

**WYROK**

**z dnia 11 stycznia 2024 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 stycznia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2023 r. przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum firm: **ATOS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Ośrodek Badawczo – Rozwojowy Ochrony sp. z o.o. z/s w Łodzi** (ul. Widzewska 14 92229 Łódź) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Uniwersytet Medyczny w Łodzi** (Al. Kościuszki 4, 90419 Łódź),  
- przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: Konsorcjum firm: **Impel Security Solutions Sp. z o.o., Impel Safety Sp. z o.o., Impel Facility Services Sp. z o.o., Impel Defender Sp. z o.o., Impel Technical Security Sp. z o.o., ITM Poland S.A. Time Group Polska Sp. z o.o., Sky One Sp. z o.o. z/s we Wrocławiu** (ul. A. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław),

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum firm: **ATOS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Ośrodek Badawczo – Rozwojowy Ochrony sp. z o.o. z/s w Łodzi** (ul. Widzewska 14 92229 Łódź) i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą kwotę wpisu uiszczoną od odwołania przez odwołującego;
  - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: **Uniwersytet Medyczny w Łodzi** Al. Kościuszki 4, 90419 Łódź) kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

.....

Sygn. akt: KIO 3843/23

**Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum firm: **ATOS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Ośrodek Badawczo – Rozwojowy Ochrony sp. z o.o. z/s w Łodzi** (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Uniwersytet Medyczny w Łodzi** na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] w przedmiocie zamówienia publicznego pn. „Usługa ochrony osób i mienia w obiektach Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, (nr postępowania ZP/78/2023) Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z dnia 25/08/2023 nr 2023/S 163-511378.

Odwołujący podał, że wnosi odwołanie wobec czynności Zamawiającego, polegających na:

1. badaniu i ocenie ofert,
  1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum firm: **Impel Security Solutions Sp. z o.o., Impel Safety Sp. z o.o., Impel Facility Services Sp. z o.o., Impel Defender Sp. z o.o., Impel Technical Security Sp. z o.o., ITM Poland S.A. Time Group Polska Sp. z o.o., Sky One Sp. z o.o.**; (zwane dalej: „Wykonawcą” lub „Konsorcjum”),
  2. zaniechaniu wykluczenia z postępowania Konsorcjum i uznania jego oferty za odrzuconą.
- Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:
1. art. 16 p.z.p. poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego jest badanie faktycznego i rzeczywistego zakresu prac wykonanych przez wykonawcę w ramach konsorcjum, nawet jeśli zamawiający nie przewidział tego w dokumentach postępowania,
  2. art. 239 p.z.p. w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum, mimo

że Konsorcjum winno zostać wykluczone z postępowania, gdyż nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej oraz w wyniku zamierzonego działania lub niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu;

3.art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 226 § 1 pkt 2 lit. b p.z.p. poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia a w konsekwencji odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo, że Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w ust. 5.3.pkt 4) ppkt 1) SWZ;

4.art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b p.z.p. w zw. z art. 117 ust. 2, 3 i 4 p.z.p. oraz w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia a w konsekwencji odrzucenia oferty Konsorcjum, mimo iż wykonawca ten nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu odnoszące się do zdolności technicznej i zawodowej, o których mowa w ust. 5.3.pkt 4) ppkt 1) SWZ;

5.art. 125 ust. 1, 128 ust. 1 i 4 p.z.p. oraz art. 223 ust. 1. p.z.p. poprzez błędną ich wykładnię polegającą na przyjęciu, że Konsorcjum złożyło wystarczające oświadczenia/dokumenty oraz podmiotowe środki dowodowe pozwalające na uznanie, że Konsorcjum spełniło warunek zdolności technicznej lub zawodowej w sytuacji gdy ujawnione referencje nie wskazują na samodzielne wykonywanie umów i nie pozwalają na ustalenie zakresu doświadczenia wykonawcy.

6.art. 117 ust. 4 p.z.p. poprzez błędną jego wykładnię polegającą na przyjęciu, że Konsorcjum złożyło wystarczające oświadczenia/dokumenty oraz podmiotowe środki dowodowe pozwalające na uznanie, że konsorcjum spełniło warunek zdolności technicznej lub zawodowej w sytuacji gdy ujawnione referencje nie wskazują na samodzielne wykonywanie umów i nie pozwalają na ustalenie zakresu doświadczenia wykonawcy.

7. *Ponadto, z tzw. ostrożności procesowej podnoszę zarzut naruszenia:*

- art. 226 ust. 1 pkt 4 p.z.p. w zw. z art. 83 ust. 1 Kodeksu cywilnego i art. 22 ust. 1 pkt 4 – przez nieodrzućenie oferty konsorcjum jako prowadzącej do obejścia przepisów prawa. - art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p w zw. z art. 224 ust. 1 p.z.p - przez nieodrzućenie oferty konsorcjum z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny w zakresie ochrony obiektów „portierskich”.

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum z przyczyn wskazanych w odwołaniu;
- 2)dokonania czynności wykluczenia Konsorcjum z postępowania z przyczyn wskazanych w odwołaniu;
- 3)dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert;
- 4)dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 5)dokonania wyboru w przedmiotowym postępowaniu jako oferty najkorzystniejszej – Konsorcjum firm: „ATOS” sp. z o.o. oraz Ośrodek Badawczo – Rozwojowy Ochrona sp. z o.o.
- 6)zwrot Odwołującemu kosztów postępowania odwoławczego,

Odwolujący wskazał, że: *„Na skutek naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów pzp Odwołujący doznał uszczerbku w swoim interesie, gdyż przy prawidłowym i zgodnym z pzp postępowaniu Zamawiającego, oferta Wykonawcy nie podlegałaby ocenie, Wykonawca zostałby wykluczony z postępowania, a w konsekwencji oferta Wykonawcy zostałaby uznana za odrzućoną, co w rezultacie skutkowałoby wyborem oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, a tym samym doszłoby do udzielenia Odwołującemu zamówienia publicznego. Ponadto Odwołujący może ponieść szkodę, ponieważ jego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza, a zatem nie zawarł umowy w sprawie zamówienia publicznego. Powyższe niezbicie dowodzi naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu niniejszego zamówienia i stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie”.*

W uzasadnieniu podnoszonych zarzutów podał:

W dniu 11 grudnia 2023 r. Zamawiający opublikował na platformie zakupowej i przesłał do Odwołującego informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. Za najkorzystniejszą ofertę uznano Ofertę nr 4 złożoną przez Wykonawcę/konsorcjum firm: Lider Konsorcjum: Impel Security Solutions Sp. z o.o. 50-304 Wrocław, ul. A. Słonimskiego 1 NIP: 7010649527 Partner Konsorcjum: 1) Impel Safety Sp. z o.o. 50-304 Wrocław, ul. A. Słonimskiego 1 NIP: 8992786975 2) Impel Facility Services Sp. z o.o. 50-304 Wrocław, ul. A. Słonimskiego 1 NIP: 9542250979 3) Impel Defender Sp. z o.o. 50-304 Wrocław, ul. A. Słonimskiego 1 NIP: 8992786834 4) Impel Technical Security Sp. z o.o. 50-304 Wrocław, ul. A. Słonimskiego 1 NIP: 5631743635 5) ITM Poland S.A. 65-127 Zielona Góra, ul. Kostrzyńska 3 NIP: 9730933499 6) Tim Group Polska Sp. z o.o. 41-400 Mysłowice, PI. Wolności 2 NIP: 6412538663 7) Sky One Sp. z o.o. 41-400 Mysłowice, PI Wolności 2 NIP: 2220887785.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający błędnie ocenił, że Konsorcjum firm: Impel Security Solutions Sp. z o.o., Impel Safety Sp. z o.o., Impel Facility Services Sp. z o.o., Impel Defender Sp. z o.o., Impel Technical Security Sp. z o.o., ITM Poland S.A., Time Group Polska Sp. z o.o., Sky One Sp. z o.o. wykazało spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej tj. samodzielnego wykonania 2 usług ochrony osób i mienia (ust. 5.3 pkt 4)

ppkt 1) SWZ), podczas gdy z przedłożonych dokumentów wynika, iż nie spełnia warunku udziału w postępowaniu – stąd też konieczność wniesienia niniejszego odwołania.

Wskazał, że Zamawiający w ust. 5.3 SWZ określił warunki udziału w postępowaniu, w tym te dotyczące posiadania zdolności technicznej lub zawodowej (są kluczowe w okolicznościach niniejszej sprawy). I tak:

-w ust. 5.3 pkt 4) ppkt 1) SWZ wskazał, iż „Wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w ust. 5.2 pkt 1 lit. d) SWZ, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: co najmniej 2 usługi ochrony osób i mienia, o wartości co najmniej 5.000.000,00 zł brutto każda z usług – (wykaz usług – zał. nr 5 do SWZ) co potwierdzi przedstawiając dowody określające, czy usługi te zostały wykonane w sposób należyty. Zamawiający zastrzega, że przez jedną usługę rozumie usługę wykonaną/wykonywaną na podstawie jednej umowy trwającej minimum 12 miesięcy. W przypadku usług będących w trakcie wykonywania, wymagane dot. czasu wykonywania danej usługi, dotyczy części umowy już zrealizowanej, tj. od dnia rozpoczęcia wykonywania usługi do upływu terminu składania ofert usługa musi być wykonana przez okres co najmniej 12 miesięcy. Faktycznie zrealizowana część umowy musi także spełniać ww. wymogi co do jej minimalnej wartości”.

-z kolei w ust. 5.11 SIWZ Zamawiający doprecyzował, iż „W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub w przypadku polegania na zdolności technicznej lub zawodowej innego podmiotu, warunek, o którym mowa w ust. 5.3 pkt 4) 1. SWZ, dotyczący wykonania 2 usług zostanie spełniony wyłącznie wtedy, jeżeli co najmniej jeden z Wykonawców/podmiotów trzecich spełnia ten warunek w całości samodzielnie i wykona usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. (brak możliwości sumowania zasobów w zakresie tego doświadczenia)”.

Odnosząc się z kolei do oświadczeń i dokumentów złożonych przez wybrane konsorcjum firm wskazał, co następuje.

W pierwotnie złożonym oświadczeniu składanym przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia na podstawie art. 119 ust. 4 p.z.p. (załączonym do oferty) wyżej opisane konsorcjum firm wskazało, iż warunek określony w ust. 5.3 pkt 4) ppkt 1) SWZ spełnia w całości samodzielnie tylko Impel Facility Services Sp. z o.o. Co ważne w zakresie pozostałych członków konsorcjum tj. firm Impel Safety Sp. z o.o., Impel Defender Sp. z o.o., Time Group Polska Sp. z o.o. oraz Sky One Sp. z o.o. wskazano, iż ich rola będzie polegać na usługach wsparcia w zakresie ochrony osób i mienia.

Jednakże następnie konsorcjum - w związku z wezwaniem Zamawiającego - zmodyfikowało swoje oświadczenie i złożyło ponownie załącznik nr 7 w którym (odmiennie aniżeli w pierwotnej wersji oświadczenia) wskazało, iż warunek określony w ust. 5.3 pkt 4) ppkt 1) SWZ spełnia w całości samodzielnie każdy z 5 konsorcjantów, tj. Impel Facility Services Sp. z o.o., Impel Safety Sp. z o.o., Impel Defender Sp. z o.o., Time Group Polska Sp. z o.o. oraz Sky One Sp. z o.o. „...”, co też potwierdziło w piśmie z dnia 27 listopada 2023 r. (złożonym również na wezwanie Zamawiającego). Z kolei w załączniku nr 5 pn. Wykaz wykonanych usług (składanych już na etapie wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych) Konsorcjum firm wskazało, podmiot na rzecz którego usługa była wykonywana, opis realizowanej usługi (co ważne wszystkie pozycje obejmują ogólne wskazanie: ochrona osób i mienia), termin wykonania usługi, wskazanie który z konsorcjantów realizował daną usługę/wraz ze wskazaniem wartości zamówienia zrealizowanego przez danego konsorcjanta - na potwierdzenie czego złożył referencje.

W oparciu o przedmiotowe dokumenty Zamawiający uznał, że postawiony przez niego warunek posiadania zdolności technicznej i zawodowej został spełniony przez przedmiotowe konsorcjum firm.

W ocenie Odwołującego zgromadzone w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokumenty złożone przez Konsorcjum firm Impel Security Solutions Sp. z o.o., Impel Safety Sp. z o.o., Impel Facility Services Sp. z o.o., Impel Defender Sp. z o.o., Impel Technical Security Sp. z o.o., ITM Poland S.A., Time Group Polska Sp. z o.o., Sky On Sp. z o.o. tj. oferta, oświadczenia, referencje i złożone wyjaśnienia nie dają podstaw do przyjęcia, że co najmniej jeden z Wykonawców/podmiotów trzecich spełnia ten warunek w całości samodzielnie i wykona usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Podkreślił, że Zamawiający określił szczególny i obiektywnie uzasadniony sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu, co więcej ograniczył - w tym zakresie - łączenie zasobów na potrzeby udziału konsorcjum w tym postępowaniu. Oczywistym jest tym samym, że określony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu miał na celu ograniczenie ryzyka wyboru wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia publicznego lub w stosunku do którego, ze względu na sytuację podmiotową zachodzi prawdopodobieństwo nienależytego wykonania zamówienia. Oczywistym staje się zatem wniosek, iż w niniejszym postępowaniu Wykonawca/co najmniej jeden z Wykonawców w celu oceny spełnienia warunku w zakresie zdolności technicznej lub doświadczenia miał zatem wykazać, że:

-w całości i samodzielnie wykonał 2 usługi ochrony osób i mienia o wartości co najmniej 5.000.000,00 zł (czyli od „początku do końca”), a nie że wykonywał je w określonych częściach m.in. w zakresie zatrudnienia personelu, wsparcia

w zakresie usług ochrony, koordynacji usług ochrony;

-posiada własną wiedzę, własne doświadczenie, a realizacja prac/usług wykonana została własnymi siłami ( a nie przy użyciu podmiotów trzecich ),

-osobiste wykonanie usług przez Wykonawcę/co najmniej jednego z Wykonawców - z uwagi na użycie przez Zamawiającego sformułowania „...że przez jedną usługę rozumie usługę wykonaną/wykonywaną na podstawie jednej umowy trwającej minimum 12 miesięcy...”

W oparciu o powyższe należy wskazać, że złożony w toku postępowania przez konsorcjum firm Załącznik nr 5 (wykaz usług) nie zwiera w istocie charakterystyki zamówienia ani żadnych informacji potwierdzających jakie elementy zamówienia były wykonywane przez każdego z konsorcjantów. Wykaz opiera się wyłącznie na ogólnym sformułowaniu, że przedmiotem usługi danego konsorcjanta była „usługa ochrony osób i mienia”, więc nie można jednoznacznie stwierdzić za co odpowiedzialny był poszczególny członek konsorcjum – jakie miał zadania. Odpowiedzi na te wątpliwości nie dają także załączone referencje. Uznanie takich dokumentów przez Zamawiającego- co ważne, które dały podstawę do oceny spełnienia warunku posiadania zdolności technicznej i zawodowej przez członków konsorcjum – jest wątpliwe z uwagi choćby na złożone przez to konsorcjum pierwotne oświadczenie na podstawie art. 117 p.z.p. ( załączone do oferty), które zupełnie nie dało odpowiedzi, który z konsorcjantów jakie spełnia warunki, jaki zakres i rodzaj usług będzie przez niego wykonywany. Dziwnym trafem zostało to „naprawione” po wezwaniu Zamawiającego, jednakże Zamawiający w związku z tym winien wnikliwie zbadać czy spełniony został warunek w tym zakresie.

Odwołujący wskazał, że usługa ochrony to złożony proces, który:

-rozpoczyna się od rekrutacji i zatrudnienia odpowiednich pracowników, zgromadzenia odpowiedniego sprzętu, materiałów, umundurowania, zadbania o właściwe uprawnienia np.

częstotliwość radiowa,

-poprzez przejęcie i realizację zadań ochrony na wszystkich obiektach Zamawiającego,

-przygotowanie i kompletowanie dokumentów niezbędnych do realizacji zlecenia ( instrukcje ochrony, dokumentacja obiektowa wynikająca z przepisów prawa i przepisów wewnętrznych obowiązujących u Zamawiającego)

-poprzez stały nadzór nad realizacją zadań ochrony, czuwanie nad odpowiednim poziomem bezpieczeństwa, bieżącą obsługą kadrowo- placową, planowanie i rozliczanie czasu pracy, bieżącą współpracę z Zamawiającym.

Tym samym takie samodzielne doświadczenie w realizacji co najmniej dwóch usług (co więcej o wartości 5.000.000,00 zł brutto każda) powinien posiadać co najmniej jeden z członków konsorcjum (w tym przypadku - po modyfikacjach - zadeklarowano, że aż pięciu członków).

Doświadczenie to zasób umiejętności praktycznych, warunkujących zdolność do należytego wykonania określonych czynności (niezawodność). W odróżnieniu od wiedzy, która może być czysto teoretyczna, doświadczenie wynika zawsze z praktyki. Tym samym w ocenie Odwołującego nie można mówić o samodzielnym doświadczeniu kiedy jeden członek konsorcjum zajmował się np. obsługą kadrową, drugi bieżącą realizacją zadań, kolejny koordynacją usługi a jeszcze kolejny zabezpieczeniem finansowym usług (co widoczne jest również w planowanym podziale zadań przez w/w konsorcjum firm w tym zamówieniu). Oczywistym jest, że każdy z nich ma doświadczenie jedynie w pewnym wycinku usługi a nie samodzielne doświadczenie w kompleksowej jej realizacji. Postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania zdefiniowanej zdolności technicznej lub zawodowej miał na celu wyłonienie wykonawcy, który ze względu na posiadane doświadczenie (samodzielne wykonanie 2 usług z zakresu ochrony i mienia), będzie jednocześnie posiadał odpowiednie do skali przedsięwzięcia struktury organizacyjne, procedury wewnętrzne i wszystkie te standardy organizacyjne, które mogą samodzielnie zrealizować zamówienie. Potencjał konsorcjum powinien bowiem odpowiadać zdolności do wykonania zamówienia pojedynczego wykonawcy. Tym samym, zdolność konsorcjum do wykonania przedmiotu zamówienia z należytą starannością nie może być mniejsza, lecz porównywalna z potencjałem pojedynczego wykonawcy, który o udzielenie zamówienia ubiega się samodzielnie. Okolicznością powszechnie znaną jest startowanie w/w konsorcjum firm w składach powyżej 5 firm. Dochodzi do oczywistego „rozmycia” się obowiązków, podziału zadań poszczególnych konsorcjantów. Odwołujący ma wrażenie, że nawet sami Zamawiający nie wiedzą przy takiej liczbie konsorcjantów - jakie zadania realizują poszczególni członkowie. Jednak przy tak postawionym warunku udziału w postępowania- winno być to rzetelnie i wnikliwie zbadane przez Zamawiającego. Jeśli więc Zamawiający bada, czy wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie, to winien zbadać - czy ów wykonawca wykonał określoną czynność już w przeszłości tyle razy, by mieć pewność, że to doświadczenie już się u tego wykonawcy wykształciło. Zamawiający zaniechał takich czynności – co stoi w zupełnej sprzeczności z postawionym przez niego warunkiem.

W tym miejscu Odwołujący musi powołać się wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-387/14, dotyczący art. 48 ust. 3 Dyrektywy nr 2004/18/WE, z którego wynikają następujące tezy:

62)(...) , *gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie*

*działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego.*

*63)(...) , wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców.*

*64)Wynika z tego, że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału.*

W tym miejscu - w świetle powyższego - warto wskazać, że z przedłożonych 10 referencji wyłącznie referencje wystawione przez Uniwersytecki Szpital Kliniczny we Wrocławiu w dniu 5 września 2023 r. dla firmy Sky One Sp. z o.o. to referencje potwierdzające samodzielne (w powyższym rozumieniu) wykonanie usług ochrony osób i mienia o wartości co najmniej 5.000.000 zł. 8 referencji potwierdza wykonanie przez poszczególnych członków ww. konsorcjum usług ochrony osób i mienia realizowanych w ramach różnorodnej konfiguracji konsorcjów. Z referencji nie wynika jednak (co już poodnoszono) jakie zadania i o jakiej wartości wykonali poszczególni członkowie konsorcjów. Zatem oświadczenie złożone przez ww. konsorcjum w załączniku nr 5 do SWZ tj. Wykaz zrealizowanych usług i wpisane w nim wartości brutto usług zostało dowolnie określone przez konsorcjum bez jakiegokolwiek udokumentowania jaką część zadania i o jakiej wartości wykonali poszczególni członkowie danego konsorcjum.

Na marginesie warto wskazać również na pewne „niedbalstwo” w zakresie sporządzonych wykazów (Odwołujący nie chce tu ferować radykalnego zarzutu świadomego działania w tym zakresie) i przedłożonych referencji. Wątpliwości Odwołującego budzi bowiem rzetelność ww. Konsorcjum w zakresie złożonych referencji wystawionych przez:

-Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział w Czeladzi Centralny Zakład Odwadniania Kopalń dnia 29.04.2021 r. - bowiem referencje zostały wystawione dla Time Security sp. z o.o., a z dokumentów postępowania prowadzonego przez w/w Spółkę wynika, że usługa była realizowana przez Konsorcjum firm Time Security sp. z o.o. i Sky One sp. z o.o.,

-jak również referencje wystawione w dniu 16 sierpnia 2023 r. przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych II Oddział w Warszawie, które potwierdzają, że usługę realizowało konsorcjum firm: Time Security Sp. z o.o. oraz Sky ONE Sp. z o.o. Wskazana w referencjach wartość umowy to 5.259.476,81 zł. W załączniku nr 5 do SWZ usługa ta praktycznie w całości (w kwocie powyżej 5.000.000 zł) została przypisana firmie Time Security Sp. z o.o. w takim razie jaką część usługi wykonała firma Sky ONE Sp. z o.o.? Wykonawca bez jakiegokolwiek dodatkowego wskazania przypisuje wykonanie praktycznie całości usługi firmie Time Security Sp. z o.o. - na jakiej podstawie tego już nie wyjaśnił, ale też Zamawiający tego nie zweryfikował. Należy zatem postawić pytanie czy przy pozostałych referencjach ww. również nie przyjmuje powyższej praktyki – bowiem zakres i wartość usług zrealizowanych przez poszczególnych członków, które wskazane zostały w załączniku nr 5 do SWZ zostały dowolnie określone przez ww. konsorcjum i jak wynika z dokumentów postępowania nie zostały zbadane przez Zamawiającego.

- ponadto referencje wystawione w dniu 16 sierpnia 2013 r przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych II Oddział w Warszawie, które w załączniku nr 5 zostały ujęte w poz. 9 na potwierdzenie doświadczenia firmy Time Group Polska sp. z o.o. (członka Konsorcjum) de facto zostały wystawione na firmę Time Security sp. z o.o. - a nie na Time Group Polska. Co prawda do postępowania została załączona informacja, iż na podstawie art.529 par.1 ustawy Kodeksu spółek handlowych w dniu 31.07.2023 r. nastąpił podział Time Security sp. z o.o., jednak referencje zostały wystawione po dniu podziału winny być zatem wystawione już na podmiot przejmujący. W tym miejscu należy również odnieść, iż umowa, której realizację potwierdzają omawiane powyżej referencje nie znalazła się w zestawieniu umów ujętych w planie podziału ( jako przekazanych ) Time Group Polska. Informacje te są dostępne na stronie internetowej Time Group Polska sp. z o. o.

Wskazanie zatem w oświadczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się w punkcie 3 ( zmodyfikowany załącznik nr 7 ) pięciu podmiotów byłoby możliwe wyłącznie w sytuacji gdyby każdy z tych pięciu podmiotów legitymował się doświadczeniem w postaci wymaganych 2 usług. Konsorcjum co prawda wskazuje, że tak jest, ale trzeba zauważyć, że niektórzy wykonawcy powołują się na doświadczenie zdobyte w konsorcjach. Należy podkreślić, iż doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum dotyczy prac rzeczywiście wykonanych przez konsorcjanta – wyrok KIO z 12 września 2019 r., sygn. akt KIO 1671/19: „Zatem można oczywiście polegać na doświadczeniu uzyskanym w ramach umowy wykonanej w ramach konsorcjum, ale tylko w zakresie, w jakim wykonawca prace rzeczywiście wykonywał. Tytułem zobrazowania wskazuję, że w sytuacji, gdy przykładowo przedmiotem zamówienia były roboty instalacyjne sanitarne i elektryczne, a wykonywali je dwaj wykonawcy w ramach konsorcjum - jeden wykonawca prace sanitarne, a drugi elektryczne, to mogą się powoływać na nabyte doświadczenie, ale tylko dla robót, które były wykonywane przez danego wykonawcę: wykonawca prac instalacyjnych sanitarnych nie może się powoływać na doświadczenie, uzyskane w wyniku wspólnej realizacji umowy, w zakresie prac elektrycznych.” Jest to o tyle ważne, że w złożonych referencjach nie ma zakresów usług poszczególnych konsorcjantów. Ponadto (co najważniejsze) obowiązkiem Zamawiającego jest badanie faktycznego i rzeczywistego zakresu prac wykonanych przez wykonawcę w ramach konsorcjum, nawet jeśli

zamawiający nie przewidział tego w dokumentach postępowania – wyrok KIO z dnia 19 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1266/19: „*Biorąc pod uwagę przedstawione powyżej stanowisko Izby, oparte o tezy orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 Sygn. akt C387/14 ws. Esaprojekt, Izba za chybioną argumentację Zamawiającego, który twierdził, że skoro nie zawarł w treści SIWZ wymogów w zakresie badania doświadczenia nabytego przez wykonawcę przy realizacji określonego zadania w ramach tzw. "konsorcjum firm", to wówczas wykonawca może powoływać się na całość doświadczenia nabytego w ramach tego zadania. Tym samym Izba stwierdziła, że Zamawiający nie był uprawniony do stwierdzenia, że wykonawca E., który występuje samodzielnie w tym postępowaniu, legitymuje się wymaganiem przez Zamawiającego doświadczeniem skoro brak jest informacji jaki był udział Przystępującego w realizacji zadania wskazanego w pkt. 1 wykazu.*” Przyjmuje się zatem, że nawet gdyby uznać że w przypadku gdy kilku wykonawców występowało w konsorcjum, to mogą powoływać się na zdobyte tam doświadczenie (bez wskazywania kto co robił), ale tylko wtedy gdy występuje ono ponownie w takim samym składzie konsorcjum, przy czym warto zauważyć, że taka sytuacja stoi w sprzeczności z warunkiem postawionym przez Zamawiającego - nadal nie wiadomo w jakim zakresie, który podmiot świadczył usługi, a w SWZ wyraźnie wskazano, że wykonawca ma spełniać warunek samodzielnie. Warto tu wskazać na przykład Impel Defender, który powołuje się na usługę ochrony w Muzeum Śląskim w Katowicach, ale doświadczenie zdobył w konsorcjum z wykonawcą Gwarant Agencja Ochrony, który nie wchodzi w skład konsorcjum wnoszącego ofertę. Podobnie usługa w 43 WOG – powołuje się na nią a wykonywał ją w konsorcjum z Impel Monitoring – te spółki nie są wykonawcami w konsorcjum, które składa obecnie ofertę.

W świetle powyższego - w ocenie Odwołującego - podanie samej wartości zrealizowanej usługi (załącznik nr 5 - wykaz usług) przez danego konsorcjanta w ramach danego zamówienia, bez wskazania charakterystyki zamówienia ani żadnych informacji potwierdzających jakie elementy zamówienia były wykonywane przez każdego z konsorcjantów (przypomnę ogólne wskazanie - usługi ochrony osób i mienia) - nie można uznać, za wykazanie że dany konsorcjant spełnia postawiony warunek (zdolności technicznej i zawodowej) samodzielnej realizacji co najmniej 2 usług ochrony osób i mienia, o wartości co najmniej 5.000.000,00 zł brutto każda z usług. Tym samym Zamawiający naruszył obowiązek zbadania faktycznego i rzeczywistego zakresu prac wykonanych przez wykonawcę w ramach konsorcjum, nawet jeśli zamawiający nie przewidział tego w dokumentach postępowania.

Dodatkowo z tak zwanej ostrożności procesowej - w związku z wyjątkowo licznym składem w/w konsorcjum, a także treścią złożonych dokumentów rodzą się pytania o cel takiego sposobu realizacji przedmiotu zamówienia i jego zgodność z obowiązującym prawem. Zwłaszcza gdy w świetle złożonych (abstrahując od ich treści) oświadczeń wynika że aż 5 członków konsorcjum spełnia wymóg zdolności technicznej lub zawodowej. Oczywistym jest, że istotą konsorcjum jest osiągnięcie wspólnego celu gospodarczego polegającego na ubieganiu się o uzyskanie zamówienia publicznego, a w przypadku wyboru oferty konsorcjum na wspólnej realizacji umowy z zamawiającym. Jednakże w wyroku z 29 kwietnia 2014 r. Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, że umowa konsorcjum zawarta dla pozoru jest nieważna, a tym samym oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego podlega odrzuceniu (sygn. akt KIO 732/14). Rozstrzygnięcie co prawda oparto na innym stanie faktycznym, jednakże uzasadnienie prawne rozstrzygnięcia w ocenie Odwołującego winno znaleźć zastosowanie w niniejszej sprawie. *W przytaczanym casusie wyłącznym zadaniem jednego z członków konsorcjum ubiegających się o wspólną realizację zamówienia miało być nadzorowanie pod względem finansowym wykonania umowy zawartej z zamawiającym, natomiast realizację zamówienia powierzono drugiemu konsorcjantowi. Zamawiający jednak odrzucił ofertę tych wykonawców wskazując na jej nieważność na podstawie art. 83 § 1 Kodeksu cywilnego, w myśl którego nieważne jest oświadczenie woli złożone drugiej stronie za jej zgodą dla pozoru.* Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła stanowisko zamawiającego i przyjęła, że rzeczywistym celem zawiązania konsorcjum było ukrycie czynności polegającej na zmianie wierzyciela - co oznacza, że ustalony przez konsorcjantów podział zadań zmierzał do obejścia przepisów prawa. Przypominamy, iż pierwotnie złożony przez ww. Konsorcjum Załącznik nr 7 (załączonym do oferty) nie dał jakiegokolwiek jednoznacznej odpowiedzi, który z konsorcjantów jakie spełniał warunku udziału ale co ważne jaki zakres i rodzaj usług miał być przez niego wykonywany. Z pierwotnie złożonego Załącznika nr 7 do SWZ wynikało, że:

- warunek dotyczący uprawnień (posiadanie koncesji) spełnia 8 członków konsorcjum – brak było jednak wskazania zakresu i rodzaju usług wykonywanych przez członków konsorcjum, - warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej (posiadanie OC) spełnia Impel Security Solution sp.z o.o. – znów brak było wskazania zakresu i rodzaju usług wykonywanych przez członka konsorcjum,
- warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej (wykonanie 2 usług pkt 5.3. pkt 4 ppkt 1 SWZ) - w tabeli wskazano 4 grupy podmiotów. W pierwszym wierszu tabeli wskazano, iż Impel Facility Services sp. z o.o. – posiada usługi odpowiadające warunkowi udziału (rozdziału V ust. 3.4.1. SWZ) tj. usługa ochrony osób i mienia. Jednak jaki miał być zakres i rodzaj usług, które miał realizować – nie było wiadomo. Dodatkowo w wierszu 2 tabeli wskazano 5 podmiotów które według oświadczenia miały świadczyć usługę „...wsparcia w zakresie ochrony osób i mienia...” - pytanie kto miał realizować usługę skoro te podmioty miały być tylko od wsparcia (na czym to wsparcie miało

polegać???). W tym oświadczeniu brak jakiegokolwiek potwierdzenia spełnienia warunku postawionych przez Zamawiającego,

-warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej (dysponowanie narzędziami, wyposażeniem zakładu lub urządzeniami technicznymi ( ust. 5.3. pkt 4 ppkt 2 SWZ) - w tym zakresie, wskazano, że w/w warunek spełnia każdy z 8 członków konsorcjum –co oznacza, iż każdy z nich deklarował posiadanie urządzeń radiowych, środków łączności, środków transportu, minimum dwóch grup interwencyjne. Brak również było wskazania zakresu i rodzaju usług wykonywanych przez członków konsorcjum.

Co prawda oświadczenie to zostało zmodyfikowane – jednakże Odwołujący ma wrażenie , że jego treść została „dostosowana” do wezwania Zamawiającego skierowanego do Wykonawcy. Tym samym w ocenie Odwołującego wątpliwa jest zatem formuła prawna tego konsorcjum. Powyższe niewątpliwie rodzi uzasadnione obawy co do faktycznego zamiaru zbudowania takiego konsorcjum, konkretnie rodzi to obawy o ewentualny zamiar obejścia prawa co powoduje konieczność bezwzględnego zweryfikowania tych okoliczności. W ocenie Odwołującego, na co zresztą zwracał uwagę Odwołujący Zamawiającemu- takie zbudowanie konsorcjum - wymagało szczegółowej analizy ze Strony Zamawiającego – jednakże Zamawiający w tym zakresie nie wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący - w związku z innymi warunkami postępowania - poddał w wątpliwość:

1.czy osoby będą zatrudnione jednocześnie w więcej niż jednej firmie w mniejszym niż pełny wymiarze godzin, w celu wykorzystania możliwości wykonywania nadgodzin bez potrzeby dodatkowego wynagrodzenia za nie? (obecnie TSUE w sprawie C-660/20 orzekł, że stan taki narusza prawo, gdyż normą czasu pracy osoby zatrudnionej na niepełny etat jest wyłącznie część pełnego etatu na jaką zawarto umowę każda godzina ponad to jest godzinami nadliczbowymi).

2.czy osoby będą zatrudnione na mniejszy wymiar czasu pracy niż pełny etat u jednego z konsorcjantów, następnie będzie z nimi rozwiązywany stosunek pracy z tym konsorcjantem, a zawierany z kolejnym i w związku z tym będzie wypłacany pracownikowi ekwiwalent za niewykorzystany urlop, ale wyłącznie zgodny z proporcją do zatrudnienia, czyli w części takiej jak etat. Co przy świadomym założeniu takich działań powoduje, że osoba wykonuje pracę w pełnym wymiarze i nie posiada prawa do wynagrodzenia z tytułu nadgodzin pomiędzy "swoją" częścią np. 1/16 etatu i dodatkowo nie wykorzystuje urlopu, ma wyłącznie wypłacony ekwiwalent za np. 1/16 pełnego wymiaru urlopu. Prowadzi to do obejścia prawa i znacznego przemęczenia pracowników.

3.czy osoby niepełnosprawne będą zatrudniane u jednego konsorcjanta zgodnie z posiadanym orzeczeniem i będzie pobierane dofinansowanie, a u drugiego jako pełnosprawne, co stanowi obejście prawa i przekroczenie ogólnych norm pracy w zakresie nadgodzin i to jeszcze wobec osób niepełnosprawnych.

4.czy osoby będą zatrudniane u jednego konsorcjanta i równolegle u drugiego konsorcjanta w celu ukrycia przekroczenie ogólnych norm pracy w zakresie dopuszczalnego limitu nadgodzin pracownika w ciągu roku?

5.czy takie rozdrobnienie konsorcjantów nie będzie wywoływało problemów z dochodzeniem roszczeń z tytułu nieprawidłowej realizacji kontraktu?

Niestety i w tym zakresie Zamawiający zaniechał swoich obowiązków w zakresie wnikliwej i rzetelnej oceny ofert.

Na koniec Odwołujący- odnosząc się do ostatniego zarzutu - chciałby zwrócić uwagę na wysokość stawek zaoferowanych w postępowaniu przez Konsorcjum firm: Impel Security Solutions Sp. z o.o., Impel Safety Sp. z o.o., Impel Facility Services Sp. z o.o., Impel Defender Sp. z o.o., Impel Technical Security Sp. z o.o., ITM Poland S.A., Tim Group Polska Sp. z o.o., Sky One Sp. z o.o..

I tak, stawka na obiektach, gdzie Zamawiający wprowadził zakaz zatrudnienia osób niepełnosprawnych wynosi 36,65 zł, stawka na obiektach, gdzie dopuszczono realizację umowy przez osoby niepełnosprawne wynosi 26,71 zł lub 26,99 zł. Różnica to kwota aż 9,66 zł. Tym samym zakładając nawet, że wszystkie osoby realizujące umowę na tych obiektach posiadałyby orzeczenie o niepełnosprawności w stopniu umiarkowanym to kwota dofinansowania wynosi 1.350,00 zł, co w przeliczeniu na 1 roboczogodzinę równa się 8,05 zł. Pozostaje więc jeszcze do wyjaśnienia różnica w wysokości 1,61 zł.

Dodatkowo należy w tym miejscu podnieść jeszcze fakt, że osoba niepełnosprawna w stopniu umiarkowanym ma prawo do urlopu dodatkowego w wymiarze 10 dni, co wpłynąć powinno w kalkulacji na wyższy wskaźnik urlopowy niż przy osobach pełnosprawnych, przez co wyższy koszt roboczogodziny. Oczywistym jest więc, że różnica w stawkach pomiędzy obiektami z koniecznością zatrudnienia pracowników pełnosprawnych i obiektami gdzie dopuszczono zatrudnienie osób niepełnosprawnych, która nie została w żaden sposób wyjaśniona jest jeszcze większa. Tym samym w ocenie Odwołującego stawka wskazana przez Konsorcjum firm na obiektach portierskich, gdzie jest zgoda na zatrudnienie osób niepełnosprawnych jest rażąco niska.

#### *Podsumowanie*

Reasumując powyższe nie może budzić żadnych wątpliwości, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dopuścił się naruszenia wskazanych na wstępie oraz wynikających z niniejszego Odwołania przepisów, które doprowadziło do niezgodnego z prawem wyboru oferty Wykonawcy.

.. **Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego** przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Konsorcjum Impel Security Solutions Sp. z o.o., Impel Safety Sp. z o.o., Impel Facility Services Sp. z o.o., Impel Defender Sp. z o.o., Impel Technical Security Sp. z o.o., ITM Poland S.A. Time Group Polska Sp. z o.o., Sky One Sp. z o.o. z/s we Wrocławiu (Przystępujący). W zgłoszonym przystąpieniu w szczególności podano: (...) *Przystępujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jest Wykonawcą, którego oferta została wybrana przez Zamawiającego jako oferta najkorzystniejsza w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Przystępujący wnosi o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.*

**Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie** w piśmie z dnia 8/01/2024 wniósł o oddalenie odwołania w całości a także o przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania. W uzasadnieniu stanowiska w szczególności podał:

(...)  
Zamawiający w treści SWZ określił warunek w następujący sposób:

„4) Wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w ust. 5.2 pkt 1 lit. d) SWZ, jeżeli Wykonawca wykaże, że:

1) wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

co najmniej 2 usługi ochrony osób i mienia, o wartości co najmniej

5.000.000,00 zł brutto każda z usług – (wykaz usług – zał. nr 5 do SWZ)

co potwierdzi przedstawiając dowody określające, czy usługi te zostały wykonane w sposób należyty:

Zamawiający zastrzega, że przez jedną usługę rozumie wykonaną/wykonywaną na podstawie jednej umowy trwającej minimum 12 miesięcy. W przypadku usług będących w trakcie wykonywania, wymagania dot. czasu wykonywania danej usługi, dotyczy części umowy już zrealizowanej, tj. od dnia rozpoczęcia wykonywania usługi do upływu terminu składania ofert usługa musi być wykonana przez okres co najmniej 12 miesięcy. Faktycznie zrealizowana część umowy musi także spełniać ww. wymogi co do jej minimalnej wartości.”

„5.11 W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub w przypadku polegania na zdolności technicznej lub zawodowej innego podmiotu, warunek, o którym mowa w ust. 5.3 pkt 4) 1. SWZ, dotyczący wykonania 2 usług zostanie spełniony wyłącznie wtedy, jeżeli co najmniej jeden z Wykonawców/podmiotów trzecich spełnia ten warunek w całości samodzielnie i wykona usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (brak możliwości sumowania zasobów w zakresie tego doświadczenia).”

Przystępujący w pkt 3 Oświadczenia składanego na podstawie art. 117 ust. 4 pzp (zał. nr 7 do SWZ) – Oświadczenie złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 3 listopada 2023 r. - wskazał, że w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej (ust. 5.3 pkt 4 ppkt 1) SWZ) usługi odpowiadające temu warunkowi będą realizowane przez następujące podmioty: Impel Facility Services sp. z o.o., Impel Safety sp. z o.o., Impel Defender sp. z o.o., Time Group Polska sp. z o.o. i Sky One sp. z o.o.

Zauważył, że Odwołujący nie stawia żadnego zarzutu wobec działań Zamawiającego podejmowanych w stosunku do oświadczenia składanego przez wykonawców na podstawie art. 117 ust. 4 pzp. W uzasadnieniu odwołania pojawia się jedynie sformułowanie o „naprawieniu” oświadczenia w wyniku wezwania Zamawiającego. Sformułowanie to jest nietrafione z tego względu, że oświadczenie składane na podstawie art. 117 ust. 4 pzp jest podmiotowym środkiem dowodowym i tym samym może podlegać uzupełnieniu jak i wyjaśnieniu. Zwróciła na to uwagę Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku (...) sygn. akt KIO 2925/22: *Oświadczenie z art. 117 ust. 4 Prawa zamówień publicznych jest podmiotowym środkiem dowodowym, wymaganym do złożenia wraz z ofertą. O takim charakterze świadczy choćby to, że ww. przepis odwołuje się do art. 117 ust. 2 i ust. 3 tej ustawy, które określają sposób spełniania warunków przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Oświadczenie to nie stanowi zatem treści oferty sensu stricto. Celem jego złożenia jest bowiem wykazanie warunku udziału w postępowaniu, a więc odnosi się ono do kwalifikacji podmiotowej. Konsekwencją takiego charakteru tego oświadczenia jest to, że podlega ono procedurze z art. 128 ust. 1 ww. ustawy.*

Po złożeniu przez Przystępującego podmiotowych środków dowodowych Zamawiający przystąpił do ich badania. Zauważyć w tym miejscu należy, że Zamawiający dokonując czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia musi działać w granicach obowiązującego prawa i zgodnie z wymogami SWZ. Po analizie dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do zdolności technicznej i zawodowej, o którym mowa w ust. 5.3 pkt 4 ppkt 1) SWZ tj. po analizie wykazu usług wraz z referencjami, Zamawiający dokonał oceny, że w/w warunek udziału spełnia jeden z członków konsorcjum – Sky One sp. z o.o. Mając na uwadze to, że:

a) Zamawiający wymagał, aby przedmiotowy warunek spełniał samodzielnie co najmniej jeden z podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – spełnienie warunku wykazał Sky One sp. z o.o.;

b) zgodnie z oświadczeniem składanym na podstawie art. 117 ust. 4 pzp – Sky One sp. z o.o. będzie uczestniczyła w realizacji usług w zakresie odnoszącym się do przedmiotowego warunku;

Zamawiający uznając, iż w/w warunek został spełniony nie miał podstaw do dalszego badania spełnienia w/w warunku udziału przez inne podmioty, wchodzące w skład konsorcjum.

Zamawiający wskazuje, że rodzaje podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich mogą żądać zamawiający od wykonawców, okres ich ważności oraz formy, w jakich mogą być one składane zostały określone w wydanym na podstawie art. 128 ust. 6 pzp rozporządzeniu 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.

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 w/w rozporządzenia w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający może żądać (i w tym postępowaniu zażądał) wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Przepis § 9 ust. 3 w/w rozporządzenia wymaga, aby w przypadku, kiedy wykonawca samodzielnie powołuje się na doświadczenie w wykonaniu zadania referencyjnego wykonywanego wspólnie z innymi wykonawcami, składany wykaz usług dotyczył tych, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył, a w przypadku usług o charakterze powtarzającym się lub ciągłym – w których bezpośrednio uczestniczył.

Wymóg bezpośredniego uczestniczenia w wykonaniu zadania referencyjnego, w rozumieniu obecnie obowiązującego § 9 ust. 3 w/w rozporządzenia, nie oznacza jednak obowiązku bezpośredniego wykonania całego zakresu prac, a jedynie obowiązek bezpośredniego uczestniczenia w ich wykonaniu lub wykonywaniu.

Nadto podnieść należy – jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku (...) sygn. akt KIO 3748/21, KIO 3758/21 – składany przez wykonawcę wykaz robót, dostaw czy też usług jest na gruncie obowiązujących przepisów jedynym podmiotowym środkiem dowodowym, potwierdzającym okoliczność bezpośredniego uczestnictwa wykonawcy w wykonaniu referencyjnych prac. Zatem z założenia ustawodawcy okoliczność ta badana jest na podstawie oświadczenia wykonawcy. Zamawiający nie ma tym samym podstaw do kwestionowania złożonego w wykazie oświadczenia wykonawcy i wzywania go dodatkowo do złożenia wyjaśnień lub wykazania dokumentami zakresu jego udziału w wykonaniu zadania referencyjnego.

Referencje (poświadczenia) wystawiane przed podmioty, na rzecz których były realizowane zamówienia, niekonieczne na potrzeby prowadzonego postępowania, można w ramach opisu sposobu oceny spełnienia warunku wymagać tylko i aż, aby potwierdzały, że zamówienia wyszczególnione w wykazie zostały należycie wykonane lub są należycie wykonywane (tak Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w zachowującym nadal aktualność wyroku (...) sygn. akt KIO 2729/15).

Nadto zauważyć należy, że referencje są redagowane przez wystawiające je podmioty, a wykonawca nie ma wpływu na treść tych dokumentów. W przedłożonych przez Przystępującego Wykazie usług wskazano, jak następuje:

a) w wierszu oznaczonym Lp. 7

*Podmiot, na rzecz którego usługa została wykonana – Spółka Restrukturyzacji Kopalń Oddział w Dąbrowie Górniczej*

*Opis wykonanej usługi – Ochrona fizyczna osób i mienia (zakres odpowiadający opisowi usługi w ust. 5.3 pkt 4 ppkt 1 SWZ)*

*Termin wykonania usługi – Od 01.03.2019 do 31.03.2021 (usługa wykonywana przez min. 12 miesięcy i w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert) Wartość brutto usługi – Usługa wykonana przez Sky One sp. z o.o. w kwocie powyżej 5.000.000,00 zł (wartość usługi odpowiadająca wartości wymaganej przez Zamawiającego)*

Referencje wystawione przez Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział w Dąbrowie Górniczej potwierdzające należyte wykonanie w/w usługi przez konsorcjum firm Time Security sp. z o.o. i Sky One sp. z o.o.

b) w wierszu oznaczonym Lp. 8

*Podmiot, na rzecz którego usługa została wykonana – Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Jana Mikulicza – Radeckiego we Wrocławiu*

*Opis wykonanej usługi – Ochrona fizyczna osób i mienia (zakres odpowiadający opisowi usługi w ust. 5.3 pkt 4 ppkt 1 SWZ)*

*Termin wykonania usługi – Od 01.10.2021 do dnia dzisiejszego (usługa wykonywana przez min. 12 miesięcy i w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert)*

*Wartość brutto usługi – Usługa wykonana przez Sky One sp. z o.o. w kwocie powyżej 8.000.000,00 zł (wartość usługi odpowiadająca wartości wymaganej przez Zamawiającego)*

Referencje wystawione przez Uniwersytecki Szpital Kliniczny we Wrocławiu potwierdzające należyłą realizację w/w usługi przez firmę Sky One sp. z o.o.

Wobec powyższego Zamawiający wskazuje, że Wykaz usług, będący w aktualnym stanie prawnym jedynym podmiotowym środkiem dowodowym, potwierdzającym okoliczność bezpośredniego uczestnictwa Wykonawcy w

wykonaniu referencyjnych prac (w przypadku powoływania się na prace wykonywane w ramach konsorcjum) w sposób jednoznaczny wskazuje na spełnienie warunku udziału samodzielnie przez jednego z członków konsorcjum – Sky One sp. z o.o., a złożone referencje zgodnie z charakterem tych dokumentów potwierdzają należyte wykonanie usług. Zamawiający wskazuje ponadto, że żadnej z w/w referencji Odwołujący w treści swojego odwołania nie kwestionuje. Wobec powyższego Zamawiający ponownie wskazuje, że wszelkie dokonane przez niego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czynności, w tym czynności w zakresie badania spełnienia przez Przystępującego warunku udziału odnoszącego się do zdolności technicznej lub zawodowej, zostały przeprowadzone w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami prawa, w konsekwencji czego podniesione przez Odwołującego zarzuty nie mogą zasługiwać na uwzględnienie.

Ad. zarzut obejścia przez ofertę Przystępującego przepisów prawa

Zarzut ten pozostaje całkowicie nieudowodniony, bowiem opiera się na niczym niepopartych hipotezach Odwołującego. Dodatkowo zauważyć należy, że zarzut ten w istocie pozostaje niezrozumiały. Odwołujący zdaje się chyba oczekiwać od Zamawiającego, że ten – nie posiadając do tego jakiegokolwiek podstawy prawnej – ma prawo ingerować w takie zagadnienia jak liczebność podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i ich wewnętrzne kwestie organizacyjne. Zamawiający wskazuje, że zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa podmioty mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia wspólnie i to bez względu na łączną liczbę takich podmiotów. Nadto zauważyć należy, że złożone na podstawie art. 117 ust. 4 pzp oświadczenie Przystępującego wskazuje rozkład zadań uczestników konsorcjum. Przedmiotowy zarzut Odwołującego – w ocenie Zamawiającego – również nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Ad. zarzut zaferowania przez Przystępującego rażąco niskiej ceny w zakresie ochrony obiektów „portierskich”

Odwołujący w zakresie przedmiotowego zarzutu odnosi się do jednego z elementów składowych ceny tj. stawki za ochronę tzw. obiektów portierskich. W ocenie Zamawiającego Odwołujący w żaden sposób nie wykazuje jednak, aby w odniesieniu do tego elementu ceny zachodziły jakiegokolwiek przesłanki do uznania go za rażąco niski w stosunku do przedmiotu zamówienia.

**Przystępujący** w piśmie procesowym z dnia 5/01/24 w odniesieniu do podnoszonych w odwołaniu zarzutów podał w szczególności:

Zarzut nr 1.

(....)

W ocenie Przystępującego Zamawiający w żaden sposób nie naruszył art. 16 ust. 1-3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (...), gdyż Zamawiający prawidłowo dokonał oceny wszystkich ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający rzetelnie przeprowadził procedurę przetargową, stosując do wszystkich uczestników postępowania jednakową miarę i jednakowo traktując wszystkich uczestników postępowania, którzy znajdują się w identycznej sytuacji. W świetle powyższego podniesiony przez Odwołującego zarzut naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności przy ocenie ofert nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut nr 2 -5.

(...)

Przystępujący stwierdza, że spełnia warunek udziału, o którym mowa w ust. 5.3 pkt 4) ppkt 1) SWZ. Okoliczność, że Przystępujący najpierw wskazał tylko Impel Facility Services Sp. z o.o., a następnie wskazał, że spełnia w całości samodzielnie każdy z 5 konsorcjantów, tj. Impel Facility Services Sp. z o.o., Impel Safety Sp. z o.o., Impel Defender Sp. z o.o., Time Group Polska Sp. z o.o. oraz Sky One Sp. z o.o....” (por. pismo z dnia 27 listopada 2023 r.), nie wywołuje żadnych negatywnych skutków w zakresie oceny oferty Przystępującego, w szczególności w zakresie twierdzenia Odwołującego, że treść Załącznika nr 7 i Załącznika nr 5 „nie dają podstaw do przyjęcia, że co najmniej jeden z Wykonawców/podmiotów trzecich spełnia ten warunek w całości samodzielnie i wykona usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane”. Wbrew stanowisku Odwołującego Załącznik nr 5 „wykaz usług” precyzyjnie określa przedmiot konkretnej usługi oraz zakres odpowiedzialności danego konsorcjanta.

Za całkowicie niezrozumiałe uznać należy zaskoczenie Odwołującego, że samodzielne doświadczenie w realizacji co najmniej dwóch usług (co więcej o wartości 5.000.000,00 zł brutto każda) zadeklarowano, że aż pięciu członków.

Odwołujący stwierdza, że o samodzielnym doświadczeniu nie można mówić, kiedy jeden członek konsorcjum zajmował się np. obsługą kadrową, drugi bieżącą realizacją zadań, kolejny koordynacją usługi a jeszcze kolejny zabezpieczeniem finansowym usług (co według Odwołującego widoczne jest również w planowanym podziale zadań przez w/w konsorcjum firm w tym zamówieniu). Takie stanowisko Odwołującego stanowi wyłącznie jego opinię w sprawie, która nie została poparta żadnymi formalnymi dowodami w sprawie, co w istocie niweczy skuteczność takiego zarzutu.

Odwołujący wskazuje, że z przedłożonych 10 usług Przystępującego wyłącznie referencje wystawione przez Uniwersytecki Szpital Kliniczny we Wrocławiu w dniu 5 września 2023 r. dla firmy Sky One Sp. z o.o. to referencje potwierdzające samodzielne ( w powyższym rozumieniu) wykonanie usług ochrony osób i mienia o wartości co najmniej 5.000.000 zł.

Według Odwołującego 8 usług potwierdza wykonanie przez poszczególnych członków ww. konsorcjum usług ochrony osób i mienia realizowanych w ramach różnorodnej konfiguracji konsorcjów. Odwołujący zarzuca, że z tych usług nie wynika jednak jakie zadania i o jakiej wartości wykonali poszczególni członkowie konsorcjów. Według Odwołującego oświadczenie złożone przez ww. konsorcjum w załączniku nr 5 do SWZ tj. Wykaz zrealizowanych usług i wpisane w nim wartości brutto usług zostało dowolnie określone przez konsorcjum bez jakiegokolwiek udokumentowania jaką część zadania i o jakiej wartości wykonali poszczególni członkowie danego konsorcjum.

Wbrew stanowisku Odwołującego Załącznik nr 5 „wykaz usług” precyzyjnie określa przedmiot konkretnej usługi oraz zakres usługi zrealizowanej przez danego konsorcjanta.

Odwołujący kwestionuje usługę zrealizowaną na rzecz Zamawiającego: Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział w Czeladzi Centralny Zakład Odwadniania Kopalń z dnia 29.04.2021 r. - bowiem referencje zostały wystawione dla Time Security sp. z o.o. a z dokumentów postępowania prowadzonego przez w/w Spółkę wynika, że usługa była realizowana przez Konsorcjum firm Time Security sp. z o.o. i Sky One sp. z o.o.

Przystępujący stwierdza, że zarzut Odwołującego jest chybiony. Odwołujący pomija okoliczność, że listy referencyjne stanowią wyłącznie dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usługi. Wykonawca nie ma wpływu na treść takiego pisma, gdyż to wystawca dokumentu (Zamawiający) dokonuje samodzielnej redakcji formy i treści takiego dokumentu. W rezultacie zamieszczenie przez Zamawiającego w treści referencji informacji o jednym Wykonawcy nie wywołuje żadnych negatywnych skutków prawnych dla takiej referencji.

Odwołujący kwestionuje również referencje wystawione w dniu 16 sierpnia 2023 r. przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych II Oddział w Warszawie, które potwierdzają, że usługę realizowało konsorcjum firm: Time Security Sp. z o.o. oraz Sky ONE Sp. z o.o. Wskazana w referencjach wartość umowy to 5.259.476,81 zł. W załączniku nr 5 do SWZ usługa ta praktycznie w całości (w kwocie powyżej 5.000.000 zł) została przypisana firmie Time Security Sp. z o.o. w takim razie jaką część usługi wykonała firma Sky ONE Sp. z o.o.?

Odwołujący zarzuca, że Przystępujący bez jakiegokolwiek dodatkowego wskazania przypisuje wykonanie praktycznie całości usługi firmie Time Security Sp. z o.o. - na jakiej podstawie tego już nie wyjaśnił, ale też Zamawiający tego nie zweryfikował.

Przystępujący w tym miejscu potwierdza prawidłowość podziału kwotowego wykonanej usługi między konsorcjantami. Odwołujący nie przedstawia żadnych formalnych dowodów na poparcie swojego zarzutu.

Odwołujący zarzuca, że referencje wystawione w dniu 16 sierpnia 2013 r. przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych II Oddział w Warszawie, które w załączniku nr 5 zostały ujęte w poz. 9 na potwierdzenie doświadczenia firmy Time Group Polska sp. z o.o. (członka Konsorcjum) de facto zostały wystawione na firmę Time Security sp. z o.o. - a nie na Time Group Polska. Co prawda do postępowania została załączona informacja, iż na podstawie art.529 par.1 ustawy Kodeksu spółek handlowych w dniu 31.07.2023 r. nastąpił podział Time Security sp. z o.o., jednak referencje zostały wystawione po dniu podziału winny być zatem wystawione już na podmiot przejmujący. W tym miejscu należy również odnieść, iż umowa, której realizację potwierdzają omawiane powyżej referencje nie znalazła się w zestawieniu umów ujętych w planie podziału ( jako przekazanych ) Time Group Polska. Informacje te są dostępne na stronie internetowej Time Group Polska sp. z o. o.

Przystępujący oświadcza, że zarzut jest chybiony. Przystępujący wyjaśnia, że w dniu 31 lipca 2023 r. na podstawie art. 529 § 1 pkt 4 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych doszło do podziału Spółki dzielonej Time Security Sp. z o.o., wskutek którego część majątku Spółki dzielonej stanowiąca zorganizowaną część przedsiębiorstwa przeniesiona została do Spółki przejmującej Time Group Polska Sp. z o.o. (podział przez wydzielenie). Głównym przedmiotem działalności przeniesionej do spółki przejmującej zorganizowanej części przedsiębiorstwa jest świadczenie usług ochrony. Zawarta w dniu 24 lipca 2020 r. pomiędzy Spółką dzieloną a Zakładem Ubezpieczeń Społecznych, II Oddział w Warszawie umowa nr 1076528 o ochronę mienia nie została omyłkowo uwzględniona w zestawieniu nr 1 do załącznika nr 4 do planu podziału - umowy o ochronę osób i mienia. Jednocześnie wystawione przez zamawiającego w dniu 6 lipca 2022 r. referencje potwierdzające należyte wykonanie umowy nr 1076528 z dnia 24 lipca 2020 r., pozostające w ścisłym związku z tą umową, zostały uwzględnione w zestawieniu nr 9 do załącznika nr 4 do planu podziału – wartości niematerialne i prawne. W związku powyższym zaistniała wątpliwość, czy doszło do przeniesienia na spółkę przejmującą umowy nr 1076528 z dnia 24 lipca 2020 r. Zgodnie z ust. 8 pkt 1 planu podziału, przewidującym, w razie wątpliwości, czy dany składnik majątku przeszedł w związku z podziałem na Spółkę przejmującą, zawarcie pisemnego porozumienia potwierdzającego przejście danego składnika majątku na Spółkę przejmującą, Spółka dzielona wraz ze Spółką przejmującą zawarły w dniu 17 sierpnia 2023 roku pisemne porozumienie potwierdzające przejście umowy nr 1076528 z dnia 24 lipca 2020 r. na Spółkę przejmującą oraz związanych z nią wartości niematerialnych i prawnych.

Dowód: załącznik - Porozumienie

Reasumując Odwołujący zakłada, że wskazanie w oświadczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się w punkcie 3 (zmodyfikowany załącznik nr 7) pięciu podmiotów byłoby możliwe wyłącznie w sytuacji gdyby każdy z tych pięciu

podmiotów legitymował się doświadczeniem w postaci wymaganych 2 usług. Konsorcjum co prawda wskazuje, że tak jest, ale trzeba zauważyć, że niektórzy wykonawcy powołują się na doświadczenie zdobyte w konsorcjach. Przystępujący zauważa, że ponownie Odwołujący opiera swoje stanowisko wyłącznie na własnych hipotezach i przypuszczeniach. Odwołujący nie przedstawia żadnych formalnych dowodów dla potwierdzenia takich zarzutów.

Zarzut nr 6.

6. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 117 ust. 4 p.z.p. poprzez błędną jego wykładnię polegającą na przyjęciu, że konsorcjum Impel Security Solutions Sp. z o.o., Impel Safety Sp. z o.o., Impel Facility Services Sp. z o.o., Impel Defender Sp. z o.o., Impel Technical Security Sp. z o.o., ITM Poland S.A., Time Group Polska Sp. z o.o., Sky On Sp. z o.o. złożyło wystarczające oświadczenia/dokumenty oraz podmiotowe środki dowodowe pozwalające na uznanie, że konsorcjum spełniło warunek zdolności technicznej lub zawodowej w sytuacji gdy ujawnione referencje nie wskazują na samodzielne wykonywanie umów i nie pozwalają na ustalenie zakresu doświadczenia wykonawcy.

W ocenie Przystępującego przedłożone przez Przystępującego w Załączniku nr 7 oświadczenie art. 117 ust. 4 ustawy prawo zamówień publicznych spełnia normę wyrażoną w art. 117 ust. 3 i ust. 4 ustawy prawo zamówień publicznych. Z treści przedstawionego oświadczenia w sposób nie budzący wątpliwości wynika podział wykonywanej usługi pomiędzy wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Treść oświadczenia umożliwia w pełni zbadanie przez Zamawiającego okoliczności wymienionych w art. 117 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych, tj. tego czy Konsorcjum faktycznie polega na doświadczeniu tych z Konsorcjantów, którzy zostali skierowani do realizacji zadania w zakresie wykonywania usługi ochrony (czyli tej usługi, do której wymagane jest doświadczenie). Powyższe oznacza, że Przystępujący niezależnie od okoliczności spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci posiadanego doświadczenia, wykazał także w postępowaniu przesłankę z art. 117 ust. 3-4 ustawy prawo zamówień publicznych, pozwalającą na ocenę realności wykonania usługi przez konsorcjantów, posiadających wymagane doświadczenie.

Zarzut nr 7.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów:

-art. 226 ust. 1 pkt 4 p.z.p. w zw. z art. 83 ust. 1 Kodeksu cywilnego i art. 22 ust. 1 pkt 4 – przez nieodrzczenie oferty konsorcjum jako prowadzącej do obejścia przepisów prawa.

-art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p w zw. z art. 224 ust. 1 p.z.p - przez nieodrzczenie oferty konsorcjum z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny w zakresie ochrony obiektów „portierskich” Przystępujący oświadcza, że zarzut nr 7 nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż jest całkowicie nieudowodniony przez Odwołującego. Stanowisko Odwołującego ogranicza się wyłącznie do wskazania dwóch okoliczności:

Po pierwsze, Odwołujący stanowi, iż „stawka na obiektach, gdzie Zamawiający wprowadził zakaz zatrudnienia osób niepełnosprawnych wynosi 36,65 zł, stawka na obiektach, gdzie dopuszczono realizację umowy przez osoby niepełnosprawne wynosi 26,71 zł lub 26,99 zł. Różnica to kwota aż 9,66 zł. Tym samym zakładając nawet, że wszystkie osoby realizujące umowę na tych obiektach posiadałyby orzeczenie o niepełnosprawności w stopniu umiarkowanym to kwota dofinansowania wynosi 1.350,00 zł, co w przeliczeniu na 1 roboczogodzinę równa się 8,05 zł. Pozostaje więc jeszcze do wyjaśnienia różnica w wysokości 1,61 zł.”

Po drugie, Odwołujący stwierdza, że „osoba niepełnosprawna w stopniu umiarkowanym ma prawo do urlopu dodatkowego w wymiarze 10 dni, co wpłynąć powinno w kalkulacji na wyższy wskaźnik urlopowy niż przy osobach pełnosprawnych, przez co wyższy koszt roboczogodziny. Oczywiście jest więc, że różnica w stawkach pomiędzy obiektami z koniecznością zatrudnienia pracowników pełnosprawnych i obiektami gdzie dopuszczono zatrudnienie osób niepełnosprawnych, która nie została w żaden sposób wyjaśniona jest jeszcze większa.

Tym samym w ocenie Odwołującego stawka wskazana przez Konsorcjum firm na obiektach portierskich, gdzie jest zgoda na zatrudnienie osób niepełnosprawnych jest rażąco niska.”

Mając powyższe na uwadze, Przystępujący stwierdza, że Odwołujący nie wykazał, że oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę. Stanowisko Odwołującego jest całkowicie gołosłowne. Przepis art. 537 ustawy prawo zamówień publicznych nie może być rozumiany w ten sposób, że to Odwołujący w odwołaniu sam (niejako decydując za Zamawiającego, zastępuje Zamawiającego) wyznacza zakres treści żądania od Przystępującego wyjaśnień oraz rodzaje dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych. A tak czyni to Odwołujący w odwołaniu. Przystępujący podkreśla, że Zamawiający w trakcie oceny ofert nie miał żadnych wątpliwości co do prawidłowości stawek jednostkowych stosowanych przez Wykonawców. Odwołujący obecnie w odwołaniu próbuje kwestionować stawki jednostkowe, ale nie przedstawia żadnej miarodajnej kalkulacji, która potwierdzałaby wystąpienia rażąco niskiej ceny.

Przystępujący wskazuje, że Zamawiający bardzo precyzyjnie określił posterunki/lokalizacje gdzie dopuszcza zatrudnienie osób z orzeczeniem o niepełnosprawności, co umożliwia obniżenie kosztów pracy poprzez dotacje oraz posterunki gdzie ze względu na ich charakter wymagał do realizacji skierowanie osób tylko pełnosprawnych, co ma odzwierciedlenie

również w formularzu oferty – Załącznik nr 1 do SWZ.Biorąc pod uwagę wymagania Zamawiającego, do obsady poszczególnych posterunków uwzględniliśmy zróżnicowany model zatrudnienia, co ma odzwierciedlenie w stawkach jednostkowych za poszczególne posterunki:

- na posterunkach gdzie Zamawiający wymaga skierowania do realizacji osób pełnosprawnych skalkulowana stawka za usługę jaką podaliśmy w formularzu ofertowym wynosi 36,65 zł i zawiera wszelkie koszty niezbędne do realizacji tj. koszty pracy osoby pełnosprawnej oraz niezbędnego wyposażenia
- na posterunkach, gdzie Zamawiający dopuścił zatrudnienie osób niepełnosprawnych bez narzucenia i ograniczenia stopnia niepełnosprawności stawka za usługę jaką podaliśmy w formularzu ofertowym wynosi 26,71 lub 26,99 zł (w zależności od kalkulacji wysokości dotacji) i zawiera wszelkie koszty niezbędne do realizacji tj. koszty pracy, dotacje dla osób z orzeczeniem o niepełnosprawności oraz niezbędnego wyposażenia

Odwołujący zarzuca, że różnica między stawką podaną przez nas w formularzu ofertowym pomiędzy posterunkami gdzie dopuszczone jest zatrudnienie osób niepełnosprawnych a posterunkami gdzie wymagane jest skierowanie osób tylko pełnosprawnych jest niewystarczająca. (...) odwołujący w ogóle nie zróżnicował stawek na poszczególne posterunki i zaoferował na posterunki gdzie wymagana jest obsada pracowników pełnosprawnych a zatem bez możliwości obniżenia kosztów pracy poprzez dotacje, stawkę 30,55 zł, co jest stawką poniżej kosztów pracy, gdyż średni koszt zatrudnienia osoby pełnosprawnej w przeliczeniu na 1 roboczogodzinę w miesiącach w okresie 02-12.2024 wynosi 36,21 zł a zatem odwołujący nie doszacował stawek za usługę na posterunkach gdzie Zamawiający wymagał skierowania do realizacji zamówienia osób tylko pełnosprawnych o 5,66 zł na każdej roboczogodzinie.

| Koszty pracy - zatrudnienie osoby pełnosprawnej (02-12.2024)       |                    |                 |                   |                       |                                                         |          |                                  |                    |
|--------------------------------------------------------------------|--------------------|-----------------|-------------------|-----------------------|---------------------------------------------------------|----------|----------------------------------|--------------------|
| Wynagrodzenie brutto uśrednione w okresie od 01.02.2024-31.12.2024 | Składka emerytalna | Składka rentowa | Składka wypadkowa | Składka Fundusz Pracy | FGŚP                                                    | PPK      | Dotacja na osobę niepełnosprawną | Koszt zatrudnienia |
|                                                                    | 9,76%              | 6,50%           | 0,93%             | 2,45%                 | 0,10%                                                   | 1,50%    |                                  |                    |
| 4 273,64 zł                                                        | 417,11 zł          | 277,79 zł       | 39,74 zł          | 104,70 zł             | 4,27 zł                                                 | 64,10 zł | - zł                             | 5 181,35 zł        |
|                                                                    |                    |                 |                   |                       | Rezerwa urlopową 26 dni (18 h miesięcznie)              |          |                                  | 555,12 zł          |
|                                                                    |                    |                 |                   |                       | Dodatek do pracy w godzinach nocnych (56 h/miesięcznie) |          |                                  | 346,08 zł          |
|                                                                    |                    |                 |                   |                       | Całkowity koszt zatrudnienia:                           |          |                                  | 6 082,55 zł        |
|                                                                    |                    |                 |                   |                       | Koszt zatrudnienia - 1 rbh                              |          |                                  | 36,21 zł           |

Odwołujący w piśmie wskazuje własne wyliczenia oparte na ograniczeniu dotacji jedynie do 1350,00 zł dla osób z orzeczeniem umiarkowanym. Zamawiający jednak nie ograniczył wykonywania usługi przez osoby niepełnosprawne tylko ze stopniem niepełnosprawności umiarkowany. Na posterunkach na których Zamawiający dopuścił skierowanie do realizacji osób z orzeczeniem, Konsorcjum Impel/ TIME/ SKY ONE wykorzystując wiedzę, doświadczenie, zasoby kadrowe i biorąc pod uwagę wymogi Zamawiającego, przyjęło zupełnie inny model organizacji pracy, spełniający wymogi zawarte w SWZ oraz OPZ jak Instrukcji Ochrony Obiektu. Jako pracodawcy zatrudniający pracowników niepełnosprawnych, korzystamy z dofinansowań do wynagrodzeń osób z orzeczeniem o niepełnosprawności. Dzięki założonej organizacji pracy, w tym realizacji usługi przy udziale osób niepełnosprawnych, uzyskaliśmy możliwość obniżenia kosztów osobowych (wynagrodzeń wraz z narzutami), a tym samym możliwość zmniejszenia ceny za wykonanie zamówienia w poszczególnych lokalizacjach. Pozwalamy sobie również zaznaczyć, że na podstawie wieloletniego doświadczenia w zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, potrafimy stworzyć organizację pracy uwzględniającą zatrudnienie osób z orzeczeniem o niepełnosprawności, przy jednoczesnym zachowaniu należytej jakości świadczenia oraz spełnieniu oczekiwań Zamawiającego. Dzięki przyjętej organizacji pracy możliwe było obniżenie kosztów zatrudnienia poprzez dofinansowanie z PFRON dla osób niepełnosprawnych w kwotach: 1350,00 dla osoby z umiarkowanym stopniem, 2250,00 zł dla osób z umiarkowanym specjalnym stopniem niepełnosprawności oraz 2400,00 zł dotacji ze znacznym stopniem niepełnosprawności.

| Koszty pracy - zatrudnienie osoby ze znacznym stopniem niepełnosprawności (02-12.2024) |                    |                 |                   |                       |                                                         |          |                                  |                    |
|----------------------------------------------------------------------------------------|--------------------|-----------------|-------------------|-----------------------|---------------------------------------------------------|----------|----------------------------------|--------------------|
| Wynagrodzenie brutto uśrednione w okresie od 01.02.2024-31.12.2024                     | Składka emerytalna | Składka rentowa | Składka wypadkowa | Składka Fundusz Pracy | FGŚP                                                    | PPK      | Dotacja na osobę niepełnosprawną | Koszt zatrudnienia |
|                                                                                        | 9,76%              | 6,50%           | 0,93%             | 2,45%                 | 0,10%                                                   | 1,50%    |                                  |                    |
| 4 273,64 zł                                                                            | 417,11 zł          | 277,79 zł       | 39,74 zł          | 104,70 zł             | 4,27 zł                                                 | 64,10 zł | - 2 400,00 zł                    | 2 781,35 zł        |
|                                                                                        |                    |                 |                   |                       | Rezerwa urlopową 36 dni (24 h miesięcznie)              |          |                                  | 397,44 zł          |
|                                                                                        |                    |                 |                   |                       | Dodatek do pracy w godzinach nocnych (56 h/miesięcznie) |          |                                  | 346,08 zł          |
|                                                                                        |                    |                 |                   |                       | Całkowity koszt zatrudnienia:                           |          |                                  | 3 524,87 zł        |
|                                                                                        |                    |                 |                   |                       | Koszt zatrudnienia - 1 rbh                              |          |                                  | 20,98 zł           |

Koszty pracy - zatrudnienie osoby z umiarkowanym specjalnym stopniem niepełnosprawności (02-12.2024)

Wynagrodzenie .....

brutto uśrednione w Składka Składka Składka Fundusz FGŚP PPK Dotacja na osobę Koszt okresie od emerytalna rentowa wypadkowa

Pracy ..... niepełnosprawną zatrudnienia

01.02.2024-

31.12.2024 9,76% ... 6,50% .... 0,93% .... 2,45% ... 0,10% .. 1,50%

4 273,64 zł 417,11 zł 277,79 zł 39,74 zł 104,70 zł 4,27 zł 64,10 zł - 2 250,00 zł 2 931,35 zł

Rezerwa urlopową 36 dni (24 h miesięcznie) 418,80 zł

Dodatek do pracy w godzinach nocnych (56 h/miesięcznie) 346,08 zł

Całkowity koszt zatrudnienia: 3 696,23 zł

Koszt zatrudnienia - 1 rbh 22,00 zł

Koszty pracy - zatrudnienie osoby z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności (02-12.2024)  
Składka

Wynagrodzenie Składka ..... Składka .. Składka Fundusz FGŚP PPK

brutto uśrednione w emerytalna rentowa wypadkowa

Pracy ..... Dotacja na osobę .. Koszt

okresie od niepełnosprawna zatrudnienia  
01.02.2024-  
31.12.2024

9,76% ... 6,50% .... 0,93% .... 2,45% .. 0,10% . 1,50%

4 273,64 zł 417,11 zł 277,79 zł 39,74 zł 104,70 zł 4,27 zł 64,10 zł - 1 350,00 zł 3 831,35 zł

Rezerwa urlopową 36 dni (24 h miesięcznie) 547,44 zł

Dodatek do pracy w godzinach nocnych (56 h/miesięcznie) 346,08 zł

Całkowity koszt zatrudnienia: 4 724,87 zł Koszt zatrudnienia - 1 rbh 28,12 zł

## Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zarzuty podniesione w odwołaniu nie podlegają uwzględnieniu.

Wnoszący odwołanie wykonawca: Konsorcjum firm: ATOS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Ośrodek Badawczo – Rozwojowy Ochrony sp. z o.o. z/s w Łodzi(Odwołujący lub Konsorcjum Atos)wskazując na wybór najkorzystniejszej oferty Konsorcjum firm: Impel Security Solutions Sp. z o.o., Impel Safety Sp. z o.o., Impel Facility Services Sp. z o.o., Impel Defender Sp. z o.o., Impel Technical Security Sp. z o.o., ITM Poland S.A., Time Group Polsk Sp. z o.o., Sky One Sp. z o.o.; („Konsorcjum Impel lub Przystępujący”)z naruszeniem art. 239 ust.1 ustawy Pzp oraz jej art. 16 stwierdził, że:

a) Konsorcjum Impel powinno być wykluczone z postępowania a jego oferta uznana za odrzuconą z uwagi na to, Konsorcjum nie wykazało, że spełnia warunki udziału w postępowaniu odnoszące się do zdolności technicznej i zawodowej. W tym przypadku wskazał na naruszenie przepisów ustawy Pzp: art. 109 ust.1 pkt 10 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b); art. 125 ust.1, art. 128 ust. 1 i 4 oraz art. 223 ust.1; art. 117 ust.4;

b) oferta Konsorcjum Impel powinna być odrzucona (jak podał z ostrożności procesowej) na podstawie:

- art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 83 ust. 1 Kodeksu cywilnegoz uwagi na złożenie „oferty konsorcjum jako prowadzącej do obejścia przepisów prawa”;

- art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 Pzp z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny w zakresie ochrony obiektów „portierskich”.

Pierwszy z zarzutów Odwołujący odniósł do warunku udziału w postępowaniu określonym w Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) w ust. 5.3 pkt 4) ppkt 1). Wskazał ponadto na ust. 5.11 SWZ. Ten warunek – cytowany w odwołaniu oraz w odpowiedzi na odwołanie - dotyczy zdolności technicznej lub zawodowej wskazanej w ust. 5.2 pkt 1 lit. d) SWZ. Zgodnie z warunkiem Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wymagał wykazania przez wykonawcę, że ten: (...)

1)wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: co najmniej 2 usługi ochrony osób i mienia, o wartości co najmniej 5.000.000,00 zł brutto każda z usług – (wykaz usług – zał. nr 5 do SWZ) co potwierdzi przedstawiając dowody określające, czy usługi te zostały wykonane w sposób należyty.”

Dalej Zamawiający w tym wymaganiu zastrzegł, że (...)przez jedną usługę rozumie usługę wykonaną/wykonywaną na podstawie jednej umowy trwającej minimum 12 miesięcy. W przypadku usług będących w trakcie wykonywania, wymagane dot. czasu wykonywania danej usługi, dotyczy części umowy już zrealizowanej, tj. od dnia rozpoczęcia wykonywania usługi do upływu terminu składania ofert usługa musi być wykonana przez okres co najmniej 12 miesięcy. Faktycznie zrealizowana część umowy musi także spełniać ww. wymogi co do jej minimalnej wartości.”

Z kolei w ust. 5.11 podał: W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub w przypadku polegania na zdolności technicznej lub zawodowej innego podmiotu, warunek, o którym mowa w ust. 5.3 pkt 4) 1. SWZ, dotyczący wykonania 2 usług zostanie spełniony wyłącznie wtedy, jeżeli co najmniej jeden z Wykonawców/podmiotów trzecich spełnia ten warunek w całości samodzielnie i wykona usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. (brak możliwości sumowania zasobów w zakresie tego doświadczenia”).

W załączniku nr 5 do SWZ określającym wzór formularza: „Wykaz wykonanych usług” –Zamawiający wymagał podania następujących informacji:

(...)

| Lp. | Podmiot na rzecz którego usługa została wykonana lub jest wykonywana | Opis wykonanej / wykonywanej usługi | Termin wykonania usługi (od – do)<br>(w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert) | Wartość brutto usługi |
|-----|----------------------------------------------------------------------|-------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------|
| 1   |                                                                      |                                     |                                                                                              |                       |
| 2   |                                                                      |                                     |                                                                                              |                       |

UWAGA: Do Wykazu usług Wykonawca jest zobowiązany załączyć dowody, potwierdzające należyte wykonanie usług.

W załączniku nr 7 do SWZ - w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - określony został wzór Oświadczenia składanego na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych na potrzeby postępowania ZP/78/2023: „Usługa ochrony osób i mienia w obiektach Uniwersytetu Medycznego w Łodzi” o treści:  
(...)

Oświadczam, iż poszczególni Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia spełniają w naszym imieniu poniższe warunki oraz będą wykonywać poniższe usługi:

1. **Warunek dotyczący uprawnień** Wykonawcy do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej – posiadanie obowiązującej koncesji (ust. 5.3 pkt 2) SWZ)

|                       |                                                              |
|-----------------------|--------------------------------------------------------------|
| Pełna nazwa Wykonawcy | Zakres i rodzaj usług, które będą wykonywane przez Wykonawcę |
|                       |                                                              |

2. **Warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej** – posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej (ust. 5.3 pkt 3) SWZ)

|                       |                                                              |
|-----------------------|--------------------------------------------------------------|
| Pełna nazwa Wykonawcy | Zakres i rodzaj usług, które będą wykonywane przez Wykonawcę |
|                       |                                                              |

3. **Warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej** – wykonanie 2 usług ochrony osób i mienia (ust. 5.3 pkt 4) ppkt 1) SWZ)

|                       |                                                              |
|-----------------------|--------------------------------------------------------------|
| Pełna nazwa Wykonawcy | Zakres i rodzaj usług, które będą wykonywane przez Wykonawcę |
|                       |                                                              |

4. **Warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej** – dysponowanie narzędziami, wyposażeniem zakładu lub urządzeniami technicznymi (ust. 5.3 pkt 4) ppkt 2) SWZ)

|                       |                                                              |
|-----------------------|--------------------------------------------------------------|
| Pełna nazwa Wykonawcy | Zakres i rodzaj usług, które będą wykonywane przez Wykonawcę |
|                       |                                                              |

Konsorcjum Impel w załączniku nr 5 wymieniło 10 usług wykonywanych w ramach Konsorcjów zamieszczając w kolumnach tabeli informacje co do podmiotu na rzecz którego dana usługa była wykonywana (lub jest), opis usługi, jej termin wykonania oraz wartość.

| Lp. | Podmiot na rzecz którego usługa została wykonana lub jest wykonywana                                                                                    | Opis wykonanej / wykonywanej usługi | Termin wykonania usługi (od – do)<br><br>(w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert) | Wartość brutto usługi                                                                                    |
|-----|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1   | Oddział Zabezpieczenia Centrum Szkolenia Sił Połączonych Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego w Bydgoszczy<br>ul. Szubińska 2<br>85-915 Bydgoszcz | Ochrona fizyczna osób i mienia      | od 11.01.2018 do 10.01.2020                                                                      | Usługa wykonana przez Impel Facility Services Sp. z o.o. w kwocie 6.174.463,64 zł                        |
| 2   | Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach ul. Pohiatowskiego 15<br>40-055 Katowice                                                                       | Ochrona fizyczna osób i mienia      | od 25.09.2018 do 25.11.2021                                                                      | Usługa wykonana przez Impel Facility Services Sp. z o.o. w kwocie 17.937.661,85 zł                       |
| 3   | 24 Wojskowy Oddział Gospodarczy Ul. Nowowiejska 20<br>11-500 Giżycko                                                                                    | Ochrona fizyczna osób i mienia      | od 30.11.2017 do 30.11.2020                                                                      | Usługa wykonana przez Impel Safety Sp. z o.o. w kwocie 17.21.255,36 zł                                   |
| 4   | 43 Wojskowy Oddział Gospodarczy Ul. Saperska 2<br>59-726 Świętoszów                                                                                     | Ochrona fizyczna osób i mienia      | od 30.11.2017 do 30.11.2020                                                                      | Usługa wykonana przez Impel Safety Sp. z o.o. w kwocie 8.752.724,05 zł                                   |
| 5   | Muzeum Śląskie w Katowicach Ul. T. Dobrowolskiego 1<br>40-205 Katowice                                                                                  | Ochrona fizyczna osób i mienia      | od 24.02.2020 do 02.01.2023                                                                      | Usługa wykonana przez Impel Defender Sp. z o.o. w kwocie 5.952.032,45 zł                                 |
| 6   | 43 Wojskowy Oddział Gospodarczy Ul. Saperska 2<br>59-726 Świętoszów                                                                                     | Ochrona fizyczna osób i mienia      | od 30.11.2017 do 30.11.2020                                                                      | Usługa wykonana przez Impel Defender Sp. z o.o. w kwocie 16.093.384,41 zł                                |
| 7   | Spółka Restrukturyzacji Kopalń ul. Strzelców Bytomskich 207<br>41-914 Bytom Oddział w Dąbrowie Górniczej                                                | Ochrona fizyczna osób i mienia      | Od 01.03.2019 do 31.03.2021                                                                      | Usługa wykonana przez Sky One Sp. z o.o. w kwocie powyżej 5.000.000,00 zł                                |
| 8   | Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Jana Mikulicza-Radeckiego we Wrocławiu ul. Borowska 213 50-556 Wrocław                                              | Ochrona fizyczna osób i mienia      | Od 01.10.2021 do dnia dzisiejszego                                                               | Usługa wykonana przez Sky One Sp. z o.o. w kwocie powyżej 8.000.000,00 zł do dnia wystawienia referencji |
| 9   | ZUS II Oddział w Warszawie ul. Podskarbińska 25 03-829 Warszawa                                                                                         | Ochrona fizyczna osób i mienia      | Od 31.07.2020 do 31.07.2023                                                                      | Usługa wykonana przez Time Group Polska Sp. z o.o. w kwocie powyżej 5.000.000,00 zł                      |
| 10  | Spółka Restrukturyzacji Kopalń ul. Strzelców Bytomskich 207<br>41-914 Bytom Oddział w Czeladzi                                                          | Ochrona fizyczna osób i mienia      | Od 01.03.2019 do 31.03.2021                                                                      | Usługa wykonana przez Time Group Polska Sp. z o.o. w kwocie 12.345.077,52 zł                             |

Dla tych usług zostały dołączone wymagane referencje na potwierdzenie ich należytego wykonania.

W oświadczeniu złożonym w odpowiedzi na wezwanie z dnia 3/11/23 złożył nowy formularz oświadczenia wg zał. nr 7 w którym zawarł następujące informacje:

(...)

„Oświadczam, iż poszczególni Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia spełniają w naszym imieniu poniższe warunki oraz będą wykonywać poniższe usługi:

**1. Warunek dotyczący uprawnień Wykonawcy do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej –**

posiadanie obowiązującej koncesji (ust. 5.3 pkt 2) SWZ)

Pełna nazwa Wykonawcy

Zakres i rodzaj usług, które będą wykonywane przez Wykonawcę

1. Impel Safety Sp. z o.o

2. Impel Facility Services Sp. z o.o.

3. Impel Defender Sp. z o.o.

4. Time Group Polska Sp. z o.o

5. Sky One Sp. z o.o.

1. Impel Technical Security Sp. z o.o.

2. ITM Poland S.A.

świadczenie usług całodobowej bezpośredniej ochrony fizycznej osób i mienia w obiektach Zamawiającego (wykonawca posiada aktualną koncesję)

świadczenie usług w zakresie monitoringu systemu alarmowego i monitoringu systemu wizyjnego (wykonawca posiada aktualną koncesję)

wsparcia w zakresie ochrony osób i mienia w obiektach Zamawiającego (wykonawca posiada aktualną koncesję)

**2. Warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej –** posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej (ust. 5.3 pkt 3) SWZ)

Pełna nazwa Wykonawcy

Zakres i rodzaj usług, które będą wykonywane przez Wykonawcę

1. Impel Security Solutions Sp. z o.o

zabezpieczenie ekonomiczne i finansowe w celu poprawnej realizacji umowy (wykonawca posiada wymagane ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej)

**3. Warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej –** wykonanie 2 usług ochrony osób i mienia (ust. 5.3 pkt 4) ppkt 1) SWZ)

Pełna nazwa Wykonawcy

Zakres i rodzaj usług, które będą wykonywane przez Wykonawcę

1. Impel Facility Services Sp. z o.o.

2. Impel Safety Sp. z o.o

3. Impel Defender Sp. z o.o.

4. Time Group Polska Sp. z o.o

5. Sky One Sp. z o.o

usługi odpowiadające warunkowi udziału (rozdział V, ust. 3.4.1 SWZ) tj.:

- świadczenie usług całodobowej bezpośredniej ochrony fizycznej osób i mienia w obiektach, która odbywać się będzie w czasie pokoju oraz ewentualnego wystąpienia stanu kryzysowego lub w czasie wojny, poprzez wydzielenie dodatkowych sił i środków wzmacniających ochronę obiektów, zgodnie z planami ochrony obiektów. - obsługa szatni oraz szlabanów i bram wjazdowych usługi ochrony osób i mienia w trakcie organizowanych przez Zamawiającego imprez okolicznościowych

1. Impel Facility Services Sp. z o.o.

2. Impel Safety Sp. z o.o

3. Impel Defender Sp. z o.o.

1. Impel Technical Security Sp. z o.o.

2. ITM Poland S.A.

usługi w zakresie monitoringu systemu alarmowego i monitoringu systemu wizyjnego, polegająca na stałym dozorze sygnałów przesyłanych, gromadzonych i przetwarzanych w elektronicznych urządzeniach i systemach alarmowych

zadania koordynacji usługi, nadzoru nad jej realizacją, kontaktów z Zamawiającym, rozliczania usługi i innych czynności administracyjnych oraz wsparcia w zakresie ochrony osób i mienia w obiektach Zamawiającego

1. Impel Security Solutions Sp. z o.o

**4. Warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej –** dysponowanie narzędziami, wyposażeniem zakładu lub urządzeniami technicznymi (ust. 5.3 pkt 4) ppkt 2) SWZ)

Pełna nazwa Wykonawcy

Zakres i rodzaj usług, które będą wykonywane przez Wykonawcę

1. Impel Safety Sp. z o.o

2. Impel Facility Services Sp. z o.o.

3. Impel Defender Sp. z o.o.

świadczenie usług całodobowej bezpośredniej ochrony fizycznej osób i mienia w obiektach Zamawiającego, w tym usług z wykorzystaniem własnych urządzeń radiowych, pracujących w radiokomunikacji ruchomej lądowej, zapewniających łączę pomiędzy zewnętrznym stanowiskiem kierowania i kontroli pracowników ochrony, a punktem alarmowania Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, w budynku Rektoratu, al. Kościuszki 4.

kierowanie pracami i pracownikami ochrony, kontrola pracowników (dysponowanie własnym zewnętrznym stanowiskiem do kierowania i kontroli pracowników ochrony)

1. Impel Security Solutions Sp. z o.o

1. Impel Facility Services Sp. z o.o.

2. Impel Safety Sp. z o.o

3. Impel Defender Sp. z o.o.

4. Time Group Polska Sp. z o.o

5. Sky One Sp. z o.o

świadczenie usług całodobowej bezpośredniej ochrony fizycznej osób i mienia w obiektach Zamawiającego z wykorzystaniem środków łączności i środków transportu, zapewniających wysoki poziom ich dyspozycyjności i z wszelkimi innymi środkami gwarantującymi prawidłową realizację zamówienia

działania grup interwencyjnych (wykonawca dysponuje minimum dwiema zmotoryzowanymi grupami interwencyjnymi stacjonującymi na terenie Łodzi)

1. Impel Technical Security Sp. z o.o.

Zamawiający informując o wyborze oferty Konsorcjum Impel w piśmie z 11/12/23 wskazał w uzasadnieniu, że ta oferta uzyskała „Największą ilość punktów według kryterium określonego w SWZ: (...)”

W odwołaniu Konsorcjum Atos kwestionując wybór najkorzystniejszej oferty podnosi zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp stwierdziło, że Zamawiający przeprowadził postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego jest badanie faktycznego i rzeczywistego zakresu prac wykonanych przez wykonawcę w ramach konsorcjum, podkreślając, nawet jeśli zamawiający nie przewidział tego w dokumentach postępowania.

Z takim twierdzeniem Izba nie mogła się zgodzić. Zamawiający jest zobowiązany bowiem na gruncie ustawy Pzp przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w tym przypadku badanie i ocenę ofert oraz wybór najkorzystniejszej oferty, uwzględniając wyłącznie postanowienia Specyfikacji Warunków Zamówienia.

W Specyfikacji Warunków Zamówienia dla tego postępowania wskazano bezspornie, że ocena wymagania co do zdolności technicznej lub zawodowej będzie następowała w oparciu o konkretnie wskazane i opisane powyżej

dokumenty o wymaganej treści. W przypadku usług wykonywanych w ramach Konsorcjum nie wprowadzono w SWZ odrębnych wymagań zaznaczając tylko w ust. 5.11, że (...) warunek wykonania 2 usług zostanie spełniony wyłącznie wtedy, jeżeli co najmniej jeden z Wykonawców/podmiotów trzecich spełnia ten warunek w całości samodzielnie i wykona usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. (brak możliwości sumowania zasobów w zakresie tego doświadczenia(.)).

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający powołując się na analizę dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a mianowicie po analizie wykazu usług wraz z referencjami, dokonał oceny, że warunek udziału spełnia jeden z członków konsorcjum – wykonawca Sky One sp. z o.o. I zgodnie z oświadczeniem złożonym na podstawie art. 117 ust. 4 Pzp wykonawca ten będzie uczestniczył w realizacji usług w zakresie odnoszącym się do przedmiotowego warunku. Izba podkreśla, że według opisu warunek dotyczył 2 usług. Konsorcjum Impel w wykazie ujęło 10 pozycji. Zamawiający uznając, że ten warunek w odniesieniu do Sky One sp. z o.o. został spełniony nie miał podstaw – w stanie faktycznym tej sprawy - do dalszego badania spełnienia w/w warunku udziału przez inne podmioty, wchodzące w skład konsorcjów wymienionych w poszczególnych pozycjach wykazu.

Także Izba nie miała obowiązku dokonywania takiej analizy. W tym miejscu Izba zwraca uwagę na reguły określone ustawą Pzp – obowiązujące w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą odwoławczą. Przede wszystkim na art. 555 Pzp w myśl którego: „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”. Z kolei zgodnie z art. 534. 1.: „Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne”.

Treść dokumentów przedłożonych przez Konsorcjum Impel nie jest kwestionowana. Nie jest także kwestionowany tryb wyjaśnień w którym Konsorcjum Impel przedkładało dokumenty, co do spornego warunku, w tym zastosowanie procedury w oparciu o art. 128 ust.4 ustawy Pzp w związku z oświadczeniem złożonym na podstawie art. 117 ust. 4 Pzp (zał. 7). Kwestionowane są natomiast czynności badania oferty, które zostały oparte niewątpliwie na dokumentach o treści wymaganej. W przypadku referencji Izba zwraca uwagę, że dokument referencyjny był wymagany na potwierdzenie należytego wykonania danej usługi. Co do braku potwierdzenia takiej okoliczności zarzuty w odwołaniu nie są formułowane.

Reasumując, Izba stwierdza, że Konsorcjum Impel wypełniło załączniki nr 5 oraz 7 według wymagań SWZ. Przedłożyło także wymagane referencje. SWZ nie określała szczególnych wymagań co do formularza 5 czy referencji w kontekście wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Izba także zwraca uwagę, że z treści dokumentu referencyjnego wystawionego przez spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział w Czeladzi Centralny Zakład Odwadniania Kopalń dnia 29.04.2021 r., którego adresatem jest Time Security sp. z o.o. jednoznacznie wskazano, że: „Konsorcjum firm: Time Security Sp. z O.o. z siedzibą w Mysłowicach (41-400), przy Placu Wolności 2, i Sky One Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach (41-400), przy Placu Wolności 2 wykonywało w okresie od 01.03.2019 r. do 31.03.2021 r. dla spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział w Dąbrowie Górniczej Kopalnię Węgla Kamiennego w Całkowitej Likwidacji usługę w zakresie ochrony terenów, obiektów i mienia zgodnie z umową nr e-Ru 241900099. Przedmiotem umowy było świadczenie kompleksowej, całodobowej ochrony terenów, obiektów i mienia Spółki. Wartość przedmiotu umowy wyniosła 10 886 514,87 zł brutto. Usługi określone w zawartej umowie były wykonywane w sposób należyty, rzetelny i profesjonalny, z poszanowaniem interesów Zleceniodawcy oraz prawa i etyki zawodowej. Naszą współpracę oceniamy pozytywnie, polecając usługi konsorcjum firm: Time Security Sp. z o.o. i Sky One Sp. z o.o.” Natomiast według Wykazu, tak jak w przypadku innych usług realizowanych w ramach Konsorcjum, składający ofertę wyodrębnił wartościowo tę część usługi, która była realizowana przez danego wykonawcę. Temu miał służyć Wykaz według postanowień SWZ. Z kolei referencja ze swej istoty służy potwierdzeniu należytego wykonania, w tym przypadku usługi i taki cel został przypisany wg SWZ dla tego dokumentu. Tym samym nie mogła zasługiwać na uwzględnienie argumentacja, braku wyodrębnienia w referencji o jakiej wartości usługa była wykonywana przez poszczególnych członków konsorcjów. Natomiast, co do braku wyodrębnienia zadania, Izba zwraca uwagę, że w każdym dokumencie wskazano, że referencja dotyczy usług ochrony wykonywanych na rzecz wystawcy referencji. Także Izba podkreśla, że SWZ nie wymagała udokumentowania jaką część zadania i o jakiej wartości wykonali poszczególni członkowie danego konsorcjum. Odwołujący nie udowodnił, że Zamawiający w przypadku tego postępowania określił szczególny sposób potwierdzania spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący ponadto podnosząc zarzut nie przedstawił dowodów pozwalających uznać, że wyodrębnienie wartościowe dla usług zrealizowanych przez Sky One było nieprawidłowe. Tak jak Izba wskazała, ustawa Pzp (zgodnie z generalną zasadą ciężaru dowodów w art. 534 ust.1 Pzp) wymaga od strony (uczestnika postępowania odwoławczego) wskazania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne.

W odniesieniu do wskazywanego w odwołaniu naruszenia art. 109 ust. pkt 10 ustawy Pzp Izba podkreśla w pierwszej kolejności, że podstawy wykluczenia oparte na tym przepisie są fakultatywne i w myśl ust. 2 tego artykułu: „2. Jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu

o zamówieniu lub dokumentach zamówienia." W przypadku tego postępowania, jak wskazano w ust. 5.17 SWZ uwzględniono tylko fakultatywne przesłanki w wymienione w punkcie 1 i 4 tego przepisu. Mianowicie, ust.5.17 stanowi: : „Na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1) i pkt 4) ustawy PZP z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający wykluczy wykonawcę: (...)

Tym samym analiza argumentów Odwołującego w zakresie przesłanki z pkt 10) art. 109 ust. 1 była bezprzedmiotowa dla rozstrzygnięcia tej sprawy.

W odniesieniu do zarzutu złożenia przez Konsorcjum Impel oferty w celu obejścia przepisów prawa Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w tym przypadku ustawą Pzp, podmioty mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia wspólnie i to bez względu na łączną liczbę takich podmiotów. Zgodnie w szczególności z art. 58 ustawy Pzp:

„1. Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia.

2.W przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

3.Zamawiający nie może wymagać od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiadania określonej formy prawnej w celu złożenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

4.W odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zamawiający może określić wymagania związane z realizacją zamówienia w inny sposób niż w odniesieniu do pojedynczych wykonawców, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne do jego przedmiotu.

5.Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia”.

W myśl z kolei art. 59 ustawy Pzp: „Jeżeli została wybrana oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego kopii umowy regulującej współpracę tych wykonawców”.

Tak jak zauważył Zamawiający – nie posiadając do tego jakiegokolwiek podstawy prawnej – nie miał podstaw, aby ingerował – jak tego oczekuje Odwołujący - w takie zagadnienia jak liczebność podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i ich wewnętrzne kwestie organizacyjne.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Impel z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 Pzp z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny w zakresie ochrony obiektów „portierskich” Izba w pierwszej kolejności wskazuje, że pierwszy ze wskazanych w zakresie tego zarzutu przepis, art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: „8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;(...). Z kolei w myśl art. 224 ust. 1 Pzp: „1.Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych”.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to 32.796.070,56 PLN. Ponadto w tym postępowaniu złożono 6 ofert, w których cena oferty Konsorcjum Impel to kwota (po jej poprawieniu): 33.566.393,19 zł, a cena według oferty Odwołującego to kwota: 33.793.152,84 zł.

W SWZ w ust.14 ust.1 i 2 wskazano:

„14.1Sposób obliczenia ceny określa Formularz Oferty stanowiący załącznik nr 1 do SWZ. Podstawę wyliczenia ceny stanowi Opis przedmiotu zamówienia – załącznik nr 2 oraz 2.1 do SWZ.

14.2Wykonawca określi całkowitą cenę realizacji zamówienia poprzez wskazanie łącznej ceny ofertowej brutto za realizację przedmiotu zamówienia sporządzonej wg wzoru zawartego w formularzu ofertowym.(...)

W formularzu oferty – według zał. 1 do SWZ - podano:

| L.p. | Rodzaj usługi                                                                                                                                            | Wartość netto za cały okres trwania umowy (48 M-CY) | Stawka VAT % | Wartość brutto za cały okres trwania umowy (48 M-CY) |
|------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------|--------------|------------------------------------------------------|
| 1.   | Ochrona osób i mienia w obiektach Zamawiającego (TABELA 1 - poniżej)                                                                                     | 26 712 268,80                                       | 23%          | 32 856 090,62                                        |
| 2.   | Ochrona osób i mienia w trakcie organizowanych imprez okolicznościowych (z wykorzystaniem monitoringu mobilnego - w razie potrzeby) (TABELA 2 - poniżej) | 576 840,00                                          | 23%          | 709 513,20                                           |

W dalszej części wskazano w tabelach na podział według wzoru załącznika nr 1- Formularz oferty.

Podnosząc ten zarzut Odwołujący wskazał na zróżnicowane ceny na obiektach na których nie jest możliwe zatrudnianie osób niepełnosprawnych w stosunku do zatrudnionych gdzie takie zatrudnienie jest możliwe wg SWZ.

Wskazując na stawki w konkluzji wskazał na konieczną do wyjaśnienia różnicę w wysokości 1,61 zł. Dodatkowo wskazał na uprawnienia osób niepełnosprawnych w stopniu umiarkowanym do urlopu dodatkowego, co w kalkulacji wpływa na wyższy koszt roboczogodziny. „Tym samym w ocenie Odwołującego stawka wskazana przez Konsorcjum firm na obiektach portierskich, gdzie jest zgoda na zatrudnienie osób niepełnosprawnych jest rażąco niska”.

Przede wszystkim nie jest zasadny zarzut Odwołującego zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Impel na podstawie art. 226 ust.1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust.1 Pzp, z uwagi na to, że Zamawiający nie prowadził w przypadku oferty Konsorcjum Impel procedury wyjaśniającej w oparciu o wskazywany przepis. Przepis art. 224 ust.1 ustawy Pzp stanowi bowiem o procedurze wyjaśniającej wobec wykonawcy, *którego cena w ofercie (lub ich istotne części składowe), wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia (...)*. Tym samym ewentualne odrzucenie oferty wykonawcy na takiej podstawie powinno być poprzedzone wskazywaną procedurą wyjaśniającą. Tym samym z tego powodu tak sformułowany zarzut nie może podlegać uwzględnieniu.

Jednocześnie Izba zauważa, że Odwołujący zarzut odniósł do jednego elementu i jak wskazano powyżej w odniesieniu do stawki godzinowej – wg Odwołującego - konieczne było wyjaśnienie w pierwszej kolejności różnic w wysokości 1,61 zł. Z kolei ustalenia faktyczne w tej sprawie nie pozwalają uznać – jak to podnosił Zamawiający - aby w odniesieniu do tego elementu ceny zachodziły przesłanki do uznania go za rażąco niski w stosunku do przedmiotu zamówienia, a tym samym aby było uzasadnione wszczęcie takiej procedury wyjaśniającej, o której stanowi art. 224 ust.1 ustawy Pzp. Izba zwraca uwagę, że przy cenie kilkudziesięciomilionowego (ponad 30 mln) zamówienia cena w ofercie Konsorcjum jest wyższa od kwoty planowanych środków o ponad 700 tys. zł, a różnica w cenach wg oferty Przystępującego a Odwołującego stanowi kwotę nieco ponad 200 tys. zł, co stanowi o ok 1 % różnicy.

...

... Wobec powyższych ustaleń podnoszone w odwołaniu zarzuty w zakresie omawianym nie podlegają uwzględnieniu, a tym samym także nie podlega uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 16 oraz art. 239 ust.1 ustawy Pzp w związku z wyborem jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Impel.

. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....