

WYROK

Warszawa, dnia 29 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 maja 2024 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2024 roku przez odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Agencję Ochrony MK Spółka**

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Agencję Ochrony Kowalczyk KM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Grójcu

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**

przy udziale Uczestnika po stronie Zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt: KIO 1575/24 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Solid Security Spółka**

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Solid Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających

się o udzielenie zamówienia: Agencję Ochrony MK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Agencję Ochrony Kowalczyk KM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Grójcu i:

2.1. 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, oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego.

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.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 1575/24

Uzasadnienie

Zamawiający - Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawa Sp. z o.o.

z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

na zadanie pn. „Usługa ochrony osób i mienia, pomieszczeń, budynków i terenu przyległego do obiektów Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o.”,

numer postępowania RZP.27.01.2024.KD, zwane dalej „Postępowaniem”.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonym zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) dalej: „Ustawa” lub „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej numer Dz.U. S: 57/2024 165974-2024 z dnia 20 marca 2024 roku.

W dniu 6 maja 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Agencję Ochrony MK Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – lidera konsorcjum oraz Agencję Ochrony Kowalczyk KM Sp. z o.o. z siedzibą w Grójcu, zwanych dalej „Odwołującym”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c oraz ust 5 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust 2 pkt 4, art. 116 pkt 1 w zw. z § 9 ust 1 pkt 2

rozporządzenia Ministra Rozwoju

w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Solid mimo, iż

wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału

w Postępowaniu oraz nie złożył właściwych i wymaganych przepisami prawa podmiotowych środków dowodowych wskazanych w pkt 7.1.2. SWZ na potwierdzenie spełniania warunku określonego w pkt 6.2.2.4.1. SWZ, które to braki i niezgodności oferty Odwołujący wylistował w pkt od 1 do 4 w uzasadnieniu Odwołania.

ewentualnie:

- 2) art. 128 ust 1 i 4 ustawy Pzp, art. 116 pkt 1 ustawy PZP w zw. z § 9 ust 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Solid do poprawienia i uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wskazanych w pkt. 7.1.2. SWZ w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, określonych w pkt 6.2.2.4.1 SWZ w zakresie braków i niezgodności oferty wylistowanych w pkt od 1 do 4 w uzasadnieniu Odwołania

a w konsekwencji:

- 3) art. 16 pkt 1 i 2, art. 17 ust 2 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c oraz pkt 5 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Solid, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą i podlega odrzuceniu, a przez to nierówne traktowanie wykonawców oraz brak zachowania zasady uczciwej konkurencji i przejrzystości Postępowania.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o:

1. Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Solid względnie nakazanie Zamawiającemu wezwania Konsorcjum Solid do wyjaśnienia sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz uzupełnienia wykazu usług oraz podmiotowych środków dowodowych w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
2. Dokonanie ponownego badania i oceny oraz wybór oferty najkorzystniejszej z wyłączeniem oferty Konsorcjum Solid;
3. Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów zastępstwa, według rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu lub rozprawie.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ złożył najkorzystniejszą ofertę (w przypadku prawidłowej oceny ofert i odrzucenia oferty wykonawcy wybranego) w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, niepodlegającą odrzuceniu. Gdyby Zamawiający przeprowadził postępowanie zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych, oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą bowiem otrzymała by najwyższą liczbę punktów i nie podlegałaby odrzuceniu. Odwołujący ma więc interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż może ponieść szkodę w związku z nieudzieleniem mu zamówienia.

W uzasadnieniu Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny.

Zamawiający ustanowił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (pkt 6.2.2.4. SWZ) w następujący sposób:

6.2.2.4.1. Wykonawca musi wykazać, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - należyście zrealizował, co najmniej dwie usługi (umowy) dotyczące ochrony osób i mienia w zakresie bezpośredniej ochrony fizycznej stałej i doraźnej za kwotę minimum 3 000 000 zł brutto w skali roku każda. Każda z ww. usług (umów) musi obejmować swoim zakresem stałą, bezpośrednią ochronę fizyczną w co najmniej 6 różnych lokalizacjach.

Zamawiający oprócz dokładnego określenia co rozumie pod pojęciem „lokalizacja” dookreślił sposób spełniania warunków udziału w przypadku wykonawców wspólnie realizujących zamówienie oraz w przypadku korzystania z potencjału podmiotu trzeciego w następujący sposób:

Celem oceny spełnienia warunku Zamawiający dopuszcza wykazanie się usługami będącymi w trakcie realizacji, z zastrzeżeniem, że do oceny brana będzie pod uwagę zrealizowana część zamówienia o wartości nie mniejszej niż wskazana powyżej. Z uwagi na fakt, iż Zamawiający zastrzegł do osobistego wykonania przez Wykonawcę ochronę w zakresie bezpośredniej ochrony fizycznej stałej i doraźnej, Zamawiający nie dopuszcza wykazania się przez Wykonawcę celem spełnienia ww. warunku doświadczeniem podmiotu trzeciego.

Zamawiający zastrzega, że w sytuacji składania oferty przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz analogicznie, gdy Wykonawca będzie polegał na zasobach innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 118 Ustawy Pzp, warunek

o którym mowa w pkt. 6.2.2.4.1. SWZ musi zostać spełniony w całości przez Wykonawcę (jednego z Wykonawców wspólnie składającego ofertę) lub podmiot, na którego zdolności

w tym zakresie powołuje się Wykonawca - brak możliwości tzw. sumowania zasobów w zakresie doświadczenia.

Z dokumentów złożonych na wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp przez Konsorcjum Solid na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w tym

z wykazu usług wynika, że:

- A. wykonawcy w składzie Solid Security Sp. z o.o. oraz Solid Sp. z o.o. wykonali jedną usługę na rzecz Telewizji Polskiej S.A w okresie od marca 2018 do 30-09-2021 ,
- B. ci sami wykonawcy nadal wykonują drugą umowę na usługi ochrony dla Telewizji Polskiej S.A przy czym nie złożyli referencji ani innego dokumentu sporządzonego przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane ani nie wykazali obiektywnej przeszkody w uzyskaniu takiego dokumentu jak i nie wykazali faktycznego udziału trzeciego konsorcjanta AUTO-TREZOR OCHRONA Sp. Z o.o. Sp. K. w realizacji referencyjnego zamówienia,
- C. usługa wskazana jako 3 w wykazie usług wykonana na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego w Poznaniu została wykonana wyłącznie przez Solid Security Sp. z o.o. podczas gdy reszta usług powołanych w wykazie usług nie była doświadczeniem wyłącznie tego podmiotu a zamawiający wymagał aby warunek doświadczenia został w całości wykonany przez jednego Wykonawcę bowiem brak jest możliwości tzw. sumowania zasobów w zakresie doświadczenia.

Wykonawca składając ofertę wspólnie z innymi wykonawcami musiał w całości wykazać doświadczenie przez jednego konsorcjanta/wykonawcę składającego ofertę. Zamawiający jasno wskazał, że nie dopuszcza tzw. łączenia potencjału podczas gdy Konsorcjum Solid złożyło wykaz usług wykonanych w ramach różnych konsorcjów, w tym z udziałem innego podmiotu oraz usługę wykonaną samodzielnie przez jednego z wykonawców Konsorcjum Solid. Odwołujący zarzuca następujące braki i wątpliwości, które nie zostały wyjaśnione ani uzupełnione przez Zamawiającego w trakcie postępowania w stosunku do oferty Konsorcjum Solid:

1. usługa wskazana w pkt 1 wykazu usług jest usługą wykonaną znacznie wcześniej niż okres 3 lat przed terminem składania ofert. Usługa została wykonana w oparciu o umowę Solid Security Sp. z o.o. oraz Solid Sp. z o.o. z Telewizją Polską S.A. zawartą w 2018 roku. Samo zakończenie świadczenia usług z tamtej umowy mieści się co prawda w okresie 3 letnim ale ponad 90 % realizacji tamtej usługi przypadało na okres znacznie odleglejszy niż 3 lata liczone wstecz od daty składania ofert w postępowaniu. W ocenie Odwołującego, mimo wypracowanego na gruncie PZP umownego sposobu liczenia upływu czasu w przypadku doświadczenia od daty zakończenia danej usługi/roboty/dostawy, wykonawca nie może się powołać na takie doświadczenie, gdyż w ujęciu materialnym i faktycznym wykonał usługi znacznie wcześniej niż 3 lata temu. Oznacza to, że jego wiedza i doświadczenie jest nieadekwatne do przedmiotu zamówienia i nabyte w zupełnie innym czasie co poddaje pod wątpliwość możliwość skorzystania z niego na potrzeby jego realizacji.
2. Konsorcjum Solid nie wyjaśniło faktycznego i realnego zaangażowania trzeciego konsorcjanta AUTO-TREZOR OCHRONA Sp. Z o.o. Sp. K. w realizacji zamówienia na usługi ochrony wykonanej na rzecz Telewizji Polskiej S.A. Z oświadczenia własnego Konsorcjum Solid wynika, że udział procentowy tego podmiotu w całości kontraktu wyniósł 2 % jego sumarycznej wartości, przy czym wartość udziałów w konsorcjum nie przesądza jaki zakres prac wykonał ten podmiot oraz czy zakres wykonany przez pozostałych konsorcjantów pozwala na przyjęcie, że nabyli doświadczenie w 100 % robót. Sam podział udziałów w konsorcjum może być całkowicie irrelevantny do zakresu prac i oznaczać jedynie finansowy aspekt dzielenia profitów, bez większego przełożenia na faktycznie zrealizowane usługi, które następnie przekładają się na zdobycie doświadczenia. Jest też możliwe, że podmiot mimo 2% udziałów realizował niewrażliwą i najistotniejszą część usług ochrony co pozbawia wiedzy i doświadczenia Konsorcjum Solid. Zamawiający zaniechał zgodnie z art. 128 ust 1 i 4 ustawy Pzp zbadania realnego podziału zadań w ramach konsorcjum ani faktycznego zdobycia wiedzy i doświadczenia przez obecnych członków Konsorcjum Solid. Zamawiający nie ma zatem wiedzy czy i w jakim zakresie członkowie obecnego Konsorcjum Solid nabyli doświadczenie w zakresie referencyjnej usługi i czy w związku z tym mogą powoływać się na całość doświadczenia.
3. Konsorcjum Solid nie przedłożyło zgodnie z § 9 ust 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy Dz.U. 2020 poz. 2415 właściwych dowodów tj. określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn

niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających

się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy. Konsorcjum Solid złożyło oświadczenie własne lakonicznie wskazując, że nie może pozyskać referencji, gdyż realizuje to zamówienie. Sama realizacja świadczeń ciągłych lub powtarzających się nie wyklucza możliwości pozyskania referencji na wykonane już zakresy od właściwego podmiotu i nie stanowi to żadnej obiektywnej przeszkody. Wykonawca Wybrany nie wykazał w żaden sposób, że pozyskanie dowodów bezpośrednio od odbiorcy usługi tj. Telewizji polskiej S.A jest niemożliwe wobec czego Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty z uwagi na niespełnienie warunków udziału, względnie zaniechał wezwania Wykonawcy Wybranego do uzupełnienia wykazu usług o wymagane prawem referencje lub inne dokumenty.

4.Trzecia usługa wskazana w wykazie usług nie spełnia wymogów jasno określonych w pkt 6.2.2.4.1. SWZ w przedmiocie wymogu wykazania całości potencjału przez Wykonawcę (jednego z Wykonawców wspólnie składającego ofertę) lub podmiot,

na którego zdolności w tym zakresie powołuje się Wykonawca — brak możliwości

tzw. sumowania zasobów w zakresie doświadczenia. Powołanie się na dwie usługi wykonane w ramach konsorcjum w tym samym składzie, co obecne, oraz w innym konsorcjum z udziałem AUTOTREZOR OCHRONA Sp. Z o.o. Sp. K. a następnie przywołanie usługi wykonanej w całości przez Solid Security Sp. z o.o. oznacza,

że 3 usługi z wykazu zasadniczo realizował inny podmiot z innym doświadczeniem. Nawet jeżeli w 3 usługach pojawiał się Solid Security Sp. z o.o to sposób nabywania przez niego doświadczenia był zupełnie różny a tam gdzie brał udział jako konsorcjant nie nabył 100 % doświadczenia. Taki sposób wykazania spełniania warunków udziału polega na łąceniu potencjału z udziałem różnych podmiotów, czego zakazał Zamawiający w pkt 6.2.2.4.1. SWZ.

Odwolujący nie twierdzi, że doświadczenia nie nabywa się lub nie można takiego nabyć w ramach konsorcjum, ale przy takim ograniczeniu jakie znalazło się w przedmiotowym SWZ przy warunkach udziału w postępowaniu, jakiegokolwiek wykonanie w ramach innego konsorcjum niż w przedmiotowym postępowaniu lub nawet samodzielne wykonanie przez jednego z członków takiego konsorcjum nie spełnia wymogów pkt 6.2.2.4.1. SWZ.

Nie bez powodu Wykonawca Wybrany wskazał na 3 usługi w wykazie (z dwóch wymaganych w ramach warunków udziału) bowiem miał świadomość, że dwie z nich są wątpliwe co do potwierdzenia spełniania warunków zgodnie z SWZ.

O samej wadze referencji jak i dokumentów pochodzących od podmiotu będącego odbiorcą danych usług świadczy m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lutego 2022 r., KIO 290/22

Wykonawca musi przedstawić dowody określające, czy wykazywane zamówienia zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Ustawodawca określił kolejność przedstawiania dokumentów według ich wartości dowodowej, czyli przede wszystkim dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego zamówienia zostały wykonane lub są wykonywane, np. referencje. Dopiero jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów, może to być oświadczenie wykonawcy, które ma znacznie mniejszą wartość dowodową. Ocena wykonania zamówienia przez wykonawcę je realizującego oraz jego odbiorcę może być diametralnie różna.

Powyższe oznacza, że oświadczenie własne wykonawcy na potwierdzenie spełniania danego warunku (zamiast tzw. referencji) może być złożone wyjątkowo o wyczerpaniu możliwości zwrócenia się do właściwego podmiotu. Dzieje się tak gdy dany podmiot ulega likwidacji bez następcy prawnego i nie da się wówczas pozyskać wymaganych referencji lub innych dokumentów. Z całą pewnością taką obiektywną i uzasadnioną przeszkodą nie jest realizacja obecnego zamówienia co może jedynie świadczyć o obawie nieotrzymania referencji z powodu nienależytego świadczenia usług.

Co więcej referencje dotyczące świadczeń ciągłych i postarzających się powinny

być wystawione w odpowiednim czasie w okresie ostatnich 3 miesięcy licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert. Ma to na celu utrzymanie prawdziwości oświadczeń co do należytego i prawidłowego sposobu realizacji danego działania. W takim przypadku tym bardziej niezłożenie referencji lub innego dokumentu nie pochodzącego od wykonawcy stanowi wyraz jaskrawego naruszenia § 9 ust 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Zgodnie z Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia

28 czerwca 2021 r. KIO 1429/21 :

W przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych referencje powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert lub wniosków, a ponadto świadczenia te - na moment składania ofert - powinny być nadal wykonywane. A contrario, w przypadku usług nie będących usługami ciągłymi

lub powtarzającymi się nadal wykonywanymi dopuszczalne jest złożenie dokumentu z datą wcześniejszą niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Mając na uwadze wyżej zasygnalizowane niezgodności Zamawiający zaniechał należytego zbadania oferty Konsorcjum Solid, w tym do wezwania w trybie art. 128 ust 1 i ust 4 ustawy PZP do uzupełnienia wykazu usług o dwie usługi spełniające warunek udziału w postępowaniu zamiast usługi wskazanej w pkt 1 i 3 tego wykazu jako niespełniających warunków udziału ani wymogów SWZ. W zakresie zaś usługi wskazanej w pkt 2 wykazu usług Zamawiający winien wezwać do uzupełniania dokumentu potwierdzającego prawidłowość wykonania usługi ciągłej pochodzącej od właściwego podmiotu jak i "jaśnić faktyczny i realny udział Solid Security Sp. z o.o. oraz Solid Sp. z o.o w realizacji tamtego zamówienia. W konsekwencji niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu winno skutkować odrzuceniem oferty w oparciu o art. 226 ust 1 pkt 2 lit b i c ustawy Pzp oraz w zakresie w jakim wykazane doświadczenie jest sprzeczne w wymogiem wskazanym w pkt 6.2.2.4.1. SWZ winno skutkować odrzuceniem oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł jak na wstępie.

W dniu 2024 roku do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Solid Security Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie - lider konsorcjum oraz Solid Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, dalej jako Przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Pismem z dnia 2024 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Pismem z dnia 23 maja 2024 roku, Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe, nie zgadzając się z zarzutami odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika Postępowania Odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego,

oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika Postępowania Odwoławczego złożonych pisemnie oraz ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła

co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 roku, poz. 1610 ze zm.) skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2024 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 4 marca 2024 roku.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 ustawy – środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba za skuteczne uznała zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego

i dopuściła wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Solid Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Solid Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, w charakterze uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła i zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności, do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie podnoszonym w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c oraz ust 5 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust 2 pkt 4, art. 116 pkt 1 w zw. z § 9 ust 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Solid mimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu oraz nie złożył właściwych i wymaganych przepisami prawa podmiotowych środków dowodowych wskazanych w pkt 7.1.2. SWZ na potwierdzenie spełniania warunku określonego w pkt 6.2.2.4.1. SWZ, które to braki i niezgodności oferty Odwołujący wylistował w pkt od 1 do 4 w uzasadnieniu Odwołania, Izba uznała zarzut za

niezasadny.

Zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b i c ustawy Pzp:

Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

b) niespełniającego warunku udziału w postępowaniu,

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. 112 Pzp ust. 2 pkt 4 Pzp określa, że warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć: zdolności technicznej lub zawodowej.

Z kolei art. 116 pkt 1 zakłada, że w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z treścią z § 9 ust 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy: W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również

wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów,

na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

Natomiast art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty.

Odwolujący kwestionuje doświadczenie Przystępującego, podnosząc że usługi wskazane w Wykazie Usług nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu poprzez nabycie doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego w treści SWZ

w pkt. 6.2.2.4.1.SWZ, a także że Przystępujący nie złożył właściwych i wymaganych przepisami prawa podmiotowych środków dowodowych.

W zakresie usługi wskazanej w Wykazie Usług w pozycji 1 Odwołujący kwestionuje jedynie to, że okres jej realizacji pozostaje w ponad 90% poza okresem 3 lat przed terminem składania ofert wymaganym przez Zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący nie kwestionuje ani zakresu objętego usługą ani wartości usługi zrealizowanych przez poszczególnych konsorcjantów.

Aby dokonać oceny prawidłowości czynności Zamawiającego w zakresie uznania tej usługi za kwalifikującą się do zaliczenia jej w poczet usług na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w pierwszej kolejności należy dokonać wykładni postawionego warunku udziału w postępowaniu.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, Zamawiający wymagał wykazania przez Wykonawcę zdolności technicznej i zawodowej: *Wykonawca musi wykazać, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – należycie zrealizował, co najmniej dwie usługi (umowy) dotyczące ochrony osób i mienia w zakresie bezpośredniej ochrony fizycznej stałej i doraźnej za kwotę minimum 3 000 000 zł brutto w skali roku każda. Każda z ww. usług (umów) musi obejmować swoim zakresem stałą,*

bezpośrednią ochronę fizyczną w co najmniej 6 różnych lokalizacjach.

Dla dokonania oceny spełnienia powyższego warunku konieczne jest określenie kiedy usługi można uznać za „zrealizowane”. Za słownikiem PWN wskazać można, że „zrealizować” oznacza „sprawić, że jakieś plany, marzenia, zamiary itp. staną się rzeczywistością”. Zgodnie natomiast z wyjaśnieniem na stronie internetowej „DobrySłownik.pl” „zrealizować” to „dokonać; dopiąć celu; doprowadzić do; przeprowadzić; sfinalizować; spełnić; ukończyć; urządzić; urzeczywistnić; skutecznić; uwieńczyć; wcielić w życie; wprowadzić w życie; wykonać; wypełnić; wyprawić; wywiązać się; zaaranżować; zakończyć; zorganizować.” Niewątpliwie jest to czasownik dokonany.

Idąc dalej, zaznaczenia wymaga, że przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu co do zrealizowania w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminem składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, istotna będzie m. in. data zrealizowania usługi, tzn. jej zakończenia. Wynika to nie tylko z treści samego warunku, ale również z par. 9 ust. 1 pkt 2 z Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. 2020 r., poz. 2415). Nie ulega wątpliwości, że Rozporządzenie określa zakres podmiotowych środków dowodowych i informacji, których żądanie jest uprawnione przez Zamawiającego i koniecznych do wykazania celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jak wynika z treści par. 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia w wykazie usług wskazana powinna zostać m.in. data wykonania. Przepisy prawa nie przewidują zatem możliwości żądania wskazania daty rozpoczęcia usług, a wyłącznie ich zakończenia. To data wykonania zamówienia objętego warunkiem będzie znacząca dla uznania spełnienia wymagania dotyczącego zrealizowania w ciągu ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert co najmniej dwóch usług (...).

W tym miejscu warto przytoczyć wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 11 kwietnia 2019 r., sygn. akt: I GSK 2523/18, który dotyczy wprawdzie robót budowlanych, ale w zakresie wykładni „terminu wykonania” pozostaje właściwy również dla usług. Sąd zważył: „użyte w § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia sformułowanie „robót wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat” wprowadza tylko ogranicznik w postaci daty granicznej końca robót, nie wprowadza zaś ogranicznika w odniesieniu do terminu rozpoczęcia robót. Oznacza to, że wprowadzenie tego dodatkowego warunkowania przez zamawiającego pozbawia możliwości wzięcia udziału w postępowaniu podmioty, które prowadziły duże, długotrwałe inwestycje, rozpoczęte wcześniej niż 5 lat przed terminem składania ofert, jednak do tego momentu ukończone.” Powołując się na komentarz praktyczny H. Nowak, Ł. Korporowicz Prawo Zamówień Publicznych Vademecum Sąd wywiódł: „Sformułowanie „wykonanymi robotami” co do intencji tego zapisu wskazano – jest to o tyle oczywiste, że z robót budowlanych w toku nie można wywnioskować o doświadczeniu zawodowym wykonawcy, gdyż nie jest wiadomym, czy prace te zostaną wykonane prawidłowo i jaką ocenę zaprezentuje inwestor. Podobnie rozumiał intencje ustawodawcy Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z 28 kwietnia 2008 r. sygn. akt XIX Ga 128/08 oraz Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 24 lipca 2008 KIO/UZP 710/08.”

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanej sprawy, odpowiedzieć należało na pytanie, czy w świetle złożonych przez Przystępującego dokumentów (Wykaz Usług i Referencje) oraz prawidłowej wykładni postawionego warunku, którą Izba przeprowadziła wyżej, można było uznać, że usługa wskazana w pozycji 1 Wykazu Usług (zrealizowana dla Telewizji Polskiej S.A.) spełniała warunek co do wymogu zrealizowania jej w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminem składania ofert?

Na tak zadane pytanie należało odpowiedzieć pozytywnie. Niewątpliwie, usługa rozpoczęta

31 marca 2018 roku a zakończona 30 września 2021 roku została zrealizowana (zakończona) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminem składania ofert, który przypadał na dzień 5 kwietnia 2024 roku.

Argumentacja Odwołującego, że powyższa usługa nie może zostać zaliczona w poczet usług na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem została zrealizowana znacznie wcześniej niż 3 lata przed terminem składania ofert, nie znajduje uzasadnienia ani w dokumentacji postępowania ani w przepisach prawa, których naruszenie Odwołujący zarzuca Zamawiającemu. Przez zrealizowanie usługi należy bowiem rozumieć jej zakończenie, które mieści się w okresie wymaganym przez Zamawiającego, a nie konieczność jej całkowitej realizacji w tym okresie.

W ocenie Izby usługa wskazana w pozycji 1 Wykazu Usług, spełnia wymóg realizacji w ciągu 3 ostatnich lat przed upływem terminu składania ofert.

W zakresie usługi wskazanej w Wykazie Usług w pozycji 2 dla Telewizji Polskiej S.A. realizowanej nadal w ramach konsorcjum: Solid Security Sp. z o.o., Solid Sp. z o.o. oraz AUTO-TREZOR OCHRONA Sp. z o.o. Sp. Odwołujący kwestionuje brak wyjaśnienia przez Zamawiającego na podstawie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp faktycznego i realnego zaangażowania trzeciego konsorcjanta: AUTO-TREZOR OCHRONA Sp. z o.o. Sp. k.

w realizację tej usługi. Nie jest bowiem wiadome, czy zakres usług wykonanych przez pozostałych konsorcjantów pozwala na przyjęcie, że nabyli oni doświadczenie w 100 %.

Ponadto, na potwierdzenie należytego wykonania tej usługi Przystępujący złożył oświadczenie własne, nie wykazując że pozyskanie dowodów bezpośrednio od odbiorcy usług (Telewizji Polskiej S.A.) jest niemożliwe.

Izba wskazuje, że wykazanie się oświadczeniem własnym jest dopuszczoną formą potwierdzenia należytego wykonania umowy, co więcej zostało ono sporządzone w okresie

3 miesięcy przed datą otwarcia ofert, zgodnie z wymogiem wskazanym w ww. Rozporządzeniu. Izba przyznaje, że Przystępujący faktycznie nie odniósł się do przyczyn, dla których nie mógł złożyć referencji lub innych poświadczeń należytego wykonania umowy,

a także nie wykazał zakresu udziału w realizacji umowy konsorcjanta AUTO-TREZOROCHRONA Sp. z o.o. Sp. k, jednakże jak wskazał Zamawiający na rozprawie oraz w piśmie procesowym, usługa do której oświadczenie się odnosiło, była nadmiarowa wobec uznania, że Przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu potwierdzony pozycjami 1 i 3 wykazu usług.

Dodać też należy, że Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący dla usługi realizowanej obecnie jest w stanie uzyskać referencje lub innego poświadczenia należytego wykonania zamówienia.

W zakresie usługi wskazanej w pozycji 3 Wykazu Usług zrealizowanej dla Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego w Poznaniu, Odwołujący nie uzasadnił na czym polega brak możliwości zaliczenia jej do usługi na potwierdzenie spełnienia warunku udziału

w postępowaniu. Usługa ta została wykonana w całości przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Podkreślenia wymaga, co istotne,

że Odwołujący nie kwestionował ani zakresu ani wartości usługi zrealizowanej przez konsorcjanta Solid Security w ramach usługi wskazanej w pozycji 1 Wykazu Usług. Zarzut taki dotyczył jedynie usługi wskazanej w pozycji 2 wykazu, którą Zamawiający uznał

za nadmiarową.

W tych okolicznościach, zarzut braku możliwości sumowania zasobów w zakresie doświadczenia należy uznać za niewykazany

Izba podkreśla, że wobec braku zarzutu co do zakresu i wartości usługi zrealizowanej przez konsorcjanta Solid Security w ramach usługi wskazanej w pozycji 1 Wykazu Usług nie mogła dokonać oceny prawidłowości czynności Zamawiającego. Zgodnie z art. 555 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

W tym też kontekście korespondencja prowadzona z Przystępującym już powyborze oferty najkorzystniejszej i zadane przez Zamawiającego pytania pozostawały poza zarzutem Odwołującego.

Reasumując powyższe, Odwołujący nie udowodnił, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego zarzut należało oddalić.

Izba nie uwzględniła również zarzutu ewentualnego dotyczącego naruszenia art. 128 ust 1 i 4 ustawy Pzp, art. 116 pkt 1 ustawy PZP w zw. z § 9 ust 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Solid do poprawienia i uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wskazanych w pkt. 7.1.2. SWZ w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, określonych w pkt 6.2.2.4.1 SWZ w zakresie braków i niezgodności oferty wylistowanych w pkt od 1 do 4 w uzasadnieniu Odwołania.

Jak wskazał Zamawiający, usługa z poz. 2 Wykazu Usług była nadmiarową w stosunku do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Warunek ten został wykazany poprzez usługi z pozycji 1 i 3 Wykazu Usług oraz załączone do nich Referencje.

Odwołujący nie udowodnił, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału

w postępowaniu, a zatem że czynności Zamawiającego zostały podjęte z naruszeniem zarzucanych przepisów. Brak jest zatem podstaw do skierowania do Przystępującego wezwania do poprawienia i uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wskazanych w pkt. 7.1.2, skoro te złożone przez Przystępującego, potwierdziły spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

W konsekwencji powyższego nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2, art. 17 ust 2 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c oraz pkt 5 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Solid, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą i podlega odrzuceniu, a przez to nierówne traktowanie wykonawców oraz brak zachowania zasady uczciwej konkurencji i przejrzystości Postępowania.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1) i 2 lit b) oraz § 8 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu

pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r.
(Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: