

WYROK

z dnia 29 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 grudnia 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 14 grudnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ekspert Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Karabela” sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu, Agencja Ochrony Mienia „Matpol” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Biuro Szybkiej Interwencji sp. j. Z. M. i Wspólnicy z siedzibą w Zamościu**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. pn. *Usługa ochrony fizycznej osób i mienia w Jednostce Wojskowej 1230 – Garnizon Siedlce Kompleks K-0951 oraz Strzelnicy Siedlce Kompleks K-0955 w latach 2016-2018* (nr postępowania ZP/31/2015) prowadzonym przez zamawiającego: **Jednostka Wojskowa 1131 w Mińsku Mazowieckim** przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Solid Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Solid sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Agencja Ochrony Osób i Mienia Basma Security A. M. i M. W. sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Stekop S.A. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ekspert Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Karabela” sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu, Agencja Ochrony Mienia „Matpol” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Biuro Szybkiej Interwencji sp. j. Z. M. i Wspólnicy z siedzibą w Zamościu i:

Sygn. akt KIO 2729/15

- 2.1.** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ekspert Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Karabela” sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu, Agencja Ochrony Mienia „Matpol” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Biuro Szybkiej Interwencji sp. j. Z. M. i Wspólnicy z siedzibą w Zamościu** – tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2.** zasądza od **odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ekspert Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Karabela” sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu, Agencja Ochrony Mienia „Matpol” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Biuro Szybkiej Interwencji sp. j. Z. M. i Wspólnicy z siedzibą w Zamościu** na rzecz **zamawiającego – Jednostki Wojskowej 1131 w Mińsku Mazowieckim** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Siedlcach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Jednostka Wojskowa 1131 w Mińsku Mazowieckim – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; dalej również: „ustawa pzp”, „ppz”}, postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Usługa ochrony fizycznej osób i mienia w Jednostce Wojskowej 1230 – Garnizon Siedlce Kompleks K-0951 oraz Strzelnicy Siedlce Kompleks K-0955 w latach 2016-2018* (nr postępowania ZP/31/2015).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 14 października 2015 r. pod nr 2015/S_199-361497, z tym że 9 października 2015 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a także zamieścił ogłoszenie w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {www.23blt.wp.mil.pl}, na której również od tego dnia udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

4 grudnia 2015 r. Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: Ekspert Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Karabela” sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu, Agencja Ochrony Mienia „Matpol” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Biuro Szybkiej Interwencji sp. j. Z. M. i Wspólnicy z siedzibą w Zamościu {dalej również: „Konsorcjum Ekspert”} – zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Solid Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Solid sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Agencja Ochrony Osób i Mienia Basma Security A. M. i M. W. sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Stekop S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej zwanych również „Konsorcjum Solid”}.

14 grudnia 2015 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 91 ust. 1 i 2 – przez dokonanie błędnej oceny oferty Konsorcjum Solid w kryterium doświadczenia (w rozumieniu rozdziału XIII ust. 3 i ust. 3.1. SIWZ), co miało wpływ

na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, tj. dokonanie błędnej oceny referencji dotyczących niżej wyszczególnionych poz. wykazu „Doświadczenie” (załącznik nr 8 do SIWZ), które w następującym zakresie nie spełniają wymogu wskazanego w rozdziale V ust. 1 pkt 1.2 SIWZ:

- a) poz. nr 13, 16 i 28 – w referencjach brak informacji, że: po pierwsze – realizacja ochrony osób i mienia była wykonywana przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne {dalej również w skrócie: „SUFO”}, po drugie – wartość usługi, której dotyczy referencja wynosiła nie mniej niż 1.200.000 zł brutto, po trzecie – *usługi były wykonywane w sposób „należyty”, co było obowiązkiem*;
- b) poz. nr 7 – w referencjach brak informacji, że po pierwsze – wartość umowy realizowana za pomocą SUFO wynosiła nie mniej niż 1.200.000 zł brutto, po drugie – *usługi były wykonywane w sposób „należyty”, co było obowiązkiem zgodnie z rozdziałem V pkt 1.2. SIWZ*;
- c) poz. nr 31 – z referencji w ogóle nie wynika, że usługa została wykonana należyście, a według wiedzy Odwołującego zamawiający naliczył wykonawcy kary umowne, co *per se* wyklucza możliwość przyjęcia, że umowa taka została wykonana „należyście”

– powyższe wyklucza spełnianie przez powyższe poz. kryterium posiadania wiedzy i doświadczenia zgodnie z SIWZ, co powoduje konieczność ich pominięcia przy dokonywaniu oceny oferty.

