuję ochronę szaletów przy pl. Wolności, pl. Andrzeja, pl. Miarki, pl. Szramka, pl. Powstańców Śląskich ul. Panewnickiej, będzie wykonywała firma posiadająca koncesję za pomocą osób wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej na zasadach jn:

•ochrona będzie pełniona na wezwanie całodobowo przy czym osoba wpisana na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej stawi się w miejscu zgłoszenia w czasie do 20 minut od momentu wezwania,*

*- zaznaczyć właściwe jeśli dotyczy."

Z ww. postanowień wynika, że zamawiający w SWZ przewidział, że oceny ofert w zakresie kryterium „zapewnienie ochrony w szalecie" będzie dokonywał na podstawie treści oświadczeń złożonych w formularzu oferty. Zamawiający nie wymagał przedstawienia w tym zakresie żadnych innych oświadczeń lub dokumentów. Zarówno wykonawca Jupiter jak i Konsorcjum złożyli oświadczenia o zapewnieniu ochrony szaletu zgodnie z wymaganiami zamawiającego. W związku z tym przyznanie ww. wykonawców punktów w tym kryterium oceny ofert należy uznać za prawidłowe.

W odniesieniu do oświadczeń złożonych przez ww. wykonawców w przedmiocie podwykonawstwa należy wskazać, że zgodnie z orzecznictwem Izby, jak i poglądami prezentowanymi przez doktrynę, tego rodzaju oświadczeniom co do zasady nadaje się charakter informacyjny, o ile nic innego nie wynika z przepisów ustawy Pzp czy postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (tj. np. w sytuacji zastrzeżenia przez zamawiającego obowiązku osobistego wykonania kluczowych części zamówienia - w tym przypadku informacje dotyczące zakresu podwykonawstwa uznaje się za merytoryczną treść oferty). Zgodnie z przepisem art. 462 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani. Ww. przepis znalazł odzwierciedlenie w treści postanowienia zawartego w pkt I.2.6) SWZ. Mając zatem na uwadze powyższe, jak i okoliczność, że zamawiający nie wymagał podania nazw podmiotów, które będą zapewniać ochronę szaletu, w treści oferty w celu dokonania oceny w ww. kryterium oceny ofert, należy stwierdzić, że wykonawcy nie byli zobowiązani do podania nazw podwykonawców realizujących ww. część przedmiotu zamówienia, a dokonanie zmiany w tych zakresie nie można kwalifikować jako niedozwolonej zmiany treści oferty, o której mowa w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Podmioty mające realizować ochronę szaletu nie musiały być znane na etapie składania ofert. Podanie informacji o podwykonawcach nie stanowiło w tym przypadku merytorycznej treści oferty i w taki sam sposób należy zakwalifikować informacje podane w tym zakresie przez Fundację Jupiter oraz Konsorcjum w treści złożonych wyjaśnień, na etapie badania i oceny ofert. W związku z tym, że informacje w ww. zakresie nie miały istotnego znaczenia dla postępowania o udzielenie zamówienia, w tym dla oceny ofert w ustalonych przez zamawiającego kryteriach oceny ofert, nie ma również podstaw do stwierdzenia zaistnienia podstawy do wykluczenia wykonawców z postępowania, o której

mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu i w związku z tym

orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 a contrario ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze 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: