

Sygn. akt: KIO 2876/23

WYROK
z dnia 17 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Adriana Urbanik

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2023 r.

przez wykonawcę **City Secret Service Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Polską Agencję Inwestycji i Handlu Spółkę Akcyjną w Warszawie**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: City Secret Service Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **City Secret Service Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, z późn. 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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2876/23

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn. „Świadczenie usługi ochrony całodobowej budynków Polskiej Agencji Inwestycji i Handlu S.A., z podziałem na dwie części: - Część nr 1 - usługi ochrony całodobowej w lokalizacji przy ul. Bagatela 12 w Warszawie, - Część nr 2 - usługi ochrony całodobowej w lokalizacji przy Al. Stanów Zjednoczonych 53 w Warszawie”, nr referencyjny: DPZP.DA.25.10.2023/TP, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10.05.2023 r., za numerem 2023/BZP 00208633, przez: **Polską Agencję Inwestycji i Handlu S.A., ul. Krucza 50, 00-025 Warszawa** zwaną dalej: „Zamawiającym”. Do wyżej wymienionego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, z późn. zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”.

Dnia 02.10.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie złożył wykonawca **City Secret Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Marii Rodziewiczówny 1 lok. 335, 04-187 Warszawa**, zwany dalej także „Odwołującym”,

od czynności dokonanej przez Zamawiającego polegającej na:

- 1) odrzuceniu oferty City Secret Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością dalej „City Secret Service”, z uwagi na niezłożenie w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń w ofercie Odwołującego;
- 2) wyborze oferty Konsorcjum w składzie: Security Emporio sp. z o. o. Sp. k. (lider Konsorcjum), Emporio sp. z o. o. (członek Konsorcjum) oraz Vigor Security sp. z o. o. (członek Konsorcjum);
- 3) zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w części nr 1 i części nr 2 postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie w postępowaniu przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie błędnego stwierdzenia, iż Odwołujący w Części nr 1 i części nr 2 postępowania nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych, pomimo że w złożonych wyjaśnieniach Odwołujący przedstawił kompletne i wyczerpujące wyjaśnienia dotyczące podmiotowych środków dowodowych;

2)art. 239 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty w Części nr 1 i części nr 2 postępowania oferty konsorcjum Security Emporio sp. z o. o. Sp. k (lider konsorcjum), Emporio sp. z o. o. (członek Konsorcjum) oraz Vigor Security sp. z o. o. (członek konsorcjum) pomimo, że to oferta Odwołującego w przypadku prawidłowego dokonania czynności oceny ofert powinna być oceniona jako najkorzystniejsza w postępowaniu;

3)art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej w części nr 1 i nr 2 postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w sytuacji, gdy ofertą najkorzystniejszą w części nr 1 i nr 2 postępowania jest oferta Odwołującego.

W związku z powyższym, mając na uwadze fakt, iż wskazane w odwołaniu naruszenia mogą prowadzić do uniemożliwienia udziału Odwołującego w postępowaniu, a tym samym mogą mieć lub mają wpływ na wynik postępowania, Odwołujący wnioskował o:

1)uwzględnienie odwołania w całości;

2)unieważnienie czynności wyboru oferty konsorcjum Security Emporio sp. z o. o. sp. k. (lider Konsorcjum), Emporio sp. z o. o. (członek Konsorcjum) oraz Vigor Security sp. z o. o. (członek Konsorcjum) w Części nr 1 i części nr 2 postępowania jako najkorzystniejszej;

3)unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w Części nr 1 i części nr 2 postępowania;

4)wybór oferty Odwołującego w Części nr 1 i części nr 2 postępowania;

5)zasądzenie kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego zgodnie z rachunkiem przedstawionym na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał: W dniu 27.09.2023 r. Zamawiający opublikował zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu i odrzuceniu oferty Odwołującego w Części nr 1 i części nr 2 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp. Zamawiający uzasadniając swoją decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego przyjął, że: „Zamawiający nie może przyjąć tak lakonicznego tłumaczenia, że Wykonawca nie może zdobyć referencji na potwierdzenie należytego wykonania usług. W wezwaniu Zamawiający wskazał Wykonawcy, że może na tę okoliczność przedstawić inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie. Za inne dokumenty można uznać: referencje, list referencyjny, potwierdzenie dobrego wykonania umowy, lub w myśl § 1 ust. 2 pkt. 2 oraz 3 Rozporządzenia jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia to może złożyć: 1) inne dokumenty — w przypadku robót budowlanych lub 2) oświadczenie wykonawcy - w przypadku dostaw lub usług. Za obiektywną przyczynę niemożności wystawienia poświadczenia należy rozumieć sytuację, w której podmiot uprawniony do wystawienia referencji, z przyczyn niezależnych od tego podmiotu nie jest w stanie potwierdzić należytego wykonania usługi (KIO 2243/14; KIO 2873/13) np. likwidacja podmiotu zamawiającego. Jednocześnie do przyczyn takich zaliczyć można sytuacje, w której Zamawiający bez powodu odmawia wystawienia poświadczenia. W przedmiotowej sytuacji Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie swoich działań w celu uzyskania referencji lub braku możliwości ich podpisania w związku z okresem urlopowym osób upoważnionych”. W ocenie Odwołującego nie zaistniały podstawy do podjęcia przez Zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty, a co więcej takie twierdzenia są wewnętrznie niespójne i oderwane od złożonych przez wykonawcę wyjaśnień. Odwołujący przywołał wyrok z dnia 18.02.2022 r., sygn. akt KIO 282/22. W dniu 21.08.2023 r. Zamawiający skierował

do City Secret Service wezwanie na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp o uzupełnienie aktualnego na dzień złożenia podmiotowego środka dowodowego, wskazanego w pkt XII SWZ do złożenia na potwierdzenie należytego wykonania usług wskazanych w wykazie usług: „dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.”. Wykonawca na wezwanie Zamawiającego złożył w dniu 23.08.2023 r. wyjaśnienia, które w sposób kompletny, spójny i wyczerpujący, a zatem zgodny z treścią wezwania określonego przez Zamawiającego potwierdził spełnienie warunków udziału

w postępowaniu. Mając na uwadze powyższe, Odwołujący stwierdził, iż nie zaistniały podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach w dniu 23.08.2023 r. w sposób wyczerpujący przedstawił okoliczności, które sprawiły, iż nie mógł on przedłożyć wnioskowanych przez Zamawiającego referencji bądź innych dokumentów sporządzonych przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane tj.: „informuję, że z przyczyn niezależnych od Spółki na dzień dzisiejszy nie jest w stanie dostarczyć referencji potwierdzających

należyte wykonanie umowy. Informuję, iż Spółka wystąpiła do wskazanych w Wykazie usług kontrahentów z prośbą o wystawienie referencji lecz ze względu na okres urlopowy osób upoważnionych do ich podpisania na chwilę obecną ich nie otrzymała.". Nadmienić, że przedmiotowe referencje, o które zwrócił się Odwołujący do podmiotów na rzecz których realizuje usługi otrzymał dopiero w dniu 31.08.2023 r. W zaistniałym stanie faktycznym i prawnym nie ma zdaniem Odwołującego jakichkolwiek podstaw do odrzucenia oferty złożonej przez City Secret Service, a czynności podjęte przez Zamawiającego były nieuzasadnione i jako takie nie mogą się ostać.

Zamawiający w dniu 02.10.2023 r., stosownie do art. 524 ustawy Pzp (przy użyciu środków komunikacji elektronicznej na Platformie Zakupowej Zamawiającego), wezwał wraz kopią odwołania, uczestników postępowania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

W dniu 11.10.2023 r. odpowiedź na odwołanie drogą elektroniczną (na skrzynkę mailową odwolania@uzp.gov.pl) złożył Zamawiający, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości jako całkowicie bezzasadnego i wskazał w uzasadnieniu w szczególności: W dniu 27 września 2023 r. Zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, jak też informację o odrzuceniu oferty m. in. Odwołującego, przedstawiając szczegółowe uzasadnienie w tym zakresie. Mając na uwadze zarówno okoliczności faktyczne sprawy, jak i dokumentację postępowania, brak jest podstaw do uwzględnienia któregośkolwiek z zarzutów przez Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie błędnego stwierdzenia, iż Odwołujący w Części nr 1 i części nr 2 postępowania nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych, pomimo że w złożonych wyjaśnieniach Odwołujący przedstawił kompletne

i wyczerpujące wyjaśnienia dotyczące podmiotowych środków dowodowych, Zamawiający wskazał także, iż z aktualnego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, w tym

z wyroku z dnia 30.01.2023 r. (sygn. akt KIO 115/23) wynika, że złożenie oświadczenia własnego w miejsce referencji jest wyjątkiem od zasady legitymowania się przez wykonawcę referencjami bądź innymi dokumentami sporządzonymi przez podmiot, na rzecz którego usługi wykonano. Warunkiem złożenia oświadczenia własnego jest istnienie niezależnego

od wykonawcy powodu, uniemożliwiającego przedstawienie referencji lub innych dokumentów. Wyjaśnienie tego powodu obciąża wykonawcę, który powinien należycie uzasadnić brak możliwości pozyskania referencji, w tym podać przyczynę ich niezyskania, przy czym winna to być przyczyna od niego niezależna. Na uwagę zasługuje także, iż Izba potwierdziła konieczność wykazania starań ze strony Odwołującego jako warunek sine qua non przyjęcia oświadczenia własnego wykonawcy zamiast referencji. Izba wskazała bowiem, że zauważyć należy, iż Odwołujący nie wykazał, że w tym okresie podejmował działania realnie zmierzające do uzyskania referencji, w tym np. monitorował obiorcę usługi, czy też skierował prośbę o wystawienie referencji do innej komórki odbiorcy usługi czy innej osoby. Brak aktywności w powyższym zakresie obciąża Wykonawcę. Zamawiający zauważył,

że zaprezentowane orzeczenie stanowi wyraz jednolitej i utrwalonej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie konieczności udowodnienia zamawiającemu starań w uzyskaniu dokumentów referencji, co dopiero następnie uprawnia wykonawcę do legitymowania się oświadczeniem własnym zastępującym dowód potwierdzający należyte wykonanie danego zamówienia. Podkreślił, że gdyby przyjąć, jak wskazuje Odwołujący, że wystarczającym do potwierdzenia należytego wykonania danego zamówienia jest wyłącznie oświadczenie własne wykonawcy, które zamawiający zobowiązany jest przyjąć całkowicie bezkrytycznie,

to tak też zostałaby przyjęta regulacja prawna w tym zakresie, tj. nie byłoby konieczności składania referencji lub innych dowodów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia. Skoro jednak ustawodawca w sposób jasny określił katalog podmiotowych środków dowodowych, traktując oświadczenie własne wykonawcy jako uzasadniony wyjątek od reguły, z narracją Odwołującego nie sposób się zgodzić. W okolicznościach niniejszej sprawy na uwagę zasługuje, że:

1) Odwołujący z chwilą podjęcia decyzji o ubieganiu się o przedmiotowe zamówienie publiczne miał świadomość, że będzie miał obowiązek przedstawić dowody potwierdzające należyte wykonanie usług, nie była to więc dla niego informacja nowa po której uzyskaniu mógł przystąpić do uzyskania dowodów potwierdzających jego należyte wykonywanie;

2) Odwołujący nie przedstawił Zamawiającemu żadnego dowodu potwierdzającego zwrócenie się do swoich kontrahentów o wystawienie referencji - Zamawiający nie otrzymał żadnej korespondencji, choćby mailowej w sprawie żadnej z usług skierowanej

do kontrahentów Odwołującego. Przekazane dowody potwierdzałyby nie tylko okoliczność rzeczywistego wystąpienia o wystawienie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi, ale także nieobecność osób, do których skierowane były zapytania (poprzez otrzymanie tzw. odpowiedzi z autorespondera z powodu nieobecności), jak również ewentualne ponaglenia w zakresie uzyskania referencji;

3) Odwołujący mimo, iż z uwagi na sezon urlopowy swoich kontrahentów nie mógł uzyskać odpowiednich dokumentów nie zwrócił się do Zamawiającego o wydłużenie terminu na uzupełnienie wymaganych dokumentów. Powszechną praktyką wykonawców ubiegających się o zamówienie jest wnioskowanie do Zamawiających o zmiany terminów składania dokumentów z uwagi na nieprzewidziane okoliczności;

4) Odwołujący nie przedłożył dotychczas, nawet w treści odwołania, dowodów potwierdzających należyte wykonanie wszystkich usług, mimo ich rzekomego otrzymania w dniu 31.08.2023 r. Twierdzenia zatem o próbach uzyskania referencji lub innych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówień w dalszym ciągu pozostają gołosłowne;

5) Odwołujący w treści odwołania nie podjął nawet próby polemiki z uzasadnieniem odrzucenia oferty zawartym w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia

27.09.2023 r. Swoje twierdzenia Odwołujący ograniczył wyłącznie do powtórzenia, że jego wyjaśnienia złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego są kompletne i spójne. Jest to o tyle istotne, że przedmiotem zamówienia są usługi ochrony obiektów, czyli usługi

w odniesieniu do których Zamawiający musi mieć szczególne przekonanie, że wykonawca który ma świadczyć usługi na jego rzecz daje rzeczywiście rękojmię należytego wykonania zamówienia. Odwołujący zatem jako profesjonalista funkcjonujący na rynku usług ochroniarskich winien mieć świadomość, że jego staranność w wykazaniu należytego wykonania poprzednich kontraktów ma dla każdego Zamawiającego fundamentalne znaczenie;

6) Odwołujący, wbrew swoim twierdzeniom zawartym w zarzutach, nie przedstawił żadnych kompletnych i wyczerpujących wyjaśnień dotyczących podmiotowych środków dowodowych. Nie sposób bowiem za takie uznać jednego zdania z wyjaśnień z dnia

23 sierpnia br., cyt: „Informuję, iż Spółka wystąpiła do wskazanych w Wykazie usług kontrahentów z prośbą o wystawienie referencji lecz ze względów na okres urlopowy osób upoważnionych do ich podpisania na chwilę obecną ich nie otrzymała.”. Odwołujący nie wskazał ani nie potwierdził w treści wyjaśnień:

a) czy wystąpił do wszystkich czterech podmiotów, na rzecz których świadczył usługi wymienione w wykazie usług, stanowiącym załącznik nr 8 do SWZ;

b) kiedy (w jakiej dacie) wystąpił do którego podmiotu o wystawienie referencji;

c) do jakich konkretnie osób się zwrócił z wnioskiem o wystawienie referencji.

Powyższe okoliczności potwierdzają zatem jednoznacznie zdaniem Zamawiającego,

że oświadczenie własne Odwołującego o należytych w jego ocenie wykonaniu wszystkich usług wskazanych w wykazaniu usług nie może zostać uwzględnione przez Zamawiającego, gdyż Odwołujący nawet nie uprawdopodobnił okoliczności, na które powołał się w treści złożonego oświadczenia. Mając zatem na uwadze zarówno treść złożonego wykazu usług, jak

i oświadczenia złożonego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego brak jest podstaw

do uznania, że Odwołujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie legitymowania się odpowiednim do tego doświadczeniem. To natomiast oznacza,

że Zamawiający uprawniony był do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, jako, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na fakt,

że została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunków udziału

w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 239 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty w Części nr 1 i części nr 2 postępowania oferty konsorcjum Security Emporio sp. z o. o. Sp. k (lider Konsorcjum), Emporio sp. z o. o. (członek Konsorcjum) oraz Vigor Security sp. z o. o. (członek Konsorcjum) pomimo, że to oferta Odwołującego w przypadku prawidłowego dokonania czynności oceny ofert powinna być oceniona jako najkorzystniejsza w postępowaniu oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej w części nr 1 i nr 2 postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w sytuacji, gdy ofertą najkorzystniejszą w części nr 1 i nr 2 postępowania jest oferta Odwołującego, Zamawiający wskazał, że wobec braku zawarcia w treści odwołania jakiegokolwiek uzasadnienia

dla wskazanych zarzutów Zamawiający nie ma podstaw do ich uwzględnienia. Zarzuty sformułowane w tym względzie przed Odwołującego pozostają gołosłowne i jako nieuzasadnione nie mogą podlegać uwzględnieniu przez Zamawiającego.

W dniu 16.10.2023 r. podczas rozprawy w szczególności:

- 1) Odwołujący wskazał, że zwrócił się o referencje telefonicznie pod koniec czerwca/początek lipca 2023 r., a postępowanie trwa od maja 2023 r. Złożył dowody na potwierdzenie należytego wykonania zamówień – 4 referencje, wszystkie z dnia 31.08.2023 r.;
- 2) Zamawiający wskazał, że złożone referencje są spóźnione.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi w postępowaniu odwoławczym dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp, a wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 ustawy Pzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, jak również dowody zawnioskowane przez Zamawiającego i Odwołującego, a także w dniu 16.10.2023 r. na rozprawie przez Odwołującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowisko wynikające ze złożonych pism, w tym odwołania, odpowiedzi na odwołanie, oraz stanowiska i oświadczenia stron, złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego pod literą:

- a) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie błędnego stwierdzenia, iż Odwołujący w części nr 1 i części nr 2 postępowania nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych, pomimo że w złożonych wyjaśnieniach Odwołujący przedstawił kompletne i wyczerpujące wyjaśnienia dotyczące podmiotowych środków dowodowych;
- b) art. 239 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty w Części nr 1 i części nr 2 postępowania oferty konsorcjum Security Emporio sp. z o. o. Sp. k (lider Konsorcjum), Emporio sp. z o. o. (członek Konsorcjum) oraz Vigor Security sp. z o. o. (członek Konsorcjum) pomimo, że to oferta Odwołującego w przypadku prawidłowego dokonania czynności oceny ofert powinna być oceniona jako najkorzystniejsza w postępowaniu;
- c) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej w części nr 1 i nr 2 postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w sytuacji, gdy ofertą najkorzystniejszą w części nr 1 i nr 2 postępowania jest oferta Odwołującego.

W sprawie sporne było czy Odwołujący złożył podmiotowy środek dowodowy na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia wskazanego w wykazie usług. Ponieważ Odwołujący nie dysponował referencjami i nie mógł złożyć ich w terminie wymaganym przez Zamawiającego, to złożył oświadczenie, że przedmiotowe zamówienia zostały wykonane należyście, wskazując na problem z uzyskaniem tych referencji na skutek okresu urlopowego osób upoważnionych do ich wystawienia. Sporne było, czy oświadczenie wraz z wyjaśnieniem przyczyn niezależnych od wykonawcy w zakresie niezłożenia referencji, w braku złożenia potwierdzających te wyjaśnienia dowodów, jest wystarczające do skutecznego złożenia podmiotowego środka dowodowego w postępowaniu.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do powyższych twierdzeń Odwołującego, wskazania wymaga, że Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego w zakresie zasadności oddalenia odwołania, gdyż Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu nie naruszając zarzucanych mu w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, w tym zapewniając zachowanie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Oдноśnie zarzutów odwołania Izba uznała zarzuty za niezasadne.

Izba szczegółowo zanalizowała okoliczności faktyczne i prawne w zakresie zarzutów odwołania, i w szczególności podnosi jak niżej.

W dniu 07.08.2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia m. in. wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane,

a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów

- oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy (powyższe wynika ze złożonego przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie dowodu nr 1 - wezwanie Zamawiającego z dnia 07.08.2023 r.).

W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie Odwołujący w dniu 14.08.2023 r. przesłał Zamawiającemu wykaz usług wraz z oświadczeniem zawartym pod tabelą cyt: „Oświadczamy, że ww. usługi wykonaliśmy należycie, w trakcie trwania umów nie były nałożone kary ani sankcje w związku z niewłaściwym wykonaniem umów” (powyższe wynika ze złożonego przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie dowodu nr 2 - wykazu usług Odwołującego).

Zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego w dniu 21.08.2023 r. do uzupełnienia „dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa,

są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.” (powyższe wynika ze złożonego przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie dowodu nr 3 - wezwania

do uzupełnienia dokumentów z dnia 21.08.2023 r.).

W odpowiedzi przesłanej do Zamawiającego w dniu 23.08.2023 r. Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko o należyтым wykonaniu usług, jak też wskazał, że nie ma możliwości aby przedstawić referencje potwierdzające należyte wykonanie, gdyż z uwagi

na okres urlopowy u kontrahentów Spółka nie otrzymała referencji, mimo że o nie wystąpiła (powyższe wynika ze złożonego przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie dowodu nr 4 - oświadczenia Odwołującego z dnia 23.08.2023 r.).

W dniu 27.09.2023 r. Zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej i informację o odrzuceniu oferty m. in. Odwołującego, przedstawiając uzasadnienie w tym zakresie (powyższe wynika ze złożonego przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie dowodu nr 5 - informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 27.09.2023 r.).

Na podstawie § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415, z późn. zm.), w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału

w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających

się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

Ze wskazanej regulacji wynika, że oświadczenie własne wykonawcy składane w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest dopuszczalne wyłącznie jeśli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać referencji lub innych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 ustawy Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału dowodowego (art. 542 ust. 1 ustawy Pzp), Izba stwierdziła, co następuje.

Odnosząc się do zarzutów odwołania, wskazać na wstępie należy, że nie ulega wątpliwości, że zamawiający działa na podstawie przepisów prawa zamówień publicznych w procedurze o udzielenie zamówienia publicznego i jest zobowiązany do ich stosowania, zarówno ustawy – Prawo zamówień publicznych, jak i aktów wykonawczych do tej ustawy. Podobnie wykonawcy są zobowiązani do odpowiedniego przestrzegania powyższych przepisów podczas udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Obowiązuje zasada powszechnej znajomości prawa obowiązującego.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał Zamawiającemu, że z przyczyn od niego niezależnych nie mógł złożyć referencji w postępowaniu, z których wynikałoby należyte wykonanie zamówień wskazanych w wykazie usług. Nie wystarczy przy tym jedynie poinformowanie Zamawiającego o przeszkodzie niezależnej od Odwołującego w uzyskaniu referencji, ale winien on wykazać Zamawiającemu podjęte starania uzyskania wymaganych dokumentów, w szczególności jak przykładowo prośbę mailową o referencje

do wystawcy referencji, potwierdzenie mailowe przeprowadzonej rozmowy telefonicznej

w sprawie prośby o referencje. Taki obowiązek ciążył na Odwołującym na podstawie

§ 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415, z późn. zm.), w którym

w szczególności wskazano, że zamawiający może żądać wykazu dostaw lub usług oraz załączenia dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane należyście, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a jeżeli wykonawca

z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy. Zamawiający przy tym wskazał wykonawcy w wezwaniu z dnia 21.08.2023 r. obowiązek „wykazania że wystąpiły okoliczności od wykonawcy niezależne, uzasadniające brak możliwości uzyskania referencji. Ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na Wykonawcy”. Taki obowiązek potwierdza również orzecznictwo. Izba zauważyła także, że skoro ogłoszenie o postępowaniu opublikowano w dniu 10.05.2023 r., to Odwołujący mógł zwrócić się o referencje znacznie wcześniej niż pod koniec czerwca, z początkiem lipca

- jak oświadczył na rozprawie w dniu 16.10.2023 r., celem dochowania należytej staranności w złożeniu oferty, a zatem już z tego powodu wyjaśnienie dotyczące uzasadnienia złożenia oświadczenia wskutek niemożliwego uzyskania referencji z powodu okresu urlopowego

nie mogło wykazać okoliczności niezależnych od wykonawcy w złożeniu referencji.

Zamawiający uprawniony był zatem do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, jako, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu

z uwagi na fakt, że została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu, nie wykazał bowiem Odwołujący zaistnienia niezależnych od niego przyczyn, uniemożliwiających mu złożenie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia – tu referencji.

Izba wskazuje także, że złożone przez Odwołującego na rozprawie dowody - referencje potwierdzające należyte wykonanie zamówienia, nie są istotne dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie, bowiem referencje te powinny być przekazane Zamawiającemu w terminie przez niego wyznaczonym. Skoro w dacie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem terminu na uzupełnienie podmiotowego środka dowodowego – tu referencji, Zamawiający nie dysponował tymi referencjami, ani też nie dysponował dowodami na potwierdzenie przyczyn niezależnych od Odwołującego

w uzyskaniu tych referencji, to należało uznać, że Odwołujący nie uczynił zadość ani wymogowi złożenia referencji ani wymogowi złożenia oświadczenia z wykazaną podstawą

do złożenia tego oświadczenia – wraz z dowodami potwierdzającymi przyczyny niezależne

od Odwołującego, uniemożliwiające złożenie referencji. W tak ustalonym stanie faktycznym należało uznać za zgodne z

prawem zaskarżone czynności Zamawiającego i niezasadność zarzutów wskazanych pod literą a (naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c ustawy Pzp) i literą b (naruszenie art. 239 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp) odwołania, które podlegały w związku z powyższym oddaleniu. W konsekwencji oddalenia powyższych zarzutów również zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp (oznaczony literą c w odwołaniu) podlegał oddaleniu, jako wynikający z dwóch poprzednich zarzutów.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie i ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U.). Wobec oddalenia odwołania w całości koszty ponosi odwołujący. W związku z tym, iż strony na rozprawie w dniu 16.10.2023 r. nie wniosły o zasądzenie uzasadnionych kosztów stron postępowania odwoławczego i nie złożyły faktur i rachunków, Izba nie zasądziła takich kosztów.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....