Sygn. akt: KIO 3517/23

WYROK
z dnia 7 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Monika Szymanowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 listopada 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego „Makropol" Sp. z o.o. w Poznaniu, Makropol TP Sp. z o.o. w Poznaniu, Basma Security Sp. z o.o. w Warszawie i Cerber Ochrona Sp. z o.o. w Liwie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Uniwersytet Przyrodniczy w Poznaniu przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Holding Hunter Sp. z o.o. Sp. k. w Grodzisku Wielkopolskim, Hunters24 Sp. z o.o. Sp. k. w Grodzisku Wielkopolskim, Green Hunters Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie, Human Hunters Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie i Hunters Ochrona Plus Sp. z o.o. w Piotrkowie Trybunalskim przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.oddala odwołanie,

2.kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego „Makropol" Sp. z o.o. w Poznaniu, Makropol TP Sp. z o.o. w Poznaniu, Basma Security Sp. z o.o. w Warszawie, Cerber Ochrona Sp. z o.o. w Liwie i:

2.1.zalicza na poczet kosztów kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego „Makropol" Sp. z o.o. w Poznaniu, Makropol TP Sp. z o.o. w Poznaniu, Basma Security Sp. z o.o. w Warszawie i Cerber Ochrona Sp. z o.o. w Liwie tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza solidarnie od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego „Makropol" Sp. z o.o. w Poznaniu, Makropol TP Sp. z o.o. w Poznaniu, Basma Security Sp. z o.o. w Warszawie i Cerber Ochrona Sp. z o.o. w Liwiena rzecz zamawiającego Uniwersytetu Przyrodniczego w Poznaniu kwotę 3 567,00 zł (trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt siedem złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

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) 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:

……

U z a s a d n i e n i e
wyroku z dnia 7 grudnia 2023 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 3517/23

Zamawiający – Uniwersytet Przyrodniczy w Poznaniu, ul. Wojska Polskiego 28, 60-637 Poznań, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usługi całodobowej ochrony osób i mienia Uniwersytetu Przyrodniczego w Poznaniu (II)", o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 30 czerwca 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2023/S 124-391298, dalej zwane „postępowaniem".

Postępowanie na usługę społeczną, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych ((Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) dalej zwanej „p.z.p."), jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 24 listopada 2023 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniosło konsorcjum „Makropol" Sp. z o.o. ul. Zacisze 8, 60-831 Poznań, Makropol TP Sp. z o.o. ul. Zacisze 8, 60-831 Poznań, Basma Security Sp. z o.o. ul. Prymasa Tysiąclecia 58, 01-424 Warszawa i Cerber Ochrona Sp. z o.o. ul. Nowomiejska 49, 07-100 Liw (dalej zwane „odwołującym"). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu zarzut naruszenia (pisownia oryginalna):

1.art. 226 ust. 1 pkt 2) a-b PZP w zw. z art. 117 ust. 3 i 4 PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Hunters, pomimo, że treść oferty Konsorcjum Hunters została złożona przez wykonawcę: podlegającego wykluczeniu z postępowania oraz niespełniającego warunków udziału w postępowaniu - niespełnianie warunku doświadczenia (w ramach wykazania zdolności technicznej lub zawodowej - rozdział 9, pkt 1 ppkt 3 SWZ) przez wskazanych przez Konsorcjum Hunters członków konsorcjum delegowanych do wykonywania usługi stałej bezpośredniej ochrony fizycznej;
2.art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Hunters, pomimo, że treść oferty Konsorcjum Hunters jest niezgodna z warunkami zamówienia;
3.art. 109 ust. 1 pkt 8) PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Hunters z Postępowania, pomimo, że Konsorcjum Hunters w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
4.art. 109 ust. 1 pkt 10) PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Hunters z Postępowania, pomimo, że Konsorcjum Hunters w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

powtórzenie czynności badania i oceny ofert, wykluczenie i odrzucenie oferty złożonej przez konsorcjum Holding Hunter Sp. z o.o. Sp. k. w Grodzisku Wielkopolskim, Hunters24 Sp. z o.o. Sp. k. w Grodzisku Wielkopolskim, Green Hunters Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie, Human Hunters Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie i Hunters Ochrona Plus Sp. z o.o. w Piotrkowie Trybunalskim (dalej zwanych także jako „Konsorcjum Hunters"). Ponadto wniesiono o zasądzenie na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. Zamawiający dokonał wyboru konkurencyjnej oferty Konsorcjum Hunters, pomimo oczywistych i niebudzących wątpliwości odwołującego okoliczności uzasadniających co najmniej konieczność odrzucenia tej oferty, o ile nie wykluczenia ww. wykonawców z postępowania. Zarzuty ogniskują się wokół interpretacji postanowień SWZ, w powiązaniu z przepisami p.z.p. regulującymi problematykę wspólnego ubiegania się wykonawców o udzielenie zamówienia publicznego oraz wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający w ppkt 3 pkt 1 rozdziału 9 SWZ zawarł wymóg wykazania przez wykonawcę wykonania w okresie ostatnich 3 lat co najmniej jednej usługi ochrony osób i mienia, wykonanej na podstawie jednej umowy o wartości nie mniejszej niż 3.500.000,00 zł brutto (zdolność techniczna lub zawodowa). Zamawiający miał swobodę w zredagowaniu tego wymogu i przyjął założenie, że wykonanie jednej usługi w oparciu o jedną umowę na kwotę nie niższą niż 3,5 mln zł wymagało sporego zaangażowania przez wykonawcę usługi co do personelu i zakresu świadczonych usług (mając na względzie również znajomość rynku tego rodzaju usług). Zamawiający uznał zatem, że podmiot mogący się wykazać takim doświadczeniem ma wystarczające kwalifikacje do wykonania usług objętych postępowaniem. Dalej, w pkt 5, zamawiający jednoznacznie napisał, iż „w odniesieniu do warunków dotyczących kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z Wykonawców, którzy wykonają usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane". Innymi słowy, dopuszczalne jest poleganie na zdolnościach tych wykonawców, ale tylko tych, którzy mają wykonać konkretną usługę. Usługa objęta zamówień to „całodobowa ochrona osób i mienia", zaś wymóg doświadczenia również przedstawiono ogólnie jako wykonanie usługi „ochrony osób i mienia" (w stosownym rozmiarze budżetu historycznie wykonanej usługi). Chcąc więc powierzyć realizację całości lub części zadania partnerom konsorcjum, Konsorcjum Hunters powinno wskazać wyraźnie, który podmiot legitymujący się minimalnym wymaganym doświadczeniem będzie realizował usługi ochrony osób i mienia.

W rozdziale 11 pkt 8 SWZ zamawiający wymagał, aby dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu złożył każdy z wykonawców w zakresie, w jakim każdy z wykonawców wykazuje spełnianie warunków. Powtórzenie słowa „każdy" w ww. zdaniu nie jest przypadkowe i powinno prowadzić do jednoznacznej wykładni tego wymogu, tzn. aby każdy z partnerów konsorcjum, wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, wykazał, że spełnia warunki przetargu, w takim jednakże zakresie, w jakim będzie realizował przedmiot zamówienia. Wynika to także z kolejnego postanowienia rozdziału 11 SWZ, tj. pkt 9, zamawiający odnosi to do art. 117 ust. 3 i 4 p.z.p. i nakazuje – w przypadku, jeżeli wiele podmiotów stara się wspólnie o udzielenie zamówienia – wskazania, które usługi wykona który konkretny (poszczególny) wykonawca.

Konsorcjum Hunters w złożonym oświadczeniu (w uzupełnieniu załącznika nr 13 do SWZ) wskazało, że „stałą bezpośrednią ochronę fizyczną" świadczyć będą: Green Hunters Sp. z o.o. Sp. k., Human Hunters Sp. z o.o. Sp. k., Hunters Ochrona Plus Sp. z o.o., a usługę stałej oraz doraźnej ochrony fizycznej przez grupy interwencyjne Hunters24 Sp. z o.o. Sp. k. Tymczasem z odrębnego oświadczenia (w uzupełnieniu załącznika nr 17 do SWZ) konsorcjum podało, że wymóg z ppkt 3 pkt 1 rozdziału 9 SWZ spełnia wyłącznie Green Hunters Sp. z o.o. Sp. k., jako wykonawca wskazanej tam usługi, i to wykonawca wyłączny. Tym samym w dokumentacji przetargowej brak jest dowodów potwierdzających, że pozostali partnerzy Konsorcjum Hunters (oprócz Green Hunters Sp. z o.o. Sp. k.) mogli wykazać się wymaganym doświadczeniem, definiowanym jako wykonanie w okresie 3 lat wstecz jednej usługi na kwotę min. 3,5 mln zł brutto.

W związku z powyższym, zdaniem odwołującego, w ofercie wskazano jako potencjalnych wykonawców usługi podmioty, które nie spełniają warunku postawionego przez zamawiającego. W świetle treści oświadczeń Konsorcjum Hunters dopuszcza się, aby usługi świadczyły bezpośrednio podmioty nie dysponujące stosownym doświadczeniem. Dlatego też, mimo spełnienia warunku przez jednego z pięciu partnerów Konsorcjum Hunters – przy jednoczesnym niewykazaniu spełnienia warunku z rozdziału 9 pkt 1 ppkt 3 SWZ przez pozostałych partnerów, oznaczonych jako wykonawców części usługi ochrony osób i mienia, stanowi o konieczności odrzucenia tej oferty.

W ocenie odwołującego postanowienia SWZ pozostają zbieżne z art. 117 ust. 3 i 4 p.z.p., przyjmuje się bowiem, że skoro wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia korzystają z doświadczenia tylko z jednego z partnerów, to wyłącznie ten podmiot musi być wskazany jako wykonawca przedmiotowej usługi. Tak przykładowo Izba w wyroku z dnia 17.12.2021 r. sygn. akt: KIO 3510/21.

Odwołujący podniósł dalej, że należy też rozważyć, na ile oświadczenia Konsorcjum Hunters stanowiły wprowadzenie w błąd zamawiającego co do okoliczności spełniania warunku udziału w postępowaniu – ich analiza prowadzi do wniosku, że wyznaczenie do wykonania usługi partnerów niespełniających warunku udziału w postępowaniu powinna skutkować co najmniej odrzuceniem oferty i mogło wprowadzić zamawiającego w błąd. Zamawiający próbował w toku postępowania zweryfikować, w trybie art. 128 ust. 4 p.z.p., spełnianie warunków przez pozostałych partnerów konsorcjum (oprócz Green Hunters Sp. z o.o. Sp. k.). Z argumentacji i oceny pism z dnia 03.11.2023 r. oraz 10.10.2023 r. można wyprowadzić wniosek, iż pozostali partnerzy Konsorcjum Hunters nie spełniają wymogu doświadczenia, gdyż w przeciwnym wypadku załącznik, o którym mowa w art. 117 ust. 4 p.z.p. zostałby skorygowany, albo też ujawniono by dowody dokumentujące spełnianie wymogu doświadczenia, co nie nastąpiło.

Odnośnie do pierwszego pisma Konsorcjum Hunters, datowanego na dzień 10.10.2023 r., odwołujący zauważa, że wezwanie zamawiającego (w trybie art. 128 ust. 2 p.z.p.) było poprawne i właśnie – w tamtym momencie – świadczyło o właściwej interpretacji art. 117 ust. 3 p.z.p., co więcej, było to zgodne z poglądami Izby (wyrok z dnia 22.11.2022 r., 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".

W ocenie odwołującego cytowanie przez Konsorcjum Hunters fragmentu komentarza do p.z.p. jest bardzo wybiórcze, pomija wcześniejsze zdania tego samego komentatora, z których wynika, iż „w przypadku polegania przez członków konsorcjum na uprawnieniach, doświadczeniu, kwalifikacjach lub wykształceniu członka takiego konsorcjum

łączenie zdolności członków konsorcjum nie może następować w sposób dowolny. Liczy się rola, jaką członek grupy odegra przy realizacji zamówienia. Wymagane zdolności powinien posiadać co najmniej ten z konsorcjantów, który w ramach przyjętego wewnętrznie podziału zadań wyznaczony zostanie do realizowania danej części zamówienia, z którą wiąże się obowiązek posiadania konkretnych uprawnień, doświadczenia, kwalifikacji lub wykształcenia" (komentarz do art. 117 PZP, str. 450). Dopiero później pojawia się wyrwane z kontekstu zdanie, które odnosi się do ogólnej, globalnej, całościowej odpowiedzialności wszystkich konsorcjantów za ostateczny efekt świadczonych usług (należytego wykonania umowy), względnie – odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy. Istotą odpowiedzialności solidarnej jest ponoszenie odpowiedzialności cywilnej za skutki realizacji kontraktu. Poza tym, świadczenie z umowy ochrony osób i mienia jest świadczeniem ciągłym, kompleksowym i *de facto* niepodzielnym – zamawiający oczekuje zapewnienia usługi kompleksowej, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia.

Natomiast uwaga końcowa Konsorcjum Hunters, w ogóle nie powinna być przedmiotem oceny – podmioty powiązane kapitałowo lub osobowo nadal pozostają osobnymi podmiotami prawa cywilnego, spółkami posiadającymi odrębną zdolność prawną, przedsiębiorstwami w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego, a zatem każda ze spółek tworzących Konsorcjum Hunters ma własne zindywidualizowane właściwości (potencjał, doświadczenie, *know-how*), składające się na zorganizowany zespół składników niematerialnych i materialnych (art. 551 k.c.). Dlatego też stwierdzenie o „grupie kapitałowej Hunters" składającej się na „jednolity organizm gospodarczy" ma walor co najwyżej publicystyczny i może stanowić pewne uproszczenie w postrzeganiu grupy tych przedsiębiorstw, natomiast na gruncie przepisów p.z.p. takie twierdzenia nie zasługują w ogóle na aprobatę i ochronę prawną.

W ocenie odwołującego, w piśmie z dnia 3 listopada 2023 r., Konsorcjum Hunters wprost podało, że pozostałe wyznaczone do wykonywania umowy podmioty (nieposiadające własnego doświadczenia, zatem niespełniające wymogu podmiotowego) będą realizowały zlecone usługi, bynajmniej nie na podstawie podwykonawstwa – w dokumentacji postępowania brak jest wzmianki o zamiarze przeznaczenia wykonania części zamówienia jakiemukolwiek podwykonawcy. Podwykonawstwo nie wyklucza rygoryzmów narzuconych w art. 117 ust. 3 i 4 p.z.p. Wykonawca powierzający realizację części usługi podwykonawcy sam musi się legitymować spełnianiem warunku doświadczenia, a za wszelkie działania lub zaniechania podwykonawcy odpowiada jak za swoje własne. Niemniej jednak, nie podlega badaniu udział jakiegokolwiek podwykonawcy po stronie Konsorcjum Hunters, albowiem żaden podwykonawca nie został zgłoszony. Kluczowe natomiast jest to, że pkt 5 rozdziału 9 SWZ zredagowano w taki sposób, iż użyto zwrotu „którzy wykonują usługi", czego nie można interpretować inaczej, jak wskazania, że podmiot legitymujący się wymaganym doświadczeniem musi ten zakres wykonać. Brak jest określeń typu: „mogą wykonać", „powinni wykonać", „mogą uczestniczyć w wykonaniu", zwrot użyty w zdaniu oznajmującym jest obowiązkiem, a nie możliwością.

Odwołujący wskazał na wyrok z dnia 19.05.2022 r., sygn. akt: KIO 1141/22, i zauważył, że pomimo uznania zarzutu naruszenia art. 117 ust. 3 i 4 p.z.p. za zarzut przedwczesny, nie sposób nie zauważyć pełnej akceptacji poglądu, iż wymóg spełnienia warunku wymaganego doświadczenia musi się odnosić do każdego z wykonawców usługi, wyznaczonych w ramach wewnętrznego podziału zadań (dla których to wymaganie zostało postawione w SWZ).

Według odwołującego, w przypadku usługi objętej zamówieniem, nie można wydzielić różnych kategorii zadań, za które odpowiadaliby poszczególni konsorcjanci, albowiem zasadniczą usługą, także przedstawioną w załączniku nr 17, jest „stała bezpośrednia ochrona fizyczna". Przedmiot zamówienia, inaczej niż przy np. skomplikowanych robotach budowlanych, nie daje się podzielić na sekcje, przy których można różnicować potencjał czy doświadczenie wykonawców (np. roboty ogólnobudowlane, roboty instalacyjne, roboty drogowe), które ze swojej natury związane są z odmienną specyfiką, *know-how* i umiejętnościami. W przypadku niniejszego postępowania – zarówno wymóg podmiotowy, jak i świadczenie oczekiwane przez zamawiającego, jest jednolite i uproszczone w swojej definicji do ochrony osób i mienia.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości, zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego piśmie procesowym z dnia 4 grudnia 2023 r. Wniesiono także o zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Wobec spełnienia wymagań art. 525 ust. 1-3 p.z.p. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym konsorcjum Holding Hunter Sp. z o.o. Sp. k.ul. Bukowska 114, 62-065 Grodzisk Wielkopolski, Hunters24 Sp. z o.o. Sp. k. ul. Bukowska 114, 62-065 Grodzisk Wielkopolski, Green Hunters Sp. z o.o. Sp. k. al. Jerozolimskie 151/4u, 02-326 Warszawa, Human Hunters Sp. z o.o. Sp. k.al. Jerozolimskie 151/4u, 02-326 Warszawa i Hunters Ochrona Plus Sp. z o.o. ul. Sulejowska 45, 97-300 Piotrków Trybunalski (dalej zwane „przystępującym"), które zgłosiło przystąpienie po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p., zaś odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Skład orzekający ustalił, że stan faktyczny nie był między stronami sporny i został w sposób prawidłowy, mający odzwierciedlenie w materiale procesowym, przedstawiony przez odwołującego. Strony różniły się natomiast oceną prawną zaistniałych okoliczności faktycznych sprowadzając oś sporu do weryfikacji przez Izbę czy nie doszło do wadliwego wyboru oferty przystępującego, ponieważ w ramach wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu z rozdziału 9 pkt 1 ppkt 3 SWZ, posiadania odpowiedniej zdolności zawodowej w zakresie wymaganego doświadczenia (dotyczącego wykonania jednej usługi ochrony osób i mienia, wykonanej na podstawie jednej umowy, o wartości nie mniejszej niż 3.500.000,00 zł), wskazano doświadczenie jednego z członków konsorcjum – Green Hunters Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie, kiedy do realizacji usługi na rzecz zamawiającego delegowano także innych członków konsorcjum, co zdaniem odwołującego narusza art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b w zw. z art. 117 ust. 3 i 4 p.z.p. oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. i powoduje konieczność eliminacji przystępującego z postępowania. Ponadto, zdaniem odwołującego doszło także do wypełnienia hipotezy art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 p.z.p. i zaniechania wykluczenia przystępującego również na tej podstawie.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Uwzględniając zgromadzony materiał procesowy, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, korespondencję prowadzoną w toku postępowania, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie zasługują na uwzględnienie, więc rozpoznawane odwołanie zostało oddalone. W ocenie składu orzekającego wybór oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej, został dokonany przez zamawiającego w sposób prawidłowy.

W zakresie zarzutu nr 1 z *petitum* odwołania – naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b w zw. z art. 117 ust. 3 i 4 p.z.p, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, ponieważ nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu z rozdziału 9 pkt 1 ppkt 3 SWZ, posiadania odpowiedniej zdolności zawodowej w zakresie wymaganego doświadczenia przez członków konsorcjum delegowanych do wykonywania usługi stałej bezpośredniej ochrony fizycznej, a także zarzutu nr 2 z *petitum* odwołania – naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, ponieważ jest niezgodna z warunkami zamówienia, Izba wskazuje co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że odwołujący oparł swój zarzut na wadliwej interpretacji dokumentacji postępowania, przyjmując, że każdy wykonawca, który wychodzi w skład konsorcjum i będzie realizował usługę ochrony, musi samodzielnie legitymować się spełnieniem warunku z rozdziału 9 pkt 1 ppkt 3 SWZ dotyczącego posiadania odpowiedniej zdolności zawodowej w zakresie wymaganego doświadczenia. Wbrew hipotezom odwołującego, zamawiający w żadnym miejscu SWZ nie skorzystał z możliwości, jaką daje art. 117 ust. 1 p.z.p. i nie określił szczególnego, obiektywnie uzasadnionego sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Przez co należy rozumieć odrębny sposób, od sposobu spełnienia warunków postawionych wykonawcy, który samodzielnie występuje w postępowaniu (przykładowo sytuacja taka wystąpi, kiedy ustanowiono warunki, które odwołują się do wartości, których nie można sumować, ponieważ zsumowanie potencjałów nie przyniesie rezultatu porównywalnego z sytuacją, gdy warunek zostanie spełniony samodzielnie przez wykonawcę). *Ergo* zastosowanie w postępowaniu znajduje reguła ogólna, polegająca na dopuszczeniu możliwości łącznej oceny spełniania warunków przez członków konsorcjum, a nie wyjątek wskazany w art. 117 ust. 1 p.z.p. – w postaci ograniczenia sumowania potencjałów. Innymi słowy, ocena zdolności podmiotowej grupy wykonawców odbywa się według tych samych kryteriów, co wobec wykonawcy, który samodzielnie składa ofertę. Potencjał konsorcjum nie musi być większy niż potencjał pojedynczego wykonawcy – nie można wymagać, aby każdy z konsorcjantów lub kilku konsorcjantów, którzy będą świadczyć usługę ochrony, posiadał własne doświadczenie wskazane w rozdziale 9 pkt 1 ppkt 3 SWZ. Zgodnie z dokumentacją postępowania wystarczającym jest, aby jeden z członków konsorcjum spełniał rzeczony warunek.

Należy także zaznaczyć, że przedmiot zamówienia stanowi typową usługę ochrony, a omawiany wymóg udziału w przetargu został skonstruowany standardowo. Jest to szablonowy warunek stawiany w tego typu postępowaniach, odnoszący się do doświadczenia jednego, a nie grupy wykonawców (*vide* ppkt 3 pkt 1 i pkt 5 rozdziału 9 SWZ). Dlatego trudno uznać, mając także na uwadze zasady naczelne p.z.p. zachowania proporcjonalności i przejrzystości w konstruowaniu SWZ, że zamawiający w sumie chciał skorzystać z ustawowego wyjątku – kiedy istnieją szczególne usługi/dostawy/roboty budowlane, które wymagają pewnych kwalifikacji niemożliwych do uzyskania poprzez połączenie zdolności wielu podmiotów, jak wskazał TSUE w wyroku z 10.10.2013 r., sygn. C-94/12 – tylko przeczy temu literalne brzmienie warunku i standardowy przedmiot zamówienia. Wyjątek od zasady sumowania potencjałów wykonawców występujących wspólnie wymaga wykazania szczególnych okoliczności dotyczących realizacji danego zamówienia, mających odzwierciedlenie w SWZ, tu zaś trudno znaleźć takie okoliczności w opisie przedmiotu zamówienia, więc nie ma podstaw do podjęcia próby podciągnięcia typowej usługi ochrony pod omawiany wyjątek. Odwołujący nie wykazał żadnych cech zamówienia, które miałyby świadczyć o możliwości weryfikacji SWZ przez pryzmat art. 117 ust. 1 p.z.p., nie ma także takiej treści w dokumentacji postępowania.

W szczególności nieuzasadnionym jest wskazanie przez odwołującego na rozdział 11 pkt 8 i 9 SWZ, gdzie zamawiający wymagał, aby dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu złożył każdy z wykonawców w zakresie, w jakim każdy z wykonawców wykazuje spełnianie warunków. Zdaniem odwołującego użycie wyrażenia „każdy" nie jest przypadkowe i powinno prowadzić do jednoznacznej wykładni tego wymogu, tzn. aby każdy z partnerów konsorcjum wykazał, że spełnia warunki przetargu, skoro będzie realizował przedmiot zamówienia. Jak trafnie podnosił zamawiający, w SWZ powtórzono brzmienie norm p.z.p. – art. 117 ust. 3 i 4 p.z.p., wskazujących w jaki sposób należy oceniać zdolność podmiotową konsorcjum, o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia, co jednak nie oznacza zastosowania przez zamawiającego wyjątku z art. 117 ust. 1 p.z.p. i narzucenia współwykonawcom bardziej surowych wymagań niż wobec wykonawcy, który samodzielnie składa ofertę.

Ponadto, nawet jeżeli można byłoby uznać, że ferowana przez odwołującego autorska koncepcja rozumienia wyrwanych z kontekstu elementów SWZ powoduje, że konsorcjum powinno legitymować się szerszym doświadczeniem niż wykonawca samodzielnie składający ofertę tj. wymogów wyższych niż realizacja przez jednego z konsorcjantów jednej usługi o charakterze określonym w rozdziale 9 pkt 1 ppkt 3 SWZ – z czym Izba się nie zgadza, ponieważ nie wynika to z brzmienia warunku, ani żadnej innej treści dokumentacji postępowania – to i tak, nawet przyjmując ferowane przez odwołującego rozumienie warunku, które powoduje, że treść SWZ byłaby niejednoznaczna z perspektywy wykonawcy, zawsze mamy drugie rozumienie warunku (rozumienie wprost, literalnie jak sformułował warunek zamawiający i jak zrozumiał go przystępujący). Zatem należałoby uwzględnić ukształtowaną w orzecznictwie zasadę chroniącą przystępującego, iż niejasności w przedmiocie dokumentacji postępowania są tłumaczone na korzyść wykonawcy, za linią orzeczniczą nakazującą interpretację oświadczeń woli na korzyść podmiotu, który jest tego oświadczenia adresatem (por. wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 16.05.2016 r., sygn. akt: III Ca 224/16 oraz przywołane tam obszernie orzecznictwo, wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 18.05.2015 r. o sygn. akt: III Ca 70/15 w którym zauważono „Jak już wyżej podano, zapisy w SIWZ powinny być tłumaczone zgodnie z ich literalnym brzmieniem. Przede wszystkim muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu. Obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie oceny ofert tylko w odniesieniu do postanowień zawartych w SIWZ, a nie do własnych interpretacji czy intencji.", wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 10.05.2017 r. sygn. akt: VIII Ga 43/17, gdzie wskazano „Nieprecyzyjne i wieloznaczne postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ)

w zakresie wiedzy i doświadczenia nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawcy.”).

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła, że z brzemienia dokumentacji postępowania wynika, że ocena zdolności grupy wykonawców następuje według tych samych kryteriów, co wobec wykonawcy samodzielnie składającego ofertę, zatem wystarczającym dla spełnienia warunku udziału w postepowaniu jest doświadczenie Green Hunters Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie z poz. 1 wykazu usług, dotyczące usługi na rzecz Uniwersytetu Kardynała Wyszyńskiego w Warszawie (tak wypełniony przez przystępującego załącznik nr 17 do SWZ z dnia 31.07.2023 r.).

Natomiast w zakresie faktycznego wykorzystania potencjału podmiotowego w postaci wymaganego doświadczenia, w ramach realizacji usługi, skład orzekający stwierdził, że w SWZ nie narzucono konsorcjum szczególnego sposobu realizacji zamówienia, przykładowo uwzględniającego konkretny podział zadań pomiędzy konsorcjantów, czy zastrzeżenie pełnienia danych obowiązków/realizacji danej części zamówienia przez doświadczony podmiot. A także – abstrahując od tego, czy w tym wypadku można byłoby zastosować ten instrument – w SWZ zamawiający nie postawił wymogu wskazanego w art. 60 p.z.p., dotyczącego obowiązku osobistego wykonania kluczowych zadań przez poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem sposób realizacji zamówienia, gdzie przystępujący wskazał, iż doświadczony podmiot, Green Hunters Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie, będzie wraz z innymi wykonawcami pełnił bezpośrednią ochronę fizyczną (tak wypełniony przez przystępującego załącznik nr 17 do SWZ, oświadczenie składane na podstawie art. 117 ust. 4 p.z.p. z dnia 26.07.2023 r.), na kanwie dokumentacji postępowania zapewnia realne wykorzystanie wymaganego potencjału podmiotowego. Jak wskazał przystępujący w swoich wyjaśnieniach: „Doświadczenie oraz faktyczny, realny udział spółki Green HUNTERS sp. z o.o. sp. k. w realizacji zamówienia stanowi gwarancję jej należytego wykonania dla zamawiającego, natomiast w strukturach konsorcjum pełni rolę podmiotu na którego zdolnościach polegają pozostali członkowie i pod jego oraz lidera konsorcjum jurysdykcją będą wykonywali powierzone im zadania z zakresu ochrony fizycznej.” (tak str. 2 wyjaśnień przystępującego z dnia 03.11.2023 r., złożonych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 31.10.2023 r.). Doświadczony podmiot będzie więc osobiście i bezpośrednio brał udział w wykonaniu umowy, więc w ocenie Izby zamawiający słusznie ocenił, że planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewnia właściwe wykorzystanie deklarowanych przez nich zasobów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Warto dodać, że oświadczenie składane w trybie art. 117 ust. 4 p.z.p., zawierające informacje, które usługi/dostawy/roboty budowlane wykonają poszczególni wykonawcy, niewątpliwie może stanowić podstawę do przeprowadzenia weryfikacji czy zdolności konsorcjum wykazywane do spełnienia warunku udziału w przetargu zostaną realnie wykorzystane w toku realizacji zamówienia (czy planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewnia faktyczne wykorzystanie tych zasobów). Z art. 117 ust. 3 p.z.p. wynika bowiem, że konsorcjant, na zdolności którego grupy wykonawców powołuje się w celu wykazania spełnienia warunku, musi być obecny podczas realizacji umowy (wykona tę część zamówienia, do której realizacji są wymagane określone zdolności podmiotowe), co jednak nie oznacza zakazu realizacji zamówienia przy udziale pozostałych członków konsorcjum – takie zastrzeżenie musiałoby zostać wprost wskazane w dokumentacji postępowania (przykładowo skorzystanie z art. 60 p.z.p., będące wymaganiem osobistego wykonania części zamówienia przez konkretnego członka konsorcjum, wymagające uzasadnienia w obiektywnych cechach danego zamówienia).

Jak wskazano w wyroku Izby z dnia 7 listopada 2022 r. sygn. akt: KIO 2815/22, z czym skład rozpoznający spór się zgadza, „Jeżeli zamawiający nie zastrzegł w SWZ takich obowiązków to za nadmiarowe należałoby uznać, że z oświadczenia o podziale prac będzie wynikać, że wyłącznie ten członek konsorcjum, który legitymuje się doświadczeniem wykona je w całości i to samodzielnie. Przepisy art. 117 ust. 3 i 4 PZP wskazują na obowiązek uczestnictwa w realizacji zamówienia tego podmiotu (członka konsorcjum), który wykazuje spełnienie warunku udziału. Z powyższej regulacji nie wynika jednak obowiązek realizacji całego zamówienia wyłącznie przez taki podmiot i to w całości. Innymi słowy, podmiot legitymujący się doświadczeniem ma aktywnie uczestniczyć w realizacji zamówienia, co nie oznacza obowiązku wykonania całości zamówienia lub konkretnych jego części. Regulacja zawarta w artykule 117 ust. 3 ustawy Pzp ma na celu ochronę zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia wymagając wykonania danych części zamówienia przez wykonawcę posiadającego realne doświadczenie, jednak nie przesądza, że udział pozostałych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w wykonaniu tych części jest zupełnie wyłączony.”.

Podobnie wskazuje się w doktrynie „Wobec zastrzeżenia w ust. 3 komentowanego przepisu, możliwości realizacji zamówienia przez tych spośród wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówieniu, którzy posiadają wymagany potencjał, rodzi się pytanie o możliwość realizacji zamówienia przez tych posiadających mniejsze doświadczenie. Innymi słowy interpretacja przepisu w taki sposób, że wyłącznie ten z członków konsorcjum posiadający dane doświadczenie może w całości wykonywać tę część zamówienia, do której zdolności są wymagane, prowadzi do wniosku, że wykonawcy mniej doświadczeni nigdy nie nabędą nowego doświadczenia. Taka interpretacja jest wprost niezgodna z założeniami dyrektyw, gdzie wsparcie sektora MŚP jest eksponowane jako jeden z istotnych celów zamówień publicznych. Przeczy ona również funkcji wspólnego ubiegania się o zamówienie, jaką jest sumowanie potencjałów i wspólna realizacja zamówienia, a w konsekwencji zdobywanie doświadczenia przez poszczególnych wykonawców. Zasadne wydaje się w tej sytuacji przyjęcie, że możliwe jest wykonanie części zamówienia przez wykonawcę nieposiadającego doświadczenia wspólnie z wykonawcą posiadającym takie doświadczenie. Takie stanowisko byłoby zgodne z orzecznictwem wydanym na gruncie art. 22a ust. 3 PZP2004 (odnoszącym się do korzystania z potencjału podmiotów trzecich, jednak możliwym do zastosowania per analogiam) (por. wyr. Z 20.7.2018 r., KIO 1336/18, Legalis; z 10.7.2019 r., KIO 1162/19, Legalis; z 15.1.2021 r., KIO 3382/20, Legalis).” – tak Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz. Red. M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, 2023 r., art. 117 p.z.p., Legalis. Zdaniem składu orzekającego właśnie z taką sytuacją mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie.

Izba podziela również trafne stanowisko zamawiającego, iż podstawowym celem regulacji art. 117 ust. 3 p.z.p. jest wprowadzenie zasady, wedle której za potencjałem wykonawcy wnoszonym do konsorcjum idą obowiązki takiego konsorcjanta na etapie realizacji zamówienia (wykonanie prac, których wnoszony potencjał doświadczenia dotyczy). Celem tej normy jest zapewnienie realnego wykorzystania deklarowanych zasobów, co nie oznacza zakazu udziału innych konsorcjantów w świadczeniu usługi ochrony. Naruszeniem art. 117 ust. 3 p.z.p. byłaby taka sytuacja, w której podmiot wykazujący wymagane doświadczenie nie byłby angażowany w ogóle (lub wyłącznie marginalnie, dla pozoru) na etapie realizacyjnym, a nie scenariusz, w którym obok niego występują także inni członkowie konsorcjum (w tym nieposiadający samodzielnie doświadczenia w zakresie określonym jako warunek udziału w postępowaniu).

Konkludując, niepotwierdzone i niewykazane zarzuty nr 1 i 2 odwołania nie mogły zostać przez skład orzekający

uwzględnione. W ustalonym stanie rzeczy spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego legitymowania się właściwym doświadczeniem przez jednego z konsorcjantów skutkuje uznaniem, że wymaganą zdolność podmiotową posiada całe konsorcjum, więc wykazany przez przystępującego potencjał w zakresie warunku z rozdziału 9 pkt 1 ppkt 3 SWZ został właściwie oceniony przez zamawiającego. Jak również zamawiający, mając na uwadze treść oświadczeń składanych przez przystępującego i korespondencję wymienianą w toku badania i oceny ofert, prawidłowo zweryfikował i ocenił, że określony udział w realizacji zamówienia członka konsorcjum Green Hunters Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie skutkuje zapewnieniem realnego wykorzystania deklarowanych zdolności podmiotowych przy wykonywaniu usługi ochrony – potwierdzono faktyczne wykorzystanie doświadczenia tego wykonawcy w toku realizacji zamówienia.

W przedmiocie zarzutów naruszenia przez zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 8 p.z.p. (zarzut nr 3 z *petitum* odwołania) i art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. (zarzut nr 4 z *petitum* odwołania) krótko stwierdzić należy, że prawidłowe wykazanie spełnienia spornego warunku udziału w postępowaniu przez przystępującego, w zakresie którego miało dojść do próby wprowadzenia zamawiającego w błąd, a *priori* powoduje oddalenie pozostałych, powiązanych z nimi zarzutów. Żadna z podanych przez przystępującego informacji nie jest nieprawdziwa. Odwołujący inaczej ocenił posiadane przez przystępującego doświadczenie i na kanwie ferowanej przez siebie, nieprawidłowej, oceny tej oferty postawił zarzut wprowadzenia/przedstawienia informacji wprowadzających zamawiającego w błąd. Zatem wobec braku możliwości podzielenia stanowiska odwołującego w zakresie brzemienia i sposobu oceny warunku udziału w przetargu, a tym samym z powodu braku skutecznego podważenia prawidłowości wykazania przez przystępującego wymagania z ppkt 3 pkt 1 rozdziału 9 SWZ, nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony także zarzut nr 3 i zarzut nr 4, które jako pozbawione uzasadnionych podstaw zostały oddalone.

Na marginesie można dodać, że niezależnie od niezasadności powyższych zarzutów, odwołanie w tym zakresie jest merytorycznie puste i sprowadza się do wskazania podstawy prawnej, bez właściwego podania okoliczności faktycznych, co uniemożliwiałoby uznanie tak sformułowanych zarzutów za zasadne, nawet wówczas, gdyby w jakimś zakresie znalazły potwierdzenie w materiale procesowym.

Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., więc odwołanie zostało przez Krajową Izbę Odwoławczą oddalone.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a i b rozporządzenia 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. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła odwołującego, którego odwołanie zostało oddalone, kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez stronę wpis od odwołania oraz koszty wynagrodzenia i dojazdu pełnomocnika zamawiającego, zgodnie ze złożoną fakturą VAT (3567,00 zł).

Przewodniczący:

……