

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Rakowska

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 stycznia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **BASMA SECURITY Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, Al. Prymasa Tysiąclecia 58, 01-424 Warszawa (Lider); CERBER OCHRONA Sp. z o. o. z siedzibą w miejscowości Liw, ul. Nowomiejska 49, 07-100 Liw (Członek konsorcjum) i ESCORTAP.P. i I.Z. Sp. j. z siedzibą w Warszawie, ul. Odkryta 35A/22, 03-140 Warszawa (Członek konsorcjum)** w postępowaniu prowadzonym przez **Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa Oddział Terenowy w Warszawie, Plac Bankowy 2, 00-095 Warszawa** przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawcy **CERES - POL Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Rodziewiczówny 1/355, 04-187 Warszawa**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) (zarzut nr 1 odwołania) i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert oraz odrzucenie oferty wykonawcy CERES - POL Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.
2. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) (zarzutu nr 2 odwołania) podniesiony jako zarzut ewentualny pozostawia bez rozpoznania.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża **Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa Oddział Terenowy w Warszawie, Plac Bankowy 2, 00-095 Warszawa** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **BASMA SECURITY Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, Al. Prymasa Tysiąclecia 58, 01-424 Warszawa (Lider); CERBER OCHRONA Sp. z o. o. z siedzibą w miejscowości Liw, ul. Nowomiejska 49, 07-100 Liw (Członek konsorcjum) i ESCORTA P.P. i I.Z. Sp. j. z siedzibą w Warszawie, ul. Odkryta 35A/22, 03-140 Warszawa (Członek konsorcjum)** tytułem wpisu od odwołania.
 - 3.2. zasądza od **Krajowego Ośrodka Wsparcia Rolnictwa Oddział Terenowy w Warszawie, Plac Bankowy 2, 00-095 Warszawa** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BASMA SECURITY Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, Al. Prymasa Tysiąclecia 58, 01-424 Warszawa (Lider); CERBER OCHRONA Sp. z o. o. z siedzibą w miejscowości Liw, ul. Nowomiejska 49, 07-100 Liw (Członek konsorcjum) i ESCORTAP.P. i I.Z. Sp. j. z siedzibą w Warszawie, ul. Odkryta 35A/22, 03-140 Warszawa (Członek konsorcjum)** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Uzasadnienie

Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa Oddział Terenowy w Warszawie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Świadczenie

usług ochrony nieruchomości pozostających w Zasobie, przy al. Prymasa Tysiąclecia 58, Warszawa, dz. nr ew. 14/1, 14/2, 9/6, 15, obręb 6-07-05, m.st. Warszawa, dzielnica Wola Numer postępowania: 256/2023”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 4 grudnia 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00530351/01.

W dniu 27 grudnia 2023 r. (pismem z dnia 21 grudnia 2023 r.) wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia BASMA SECURITY Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (Lider), CERBER OCHRONA Sp. z o. o. z siedzibą w miejscowości Liw (Członek) i ESCORTA P.P. i I.: Sp. j. z siedzibą w Warszawie (Członek), zwani dalej „Odwołującym”, wnieśli odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. od:

- a) czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę CERES-POL Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „wykonawcą CERES-POL”,
- b) czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę CERES-POL,
- c) zaniechaniu wykluczenia wykonawcy CERES-POL,
- d) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy CERES-POL.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy CERES-POL z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający uznał referencje przedłożone na wezwanie Zamawiającego przez Wykonawcę CERES-POL chociaż

z treści referencji wystawionych przez MARGO Sp. z o.o. z dnia 7 grudnia 2023 r. wynika, iż usługa została wykonana należycie przez Wykonawcę CITY SECRET SERVICE Sp. z o.o., który nie bierze udziału w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. A ponadto rzekomi wystawcy referencji nie potwierdzają wykonania usługi ochrony osób i mienia o wartości 500 tys. zł przez spółkę CERES-POL, a co za tym idzie zachodzi wysokie prawdopodobieństwo spełnienia okoliczności, o których mowa w art. 297 k.k. Ponadto na wezwanie Zamawiającego CERES-POL Sp. z o.o. nie wskazał dokładnego adresu przebywania patrolu interwencyjnego umożliwiającego dotarcie do chronionego obiektu w deklarowanym czasie 1 minuty.

ewentualnie, (w przypadku nieuwzględnienia zasadności zaskarżenia zaniechania określonego w pkt 1),

