

WYROK

Warszawa, 5 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Beata Konik

Piotr Kozłowski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 13 listopada 2024 r. przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Makropol sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz Makropol TP sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Poznań z siedzibą w Poznaniu

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawców wspólnie ubiegających

się o udzielenie zamówienia Security Emporio spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu, Security Emporio sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz Vigor Security sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 i nakazuje zamawiającemu:

1.1 Unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu;

1.2 Dokonanie ponownej oceny ofert, w tym odrzucenie na podst. art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Security Emporio spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu, Security Emporio sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz Vigor Security sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża w częściach równych zamawiającego i odwołującego i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 7 500 zł 00 gr (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego;

3.2 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 5 550 zł 00 gr (pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy) tytułem proporcjonalnego zwrotu kosztów postępowania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga

za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący

.....

.....

Uzasadnienie

Miasto Poznań z siedzibą w Poznaniu (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym

pn.: „Ochrona fizyczna i System Monitoringu SMA obiektów Urzędu Miasta Poznania” (Numer referencyjny: ZPb-II.271.105.2024.SK), zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 12 września 2024 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2024/BZP 00497645/01.

13 listopada 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Makropol sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz Makropol TP sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej: Odwołujący), wnieśli odwołanie i zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp w związku z art. 97 ust. 1, 6, 7 ppkt 3 Pzp, czyli nie wniesienia wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej przez wszystkich partnerów Konsorcjum Security Emporio (wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Security Emporio spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu, Security Emporio sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz Vigor Security sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, dalej: Przystępujący) jako zobowiązanych, względnie – bez wykazania zobowiązanego z gwarancji jako lidera konsorcjum,
- 2.art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego mimo, że treść jego oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia,
- 3.art. 128 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego przez Zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2.odrzucenia oferty Przystępującego

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący wskazał:

Zarzut nr 1

Gwarancja wadialna wniesiona przez Przystępującego jako zabezpieczenie jego oferty była wadliwa – z treści gwarancji wynikało, że dotyczy ona wyłącznie wykonawcy Security Emporio spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu, nie zaś konsorcjum, którego liderem jest ten podmiot. W treści gwarancji, jak również w aneksie wydłużającym jest ważność nie ma informacji, by dotyczyła ona konsorcjum wykonawców, stąd Zamawiający nie miał podstaw uznać, że jest ona prawidłowa.

Warunki gwarancji odnoszą się wyłącznie do sytuacji, gdy skutkiem zaniechań podmiotu „zobowiązanego” jest brak możliwości wybrania „oferty złożonej przez Zobowiązanego jako najkorzystniejszej”. Ścisła interpretacja ww. postanowień (§ 2 gwarancji) powinna prowadzić do wniosków, że gwarant zabezpiecza wyłącznie interesy partykularne spółki Security Emporiospółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu, a nie pozostałych, nie znanych bynajmniej z treści gwarancji, konsorcjantów). Gwarancja ubezpieczeniowa w tym samym punkcie zawiera też postanowienie zaczerpnięte z ustawy, a dotyczące sytuacji, gdy nie złożenie podmiotowych lub przedmiotowych środków dowodowych jest rezultatem przyczyn leżących po stronie zobowiązanego. Wrócić zatem należy do definicji podmiotu „zobowiązanego”, a także ustalenia relacji, czy przyczyny leżące po stronie konsorcjantów mogą być przeszkodą do realizacji świadczenia z gwarancji.

Hipotetyczna sytuacja dotycząca nieusuniętych braków oferty może być spowodowana przez podmiot literalnie zobowiązany z gwarancji, albo przez kogoś z niewymienionych w gwarancji konsorcjantów. Istnieje zatem obiektywne ryzyko, że gwarant odmówi wypłaty wadium, albowiem formalnie przesłanki do zatrzymania wadium nie obciążałyby Security Emporiospółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu, lecz inny podmiot.

Zarzut nr 2

Przystępujący jako konsorcjum, dokonali między sobą podziału rzeczowego zadania, co zostało wymienione w formularzu załącznika nr 4 do SWZ - oświadczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W formularzu tym podzielono zakres przedmiotowy usług pomiędzy członków konsorcjum, przy czym nie wymieniono w tym oświadczeniu usług dojazdu grup interwencyjnych oraz nie wymieniono monitoringu sygnałów alarmowych.

Jednocześnie w punkcie 7 oferty nie odznaczono, czy jakaś część umowy zostanie powierzona podmiotom trzecim (podwykonawcom). Reguła interpretacyjna narzucona przez zamawiającego utożsamia brak przekreślenia („zamierza/nie zamierza”) jako brak zamiaru powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom (a zatem wykonanie całości miało być zrealizowane przez konsorcjum samodzielnie). Oferta w tym kształcie nie została zmodyfikowana, ani uzupełniona przez konsorcjum. Z treści oświadczeń załączonych do oferty nie wynika zatem, kto miałyby realizować usługi dojazdu grup interwencyjnych oraz monitoringu sygnałów alarmowych.

Przystępujący deklaruje, że czas dojazdu grupy interwencyjnej (pozostającej w gestii nie wiadomo którego członka konsorcjum) wynosić ma do 5 minut. Trudno zatem interpretować ofertę wykonawcy jako spójną i wewnętrznie niesprzeczną. Przy hipotetycznym założeniu,

że ten zakres usług miałby jednak być powierzony nieznanemu podwykonawcy (jeśli założyć, że nie był znany na dzień złożenia oferty), to otwarte pozostaje pytanie, na jakiej podstawie wykonawca zadeklarował spełnienie punktowanego

wymogu zamawiającego.

Zarzut Odwołującego sprowadza się zatem do tego, że z ogółu zadań (usług) objętych zamówieniem, partnerzy konsorcjum podzielili między siebie poszczególne zakresy, z wyłączeniem:

- 1.usług dojazdu grup interwencyjnych i
- 2.monitoringu sygnałów alarmowych,

przy czym zakresów tych Przystępujący nie zamierza wykonać przez podzlecenie tych zadań podwykonawcom, albowiem z jednoznacznej instrukcji wypełnienia formularza ofertowego wynikało, że brak przekreślenia („zamierza/nie zamierza”) rubryki dotyczącej powierzenia zadań podwykonawcom uznaje się za oświadczenie o nie powierzeniu tych zadań podwykonawcom.

W odpowiedzi na odwołanie z 2 grudnia 2024 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego. Zamawiający podniósł, że gwarancja wadialna Przystępującego jest prawidłowa. W zakresie zarzutu nr 2 Zamawiający wskazał natomiast:

Załącznik nr 4 do SWZ jest dokumentem wymaganym przez Zamawiającego na podstawie

art. 117 ust. 4 Pzp. Oświadczenie jest następstwem dokonanych pomiędzy konsorcjantami ustaleń w zakresie wzajemnego uzupełnienia kompetencji czy doświadczenia. Ma więc charakter następczy/wtórny i jest konsekwencją sposobu wykazania przez konsorcjantów spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Ustawodawca mówi więc wprost, jakie informacje powinny znaleźć się w powyższym oświadczeniu – czynności Wykonawcy które dotyczą bezpośrednio warunków udziału

w postępowaniu w celu zagwarantowania Zamawiającemu, że przedmiot zamówienia zostanie

wykonany przez wykonawcę, który posiada odpowiednie uprawnienia, wykształcenie, kwalifikacje zawodowe oraz doświadczenie.

Zamawiający postawił m.in. warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj.:

- 1.posiadania doświadczenia zawodowego w zakresie wykonania co najmniej jednej usługi polegającej na ochronie fizycznej minimum 3 obiektów równocześnie, o wartości średniorocznej co najmniej 300 000,00 zł brutto,
- 2.dysponowania minimum 25 osobami, legitymującymi się uprawnieniami niezbędnymi do wykonywania zamówienia, tj. osobami wpisanymi na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, prowadzonej przez odpowiedniego Komendanta Policji oraz minimum 1 osobą nadzorującą pracowników ochrony fizycznej, posiadającą poświadczenie bezpieczeństwa upoważniające do dostępu do informacji o klauzuli /poufne/.

Zamawiający w SWZ wskazał również wprost, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, przedmiotową usługę realizować będą

ci wykonawcy, którzy posiadają doświadczenie niezbędne do realizacji przedmiotowego zamówienia oraz których personel posiada wymagane kwalifikacje zawodowe, co należy wskazać odpowiednio w Załączniku nr 4 do SWZ.

Członkowie konsorcjum Przystępującego, w złożonym dokumencie, oświadczyli między innymi, że:

- 1.wykonawca Emporio Sp. z o.o. zapewni nadzór nad kontrolą zamówienia, czyli przedstawi koordynatora nadzorującego pracowników – osoba ta będzie odpowiedzialna za realizację umowy – wskazując tym samym, że to ten wykonawca dysponuje osobą, o której mowa w pkt. V.1.2. lit. V. 1. 3) lit. b.b) SWZ,
- 2.wykonawca Vigor Security Sp. z o.o.:

–zapewni usługę ochrony fizycznej przez cały okres obowiązywania umowy

na poszczególnych obiektach – co w zestawieniu ze złożonym przez Przystępującego wykazem usług potwierdza, że usługę ochrony fizycznej będzie wykonywał ten z wykonawców, który spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia zawodowego wykonawcy,

–skieruje do ochrony wykwalifikowanych i przeszkolonych pracowników wskazując tym samym, że to ten wykonawca dysponuje osobami, o których mowa w pkt V.1.2. lit. V. 1. 3) lit. b.a) SWZ.

Powyższe wyczerpuje rolę omawianego oświadczenia.

Czynności wskazane przez Odwołującego, tj. kto miałby realizować usługi dojazdu grup interwencyjnych oraz monitoringu sygnałów alarmowych, nie są konieczne do zawarcia

w powyższym oświadczeniu – pierwsza z nich mieści się w zakresie deklarowanym przez Vigor Security Sp. z o.o., a druga dotyczy czynności Systemu Monitoringu SMA obiektów Urzędu Miasta Poznania, wobec których Zamawiający nie

stawiał warunków udziału w postępowaniu a jedynie warunki zamówienia, które należy od siebie odróżnić. Niezasadnym jest wymaganie od wykonawców, aby w przedmiotowym oświadczeniu dzielili między siebie każdą czynność wymienioną w dokumentach zamówienia, nawet jeśli dotyczy ona kryterium oceny ofert, ponieważ celem Zamawiającego jest wspomniane wcześniej zabezpieczenie wykonania czynności dotyczących warunków udziału w postępowaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego zawarte w odwołaniu oraz pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie uznając, że zasługuje ono na częściowe uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowód z dokumentacji postępowania, a także ze wszystkich dokumentów pisemnych wnioskowanych przez Strony.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z Rozdziałem IX SWZ:

1)Ustala się wadium w wysokości: 23 000,00 zł.

2)Wadium wnosi się pod rygorem odrzucenia oferty przed upływem terminu składania ofert w jednej lub kilku z niżej wymienionych form na Beneficjenta:

–w pieniądzu przelewem na rachunek bankowy Miasta Poznania (...)

–gwarancjach bankowych,

–gwarancjach ubezpieczeniowych,

–poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2019 r. poz. 310, 836 i 1572).

Gwarancje lub poręczenia należy wystawić na Beneficjenta: Miasto Poznań (...).

Wraz z ofertą Przystępujący złożył Gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium

Nr 727500144600 z 19 września 2024 r. wystawioną przez Gwaranta: UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna z siedziba w Warszawie. Suma gwarancyjna wynosiła 23 000 zł, a gwarancja została wystawiona: „W związku z ogłoszonym przetargiem, którego przedmiotem jest: Ochrona fizyczna i system monitoringu sma obiektów Urzędu Miasta Poznania.

Nr referencyjny postępowania: ZPB-II.271.105.2024.SK”.

W gwarancji jako zobowiązany wskazany został „Security Emporio sp. z o.o. sp. komandytowa, 61-334 Poznan ul. Czernichowska 28, wpisana do KRS pod numerem: 0000756760, NIP: 7822843082, Regon: 381762401”. Oznaczenie zobowiązanego zostało utrzymane również w Aneksie nr 1 z dnia 15 października 2024 r. do Gwarancji ubezpieczeniowej.

Zgodnie § 2 Gwarancji:

„2. Gwarant dokona zapłaty z tytułu niniejszej gwarancji w terminie 14 dni od dnia otrzymania pierwszego pisemnego wezwania do zapłaty, spełniającego wymogi formalne określone w § 3 ust. 1 oraz zawierającego oświadczenie Beneficjenta, że wystąpiła jedna

z następujących sytuacji określonych w art. 98 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019, poz. 2019) z późn. zmianami (zwanej dalej „Ustawa”):

1)Zobowiązany w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1 Ustawy, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 Ustawy, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Ustawy, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Ustawy, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Zobowiązanego jako najkorzystniejszej,

2)Zobowiązany, którego oferta została wybrana:

a)odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,

b)nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
3)zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Zobowiązanego, którego oferta została wybrana”.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że treść gwarancji nie budzi wątpliwości – zobowiązanym nie jest konsorcjum wykonawców, a wykonawca Security Emporio sp. z o.o. spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu. W treści gwarancji nie było żadnej informacji,

czy choćby sugestii, że gwarancja dotyczyć miała oferty złożonej przez więcej niż jednego, wskazanego w jej treści wykonawcę.

Zamawiający nie mógł mieć żadnej pewności, czy gwarancja rzeczywiście została wystawiona na podmiot, który złożył ofertę – tej okoliczności Zamawiający nie zbadał. Zamawiający nie mógł mieć również pełnego przekonania, że w przypadku żądania wypłaty z gwarancji Gwarant zrealizowałby żądanie Zamawiającego. Problemem jest zatem brak całkowitej pewności, co do skuteczności zabezpieczenia oferty Przystępującego prawidłowo wniesionym wadium. Izba ma przy tym świadomość, że zdarzają się przypadki, gdy gwarant jako zobowiązanego wskaże wyłącznie lidera konsorcjum (nie zawierając żadnej informacji,

że zabezpieczenie dotyczy oferty konsorcjum), ale w takich przypadkach wykonawca broniący swojej oferty jest w stanie bez trudu udowodnić, że wniosek o wydanie gwarancji został złożony przez konsorcjum.

Biorąc pod uwagę przeprowadzone dowody Izba uznała, że literalna treść gwarancji złożonej przez Przystępującego daje podstawy do uznania, że zobowiązanym mógł być wyłącznie wykonawca Security Emporio sp. z o.o. spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu, a nie Przystępujący rozumiany jako konsorcjum. Fakt ten stanowił dowód na istotne wątpliwości

co do skuteczności zabezpieczenia oferty Przystępującego. Zamawiający i Przystępujący nie złożyli z kolei żadnych dowodów, które przeczyłyby stanowisku Odwołującego.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie

do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba uznała, że zaistniały podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego, a zaniechanie tej czynności przez Zamawiającego stanowiło naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp.

Pozostałe zarzuty, oparte na twierdzeniu Odwołującego o niezgodności treści oferty Przystępującego z warunkami zamówienia, ze względu na sposób wypełnienia przez niego załącznika nr 4 do SWZ nie potwierdziły się. Izba wskazuje, że aby możliwa była ocena ewentualnej niezgodności oferty z SWZ, to obowiązkiem Odwołującego było wskazanie konkretnych postanowień specyfikacji, z których wynikałyby wprost określone wymogi. Bez jednoznacznego wykazania, że Zamawiający w dokumentacji postępowania ustanowił jakiś obowiązek dla wykonawców, nie ma możliwości stwierdzenia, że ten obowiązek nie został przez Przystępującego wypełniony. Obowiązki wykonawców w postępowaniu nie mogą wynikać z domniemań czy interpretacji Odwołującego – w takiej sytuacji są one bowiem jedynie subiektywnym twierdzeniem Odwołującego, do którego ma on oczywiście prawo,

ale nie może oczekiwać, że na tej podstawie Izba uzna ofertę Przystępującego za podlegającą odrzuceniu z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Izba z tych samych powodów wskazuje również, że nie było podstaw do wezwania Przystępującego do wyjaśnień na podstawie art. 128 ust.1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy

na podstawie art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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).

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący

.....

.....