2. Art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 87 ust. 1 i art. 7 ust. 1 – przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści załącznika nr 8 do SIWZ w odniesieniu do poz. 18 - 24 wykazu „Doświadczenie” (załącznik nr 8 do SIWZ), błędne przyjęcie, że nie spełniają wymogu wskazanego w rozdziale V ust. pkt 1 ppkt 1.2. SIWZ, i w konsekwencji ich pominięcie przy dokonywaniu oceny oferty; nadto przez nierówne traktowanie oferentów w tych samych warunkach, gdyż skoro Zamawiający wezwał Konsorcjum Solid do złożenia wyjaśnień w zakresie referencji z 24 lipca 2015 r., uznając je następnie za spełniające kryteria SIWZ, tym samym winien wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień w kwestionowanym zakresie.
3. Art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 45 ust. 6 pkt 4 – przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Solid, w sytuacji gdy wadium dołączone do oferty nie zostało skutecznie wniesione z uwagi na fakt, że gwarancja ta została sygnowana przez osoby do tego nieuprawnione, wykonawca nie wykazał jednak sytuacji odmiennej, ergo rzeczona gwarancja nie zabezpiecza żadnego ze zdarzeń, o których traktuje art. 46 ust 4a i 5 pzp, a których zaistnienie mogłyby spowodować prawo żądania przez Zamawiającego zapłaty kwoty gwarancyjnej, a *de facto* nie zabezpiecza Zamawiającego w ogóle.
- Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

4

Sygn. akt KIO 2729/15

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Dokonania ponownej oceny ofert z pominięciem dla oferty Konsorcjum Solid referencji z poz. nr 7, 13, 16 i 28 wykazu „Doświadczenie” (załącznik nr 8 do SIWZ) oraz z uwzględnieniem przy ocenie oferty Odwołującego poz. od 18 do 24 wykazu „Doświadczenie” (załącznik nr 8 do SIWZ), a w konsekwencji dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej

Odwołujący sprecyzował powyższe zarzuty przez zbiorcze podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

{ad pkt 1 listy zarzutów}

Odwołujący podał, że w rozdziale V pkt 1.2. SIWZ (posiadanie wiedzy i doświadczenia) wskazano, co następuje: *Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał (a w przypadku świadczeń okresowych i ciągłych również wykonuje) należycie w okresie ostatnich 3 lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej 1 główną usługę trwającą nieprzerwanie przez co najmniej 12 kolejnych miesięcy polegającą na ochronie osób i mienia przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne (SUFO) o wartości nie mniejszej niż 1.200.000,00 zł brutto. (...)*

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że jego błędna ocena referencji załączonych do oferty Konsorcjum Solid jako spełniających powyższe wymaganie, doprowadziła do wyboru tej oferty, która nie jest najkorzystniejsza według kryteriów przyjętych w SIWZ.

W stosunku do okoliczności opisanych przy sformułowaniu listy zarzutów Odwołujący podał dodatkowo, że referencje dot. poszczególnych poz. wykazu zostały wystawione:

- poz. 7 – 21 października 2015 r. przez Orange Polska;
- poz. 13 – 24 lipca 2015 r. przez MPK Poznań;
- poz. 16 – 27 października 2015 r. przez Bank Zachodni WBK;
- poz. 28 – 13 października 2015 r. przez Port Lotniczy Modlin;
- poz. 31 – 4 listopada 2015 r. przez 32 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zamościu.

Odwołujący sprecyzował w odniesieniu do poz. 31, że zamawiający obciążył karami umownymi Agencję Ochrony Osób i Mienia Basma Security A. M. i M. W. sp. z o.o.

Dodatkowo w stosunku do poz. 31 Odwołujący zarzucił, że referencje nie wskazują również, aby wartość usługi wynosiła nie mniej niż 1,2 mln zł brutto, a usługa dotyczyła świadczenia usług przez formacje SUFO.

Odwołujący Zarzucił Zamawiającemu nierówne traktowanie wykonawców, gdyż w tożsamych okolicznościach nie uznał referencji Odwołującego np. z pozycji 23 w zakresie wykazania wykonania usługi „należycie”, podając, że z treści referencji winno jednoznacznie wynikać, że usługa została wykonana należycie.

Sygn. akt KIO 2729/15

{ad pkt 2 listy zarzutów}

Odwołujący podał, że 27 listopada 2015 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Solid do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty.

Według Odwołującego trudno byłoby w świetle zasad doświadczenia życiowego uznać za racjonalne działanie wykonawcy polegające na świadomym złożeniu oferty, której treść nie będzie odpowiadała treści SIWZ, co świadczy o zasadności wzywania wykonawców do składania wyjaśnień.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający, u którego zrodziły się jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty, był zobowiązany, a nie tylko uprawniony do zażądania złożenia wyjaśnień.

W tym kontekście zdziwienie Odwołującego budzi niewezwanie go do wyjaśnień, skoro z treści SIWZ wyraźnie wynika, że pod uwagę wyłącznie usługi realizowane przez jednostki SUFO, zaś wszystkie z przedłożonych przez niego referencji takowych usług dotyczą.

Ponadto Odwołujący do odwołania załączył, jak oświadczył – w trybie art. 193 ust. 1 i 3 pzp – wyciągi z następujących umów dotyczących realizacji usług nieuznanych przez Zamawiającego:

- Umowy nr 1/W0/2012 z 4 czerwca 2012 r.;
- Umowy nr DPZP/398/PN/2013 z 16 grudnia 2013 r.;
- Umowy nr 43/NC/WM/12 z 14 listopada 2012 r.;
- Umowy nr TW/UO-3/2010/NO z 29 grudnia 2010 r.

{ad pkt 3 listy zarzutów}

Odwołujący zarzucił, że Konsorcjum Solid nie wykazało spełnienia warunku, o którym mowa w art. 45 ust 1 pzp, a z uwagi na złożenie dokumentu sygnowanego przez osoby niewskazane w rejestrze przedsiębiorców, a do upływu terminu składania ofert uchybienie to nie zostało konwalidowane. Odwołujący podniósł, że zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego granic jest nieważna. Według Odwołującego w świetle powyższego nie jest możliwe uznanie złożonego na poczet wadium dokumentu za ważną – w rozumieniu ustawy Prawo bankowe – gwarancję bankową.

Jako dowód do odwołania załączono wyciąg z informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców PARTNER Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji S.A.

Pismem z 17 grudnia 2015 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 15 grudnia 2015 r. przesłał drogą elektroniczną kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym

Sygn. akt KIO 2729/15

w postępowaniu.

18 grudnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Solid Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Solid sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Agencja Ochrony Osób i Mienia Basma Security A. M. i M. W. sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Stekop S.A. z siedzibą w Warszawie.

Wobec dokonania zgłoszenie w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

29 grudnia 2015 r. na posiedzeniu Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie. Zamawiający w następujący sposób odniósł się do poszczególnych zarzutów odwołania.

W pierwszej kolejności Zamawiający podał następujące okoliczności dotyczące

postanowień SIWZ zawartych w rozdziale XIII SIWZ (opis kryteriów i sposób ich oceny):

- za najkorzystniejszą ofertę uznana zostanie oferta wykonawcy spełniająca warunki udziału w postępowaniu, która otrzyma najwyższą liczbę punktów obliczoną w oparciu o ustalone kryteria, którymi były cena i doświadczenie; za kryterium cenowe (wartość brutto) przyznawano punkty od 1- 80; za kryterium doświadczenie wykonawcy (na podstawie dołączonego do oferty odrębnego wykazu „Doświadczenie”, zawierającego usługi spełniające wymogi określone w rozdz. V pkt 1 ppkt 1.2 SIWZ i niewyszczególnione w wykazie usług, o którym mowa w rozdziale VI pkt 1 pkt 1.5 SIWZ – usługi powtórzone nie będą brane przez Zamawiającego do oceny oferty) – przyznawano punkty od 1 - 20;
- wykaz, o którym mowa, wykonawca obowiązany był sporządzić wg wzoru stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ oraz załączyć do niego dowody potwierdzające, że usługi wyszczególnione w wykazie zostały wykonane należycie lub są wykonywane należycie;
- usługi wykazane w ww. wykazie będą brane pod uwagę wyłącznie do oceny oferty w kryterium doświadczenia; wykaz ten nie należy do dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy pzp, tym samym nie podlega przepisom art. 26 ust. 3 ustawy pzp;
- ponieważ usługi wyszczególnione w ww. wykazie nie są wykazywane w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie podlegają przepisom art. 26 ust. 2b ustawy pzp; tym samym usługi wykazane w tym wykazie muszą stanowić doświadczenie

7

Sygn. akt KIO 2729/15

własne wykonawcy składającego ofertę, tj. muszą być wykonane lub wykonywane samodzielnie przez wykonawcę;

– oferta w kryterium doświadczenia otrzyma zero punktów, jeżeli wykonawca nie załączy do oferty wypełnionego wykazu „Doświadczenie”.

Zamawiający wyjaśnił ponadto, że specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne są to wewnętrzne służby ochrony oraz przedsiębiorców, którzy uzyskali koncesje na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia, posiadające broń na podstawie pozwolenia na broń na okaziciela, o którym mowa w art. 29 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji (ustawa z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia).

{ad pkt 1 listy zarzutów}

Zamawiający oświadczył, że dokonując oceny złożonych ofert w sposób dokładny analizował wykaz oraz treść referencji złożonych na potwierdzenie posiadanego doświadczenia i uznał, że jedynie referencje z poz. nr 1, 11, 12, 14 i 29 złożone przez Konsorcjum Solid nie spełniają wymogów i nie pozwalają na uwzględnienie wykazanego w nich doświadczenia.

Natomiast pozostałe referencje Konsorcjum Solid nie budzą żadnych zastrzeżeń Zamawiającego, w szczególności takich jak podnoszone w odwołaniu w odniesieniu do referencji dla poz. nr 7; 13; 16; 28 i 31.

Zamawiający zaznaczył, że dla tych pozycji wykaz zawiera wszystkie potrzebne informacje.

Zamawiający ponadto sprecyzował, że odniesieniu do poszczególnych referencji uznał, co następuje:

- poz. 7 – zgodnie z art. 5 ust. 2 pkt 4 lit. b ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia obowiązkowej ochronie przez SUFO podlegają obiekty i urządzenia telekomunikacyjne; w referencjach nie musi być podana wartość, natomiast należyte wykonanie potwierdzają stwierdzenia: *prawidłowo, rzetelnie, zgodnie z umową, wysoki poziom, duże doświadczenie* oraz rekomendacja jako profesjonalnego partnera;
- poz. 13 – obowiązkowa ochrona zgodnie z ustawą o ochronie osób i mienia; w referencjach nie musi być podana wartość; należyte wykonanie potwierdzają referencje zawierające sformułowania: *solidnie, profesjonalnie* oraz wyrażające zadowolenie ze współpracy;
- poz. 16 – zgodnie z art. 5. ust. 2 pkt 2 lit. c ustawy o ochronie osób i mienia obowiązkowej ochronie przez SUFO podlegają banki; stwierdzenie, że *współpraca przebiega zgodnie z warunkami zawartymi w umowie* został zaakceptowany, ponieważ usługa jest wykonywana nieprzerwanie od 2006 r. do chwili obecnej, i gdyby była realizowana nienależycie zapewne

8

nie wystawiono by pozytywnych referencji;

– poz. 28 – zgodnie z art. 5. ust. 2 pkt 2 lit. b ustawy o ochronie osób i mienia obowiązkowej ochronie przez SUFO podlegają porty morskie i lotnicze; stwierdzenie, że *usługa była świadczona* *była zgodnie z umową* został zaakceptowany, ponieważ świadczy o wykonaniu zobowiązania zgodnie z jego treścią, czyli zgodnie z warunkami umowy;

– poz. 31 – ochrona jednostek wojskowych zgodnie z rozporządzeniem Ministra Obrony Narodowej z dnia 19.czerwca 1999 r. w sprawie ochrony przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne terenów komórek i jednostek organizacyjnych resortu obrony narodowej; *zgodnie z warunkami ochrony*.

{ad pkt 2 listy zarzutów}

W odniesieniu do referencji Odwołującego, które nie zostały przez Zamawiającego uwzględnione, Zamawiający stwierdził, że żądał, by usługi wykonywane były przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne. Tymczasem z załączonego wykazu doświadczenia oraz złożonych referencji nie wynika, że ochrona osób i mienia wykonywana była przez SUFO. W wykazie od poz. 7 do 24 nie wpisano, że ochrona była realizowana przez SUFO, więc również mogła być realizowana za pomocą nieuzbrojonego w broń palną personelu. Jednakże na podstawie załączonych referencji poz. 7 - 17 uznano (z wyjątkiem poz. 12, z uwagi na zły termin wystawienia poświadczenia). Natomiast dla poz. 18 - 24 ani z wykazu doświadczenia, ani z referencji nie wynika, że ochrona realizowana była przez uzbrojony w broń palną personel (SUFO).

Zamawiający zauważył, że wykaz doświadczenia nie podlega uzupełnieniu, a to w wykazie właśnie Wykonawca ma obowiązek wykazać Zamawiającemu, że usługi były wykonywane przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne. Referencje są natomiast jedynie dokumentem potwierdzającym dane zawarte w wykazie. Informacje dotyczące wartości usługi, terminu czy przedmiotu zamówienia wynikać powinny z samego oświadczenia Wykonawcy złożonego w formie wykazu. To do obowiązku Wykonawcy należy, aby uczynił to w załączonym wykazie usług, a niestety z wykazu nie wynika, by usługi realizowane były przez SUFO.

{ad pkt 3 listy zarzutów}

W ocenie Zamawiającego zarzut jest całkowicie chybiony, tym bardziej, że taką samą gwarancję złożył Odwołujący. Zamawiający uznaje, że dokumenty gwarancji wadialnych podpisane są zgodnie z udzielonym tej osobie pełnomocnictwem.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

9

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Zamawiający nie uznał zarzutów odwołania.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska, natomiast Przystępujący nie stawiał się, pomimo otrzymania zawiadomienia o terminie posiedzenia.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego i Zamawiającego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę sklasyfikowaną na drugim miejscu. Zarzuty odwołania

dotyczą zaniechania wykluczenia wybranego Konsorcjum Solid, względnie dokonania wadliwej oceny ofert, która spowodowała, że jako najkorzystniejsza nie została wybrana oferta Konsorcjum Ekspert. Odwołujący wykazał tym samym, że może ponieść szkodę, gdyż objęte zarzutami czynności uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla rozpoznania zarzutów odwołania:

{ad pkt 1 i 2 listy zarzutów}

Izba stwierdziła, że w odwołaniu lub odpowiedzi na odwołanie adekwatnie zacytowano lub przywołano postanowienia s.i.w.z. odnośnie sposobu oceny ofert w kryterium doświadczenia, a także odnośnie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Reasumując, z postanowień tych wynika przede wszystkim, że doświadczenie

10

Sygn. akt KIO 2729/15

w realizacji usług podobnych do objętych przedmiotem zamówienia stanowi drugie obok ceny kryterium oceny ofert, w którym punktacji podlegają usługi spełniające wymagania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, z tym że nie mogły być to te same usługi, co wykazywane na potwierdzenie spełniania tego warunku.

Stąd wykonawcy mieli złożyć dwa odrębne wykazy, jeden – według druku załącznika nr 3 do s.i.w.z. pn. Wykaz wykonanych usług, drugi – według druku załącznika nr 8 do s.i.w.z. pn. Wykaz „Doświadczenie”. W obu drukach przypomniano, że jest to wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców usług wraz z dokumentami potwierdzającymi, że usługi te zostały wykonane należyście, potwierdzający spełnianie warunku, o którym mowa w rozdziale V pkt 1 ppkt 1.2 s.i.w.z. Następnie zamieszczono tabelę z rubrykami przeznaczonymi na wpisanie kolejno: liczby porządkowej, przedmiotu zamówienia, wartości zamówienia, terminu realizacji – rozpoczęcia i zakończenia oraz nazwy i adresu odbiorcy usługi. Dodatkowo pod tabelą zastrzeżono, że brak załączenia dokumentów potwierdzających, że zamówienie zostało wykonane należyście spowoduje, że zostanie ono uznane za niezrealizowane.

Dodatkowo w odpowiedzi na odwołanie zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy opisano następujące okoliczności {które w niewielkim zakresie uzupełniono poniżej}:

- wykaz doświadczenia Konsorcjum Solid w każdej pozycji zawiera informację o tym, że przedmiotem zamówienia była ochrona osób i mienia sprawowana przez SUFO, a wartość zamówienia wynosiła ponad 1,2 mln zł brutto;
- w referencjach załączonych dla poz. 7, 13, 16, 28 i 31 powyższego wykazu {wystawionych przez podmioty i w datach, o których mowa uzasadnieniu odwołania} znajdują się sformułowania {przywołane w odpowiedzi na odwołanie} potwierdzające należyłą realizację usług {z tym że dla poz. 31 jest to zaświadczenie, że usługa ochrony była realizowana zgodnie z warunkami umowy};
- wykaz doświadczenia Konsorcjum Ekspert dla wszystkich poz. zawiera informację, że przedmiotem zamówienia była całodobowa ochrona osób i mienia, ale tylko dla 6 pierwszych poz. wykazu zamieszczono w nawiasie dopisek „SUFO”;
- referencje załączone dla poz. od 18 do 24 powyższego wykazu {w tym kolejno: dla poz. 18 i 19 – listy referencyjne z 11 lutego 2015 r. i 5 listopada 2014 r. wystawione przez Zakład Remontów i Konserwacji Dróg w Warszawie, dla poz. 20 - 22 – trzy referencje z 16 października 2013 r. wystawione przez Tramwaje Warszawskie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie; poz. 23 – poświadczenie z 10 lutego 2015 r. wystawione przez Miejskie Zakłady

11

Sygn. akt KIO 2729/15

Autobusowe sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie; poz. 24 – referencje z 2 września 2015 r. wystawione przez Wydział Ochrony Ministerstwa Sprawiedliwości} nie zawierają informacji,

które pozwalałyby na stwierdzenie, że usługa była realizowana przez SUFO.

Izba ustaliła ponadto, że w toku badania ofert Zamawiający pismem z 27 listopada 2015 r., wskazując, że działa w trybie art. 87 ust. 1 pzp, wezwał Konsorcjum Solid do wyjaśnienia dotyczącego poz. 13 wykazu doświadczenia, gdyż powziął wątpliwość w związku ze wskazaniem w wykazie okresu realizacji usługi od 1 lipca 2011 r. do 30 czerwca 2015 r., przy jednoczesnym zbiorczym wskazaniu w referencjach zarówno dla usług realizowanych w latach 2011 i 2007, jak i usługi realizowanej w wyniku rozstrzygnięcia przetargu w czerwcu 2015 r., że są realizowane prawidłowo.

W piśmie z 30 listopada 2015 r. Konsorcjum Solid wyjaśniło, że list referencyjny potwierdza należyte zrealizowanie dwóch zakończonych umów, z których tylko druga została wymieniona w wykazie, gdyż realizacja pierwszej zakończyła się dawniej niż trzy lata przed terminem składania ofert, oraz należyłą dotychczasową realizację umowy od lipca 2015 r., która nie została wymieniona w wykazie, gdyż wykonywanie usług nie trwa wymagane 12 miesięcy. Z kolei sformułowanie „realizowane są prawidłowo”, w kontekście wykazanej umowy oraz wystawienia listu referencyjnego po dacie zakończenia jej realizacji, oznacza, że zamawiający potwierdził jej należyte zrealizowanie.

{ad pkt 3 listy zarzutów}

W postanowieniach rozdziału VIII s.i.w.z. określającego wymagania dotyczące wadium w odniesieniu do wadium wnoszonego w innej formie niż pieniądź sprecyzowano oczekiwanie, aby dołączyć do oferty kopię dokumentu stwierdzającego wniesienie wadium potwierdzoną za zgodność z oryginałem, a oryginał dokumentu złożyć w sposób umożliwiający dokonanie odłączenia i zwrotu oryginału dokumentu bez uszkodzenia oferty.

Konsorcjum Solid zabezpieczyło swoją ofertę wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej pn. Gwarancja ubezpieczeniowa wadium Nr zapłaty 540/2015-GWA/4/2012, wystawionej 4 listopada 2015 r. w Warszawie przez Partner Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 35, wpisane do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod nr KRS, w którego skład zarządu wchodzi: T. M. jako prezes zarządu, A. L. jako wiceprezes zarządu oraz E. C. jako członek zarządu, w imieniu którego występuje K. K. – działający na podstawie pełnomocnictw nr 10/2012, zwane w dalszej części dokumentu Gwarantem.

Osoba wskazana jako pełnomocnik podpisała się na gwarancji, obok podpisu widnieje również pieczęć imienna określająca również pełnione stanowisko – głównego specjalisty ds. ubezpieczeń finansowych. Oprócz tego na dokumencie uwidoczniło dwukrotnie firmę gwaranta, adres siedziby, NIP i REGON, a także graficzny logotyp

12

Sygn. akt KIO 2729/15

„Partner”.

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

{ad pkt 1 i 2 listy zarzutów}

Izba zważyła, że w powyżej ustalonych okolicznościach Odwołujący bezpodstawnie zarzuca Zamawiającemu zarówno dokonanie oceny ofert niezgodnie z regułami określonymi w specyfikacji, jak i uprzywilejowane traktowanie przy tej czynności Konsorcjum Solid.

Należy zauważyć, że w przeciwieństwie do wykazu doświadczenia Konsorcjum Ekspert, wykaz doświadczenia Konsorcjum Solid zawierał dla każdej pozycji wprost informacje, że przedmiotem zamówienia była usługa polegająca na ochronie osób i mienia przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne, o wartości nie mniejszej niż 1,2 mln zł brutto. Już z tego choćby względu nie można mówić o tym, że obaj Wykonawcy znaleźli się w takiej samej sytuacji.

Odwołujący – nie wiadomo na jakiej podstawie, gdyż nie wskazał jej ani w odwołaniu, ani na rozprawie – bezpodstawnie domaga się powtórzenia tych informacji w treści dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług wyszczególnionych w wykazie {choć nie w odniesieniu do załączonych przez siebie dokumentów potwierdzających}. Odwołujący nie twierdzi jednocześnie, że dokumenty te zawierają informacje sprzeczne z tymi, które zostały oświadczone w wykazie przez Konsorcjum Solid.

Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego

2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) {dalej również: „rozporządzenie o dokumentach”}, w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy pzp, zamawiający może żądać wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na których rzecz dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Stąd w doktrynie i orzecznictwie zamówień publicznych konsekwentnie i jednolicie wskazuje się, że to wykaz, jako oświadczenie własne wykonawcy składane w związku z konkretnym postępowaniem zamówieniowym, musi zawierać elementy pozwalające na pozytywne zweryfikowanie spełniania warunku w ramach ustalonego przez

13

Sygn. akt KIO 2729/15

zamawiającego w s.i.w.z. sposobu oceny, takie jak przedmiot, wartość i termin realizacji zamówienia. Natomiast od referencji (poświadczeń) wystawianych przez podmioty, na rzecz których były realizowane zamówienia, niekoniecznie na potrzeby prowadzonego postępowania, można w ramach opisu sposobu oceny spełniania warunku wymagać tylko i aż, aby potwierdzały, że zamówienia wyszczególnione w wykazie zostały należycie wykonane lub są należycie wykonywane {por. np. wyroki Izby wydane: 24 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO/UZP 93/12), 30 grudnia 2013 r. (sygn. akt KIO 2880/13), 17 marca 2014 r. (sygn. akt KIO 427/14); wszystkie opubl. na www.uzp.gov.pl}.

W odniesieniu do tej ostatniej kwestii Odwołujący z kolei zdaje się prezentować skrajnie formalistyczne podejście, że w dokumentach tych musi się dosłownie pojawić sformułowanie, że usługi były wykonywane w sposób „należyty”. Stanowisko takie nie znajduje oparcia w przywołanym przepisie. Zarówno aktualnie obowiązujące rozporządzenie (podobnie jak poprzednio obowiązujące) wymaga jedynie, aby do wykazu załączyć dowody należytego wykonania lub wykonywania zamówień ujętych w wykazie, co nie oznacza konieczności wystąpienia w treści dokumentu określenia „należyte wykonanie”, gdyż może to być każde inne równoznaczne sformułowanie, które w wystarczający sposób wyraża potwierdzenie prawidłowego wykonania. W ocenie Izby wszystkie zakwestionowane w odwołaniu referencje zawierają takie sformułowania, co Zamawiający szczegółowo wypunktował w odpowiedzi na odwołanie. Nie można tego samego powiedzieć o poświadczeniu załączonym przez Konsorcjum Ekspert dla poz. 23 jego wykazu, w którym mowa jest jedynie o tym, że umowa została zrealizowana.

Odwołujący nie udowodnił również, że usługa wyszczególniona w poz. 31 wykazu doświadczenia Konsorcjum Solid nie była należycie wykonywana. Ponieważ Odwołujący nie udowodnił również, że zamawiający naliczył wykonawcy tej usługi kary umowne, zbędne jest rozstrzygnięcie, czy przesądza to o nienależytym wykonaniu zamówienia. Na Odwołującym wedle art. 190 ust. 1 pzp spoczywał ciężar udowodnienia swoich twierdzeń, czego nie uczynił, zamiast tego formułując w nieznanym wskazanym w odwołaniu przepisom trybie wniosek do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, aby uzyskał dla niego takie dowody. Wobec tego również ten zarzut należało uznać za bezzasadny.

Izba zważyła, że zgodnie z art. 26 ust. 2a pzp wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać, nie później niż na dzień składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pzp. Z kolei według art. 26 ust. 4 pzp zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp. Wreszcie art. 87 ust. 1 pzp stanowi, że w toku badania o oceny ofert zamawiający

14

Sygn. akt KIO 2729/15

może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, z tym że niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz (z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp) dokonywanie

jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Zdaniem składu orzekającego Izby wszystkie powyżej przywołane przepisy znajdują w tym przypadku odpowiednie łączne zastosowanie do dokumentów zażądanych przez Zamawiającego w tym postępowaniu na potrzeby oceny punktowej doświadczenia. Jest to co prawda kryterium oceny ofert, ale specyficzne, bo odwołujące się do właściwości wykonawcy badanych w ramach warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia (co na mocy art. 5 ust. 1 pzp jest dopuszczalne dla usług o charakterze niepriorytetowym). Z jednej strony dokumenty te nie podlegają zatem uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 pzp, gdyż nie służą potwierdzeniu spełniania warunku udziału w postępowaniu ani potwierdzeniu przez oferowane usługi wymagań określonych przez Zamawiającego, i w tym sensie nie są dokumentami, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 2 pzp. Z drugiej strony dokumenty te nie stanowią *stricto* treści oferty, gdyż nie stanowią elementu sprecyzowania świadczenia, które wykonawca zobowiązuje się spełnić na rzecz zamawiającego. Świadczy również o tym okoliczność, że nawet ich niezłożenie w ogóle, a tym bardziej niekompletność, nie powoduje sprzeczności z treścią specyfikacji, a jedynie brak przyznania lub obniżenie punktacji w ramach kryterium oceny ofert. Ponieważ dokumenty te mają najbardziej zbliżony charakter do dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ich wyjaśnianie powinno być prowadzone na analogicznych zasadach.

Oczywiste jest przy tym, że instytucja wyjaśnień z art. 26 ust. 4 pzp służy wyjaśnieniu niezrozumiałej dla zamawiającego treści dokumentu, w szczególności ustaleniu, gdzie znajduje się informacja potwierdzająca spełnianie wymagań, a nie zmianie treści dokumentu (co jest możliwe jedynie w trybie art. 26 ust. 3 pzp). Podobnie jak wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 pzp nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, stąd muszą mieć punkt zaczepienia w treści złożonej oferty, a nie prowadzić do wytworzenia nowej.

Jak powyżej ustalono, treść wykazu doświadczenia złożonego w ofercie Konsorcjum Ekspert jest jasna i nie budzi wątpliwości, że nie potwierdza spełniania wymagania opisanego w rozdziale V pkt 1 ppkt 1.2 s.i.w.z. w zakresie wykonywania usług ochrony przez SUFO. Jest to błąd wykazu, który mógłby ewentualnie być podstawą do wezwania do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 pzp, gdyby nie to, że błąd ten zawiera niepodlegający takiemu uzupełnieniu wykaz oceniany w ramach kryterium oceny ofert, o czym Zamawiający uprzedził w s.i.w.z.

Odwołujący bezpodstawnie domaga się zatem, aby Zamawiający dokonywał oceny

15

Sygn. akt KIO 2729/15

jego oferty na podstawie informacji, które nie wynikają ze złożonych przez Konsorcjum Ekspert w ofercie dokumentów na potrzeby oceny w kryterium doświadczenia. Wyjaśnienia, które chciałby złożyć Odwołujący Zamawiającemu *de facto* prowadziłyby do uzupełnienia treści wykazu w poz. 18-14 o informację, że przedmiot zamówienia, określony dotychczas jako ochrona osób i mienia, była wykonywana przez SUFO. W ocenie Izby dopuszczenie do takiego uzupełnienia prowadziłoby do naruszenia wyrażonych w art. 7 ust. 1 pzp zasad równego traktowania wykonawców i przestrzegania uczciwej konkurencji.

Odwołujący bezpodstawnie zarzuca przy tym Zamawiającemu naruszenie powyższego przepisu, gdyż złożone przez Konsorcjum Solid wyjaśnienia dotyczyły rozumienia treści jednej referencji (i to nie w zakresie kwestii SUFO), a nie uzupełnieniu lub zmianie informacji zawartych w wykazie, czego dla siebie domaga się Odwołujący.

Ponadto Odwołujący zdaje się nie zauważać, że Zamawiający nie był formalistą i tam gdzie było to możliwe z uwagi na treść dokumentów potwierdzających, pomimo braku stosownej informacji w wykazie, uznał szereg wykazanych usług za usługi ochrony osób i mienia przez SUFO. Nawet Odwołujący nie twierdził przy tym, że takie informacje można było znaleźć również w dokumentach dotyczących usług z poz. od 18 do 24 jego wykazu.

W ocenie Izby Odwołujący w istocie czyni Zamawiającemu zarzut z tego, że sam nie dochował należytej staranności przy sporządzaniu wykazu doświadczenia i przez niedbalstwo pominął informacje, które chciał w nim zawrzeć. Tymczasem na podstawie art. 14 pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 kc dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta

zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności {por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03}. Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności {por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02}. Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu,

16

Sygn. akt KIO 2729/15

aby upewnił się, czy zostały sporządzone w sposób odpowiadający jego intencji.

Załączone do odwołania umowy nie mają znaczenia dla sprawy, gdyż nie zostały złożone wraz z ofertą, a zatem informacje w nich zawarte nie mogły być wzięte pod uwagę przez Zamawiającego przy ocenie oferty Konsorcjum Ekspert, która zgodnie z regułami opisanymi w s.i.w.z. została dokonana w oparciu o dokumenty złożone wraz z ofertą. Zgłoszone dowody potwierdzają co najwyżej, że Konsorcjum Ekspert nie dochowało należytej staranności przy sporządzaniu wykazu doświadczenia.

Resumując, Zamawiający wybrał ofertę Konsorcjum Solid na podstawie kryteriów oceny ofert określonych uprzednio w specyfikacji, a zatem nie naruszył art. 91 ust. 1 pzp, a czynności badania i oceny ofert zostały dokonane w sposób zapewniający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie Wykonawców uczestniczących w przedmiotowym postępowaniu, nie doszło zatem również do naruszenia art. 7 ust. 1 pzp.

{ad pkt 3 listy zarzutów}

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 pzp.

Izba zważyła, że wbrew stanowisku Odwołującego wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia nie ma obowiązku załączać do dokumentu gwarancji wadialnej ani pełnomocnictw dla osób, które ją podpisały w imieniu gwaranta, ani dokumentów rejestrowych wykazujących, że takie pełnomocnictwo zostało udzielone przez osoby uprawnione do reprezentacji tego podmiotu. Odwołujący nie wskazał również postanowień s.i.w.z., z których wynikałoby takie oczekiwanie Zamawiającego.

W dotychczasowym orzecznictwie Izby wskazuje się, że na gruncie ustawy pzp brak jest podstaw do formułowania pod adresem wykonawców, którzy decydują się na złożenie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej czy bankowej, żądania załączenia do gwarancji pełnomocnictwa dla osoby podpisującej gwarancję. Stąd jeżeli zamawiający oczekuje wykazania takiego umocowania, winien je wprost zawrzeć w s.i.w.z. {tak w szczególności w uzasadnieniu wyroku z 7 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1101/11)}.

Ponadto zdaniem składu orzekającego zamawiający jest zawsze uprawniony do wyjaśnienia tej kwestii, jeżeli złożony dokument gwarancji wadialnej budzi jego wątpliwości.

Co do zasady wziąć jednak należy pod uwagę, że ponieważ ubezpieczyciele i banki prowadzą działalność na dużą skalę, czynności prawne z klientami dokonywane są za pośrednictwem pracowników tych instytucji czy nawet pośredników. Z tego względu

17

Sygn. akt KIO 2729/15

zarówno klient, jak i osoby trzecie powinny brać pod uwagę wynikające z art. 97 Kodeksu cywilnego domniemanie, że osobę czynną w lokalu przedsiębiorstwa przeznaczonym do obsługi publiczności poczytuje się za umocowaną do dokonywania czynności

prawnych, które zazwyczaj bywają dokonywane z osobami korzystającymi z usług tego przedsiębiorstwa. Dlatego wykonawca jako zlecający, a także zamawiający jako beneficjent, mają prawo domniemywać, że osoby wystawiające gwarancję wadialną w lokalu banku czy ubezpieczyciela na odpowiednich formularzach tych instytucji działają w ramach umocowania do dokonywania tego typu czynności prawnych.

Powyższe stanowisko jest konsekwentnie prezentowane w orzecznictwie Izby {por. uzasadnienia wyroków wydanych: 11 lutego 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1867/09), 4 marca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1961/09), 4 lutego 2011 r. (sygn. akt KIO 119/11), 7 czerwca 2011 r. (sygn. akt 1101/11) oraz 15 października 2013 r. (sygn. akt KIO 2369/13); wszystkie opubl. na www.uzp.gov.pl}.

Odwołujący, na którym według art. 190 ust. 1 pzp spoczywał w tym zakresie ciężar dowodu, nie obalił powyższego domniemania, w szczególności nie wykazał, że osoba, która podpisała gwarancję była do tego nieumocowana. Wobec tego nie została udowodniona twierdzenie, że gwarancja ubezpieczeniowa złożona przez Konsorcjum Solid nie stanowi skutecznie wniesionego wadium. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust 2 pkt 2 pzp i dalszych przepisów wskazanych w odwołaniu należało uznać za niezasadny.

Na marginesie Izba zauważa, że argumentacja Odwołującego jest nieprzekonująca również z tego względu, że sam złożył tytułem wadium gwarancję ubezpieczeniową podpisaną w imieniu gwaranta przez pełnomocnika, dla którego nie załączył pełnomocnictwa.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie faktury złożonej do zamknięcia rozprawy.

18

Sygn. akt KIO 2729/15

Przewodniczący:

19