- 2.art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy CERES-POL z powodu rażąco niskiej ceny pomimo, że spółka CERES-POL została wezwana przez Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień ceny

i w złożonych wyjaśnieniach nie wykazała, że cena nie jest rażąco niska, a wręcz przeciwnie - złożone wyjaśnienia dowodzą, że oferta wykonawcy CERES-POL zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 2.wykluczenie wykonawcy CERES-POL i odrzucenie jego oferty,
- 3.dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in.:

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp a więc dokonania badania i oceny ofert w sposób nienależyty, a w konsekwencji błędne przyjęcie, że wykonawca CERES POL spełnia warunki udziału w postępowaniu, Odwołujący podniósł m.in., że wykonawca CERES POL złożył wykaz usług i referencje, w którym ujawniła 2 rekomendacje rzekomo pochodzące od firm Matgraf M.D. i Margo sp. z o.o., które nie odzwierciedlają stanu faktycznego i budzą bardzo duże wątpliwości co do ich wiarygodności.

Przedłożone referencje przez firmę CERES POL są dokumentami, które poświadczają nieprawdę. Z pozyskanych przez Odwołującego informacji jednoznacznie wynika, iż w/wym. spółka nie świadczyła usług ochrony osób i mienia o wartości 500 tys. zł na rzecz firm Matgraf M.D. i Margo sp. z o.o. Powyższe potwierdzają właściciele i pracownicy wymienionych spółek.

Zamawiający na etapie badania ofert już tylko na podstawie pobieżnego oglądu referencji z dnia 7 grudnia 2023 r. wystawionej jakoby przez firmę Margo Sp. z o.o. powinien nabrać wątpliwości co do jej autentyczności albowiem dotyczy ona potwierdzenia należytego wykonania umowy przez firmę CITY SECRET SERVICE Sp. z o.o. Co więcej w treść referencji rzekomo wystawionej przez spółkę MARGO widnieje adres świadczenia usługi w Konotopie przy ul. Inwestycyjnej 49. Nieruchomość pod wskazanym adresem jest zajmowana przez spółkę EWROS sp. z o.o., a ochrona jest świadczona przez firmę Juventus. Natomiast spółka Margo z siedzibą w Konotopie ul. Rajdowa 67 świadczy usługi w zakresie prowadzenia usług ogólnobudowlanych, tj. malowanie i szklenie, posadzkarstwo, tapetowanie i oblicowywanie

ścian itp. Zatem przedłożone dokumenty nie potwierdzają wiedzy i doświadczenia niezbędnego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przetargowym. Jednocześnie zachodzi uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa z art. 297 k.k. oraz w konsekwencji z dużą dozą prawdopodobieństwa można stwierdzić, iż zostały wystawione, tzw. „puste” faktury na kwotę co najmniej 1mln zł.

W tej sytuacji Zamawiający na etapie badania ofert winien spowodować wyjaśnienie okoliczności, o której mowa wyżej chociażby poprzez wezwanie do złożenia dowodów w postaci zawartych umów, faktur, sprzedaży usług ochrony osób i mienia na kwotę 500 tys. zł lub historii rachunku bankowego w zakresie transakcji pomiędzy obydwojema w/wym. podmiotami gospodarczymi itp. Zatem z uwagi na fakt, iż spółka CERES-POL nie spełnia warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia to kolejny argument powodujący bezwarunkową konieczność odrzucenia oferty.

Odwołujący podniósł, że w obliczu ujawnionych powyżej faktów spółka Basma Security jest prawnie zobowiązana do złożenia na adres właściwej miejscowo Prokuratury stosownego zawiadomienia o uzasadnionym podejrzeniu popełnienia przestępstwa (art. 297 k.k.) oraz zawiadomienia Dyrektora KAS o możliwości wyrządzenia znacznej szkody poprzez nieujawnienie i uszczuplenie zobowiązań publicznoprawnych.

Pismem z dnia 18 grudnia 2023 r. Zamawiający wezwał CERES-POL Sp. z o. o. do wskazania miejsca stałego przebywania patrolu interwencyjnego (dokładny adres). CERES-POL nie wskazał dokładnego adresu stałego przebywania patrolu interwencyjnego, podając jedynie, że patrole te stacjonują na ulicy Wolskiej i Górczewskiej. Zarówno ulica Wolska, jak

i ulica Górczewska mają około 5 km długości. Nawet przyjmując założenie, że patrole te stacjonują w najbliższej lokalizacji terenu objętego ochroną, uwzględniając warunki drogowe

i przepisy ustawy Prawo o ruchu drogowym podany przez CERES-POL czas dojazdu jest mało realny. Wykonawca nie złożył wyjaśnień zgodnych z żądaniem Zamawiającego. Ponadto wykonawca CERES--POL Sp. z o. o. nie mógł wskazać miejsca przebywania patrolu interwencyjnego podwykonawcy, który zgodnie z oświadczeniem złożonym na druku „Formularz oferty” nie był znany w chwili składania oświadczenia dotyczącego czasu dotarcia grupy interwencyjnej.

Odnosnie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, tj. dokonanie badania i oceny ofert w sposób nienależyty, a w konsekwencji błędne przyjęcie, że oferta wykonawcy Ceres – Pol nie jest ofertą zawierającą rażąco niską cenę Odwołujący podniósł m.in., że wezwał wykonawcę CERES-POL do wyjaśnień i złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny. W piśmie datowanym na 21.12.2023 r. wykonawca CERES-POL złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, wskazując, że:

- a) pracownikom przysługuje jedynie 20 dni urlopu wypoczynkowego z uwagi na staż pracy krótszy niż 10 lat;
- b) do wykonania zamówienia skieruje pracowników, których wiek powyżej 55 lat kobiety i 60 lat mężczyźni uprawnia do zwolnienia z opłacania składek na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych;
- c) pracownicy nie podlegają programowi PPK;
- d) wykonawca posiada wcześniej zakupione umundurowanie dla pracowników;
- e) wykonawca posiada sprzęt techniczny wymagany do realizacji zamówienia.

W oparciu o otrzymaną dokumentację dotyczącą złożonych przez wykonawcę CERES--POL wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny Odwołujący podniósł, że oferta ta podlega odrzuceniu.

Na wykonawcy, który został wezwany do przedłożenia wyjaśnień i dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty spoczywa obowiązek przedstawienia nie tylko szczegółowych, wyczerpujących wyjaśnień lecz także odpowiednich dowodów na ich poparcie, co w sposób oczywisty wiąże się z faktem, że to właśnie na ich (dowodów) podstawie zamawiający dokonuje weryfikacji złożonych wyjaśnień.

Wykonawca CERES-POL nie przedłożył do wyjaśnień rażąco niskiej ceny żadnego dowodu, pomimo wyraźnego żądania w wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny aby takie dowody przedłożyć. W związku z tym całe wyjaśnienia rażąco niskiej ceny uznać należy za całkowicie gołosłowne.

Wykonawca CERES-POL w swoich wyjaśnieniach wskazywał, że głównymi atutami jego oferty, które pozwalają na obniżenie ceny ofertowej w większym stopniu niż konkurencja, jest dysponowanie określonym personelem, tj. osoby zatrudnione w firmie i skierowane do realizacji zamówienia są zwolnione ze składek Funduszu Pracy i Funduszu GŚP z uwagi na wiek pracowników tj. zatrudnia kobiety po 55 roku życia i mężczyzn po 65 roku życia, zatrudnia pracowników, którym przysługuje jedynie 20 dni urlopu wypoczynkowego ponieważ ich staż pracy nie przekracza 10 lat, oraz od pracowników nie odprowadza składek na tzw. Pracownicze Plany Kapitałowe (PPK).

Odwołujący podkreślił, że osoby w wieku ok. 60 lat w zdecydowanej większości legitymują się co najmniej 10 letnim stażem pracy.

Odwołujący podkreślił także, że Istnieje szereg możliwości na przedstawienie dowodów na potwierdzenie

przywołanych wyżej okoliczności. Nie przysparza to specjalnych problemów, tym bardziej, że wykonawca CERES-POL złożył imienny wykaz personelu skierowanego do realizacji przedmiotowego zamówienia, a zatem jest w posiadaniu dowodów takich jak chociażby umowy o pracę, i inne dokumenty kadrowe, które zanonimizowane powinny stanowić dowód potwierdzający możliwości obniżenia ceny w zakresie na który powołuje się Wykonawca składający wyjaśnienia. Zamawiający nie może bezrefleksyjnie przyjmować oświadczeń wykonawcy, skoro możliwym było złożenie innych dowodów.

Zatem wykonawca CERES-POL w zakresie obniżenia kosztów związanych z utrzymaniem pracowników miał pełną możliwość udokumentowania swoich twierdzeń odnoszących się do obniżenia kosztów pracowniczych tym bardziej, że wskazał na etapie składania ofert z imienia i nazwiska osoby skierowane do wykonania zamówienia publicznego.

Kolejnym elementem wskazującym na bezpodstawne zaniżenie ceny ofertowej jest stwierdzenie CERES-POL, iż posiada w swoich zasobach umundurowanie i inne wyposażenie zgodnie z OPZ oraz system, o którym mowa w pkt. 10 złożonych wyjaśnień. Z tych oświadczeń jednoznacznie wynika, że Wykonawca poniósł koszt zakupu powyższego wyposażenia technicznego i umundurowania jednak nie uwzględnił tych okoliczności w złożonych wyjaśnieniach. Działanie takie ma znamiona subsydiowania skrośnego — niedopuszczalnego na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych.

Jednocześnie należy podkreślić, że wykonawca CERES-POL nie oszacował kosztów związanych z montażem systemu monitorowania tym bardziej, że wymaga on użycia podnośników lub wykorzystania alpinistów do jego zainstalowania oraz postawienia masztów, a z dotychczasowych doświadczeń Odwołującego wynika, że prace w przedmiotowej materii wymagają co najmniej 3-4 dni robocze. Ponadto spółka CERES-POL w żaden sposób nie udowodniła chociażby poprzez złożenie duplikatów faktur, kart gwarancyjnych itp. iż rzeczywiście posiada w swoich zasobach sprzęt o parametrach podanych przez Zamawiającego w treści SWZ. Wykonawca wskazał w pkt 10 złożonych wyjaśnień posiadanie w swoich zasobach powyższego wyposażenia, w tym „konserwacji i niezbędnych napraw”, które zgodnie ze swoim charakterem mają mieć miejsce w przyszłości, tj. podczas realizacji umowy, dlatego też nie można przyjąć „bezkosztowo” tej części usługi.

Znamiennym jest fakt, iż w złożonych wyjaśnieniach wykonawca CERES-POL w żaden sposób nie uwzględnił kosztów związanych z koniecznością ponoszenia opłat związanych z zużyciem energii elektrycznej i zużytej wody oraz odprowadzania ścieków.

Zamawiający w treści Istotnych Postanowień Umowy w § 7 pkt 3 i 4 wskazał na konieczność ponoszenia przez wykonawcę opłat związanych m.in. z tytułu zużytej energii elektrycznej.

Odwołujący dodał, że wykonawca CERES-POL nawet nie zadał pytania Zamawiającemu dotyczącego średnich kosztów zużycia energii elektrycznej oraz wody i ścieków zatem nie mógł odpowiedniego ich poziomu uwzględnić w kalkulacji ceny ofertowej, a sam Zamawiający posiada wystawiane przez siebie faktury, których wysokość kilkakrotnie przekracza zakładany przez wykonawcę CERES-POL zysk — sam ten fakt powinien skłonić Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy jako oferty z rażąco niską ceną.

Nie ma żadnych podstaw do tego, aby posiadając konkretną wiedzę o okolicznościach wpływających na koszt realizacji zamówienia, od początku kalkulować je na zaniżonym poziomie.

Wobec powyższego akceptacja oferty wykonawcy, który nie uwzględnił (nie wkalkulował w cenę oferty) wskazanych literalnie przez Zamawiającego kosztów byłaby jawnym złamaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Powyższe stawia bowiem w pozycji uprzywilejowanej wykonawcę, który nie stosuje się do znanych na etapie składania ofert, jednoznacznych wymogów Zamawiającego. Powyższe w sposób oczywisty uniemożliwia uczciwe konkurowanie w ubieganiu się o udzielenie zamówienia. Wykonawca, który zgodnie z wymogiem Zamawiającego uwzględnił w swojej ofercie koszty określone w § 7 IPU nie może bowiem konkurować z wykonawcą, który takich opłat nie wkalkulował. Z całą pewnością można stwierdzić, że gdyby wykonawca CERES-POL oszacował ofertę zgodnie z wymogami Zamawiającego, jego oferta nie byłaby najkorzystniejszą. Wszyscy wykonawcy muszą mieć szansę udziału w postępowaniu na równych zasadach.

Złożone przez ww. wykonawcę wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a w konsekwencji cena podana przez CERES-POL jest ceną rażąco niską.

Zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z przepisem art. 22 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W myśl przepisu art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Z przepisów ustawy Pzp wynika, że

w przypadku wystosowania do wykonawcy wezwania do udzielenia wyjaśnień ceny, na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, tj. w szczególności że dokonując wyceny wykonawca uwzględnił wszystkie koszty realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie. Oferta podlega odrzuceniu, jeżeli wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Podstawa do odrzucenia oferty występuje zatem między innymi w sytuacji, w której wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę nie są wystarczająco konkretne, kompletne czy rzetelne, co miało miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym.

Reasumując podniósł, że wykonawca CERES-POL nie przedłożył ani jednego dowodu na poparcie twierdzeń umożliwiających obniżenie kosztów realizacji usługi, a co za tym idzie te wyjaśnienia można traktować jedynie w kategorii życzeniowego „opowiadania”.

Zamawiający w dniu 27 grudnia 2023 r. opublikował na platformie zakupowej prowadzonego postępowania eB2B oraz przekazał uczestnikom postępowania informację o wniesieniu odwołania wraz z treścią odwołania.

W dniu 29 grudnia 2023 r. (pismem z dnia 28 grudnia 2023 r.) wykonawca CERES-POL Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Przystępującym”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy CERES-POL do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez Strony i Przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Odwołującego złożone na rozprawie dowody, tj.:

- 1.KRS City Secret Service Polska Sp. z o. o.
- 2.KRS CERES – POL Sp. z o. o.
- 3.Oświadczenie Marka Wyszkowskiego z dnia 9 stycznia 2024 r.
- 4.E-mail z dnia 8 stycznia 2024 r.
- 5.Zdjęcie budynków.
- 6.Faktury (10 sztuk).
- 7.Plik dokumentów (referencje, KRS MARGO Sp. z o.o., KRS LUSTRON Sp. z o.o., „EWROS” Sp. z o.o., 2 zdjęć budynków).
- 8.Zdjęcie budynku.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołania, uznając że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp (zarzut nr 1 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w rozdziale VII SWZ „Warunki udziału w postępowaniu”, pkt 1, ppkt 4) podał, że o udzielenie zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy „zdolność techniczna lub zawodowa: Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca:

a) w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, co najmniej 2 usługi odpowiadające swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia (polegającej na ochronie nieruchomości), każda o wartości minimum 500 000,00 PLN brutto.

W przypadku usług wykonanych (zakończonych) jak również usług wykonywanych (w trakcie realizacji) usługi te powinny być świadczone nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy.”.

W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu – zgodnie z rozdziałem IX SWZ Informacja o podmiotowych środkach dowodowych i innych dokumentach - Zamawiający na podstawie art. 126 ust. 2 ustawy, żąda złożenia wraz z ofertą:

„1) Wykazu usług w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres

prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, co najmniej 2 usługi odpowiadające swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia (polegającej na ochronie nieruchomości), każda o wartości minimum 500 000,00 PLN brutto (wzór wykazu usług stanowi załącznik nr 4 do SWZ), oraz

2) Dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należycie.

Dowodami, o których mowa wyżej, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez

podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy.”.

Wykonawca CERES-POL w załączeniu do oferty złożył WYKAZ WYKONANYCH USŁUG (załącznik nr 4 SWZ) wskazał dwie usługi: jedną usługę wykonaną na rzecz MARGO Sp. z o.o w Ożarowie Mazowieckim o wartości „przekracza 500 000 PLN brutto”, wykonywaną w terminie „1.11.2022 – 1.11.2023” i drugą wykonaną na rzecz Matgraf w Markach o wartości „przekracza 500 000 PLN brutto”, wykonywaną w terminie „1.10.2022 – 1.10.2023”.

Pismem z dnia 13 grudnia 2023 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę CERES-POL do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych: „1) dowodów określających, czy usługi wykazane w wykazie usług stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ zostały wykonane należycie.”.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca CERES-POL złożył: „Rekomendacje” z dnia

8 grudnia 2023 r. wystawione przez „MATGRAF reklama i poligrafia M.D.” oraz „Referencje” z dnia 7 grudnia 2023 r. wystawione przez „MARGO Sp. z o.o.”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) została złożona przez wykonawcę

a) (...)

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub

c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń”.

Zgodnie z wyżej wskazanymi przepisami ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jeżeli więc zamawiający określił w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SWZ warunki udziału w postępowaniu to zobowiązany jest zweryfikować ich spełnienie przez wykonawcę w oparciu o oświadczenie z art. 125 ust. 1 Pzp oraz w oparciu o podmiotowe środki dowodowe, które miały potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Niezłożenie wymaganego oświadczenia lub podmiotowego (lub przedmiotowego) środka dowodowego, złożenie niekompletnego lub takiego, który nie potwierdza, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu skutkuje odrzuceniem oferty tego wykonawcy.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że wykonawca CERES-POL złożył wraz z ofertą „WYKAZ WYKONANYCH USŁUG”, w którym podał – zgodnie z postawionym warunkiem – dwie usługi, które potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający wymagał wskazania „najmniej 2 usługi odpowiadające swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia (polegającej na ochronie nieruchomości), każda o wartości minimum 500 000,00 PLN” i dwie usługi o takiej – wymaganej wartości zostały w wykazie wyspecyfikowane. Wykaz usług stanowi bowiem potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast dowodem na to, że usługi wyspecyfikowane w wykazie zostały wykonane należycie są referencje, które wykonawca złożył wraz z wykazem. Treść referencji złożonych referencji powinna wprost w dokumencie potwierdzać, że to konkretne zamówienie zostało przez tego konkretnego wykonawcę należycie wykonane. To referencje mają potwierdzać prawidłowość wykonanej usługi referencyjnej.

Z treści referencji wystawionych przez „MATGRAF reklama i poligrafia M.D.” wprost wynika, że „polecamy firmę

CERES-POL SP. Z O.O. jako solidną, realizuje kontrakt profesjonalnie zgodnie z założeniami w zakresie ochrony. Całość usługi została wykonana należyście.”. Tak więc referencja ta, określona jako „Rekomendacja” potwierdza wprost należyte wykonanie usługi referencyjnej wykazywanej przez wykonawcę CERES-POL i realizowanej na rzecz jego wystawcy.

Z kolei druga ze złożonych referencji wystawiona przez „MARGO Sp. z o.o.” w swej treści nie potwierdza należytego wykonania wyspecyfikowanej w jej treści usługi wykonywanej przez wykonawcę CERES-POL. W referencji bowiem podano, że „rekomendujemy firmę CITY SECREY SERVICE SP Z O.O. wiarygodną i profesjonalną. Usług została wykonana należyście”. Należyte wykonanie usługi powinno wprost z referencji wynikać. Nie można się zgodzić z Zamawiającym, który twierdzi, że jest to oczywista omyłka pisarska. Oczywista omyłka pisarska to w szczególności niezamierzone przekręcenie, opuszczenie wyrazu, błąd logiczny, pisarski lub inna przypadkowa niedokładność. Powinna dać się poprawić bez potrzeby odwoływania się do innych dokumentów. W tym przypadku tak nie jest, gdyż w treści referencji wskazano na dwa podmioty. Jeden, który miał wykonywać referencyjną usługę, tj. „CERES-POL” oraz drugi, który ją należyście wykonał, tj. „CITY SECREY SERVICE SP Z O.O”. Każdy z tych podmiotów mógłby być tym, który usługę wykonywał i wykonał ją należyście. Nie wiadomo jednak, który z tych podmiotów nim jest. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się i oferta wykonawcy CERES-POL powinna być odrzucona.

Izba nie stwierdziła natomiast podstaw do uznania, że wykonawca ten poświadczył nieprawdę, gdyż dopuścił się przestępstwa. Sam Odwołujący, składając w poczet materiału dowodowego szereg dokumentów, przyznał, że są to jedynie poszlaki. Dowodem takim nie mogą być przecież zdjęcia przedstawiające jakieś budynki, oświadczenia anonimowych osób czy też korespondencja kierowana wyłącznie w jedną stronę, tj. zapytanie kierowane do ich wystawcy i brak jakiegokolwiek odpowiedzi.

Niezależnie od powyższego podnieść należy, że organami właściwymi do kierowania zawiadomień o popełnieniu przestępstwa są prokuratura i policja. Organem takim nie jest Krajowa Izba Odwoławcza.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp podniesiony został przez Odwołującego jako zarzut ewentualny (zarzut nr 2 odwołania) wobec tego nie podlegał on rozpoznaniu.

Odwołujący w treści odwołania wskazał „ewentualnie, (w przypadku nieuwzględnienia zasadności zaskarżenia zaniechania określonego w pkt 1), 2. art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy CERES-POL z powodu rażąco niskiej ceny pomimo, że spółka CERES-POL została wezwana przez Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień ceny i w złożonych wyjaśnieniach nie wykazała, że cena nie jest rażąco niska, a wręcz przeciwnie - złożone wyjaśnienia dowodzą, że oferta wykonawcy CERES-POL zawiera rażąco niską cenę.”. Wobec tego Izba nie orzekała o tym zarzucie, dzieląc w tym zakresie stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia

1 października 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 53/21, w którym stwierdzono, że „Zarzut ewentualny na gruncie niniejszego postępowania należy zestawić z powszechnie przyjętym i uznanym cywilistycznym roszczeniem ewentualnym. Ani prawo zamówień publicznych ani kodeks postępowania cywilnego nie precyzują pojęcia zarzutu ewentualnego. Jednakże ani jeden, ani drugi akt prawny nie ograniczają możliwości sformułowania zarzutu czy też roszczenia ewentualnego. Dodatkowo judykatura dopuszcza taką konstrukcję procesową. Skoro zatem dopuszczalne jest podnoszenie roszczenia ewentualnego w postępowaniach prowadzonych na podstawie KPC, to także w pełni dopuszczalne jest podnoszenie zarzutu ewentualnego w postępowaniach prowadzonych na podstawie sPzp.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, iż żądanie ewentualne zgłaszane jako dodatkowe na wypadek niemożności uwzględnienia przez Sąd żądania zasadniczego, jest szczególnym przypadkiem kumulacji roszczeń. Przy uwzględnieniu żądania zasadniczego Sąd nie orzeka w ogóle o żądaniu ewentualnym, a czyni to jedynie, gdy brak podstaw do uwzględnienia żądania zasadniczego (tak: wyroki Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 1996 r., III CRN 58/95, nie publ., z dnia 12 stycznia 2012 r., IV CSK 219/11, nie publ. i z dnia

4 października 2012 r., I CSK 100/12, nie publ.). Podobnie wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 18 października 2013 r., sygn. akt III CZP 58/13, OSNC 2014, nr 6, poz. 62 stwierdzając, że powód może sformułować w powództwie żądanie ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia przez sąd żądania głównego, oraz w wyroku z dnia 26 stycznia 1979 r.(sygn. akt IV CR 403) wskazując, iż zgłoszenie żądania ewentualnego stanowi szczególny przypadek kumulacji przedmiotowej w procesie - mianowicie sąd orzeka o żądaniu ewentualnym wtedy, gdy oddali powództwo o świadczenie zgłoszone na pierwszym miejscu.

Wniosek więc jest taki, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą uwzględnienie zarzutu głównego skutkuje brakiem podstaw do rozpoznawania zarzutu ewentualnego, a tym samym i braku podstaw badania dowodów czy też okoliczności faktycznych dotyczących żądania ewentualnego skoro żądanie ewentualne nie jest przedmiotem orzeczenia wskutek uwzględnienia zarzutu głównego.”.

Sytuacja taka miała miejsce w stanie faktycznym niniejszej sprawy. Zarzut nr 2 odwołania jest zarzutem

ewentualnym, co wprost wynika z treści odwołania. Na stronie 2 odwołania wskazano bowiem, że „ewentualnie, (w przypadku nieuwzględnienia zasadności zaskarżenia zaniechania określonego w pkt 1), 2. art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy CERES-POL z powodu rażąco niskiej ceny pomimo, że spółka CERES-POL została wezwana przez Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień ceny i w złożonych wyjaśnieniach nie wykazała, że cena nie jest rażąco niska, a wręcz przeciwnie - złożone wyjaśnienia dowodzą, że oferta wykonawcy CERES-POL zawiera rażąco niską cenę.”, pogrubiając dodatkowo treść dotyczącą zarzutu ewentualnego („ewentualnie, (w przypadku nieuwzględnienia zasadności zaskarżenia zaniechania określonego w pkt 1)”. Tym samym podkreślono intencje Odwołującego. Odwołujący wyraźnie więc wskazał, że zarzut ten zostaje podniesiony na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1. Dlatego też Izba nie rozpoznawała tego zarzutu, stwierdzając za ww. orzeczeniem Sądu Okręgowego w Warszawie, że „w przypadku akcji prawnej, która zawiera roszczenie ewentualne nie orzeka się o nim w sytuacji w której uwzględnia się roszczenie podstawowe”.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r.,

Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 1 i 2) lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca: