

WYROK
z dnia 14 lipca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lipca 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 czerwca 2023 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie:

1) „STEKOP” Spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (Lider); 2) „STEKOP-OCHRONA” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Partner) (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Skarb Państwa - 25 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Białymstoku z siedzibą w Białymstoku

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie Zamawiającego:**

1) Konsorcjum w składzie: Ekspert Security Duo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Lider), Ekspert Security AP Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Partner), Ekspert Security MW Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Partner);

2) „KOMANDOS”- PODLASIE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku (Lider), Biuro Ochrony „POSEJDON” A.H. Spółka jawna z siedzibą w Białymstoku (Partner), C.G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą SPOKO C.G. z siedzibą

w Białymstoku (Partner), BETA SECURITY SYSTEM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu (Partner)

orzeka:

1. Uwzględnia w części odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności zaproszenia do składania ofert oraz ponowienie czynności badania i oceny wniosków,

w tym zastosowanie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do wniosków o dopuszczenie do udziału

w postępowaniu Konsorcjum Ekspert oraz Konsorcjum Komandos w zakresie złożonych wykazów usług;

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie:

1) „STEKOP” Spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (Lider); 2) „STEKOP-OCHRONA” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Partner) oraz Zamawiającego - Skarb Państwa - 25 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Białymstoku

z siedzibą w Białymstoku, w następujący sposób:

a) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie:

1) „STEKOP” Spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (Lider); 2) „STEKOP-OCHRONA” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Partner) tytułem wpisu od odwołania,

b) zasądza od Zamawiającego – Skarbu Państwa - 25 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Białymstoku z siedzibą w Białymstoku na rzecz Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum

w składzie: 1) „STEKOP” Spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (Lider); 2) „STEKOP-OCHRONA” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Partner) kwotę 7 841 zł 40 gr (słownie: siedmiu tysięcy ośmiuset czterdziestu jeden złotych 40/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem ½ części wpisu, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa i kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2022 r., poz. 1710 ze zmianami) 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 1860/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: Skarb Państwa - 25 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Białymstoku z siedzibą w Białymstoku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego pn. „Outsourcing w SUFO w kompleksie wojskowym w m. Kolno”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej za numerem: 2023/S 101-312803 w dniu 26 maja 2023 r.

W dniu 29 czerwca 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022r., poz. 1710 ze zmianami, dalej jako „Pzp”), odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie:

1) „STEKOP” spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (Lider); 2) „STEKOP-OCHRONA” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Partner) -(dalej jako „Odwołujący”).

Odwołanie wniesiono wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1) dopuszczeniu do udziału w postępowaniu i zaproszeniu do składania ofert Konsorcjum w składzie: Ekspert Security Duo sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (lider konsorcjum), Ekspert Security AP sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (członek konsorcjum), Ekspert Security MW sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (członek konsorcjum), dalej jako „Konsorcjum Ekspert”,

2) zaniechaniu wezwania Konsorcjum Ekspert do poprawienia wykazu wykonanych usług poprzez wskazanie w wykazie wyłącznie usług i wartości usług, w których wykonaniu bezpośrednio uczestniczył Członek Konsorcjum – Ekspert Security Duo spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,

3) dopuszczeniu do udziału w postępowaniu i zaproszeniu do składania ofert Konsorcjum w składzie: „KOMANDOS”- PODLASIE sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku (Lider), Biuro Ochrony „POSEJDON” A.H. spółka jawna z siedzibą w Białymstoku (Członek konsorcjum), SPOKO C.G. w Białymstoku (Członek konsorcjum), BETA SECURITY SYSTEM sp. z o.o. z siedzibą w Opolu (Członek konsorcjum), dalej jako „Konsorcjum Komandos”,

4) zaniechaniu odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału Konsorcjum Komandos, w sytuacji gdy przedłożone na wezwanie Zamawiającego brakujące dokumenty w postaci informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczące Biura Ochrony „POSEJDON” A.H. spółki jawnej z siedzibą w Białymstoku – podmiotu zbiorowego oraz wspólników Spółki - A.H. oraz D.H., a także BETA SECURITY SYSTEM sp. z o.o. z siedzibą w Opolu - podmiotu zbiorowego oraz członków zarządu – P.T. i prokurentów – W.K. i M.P., zostały przedłożone w formie poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania

z dokumentem papierowym, tym samym niezgodnie z § 6 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania

i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. z 2020 poz. 2452),

5) ewentualnie (w przypadku nieuwzględnienia zasadności zaskarżenia zaniechania

w pkt 4) zaniechaniu wezwania Konsorcjum Komandos do poprawienia Wykazu wykonanych usług – Załącznik nr 2 do wniosku oraz uzupełnienia referencji, w sytuacji gdy przedłożony wykaz i referencje nie potwierdzają spełnienia przez Konsorcjum Komandos warunków udziału w postępowaniu, gdyż:

a) usługa wskazana w wykazie obejmowała ochronę i służbę dozorowaną świadczoną przez niekwalifikowanych pracowników ochrony, a przez to nie może potwierdzać spełnienia warunku udziału w postępowaniu,

b) w wykazie usług wskazano całą wartość usługi, a nie wartość usług ochrony,

w wykonaniu których bezpośrednio uczestniczył Lider Konsorcjum „KOMANDOS”- PODLASIE Sp. z o.o. z siedzibą Białymstoku.

Odwołujący zarzucał naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1) art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z art. 117 ust. 3 Pzp w zw. z art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp w zw. z § 9 ust. 3 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, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Ekspert do poprawienia wykazu wykonanych usług poprzez

wskazanie w wykazie wyłącznie usług i wartości usług, w których wykonaniu bezpośrednio uczestniczył Lider Konsorcjum – Ekspert Security Duo spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, w sytuacji, gdy w wykazie wykonanych usług wskazano wartość całkowitą usługi, pomimo, że usługa ta była realizowana przez Ekspert Security Duo spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wspólnie z innymi wykonawcami,

2)art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp w zw. z art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp w zw. z § 6 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. z 2020 poz. 2452), poprzez zaniechanie odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum Komandos pomimo złożenia przez Konsorcjum Komandos, na wezwanie Zamawiającego, informacji

z Krajowego Rejestru Karnego, które zostały poświadczony w zakresie zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem papierowym przez osobę nieuprawnioną, tj. złożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczących Biura Ochrony „POSEJDON” A.H. spółka jawna z siedzibą w Białymstoku – podmiotu zbiorowego oraz współników Spółki – A.H. oraz D.H., a także BETA SECURITY SYSTEM sp. z o.o. z siedzibą w Opolu - podmiotu zbiorowego oraz członka zarządu – P.T. i prokurentów – W.K. i M.P., poświadczonych przez osobę nieuprawnioną,

3)ewentualnie (w przypadku nieuwzględnienia zarzutów w pkt 2) - art. 128 ust. 1 Pzp

w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp w zw. z § 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, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Komandos do poprawienia wykazu wykonanych usług oraz uzupełnienia referencji poprzez:

1)wskazanie usługi spełniającej wymagania Zamawiającego, w sytuacji gdy usługa wskazana w wykazie obejmowała ochronę i służbę dozorowaną świadczoną przez niekwalifikowanych pracowników ochrony, a przez to nie może potwierdzać spełnienia warunku udziału w postępowaniu,

2)wskazanie w wykazie wyłącznie usług i wartości usług, w których wykonaniu bezpośrednio uczestniczył Lider Konsorcjum „KOMANDOS”- PODLASIE Sp. z o.o.

z siedzibą w Białymstoku, w sytuacji gdy w wykazie usług wskazano całą wartość usług,

a nie wartość usług ochrony, w wykonaniu których bezpośrednio uczestniczył Lider Konsorcjum „KOMANDOS”- PODLASIE Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku.

Odwolujący wnosil o:

1)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny wniosków

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i zaproszenia do składania ofert oraz dokonania ponownej oceny wniosków,

2)nakazanie Zamawiającemu wezwania Konsorcjum Ekspert do poprawienia wykazu wykonanych usług poprzez wskazanie w wykazie wyłącznie usług i wartości usług, w których wykonaniu bezpośrednio uczestniczył Członek Konsorcjum – Ekspert Security Duo spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,

3)nakazanie Zamawiającemu odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału

w postępowaniu Konsorcjum Komandos,

ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwania Konsorcjum Komandos do poprawienia wykazu wykonanych usług oraz uzupełnienie referencji poprzez:

a) wskazanie usługi spełniającej wymagania Zamawiającego,

b) wskazanie w wykazie wyłącznie usług i wartości usług, w których wykonaniu bezpośrednio uczestniczył Lider Konsorcjum „KOMANDOS”- PODLASIE Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku.

Interes Odwołującego wyraża się w tym, że Odwołujący złożył wniosek

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w związku z dopuszczeniem do udziału w postępowaniu oraz

w związku ze złożeniem oferty przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału

w postępowaniu lub którego wniosek winien podlegać odrzuceniu. W konsekwencji bowiem może się okazać, że Konsorcjum Ekspert lub Konsorcjum Komandos złoży ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu, mimo że wniosek o dopuszczenie do udziału

w postępowaniu któregoś z tych Wykonawców powinien zostać odrzucony, a Wykonawca ten nie powinien zostać

zaproszony do składania ofert.

Wpis od odwołania został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Informację o czynności, od której składane jest odwołanie, tj. dopuszczenie do udziału w postępowaniu i zaproszenie do składania ofert, Odwołujący uzyskał 19 czerwca 2023 r. Odwołanie zostało zatem wniesione w terminie przewidzianym w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał, że Zamawiający ustanowił następujące warunki udziału w postępowaniu w zakresie kryteriów technicznych i/lub zawodowych:

„Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże się należytych wykonaniem, w okresie ostatnich 5ciu lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału

w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - należyte wykonał lub wykonuje: - 1 zamówienie (umowę), której przedmiot obejmował usługę w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia przez Specjalistyczną Uzbrojoną Formację Ochronną (SUFO),

na kwotę już wykonanej usługi minimum 2 000 000,00 zł brutto (słownie: dwa miliony zł).

Na potwierdzenie Wykonawca złoży wykaz usług wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których usługa została wykonana,

z załączeniem dowodów określających czy ta usługa została wykonana należyte, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługa była wykonywana, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty.” (Rozdział V ust. 1 pkt 4 lit. a Danych do ogłoszenia o zamówieniu w trybie przetargu ograniczonego oraz opisu sposobu przygotowania wniosku).

Odwołujący wystąpił z wnioskiem do Zamawiającego o udostępnienie treści protokołu wraz z załącznikami w postaci wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu pozostałych wykonawców. Jednocześnie Zamawiający pismem z dnia 20 czerwca 2023 r. odmówił Odwołującemu wglądu do korespondencji z wykonawcami, wezwał do wyjaśnień, uzupełnień w postępowaniu, na podstawie art. 74 ust. 2 Pzp. Odwołujący zakwestionował odmowę w dniu 21 czerwca 2023 r. jednocześnie wskazując na szereg uchybień przy ocenie wniosków od opuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum Ekspert oraz Konsorcjum Komandos. Ostatecznie Zamawiający udostępnił w dniu 22 czerwca 2023 r. dokumenty złożone na wezwanie do uzupełnienia przez Konsorcjum Komandos.

Zarzut wskazania przez Konsorcjum Ekspert w wykazie usług całej wartości usług, a nie wartości dotyczącej usług, w których realizacji bezpośrednio uczestniczył Ekspert Security Duo sp. z o.o.

Konsorcjum Ekspert na potwierdzenie spełniania warunku udziału w zakresie zdolności technicznej przedłożył referencje z dnia 30 listopada 2022 r. wystawione przez 26 WOG, potwierdzające, że Konsorcjum w składzie: Ekspert Security Duo sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Ekspert Security AP sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Ekspert Security MW sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Fosa Ochrona sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, świadczyło od dnia 30 listopada 2021 r. do 30 listopada 2022 r. usługę w zakresie bezpośredniej ochrony fizycznej osób i mienia oraz monitorowania przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacji Ochronne (SUFO) na rzecz WOFITM w Celestynowie.

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do wniosku Konsorcjum Ekspert o dopuszczenie do udziału w postępowaniu usługę będącą przedmiotem tego postępowania w zakresie bezpośredniej ochrony fizycznej osób i mienia wykonają Ekspert Security Duo sp. z o.o.

i Ekspert Security MW sp. z o.o. Konsorcjum Ekspert w wykazie wskazało, że doświadczenie, na jakie się powołuje w postępowaniu, nabyła Spółka Ekspert Security Duo sp. z o.o.

Zgodnie z art. 117 ust. 3 Pzp, *„w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane”.*

W związku z tym, Konsorcjum Ekspert może polegać na wiedzy i doświadczeniu w zakresie realizacji usług ochrony posiadanym przez Ekspert Security Duo sp. z o.o. i Ekspert Security MW sp. z o.o., bowiem tylko ci członkowie Konsorcjum Ekspert będą realizować usługi ochrony fizycznej osób i mienia. Przy czym w wykazie usług Konsorcjum Ekspert wskazało, że polega wyłącznie na doświadczeniu Ekspert Security Duo sp. z o.o.

W oparciu o § 9 ust. 3 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologiidnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych, dostaw lub usług, wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz ma dotyczyć dostaw lub usług, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych, w których wykonywaniu bezpośrednio uczestniczył lub uczestniczy.

Konsorcjum Ekspert powinien więc powołując się na doświadczenie nabyte przez jednego z Członków

Konsorcjum w ramach zamówienia publicznego wykonywanego wspólnie z innymi wykonawcami, wskazać zakres zrealizowanego przez niego zamówienia, a nie doświadczenie zdobyte przez całe konsorcjum.

Konsorcjum Ekspert w wykazie usług wskazało zakres realizowany przez całe konsorcjum realizujące dane zadanie, o czym świadczy podanie wartości całej umowy. Realizacja wskazana w wykazie usług była realizowana przez konsorcjum wykonawców. Niewiadomym jest (gdyż nie zostało to wskazane przez Konsorcjum Ekspert), jaki zakres zrealizowali poszczególni wykonawcy, w tym wykonawca, na którego doświadczenie powołuje się Konsorcjum Ekspert czyli Członek Konsorcjum – Ekspert Security Duo

sp. z o.o. Z treści informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 4 listopada 2021 r., znak postępowania ZP/68/2021, oraz z treści referencji złożonych przez Konsorcjum Ekspert, można wywnioskować, że niezasadnie w wykazie usług wskazano cały zakres usług (i ich wartość), a nie zakres, w realizacji którego bezpośrednio uczestniczył Ekspert Security Duo sp. z o.o.

Jak wynika z informacji z otwarcia ofert w zakresie części 9 zamówienia, a więc dotyczącej realizacji usług bezpośredniej ochrony fizycznej osób i mienia oraz monitorowania przez SUFO na rzecz WOFiTM w Celestynowie, Konsorcjum w składzie: Ekspert Security Duo sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Ekspert Security AP

sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Ekspert Security MW sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Fosa Ochrona sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, zaferowało cenę za wykonanie całej części zamówienia w wysokości 2.535.089,04 zł. Taka też kwota została wskazana przez Konsorcjum Ekspert w wykazie usług.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 lutego 2020 r. potwierdziła, iż: „*istotą posiadania doświadczenia jest faktyczna realizacja tego zakresu zamówienia i o takiej wartości, który odpowiada doświadczeniu niezbędnemu do spełnienia danego warunku udziału w postępowaniu. Zatem każdy wykonawca, uczestniczący w realizacji zamówienia będzie uprawniony do wykazania się doświadczeniem w realizacji części umowy, jednakże tylko w takim zakresie, w jakim faktycznie brał udział*”.

Dysponowanie przez wykonawcę określonym potencjałem ma fundamentalne znaczenie z punktu widzenia zapewnienia prawidłowego wykonania zamówienia.

Aby wykonawca dawał rękojmię należytej realizacji powierzonego zadania, musi wymagany potencjał rzeczywiście, a nie tylko formalnie, posiadać. W odniesieniu do doświadczenia oznacza to, że musi to być doświadczenie faktycznie przez danego wykonawcę nabyte poprzez realizację określonych zadań. Przyjęcie stanowiska przeciwnego byłoby tożsame z zezwoleniem na ukształtowanie się w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznej praktyki dopuszczającej fikcję w wykazywaniu spełniania warunków udziału

w postępowaniu, dając możliwość uzyskania zamówień podmiotom, które nie są zdolne do ich właściwej realizacji (tak m.in. wyrok z dnia 11 kwietnia 2018 r., sygn. akt: KIO 568/18).

W ocenie Odwołującego przedmiotowe referencje i wykaz usług przedstawiony przez Konsorcjum Ekspert nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W związku z tym, Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum Ekspert do poprawienia wykazu wykonanych usług poprzez wskazanie w wykazie wyłącznie usług i wartości usług, w których wykonaniu bezpośrednio uczestniczył Członek Konsorcjum – Ekspert Security Duo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Zarzut zaniechania odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum Komandos

Zgodnie z art. 405 ust. 1 Pzp: „*Z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wyklucza się wykonawców, o których mowa w art. 108*”.

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 Pzp: „*Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę:*

1) będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo:

a) udziału w zorganizowanej grupie przestępczej albo związku mającym na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, o którym mowa w art. 258 Kodeksu karnego,

b) handlu ludźmi, o którym mowa w art. 189a Kodeksu karnego,

c) o którym mowa w art. 228-230a, art. 250a Kodeksu karnego, w art. 46-48 ustawy

z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz. U. z 2020 r. poz. 1133 oraz z 2021 r. poz. 2054

i 2142) lub w art. 54 ust. 1-4 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz. U.

z 2022 r. poz. 463, 583 i 974),

d) finansowania przestępstwa o charakterze terrorystycznym, o którym mowa

w art. 165a Kodeksu karnego, lub przestępstwo udaremniania lub utrudniania stwierdzenia przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywania ich pochodzenia, o którym mowa

wart. 299 Kodeksu karnego,

e) o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 115 § 20 Kodeksu karnego, lub mające na celu popełnienie tego przestępstwa,

f) powierzenia wykonywania pracy małoletniemu cudzoziemcowi, o którym mowa

w art. 9 ust. 2 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2021 r. poz. 1745),

g) przeciwko obrotowi gospodarczemu, o których mowa w art. 296-307 Kodeksu karnego, przestępstwo oszustwa, o którym mowa w art. 286 Kodeksu karnego, przestępstwo przeciwko wiarygodności dokumentów, o których mowa w art. 270-277d Kodeksu karnego, lub przestępstwo skarbowe,

h) o którym mowa w art. 9 ust. 1 i 3 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r.

o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej

- lub za odpowiedni czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego;

2) jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 1; (...)

4) wobec którego prawomocnie orzeczono zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne”.

W oparciu o § 2 ust. 1 pkt 1 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:

„W celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego, zwanego dalej "postępowaniem", zamawiający może żądać następujących podmiotowych środków dowodowych:

1) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie:

a) art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej "ustawą",

b) art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy, dotyczącej orzeczenia zakazu ubiegania się

o zamówienie publiczne tytułem środka karnego, (...)

- sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem”.

Zgodnie z art. 405 ust. 4 Pzp: „Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w przypadku negocjacji bez ogłoszenia do oferty, wykonawca dołącza oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, oraz podmiotowe środki dowodowe”.

W związku z powyższym, wykonawcy biorący udział w postępowaniu powinni złożyć wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, informacje z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 lub 4 Pzp (w zależności od formy prawnej wykonawcy).

W skład Konsorcjum Komandos wchodzi dwaj wykonawcy będący spółkami z ograniczoną odpowiedzialnością, jeden wykonawca będący osobą fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą oraz jeden wykonawca będący spółką jawną. Zatem Konsorcjum Komandos powinno załączyć do wniosku o dopuszczenie do udziału informacje z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie:

1) art. 108 ust. 1 pkt 1 Pzp – dla wykonawcy będącego osobą fizyczną, czyli C.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą SPOKO C.G.,

2) art. 108 ust. 1 pkt 2 Pzp – dla członków zarządu, członków rady nadzorczej

i prokurentów wykonawców będących spółkami z ograniczoną odpowiedzialnością, czyli „KOMANDOS”- PODLASIE SŁ z o.o. z siedzibą w Białymstoku i BETA SECURITY SYSTEM Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu,

3) art. 108 ust. 1 pkt 2 Pzp – dla wspólników spółki jawnej, czyli Biuro Ochrony „POSEJDON” A.H. spółka jawna z siedzibą w Białymstoku,

4) art. 108 ust. 1 pkt 4 Pzp – dla wszystkich wykonawców będących spółkami wchodzącymi w skład Konsorcjum Ekspert.

Pierwotnie, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału Konsorcjum Komandos nie przedłożyło wszystkich wymaganych dokumentów. Konsorcjum Komandos na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów przedłożyło:

1) pełnomocnictwo udzielone przez Biuro Ochrony „POSEJDON” A.H. spółka jawna z siedzibą w Białymstoku liderowi Konsorcjum Komandos,

2) oświadczenie Biuro Ochrony „POSEJDON” A.H. spółka jawna

z siedzibą w Białymstoku dotyczące przesłanek wykluczenia z postępowania, aktualności informacji zawartych w oświadczeniu o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, oświadczenia dotyczącego przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, spełniania warunków udziału w postępowaniu, oświadczenia wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienie publiczne, zgodnie z załącznikiem nr 1 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,

3) informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie podstaw wykluczenia dotyczących:

a) Biura Ochrony „POSEJDON” A.H. spółki jawnej z siedzibą

w Białymstoku – jako podmiotu zbiorowego oraz wspólników Spółki – A.H. oraz D.H.,

b) BETA SECURITY SYSTEM Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu – jako podmiotu zbiorowego oraz członka zarządu – P.T. prokurentów – W.K.

i M.P.,

c) – prezesa zarządu - J.D. „KOMANDOS”- PODLASIE Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku.

Informacje z Krajowego Rejestru Karnego dotyczące Biura Ochrony „POSEJDON” A.H. spółki jawnej z siedzibą w Białymstoku – dotyczące podmiotu zbiorowego oraz wspólników Spółki – A.H. oraz D.H.,

a także BETA SECURITY SYSTEM sp. z o.o. z siedzibą w Opolu - dotyczące podmiotu zbiorowego oraz członka zarządu – P.T. i prokurentów – W.K.

i M.P., zostały przedłożone w formie cyfrowego odwzorowania dokumentu wstawionego w formie papierowej.

Poświadczenia natomiast każdego z dokumentów dokonał J.D. – prezes zarządu „KOMANDOS”- PODLASIE

Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, czyli Lidera Konsorcjum.

Powyższe poświadczenie zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem papierowym zostało zdaniem Odwołującego dokonane niezgodnie z § 6 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie, dalej jako „Rozporządzenie”.

W przypadku, gdy podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe, inne dokumenty, w tym dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 Pzp, lub dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania, zostały wystawione przez upoważnione podmioty jako dokument w postaci papierowej, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczające zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej.

Zgodnie z § 6 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia, poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej, dokonuje w przypadku podmiotowych środków dowodowych oraz dokumentów potwierdzających umocowanie do reprezentowania - odpowiednio wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca, w zakresie podmiotowych środków dowodowych lub dokumentów potwierdzających umocowanie do reprezentowania, które każdego z nich dotyczą.

Informacje z Krajowego Rejestru Karnego dotyczące Biura Ochrony „POSEJDON” A.H. spółki jawnej z siedzibą w Białymstoku – podmiotu zbiorowego oraz wspólników Spółki – A.H. oraz D.H., powinny zostać więc poświadczone przez osobę/osoby uprawnioną do reprezentacji tej Spółki, a nie przez J.D. – prezesa zarządu „KOMANDOS”- PODLASIE sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku (Lidera Konsorcjum).

Informacje z Krajowego Rejestru Karnego dotyczące BETA SECURITY SYSTEM sp. z o.o. z siedzibą w Opolu podmiotu zbiorowego oraz członka zarządu – P.T. i prokurentów – W.K. i M.P., powinny zostać więc poświadczone przez osobę uprawnioną do reprezentacji tej Spółki, a nie przez J.D. – prezesa zarządu „KOMANDOS”- PODLASIE Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku (Lidera Konsorcjum).

Na podstawie przedłożonych przez członków Konsorcjum Komandos pełnomocnictw, lider Konsorcjum Komandos – „KOMANDOS”- PODLASIE sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku został umocowany „do reprezentowania stron jako Konsorcjanta w Konsorcjum firm ”KOMANDOS”- PODLASIE Sp. z o. o. 15-102 Białystok ul. Bitwy Białostockiej 9 - lider, Biu Ochrony „POSEJDON” A.H. Spółka Jawna, ul. Handlowa 7/114 - Konsorcjant, BETA SECURITY SYSTEM Sp. z o.o. 45-310 Opole, ul. Ozimska 182 – konsorcjant, SPOKO C.G., 15-773 Białystok, ul. Rzemieślnicza 35/24 – konsorcjant, w każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia na usługę „Outsourcing w zakresie SUFO w kompleksie wojskowym w m. Kolno”, postępowanie nr 29/OiB/PO/2023

-składania oświadczeń w imieniu konsorcjum wymaganych przez SIWZ;
-potwierdzania dokumentów związanych z SIWZ;
-wnoszenia zapytań i protestów;
-podpisania i złożenia oferty; - zawarcia umowy.
-składania odwołań do KIO.”

Stosując literalną wykładnię treści złożonych oświadczeń, z ich treści według Odwołującego nie wynika upoważnienie do dokonywania poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej podmiotowych środków dowodowych dotyczących poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zgodnie z treścią art. 65 kodeksu cywilnego, oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Po pierwsze, informacje z KRK nie są oświadczeniem składanym w imieniu konsorcjum. Są to informacje składane jako potwierdzenie braku podstaw wykluczenia każdego z członków konsorcjum oraz dotyczą sytuacji indywidualnej każdego z członków konsorcjum. Informacji tych nie można kwalifikować również jako związanych z „SIWZ”. Informacja z KRK jest podmiotowym środkiem dowodowym, a więc związanym z sytuacją podmiotową członka konsorcjum. Nie jest to dokument związany jakkolwiek z SWZ, SWZ nie determinuje jego treści, tak jak np. przy oświadczeniu o spełnianiu warunków udziału

w postępowaniu, a wymóg złożenia informacji z KRK wynika wprost z art. 405 ust. 1 Pzp. Mimo że udzielono pełnomocnictwa o określonej powyżej treści, nie obejmuje ono umocowania do składania oświadczeń czy poświadczania dokumentów dotyczących poszczególnych członków Konsorcjum Komandos. Potwierdza to fakt, że oświadczenie wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienie publiczne, stanowiące część załącznika nr 1 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zostało złożone przez każdego z członków Konsorcjum Komandos oddzielnie – podpisy zostały złożone zgodnie z zasadami reprezentacji tych podmiotów.

Skoro Rozporządzenie precyzuje zakres podmiotów uprawnionych do dokonywania poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej podmiotowych środków dowodowych oraz dokumentów potwierdzających umocowanie do reprezentowania, to pełnomocnictwo przenoszące to uprawnienie powinno zostać udzielone wyraźnie – nie jest dopuszczalne jakiegokolwiek domniemanie w tym zakresie.

Przedłożone do wniosku o dopuszczenie pełnomocnictwa dla Lidera Konsorcjum Komandos, nie zawierają umocowania do dokonywania poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej podmiotowych środków dowodowych dotyczących poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Poświadczanie zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej podmiotowych środków dowodowych nie mieści się w zakresie umocowania określonego w pełnomocnictwach – nie jest z nim równoważne ani „składanie oświadczeń w imieniu konsorcjum wymaganych przez SIWZ”, ani „potwierdzanie dokumentów związanych z SIWZ”. Pozostałe kategorie umocowania wskazane w pełnomocnictwach również nie zawierają umocowania do poświadczania zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej podmiotowych środków dowodowych dotyczących poszczególnych członków konsorcjum.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Wezwanie to jest czynnością jednokrotną i ponowne wzywanie wykonawcy nie jest dopuszczalne. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów.

Jednym z przejawów owej zasady jest zasada jednokrotności wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, tj. jednokrotnego uprawnienia (jak i obowiązku) zamawiającego wystosowania do wykonawcy tego rodzaju wezwania oraz jednokrotnego uprawnienia wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów. Co prawda owa zasada nie została wprost uregulowana w Pzp jednak jej obowiązywanie wynika z ugruntowanego orzecznictwa KIO i sądów okręgowych oraz stanowiska doktryny (tak wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2020 r., sygn. akt: KIO 1621/20; wyrok KIO z dnia 30 lipca 2020 r., sygn. akt: KIO 1598/20).

Zdaniem Odwołującego uzasadniony jest zarzut zaniechania odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum Komandos pomimo złożenia przez Konsorcjum Komandos, na

wezwanie Zamawiającego, informacji z Krajowego Rejestru Karnego, które zostały poświadczony w zakresie zgodności cyfrowego odwzorowania

z dokumentem papierowym przez osobę nieuprawnioną.

Zarzut ewentualny – zaniechanie wezwania Konsorcjum Komandos do poprawienia wykazu wykonanych usług oraz uzupełnienia referencji

Konsorcjum Komandos na potwierdzenie spełniania warunku udziału w zakresie zdolności technicznej przedłożyło referencje wystawione przez PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok, potwierdzające, że Konsorcjum składzie: „KOMANDOS” – PODLASIE sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku oraz Biuro Ochrony Posejdon, świadczyło, okresie od dnia 1 marca 2021 r. do 28 lutego 2023 r., usługi w zakresie ochrony osób i mienia w formie bezpośredniej ochrony fizycznej polegającej na:

- 1) całodobowej ochronie fizycznej osób, posesji i obiektów,
- 2) całodobowego monitoringu lokalnych systemów sygnalizacji włamania SSWiN,
- 3) konserwacji elektronicznych systemów zabezpieczeń SSWiN i CCTV,
- 4) zapewnienie gotowości uruchomienia na sygnał alarmowy Grupy Interwencyjnej, która podejmie czynności weryfikacji alarmu SSWiN, na rzecz PGE Dystrybucja spółki akcyjnej Oddział Białystok (wartość zrealizowanej umowy 3.922.101,87 zł).

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do wniosku Konsorcjum Komandos o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, przedmiotową usługę w zakresie bezpośredniej ochrony fizycznej osób i mienia będą wykonywać wszyscy Członkowie Konsorcjum. Konsorcjum Komandos

w wykazie wskazał, że doświadczenie na jakie się powołuje w postępowaniu nabyła natomiast Spółka „KOMANDOS”- PODLASIE sp. z o.o.

W oparciu o § 9 ust. 3 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologiidnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych, dostaw lub usług, wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz ma dotyczyć dostaw lub usług, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych, w których wykonywaniu bezpośrednio uczestniczył lub uczestniczy.

Konsorcjum Komandos powinno więc powołując się na doświadczenie nabyte przez jednego z Członków Konsorcjum w ramach zamówienia publicznego wykonywanego wspólnie z innymi wykonawcami, wskazać zakres zrealizowanego przez niego zamówienia, a nie doświadczenie zdobyte przez całe konsorcjum.

Konsorcjum Komandos w wykazie usług wskazało zakres realizowany przez całe konsorcjum realizujące dane zadanie, o czym świadczy podanie wartości całej umowy. Realizacja wskazana w wykazie usług była realizowana przez konsorcjum wykonawców. Niewiadomym jest (gdyż nie zostało to wskazane przez Komandos), jaki zakres zrealizowali poszczególni wykonawcy w tym wykonawca, na którego doświadczenie powołuje się Komandos, czyli Lider Konsorcjum – „KOMANDOS”- PODLASIE sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 lutego 2020 r. potwierdziła, iż: „*istotą posiadania doświadczenia jest faktyczna realizacja tego zakresu zamówienia i o takiej wartości, który odpowiada doświadczeniu niezbędnemu do spełnienia danego warunku udziału w postępowaniu. Zatem każdy wykonawca, uczestniczący w realizacji zamówienia będzie uprawniony do wykazania się doświadczeniem w realizacji części umowy, jednakże tylko w takim zakresie, w jakim faktycznie brał udział*”.

Dysponowanie przez wykonawcę określonym potencjałem ma fundamentalne znaczenie z punktu widzenia zapewnienia prawidłowego wykonania zamówienia.

Aby wykonawca dawał rękojmię należytej realizacji powierzonego zadania, musi wymagany potencjał rzeczywiście, a nie tylko formalnie, posiadać. W odniesieniu do doświadczenia oznacza to, że musi to być doświadczenie faktycznie przez danego wykonawcę nabyte poprzez realizację określonych zadań. Przyjęcie stanowiska przeciwnego byłoby tożsame z zezwoleniem na ukształtowanie się w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznej praktyki dopuszczającej fikcję w wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, dając możliwość uzyskania zamówień podmiotom, które nie są zdolne do ich właściwej realizacji (tak m.in. wyrok z dnia 11 kwietnia 2018 r., sygn. akt: KIO 568/18).

Na uwagę zasługuje także fakt, że w złożonych referencjach wskazano jako jednego z członków konsorcjum „Biuro Ochrony Posejdon Białystok”. Pod tą firmą funkcjonuje zarówno spółka jawna Biuro Ochrony „POSEJDON” A.I. spółka jawna (KRS: 0000482206), jak również jednoosobowa działalność gospodarcza prowadzona przez A.H. (NIP: 5421631887). Co istotne, zarówno działalność spółki jawnej, jak i jednoosobowa działalność gospodarcza prowadzone są pod tym samym adresem.

Nie wiadomo więc jaki podmiot został wskazany w przedmiotowych referencjach jako wspólnie realizujący usługi na

rzecz PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok.

W związku z tym Odwołujący stoi na stanowisku, że zasadny jest zarzut zaniechania przez Zamawiającego wezwania Konsorcjum Komandos do poprawienia wykazu usług poprzez wskazanie w wykazie wyłącznie usług i wartości usług, w których wykonaniu bezpośrednio uczestniczył Lider Konsorcjum „KOMANDOS”- PODLASIE Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku.

Okres realizacji umowy wskazany w referencji, od dnia 1 marca 2021 r. do 28 lutego 2023 r., pozwala zidentyfikować postępowanie, w ramach którego nastąpił wybór wykonawcy. Postępowanie to było prowadzone przez PGE Dystrybucja S.A. Oddział Warszawa i dotyczyło postępowania przetargowego nr 301/OW/KS/2020 prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Usługa ochrony osób i mienia dla PGE Dystrybucja S.A. w podziale na 7 zadań”.

Zamawiający określił, że Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże się należytych wykonaniem, w okresie ostatnich 5-ciu lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - należytych wykonał lub wykonuje: - 1 zamówienie (umowę), której przedmiot obejmował usługę w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia przez Specjalistyczną Uzbrojoną Formację Ochronną (SUFO), na kwotę już wykonanej usługi minimum 2 000 000,00 zł brutto (słownie: dwa miliony zł). Z treści ogłoszenia o zamówieniu wynikało wprost, że wykonawcy mają się wykazać realizacją usług przez SUFO.

Zadanie nr 1, którego dotyczą referencje przedstawione przez Konsorcjum Komandos, obejmowało ochronę fizyczną i służbę dozorowaną w Oddziale Białystok świadczoną przez niekwalifikowanych pracowników ochrony, a także obsługę monitoringu, kwartalną konserwację systemu alarmowego oraz CCTV. Oznacza to, że usługa ta nie obejmowała realizacji w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia przez Specjalistyczną Uzbrojoną Formację Ochronną (SUFO). Co za tym idzie Konsorcjum Komandos nie spełniło warunku w zakresie kryteriów technicznych i/lub zawodowych.

Konsorcjum Komandos podało ponadto w wykazie usług całą kwotę zrealizowanej usługi. Z przedłożonych referencji wynika zaś wprost, że na przedmiot tej usługi składały się nie tylko usługi ochrony osób i mienia, ale również całodobowy monitoring lokalnych systemów sygnalizacji włamania SSWiN, konserwacji elektronicznych systemów zabezpieczeń SSWiN i CCTV oraz zapewnienie gotowości uruchomienia na sygnał alarmowy grupy interwencyjnej, która podejmie czynności weryfikacji alarmu SSWiN.

Z wykazu i referencji przedłożonych przez Konsorcjum Komandos nie wynika jaka jest faktyczna wartość usług ochrony osób i mienia zrealizowanych w ramach umowy z PGE Dystrybucja S.A. Oddział Warszawa. W wykazie wskazano całą wartość usługi, w tym wartość usług monitorowania, konserwacji i gotowości grupy interwencyjnej.

W wykazie powinna zaś zostać wskazana wyłącznie wartość usług w zakresie ochrony osób i mienia, gdyż ta wartość jest decydująca dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący uważa, że złożone przez Konsorcjum Komandos referencje i wykaz usług nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze, zdaniem Odwołującego odwołanie jest w pełni zasadne.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestników postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył wniosek w postępowaniu, został zaproszony do złożenia oferty i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia, nieprawidłowa ocena wniosków w postępowaniu i zaniechanie badania przez Zamawiającego, czy inni zaproszeni wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu i powinni otrzymać zaproszenie do składania ofert, godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci braku uzyskania zamówienia.

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożyli następujący Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

1)Konsorcjum w składzie: Ekspert Security Duo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Lider), Ekspert Security AP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Partner), Ekspert Security MW Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Partner) – dalej jako „konsorcjum Ekspert”;

2) „KOMANDOS” - PODLASIE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku (Lider), Biuro Ochrony „POSEJDON” A.H. Spółka jawna z siedzibą w Białymstoku (Partner), C.G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą SPOKO C.G. z siedzibą w Białymstoku (Partner), BETA SECURITY SYSTEM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu (Partner) – dalej jako „konsorcjum Komandos”.

Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień.

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego Izba ustaliła, że w ogłoszeniu o zamówieniu dopuszczono możliwość wspólnego ubiegania się podmiotów o udzielenie zamówienia. W takim przypadku Wykonawcę stanowią podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia, które ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ramach ustalonych kryteriów dotyczących kwalifikacji technicznych i/lub zawodowych wykonawców (które mogą prowadzić do ich wykluczenia) Zamawiający wymagał, by Wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał lub wykonuje: 1 zamówienie (umowę), której przedmiot obejmował usługę w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia przez Specjalistyczną Uzbrojoną Formację Ochronną (SUFO), na kwotę już wykonanej usługi minimum: 2 000 000,00 zł brutto (słownie: dwa miliony zł brutto).

W celu wykazania niepodleganiu wykluczeniu z postępowania oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu Wykonawcy mieli przedłożyć następujące dokumenty i oświadczenia: Wykaz wykonanych usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie. W tabeli w Wykazie należało podać miejsce, wartość, podmiot na rzecz którego została wykonana robota/usługa wykonana oraz daty wykonania.

Wykonawcy złożyli wnioski z Wykazami usług o treści wskazanej w odwołaniu.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił po jego oddaleniu w całości.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia Izba uznała, że odwołanie w części zasługiwało na uwzględnienie.

Z art. 117 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.

Zgodnie z art. 117 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Przepisy te stosuje się do zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa.

Jak celnie zauważył w odwołaniu Odwołujący, w oparciu o § 9 ust. 3 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych, dostaw lub usług, wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz ma dotyczyć dostaw lub usług, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych, w których wykonywaniu bezpośrednio uczestniczył lub uczestniczy.

Rozważania Izby rozpocząć należy od stwierdzenia, że niewątpliwie do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (inaczej konsorcjum) stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy. Oznacza to, że zarówno konsorcjum,

jak i każdy z jego członków powinni być traktowani jak wykonawca. Warunki udziału

w postępowaniu nie zostały zróżnicowane z uwagi na możliwe konstrukcje prawne (podwykonawca, konsorcjum), w których wykonawca może nabyć doświadczenie. Jednakże nie można tracić z pola widzenia, iż weryfikacja warunków udziału winna nastąpić nie tylko przy uwzględnieniu postanowień specyfikacji (ogłoszenia o zamówieniu), ale przede wszystkim przy uwzględnieniu stopnia rzeczywistej realizacji przez poszczególnych konsorcjantów danego zamówienia w przypadku gdy wykonawcy powołują się na doświadczenie nabyte w ramach konsorcjum. Zatem brak jest możliwości bezrefleksyjnego sumowania potencjałów (tak wyrok KIO z 29 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2169/16). Obowiązkiem Zamawiającego jest indywidualna analiza doświadczenia nabytego przez Wykonawcę w ramach konsorcjum, zgodnie ze stanem faktycznym oraz badaniem realnego udziału podmiotu podczas realizacji zadania (tak KIO w wyroku z dnia 21 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2534/18 w wyroku KIO z 2 listopada 2017 r., sygn. KIO 2007/17 i KIO 2014/17).

Sam Trybunał Sprawiedliwości UE podkreśla, iż warunkiem uznania możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział w zarządzaniu sprawami konsorcjum (Wyrok z dnia 18 lipca 2007 r.

w sprawie *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Grecji* sygn. C-399/05, podobnie wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 *Esaprojekt*). Trybunał widzi zatem doświadczenie konsorcjanta w postaci czynnego udziału w sprawach konsorcjum będących określonym przedsięwzięciem. Tego rodzaju podejście jest racjonalne i ma głębokie praktyczne uzasadnienie. Eliminuje bowiem wykonawców próbujących powoływać się na doświadczenie całego konsorcjum w sytuacji, gdy ich rola nie była znacząca dla inwestycji. Wobec takich podmiotów trudno bowiem stwierdzić, iż mają one faktycznie doświadczenie

w realizacji przedsięwzięć o określonej skali. A więc, każdy przypadek i każda sprawa, w tym ocena spełniania warunków udziału przez konsorcjum, jako całość oraz jako poszczególni jego członkowie, wymagają indywidualnej analizy. Jak wynika bowiem z orzeczenia *Esaprojekt* „*gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego*”.

Izba podziela stanowisko prezentowane w orzecznictwie i doktrynie, iż do oceny doświadczenia zdobytego w ramach konsorcjum należy każdorazowo podchodzić indywidualnie, biorąc pod uwagę przede wszystkim treść warunku udziału w postępowaniu, konkretne działania wykonawców podejmowane podczas realizacji wskazanej na potwierdzenie spełnienia tego warunku inwestycji oraz faktyczną możliwość wyodrębnienia

i podziału zadań pomiędzy poszczególnych członków konsorcjum. Istotne jest również w jaki sposób Wykonawca powołujący się na doświadczenie i wiedzę zdobyte w ramach zadania wykonywanego przez grupę wykonawców te okoliczności wykazuje, czy to przez złożenie wymaganych wykazów, referencji, dodatkowe wyjaśnienia, umowy konsorcjum, faktury za wykonanie poszczególnych elementów zamówienia, ustalenia wewnętrzne między konsorcjantami, inne ustalenia. Wydaje się zatem, że dla rozstrzygnięcia zagadnienia, czy dany wykonawca jako członek konsorcjum, może powoływać się na doświadczenie zdobyte w ramach takiej grupy najistotniejsze znaczenie będzie miał przedstawiony Zamawiającemu materiał dowodowy potwierdzający rzeczywisty zakres czynności wykonywanych przez dany podmiot i istotność tych czynności dla całego przedmiotu danego zamówienia.

W prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający nie dokonał szczegółowej analizy realnego udziału poszczególnych wykonawców tworzących konsorcjum Ekspert i konsorcjum Komandos przy realizacji zamówienia, w którym nabyli oni doświadczenie wymagane warunkiem udziału w postępowaniu. Wynik tej analizy, Izba uważa za nieprawidłowy. W złożonej odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający błędnie zinterpretował treść zarzutów odwołania dotyczących potwierdzenia warunku udziału przez grupę wykonawców. Wbrew stanowisku Zamawiającego, Odwołujący nie kwestionował, że warunek udziału może zostać spełniony przez grupę wykonawców. W odwołaniu nie podnoszono, że ustalony warunek winien spełnić jeden z członków konsorcjum. Odwołujący zasadnie wskazywał, że w przypadku konsorcjum możliwe jest bazowanie na doświadczeniu, które w sposób rzeczywisty i realny zdobył każdy z członków tworzących konsorcjum.

W celu wyjaśnienia, czy Wykonawcy składający wnioski dysponują wymaganym doświadczeniem zawodowym, konieczne było dokonanie wykładni warunku udziału

w postępowaniu, który Zamawiający i Odwołujący rozumieli odmiennie.

Zdaniem Izby Zamawiający w ustalonym warunku udziału w postępowaniu wymagał wykazania się doświadczeniem w realizacji przynajmniej 1 zamówienia, w ramach którego przedmiot realizacji obejmował między innymi usługę w zakresie ochrony fizycznej osób

i mienia świadczoną przez Specjalistyczną Uzbrojoną Formację Ochronną (SUFO).

Kwota wykonanej usługi rozumianej jako całość świadczenia miała wynosić minimum:

2 000 000,00 zł brutto (słownie: dwa miliony zł brutto). Izba nie podziela zapatrywań przedstawionych w odwołaniu i na rozprawie przez Odwołującego, że wskazana w warunku kwota miała odnosić się tylko do wartości świadczenia usługi przez SUFO. Budowa warunku rozpatrywana przez pryzmat przedmiotu zamówienia przemawia za wykładnią wskazaną przez Zamawiającego, którą Izba przyjmuje za własną.

Odnosnie do doświadczenia konsorcjum Ekspert, na zadaniu referencyjnym realizowanym na rzecz Wojskowego Ośrodka Farmacji i Techniki w Celestynowie, ze złożonych referencji wynika, że zamówienie realizowało konsorcjum w składzie: Ekspert Security Duo, Ekspert Security AP, Ekspert Security MW oraz Fosa Ochrona. W obecnym postępowaniu wniosek złożyły jedynie 3 podmioty. W konsorcjum nie uczestniczy teraz Fosa Ochrona.

W ocenie Izby słusznie w odwołaniu podniesiono, że Zamawiający winien zbadać jakie doświadczenie w ramach zadania referencyjnego nabyły podmioty obecnie tworzące grupę wykonawców. Tylko bowiem na tym elemencie doświadczenia mogą bazować obecnie te podmioty. Przy czym Izba nie zgadza się z tezą zaprezentowaną w odwołaniu, że *Konsorcjum Ekspert* wskazało, że *polega wyłącznie na doświadczeniu Ekspert Security Duo sp. z o.o.* Nazwa użyta w nagłówku formularza stanowiącego Wykaz usług identyfikuje grupę wykonawców, której liderem ustanowiono Ekspert Security Duo. Nie oznacza to w ocenie Izby, że grupa wykonawców potwierdza spełnienie

warunków udziału tylko na bazie doświadczenia tego podmiotu. I tylko doświadczenie tego podmiotu zdecyduje o spełnieniu warunku, tak w zakresie przedmiotowym, jak i wartościowym dla zadania referencyjnego.

Jednoznacznie dostrzeżenia wymaga, to iż w obecnym postępowaniu grupa wykonawców zdecydowała o sposobie wykonania przedmiotu zamówienia, że usługi: bezpośredniej ochrony fizycznej osób i mienia wykonają Wykonawcy: Ekspert Security Duo sp. z o. o. i Ekspert Security MW sp. z o. o. a sługi doradztwa i kwestie logistyczne wykona Wykonawca: Ekspert Security AP sp. z o. o. nie oznacza, że taki podział zadań miał miejsce na zadaniu referencyjnym, co Odwołujący przyjął za pewnik. Nie są uprawnione tezy odwołania, że wobec takiego podziału obowiązków dla realizacji przedmiotu zamówienia dla Zamawiającego, należy badać tylko ten zakres na zadaniu referencyjnym. Dostrzeżenia bowiem wymaga, iż warunek udziału w postępowaniu odnosi się do nabycia określonego doświadczenia jako pewnej cechy o znaczeniu generalnym a nie rozdrobnienia na wykonywanie poszczególnych obowiązków przez członków konsorcjum.

Generalnie, Zamawiający przez wezwanie wykonawców do wyjaśnień wykazu usług winien ustalić w jaki sposób nabyły doświadczenie poszczególne podmioty tworzące konsorcjum ubiegające się o udzielenie przedmiotowego zamówienia i jaka była wartość usług zrealizowana przez te podmioty i czy łącznie przekracza ona próg ustalony w warunku udziału w postępowaniu. W ramach tego ostatniego elementu Przystępujący konsorcjum Ekspert nie zaprzeczało bowiem, że kwota wpisana w wykazie usług odnosi się do całokształtu obowiązków umownych zrealizowanych przez grupę wykonawców. Natomiast Zamawiający oceniając wniosek Konsorcjum Ekspert winien bazować na kwocie z umowy, która odnosiła się do usług przedmiotowo zbieżnych a wykonanych przez podmioty obecnie tworzące konsorcjum. Odwołujący nie kwestionował dat wykonywania usług oraz że w ramach usługi referencyjnej wykonywane były czynności przez SUFO.

Odnośnie do doświadczenia konsorcjum Komandos Izba może powielić stanowisko zaprezentowane powyżej.

Dla zadania referencyjnego realizowanego na rzecz PGE Dystrybucja Oddział Białystok złożono referencje, z których wynika, że zamówienie realizowało konsorcjum w składzie: Komandos Podlasie Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku oraz Biuro Ochrony Posejdon z siedzibą w Białymstoku. Obecnie o zamówienie ubiega się grupa wykonawców o odmiennym składzie osobowym. Tym samym z zakresu zadania referencyjnego należy uwzględnić dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tylko tę część, którą wykonały podmioty obecnie ubiegające się o zamówienie oraz wyjaśnić skład osobowy konsorcjum z uwagi na zbieżność nazw dla podmiotu Biuro Ochrony Posejdon spółka jawna i jednoosobowej działalności gospodarczej prowadzonej przez A.H. (NIP: 5421631887). Dotyczy to przede wszystkim wartości wykonanych usług.

Dodatkowo Odwołujący zauważył w odwołaniu, że z dokumentów potwierdzających wykonanie zadania referencyjnego nie wynika, iż spełniona została ta część warunku udziału w postępowaniu, która odnosi się do ochrony fizycznej osób i mienia świadczonej przez Specjalistyczną Uzbrojoną Formację Ochronną (SUFO). Usług zapewnienia gotowości uruchomienia na sygnał alarmowy grupy interwencyjnej nie można zrównać z usługami świadczonymi przez SUFO. Co prawda w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający zaznaczył, że uzyskał od Wykonawcy wyjaśnienia, że usługi SUFO były wykonywane. Jednakże wyjaśnienia nie zostały złożone w trybie wezwania do złożenia wyjaśnienia przewidzianym w ustawie Pzp. Konsorcjum nie złożyło także w tym zakresie Zamawiającemu jakichkolwiek dokumentów poświadczających taki stan rzeczy. W opozycji Odwołujący, składając inne dokumenty z postępowania referencyjnego, co najmniej uprawdopodobnił, że świadczenie usług SUFO nie miało miejsca. W ocenie Izby Zamawiający winien wyjaśnić powyższe rozbieżności w trybie wezwania do wyjaśnień przewidzianego w art. 128 ustawy Pzp.

Dostrzeżenia również wymaga, iż zamówienie referencyjne obejmowało szereg innych usług niż tylko świadczenie ochrony osób i mienia, w tym między innymi monitoring lokalnych systemów, czy konserwację elektronicznych systemów zabezpieczeń. Wartość wykonania tych usług także nie powinna być brana pod uwagę przy badaniu poziomu spełniania warunku udziału przez konsorcjum Komandos.

Z tych powodów Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności zaproszenia do składania ofert oraz ponowienie czynności badania i oceny wniosków, w tym zastosowanie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do wniosków

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum Ekspert oraz Konsorcjum Komandos w zakresie złożonych wykazów usług.

W pozostałym zakresie Izba oddaliła odwołanie.

Zgodnie z art. 125 ust. 4 ustawy Pzp przypadku wspólnego ubiegania się

o zamówienie przez wykonawców, oświadczenie, o którym mowa w ust. 1 (oświadczenie

o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji), składa każdy z

wykonawców. Oświadczenia te potwierdzają brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji w zakresie, w jakim każdy z wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Odwołujący w odwołaniu prawidłowo przytoczył treść przepisów dotyczących formy składania podmiotowych środków dowodowych, treść i formę złożonych w postępowaniu dokumentów z KRK przez Konsorcjum Komandos oraz treść złożonego z wnioskiem pełnomocnictwa dla Lidera Konsorcjum Komandos.

Odwołujący błędnie jednak wywodzi, że treść pełnomocnictwa dla Lidera konsorcjum Komandos nie uprawniała go do poświadczenia za zgodność z oryginałem cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej podmiotowych środków dowodowych dotyczących poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Przywołane przez Odwołującego Rozporządzenie jest przepisem wykonawczym do ustawy Pzp i koncentruje się na formie składania poszczególnych dokumentów, czy to w postaci cyfrowej, czy to w postaci papierowej. Nie można jednak pomijać przepisów rangi ustawowej i przepisów Kodeksu cywilnego, które uprawniają dany „podmiot zbiorowy” do ustanowienia pełnomocnika, który grupę wykonawców będzie reprezentował, zakreślając przedmiot tej reprezentacji. Takie pełnomocnictwo zostało przez Konsorcjum Komandos złożone i dokonać należało wykładni jego zapisów.

W pełnomocnictwie upoważniono Lidera konsorcjum do potwierdzania dokumentów związanych z SWZ. W ocenie Izby w sformułowaniu tym mieści się potwierdzenie w imieniu poszczególnych członków konsorcjum kopii podmiotowych środków dowodowych, które dotyczą sytuacji każdego z podmiotów konsorcjum. Podmiotowe środki dowodowe były dokumentami wymienionymi w ogłoszeniu o zamówieniu, są powiązane z sytuacją danego podmiotu w postępowaniu, zatem w ocenie Izby wypełniona została przesłanka poświadczenia za zgodność z oryginałem „dokumentu związanego z SWZ”. Odwołujący prezentuje wykładnię zawężając, literalnie odczytując zapisy pełnomocnictwa. Tymczasem w ocenie Izby dokonać należy ustalenia rzeczywistej woli podmiotu udzielającego upoważnienia do wykonywania pewnych czynności w jego imieniu. Sformułowanie „potwierdzenie dokumentów” zdaniem Izby zawiera upoważnienie do wykonania czynności poświadczania dokumentów odnoszących się do poszczególnych członków konsorcjum „za zgodność z oryginałem”, jeżeli zachodziła taka potrzeba. Wolą podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jest złożenie dokumentów prawidłowych co do formy i treści z wymogami ogłoszenia o zamówieniu.

Konkludując, zdaniem Izby odwołanie w części zasługiwało na uwzględnienie, co odzwierciedla punkt 1 sentencji niniejszego orzeczenia. Pozostałe zarzuty odwołania okazały się niezasadne, co uwzględnia punkt 2 sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 oraz ust. 6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami Zamawiającego w części 1/2 oraz Odwołującego w częściach 1/2 (2 zarzuty w odwołaniu, z czego jeden zarzut został uwzględniony, jeden oddalony).

Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł, oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy – w wysokości dopuszczalnej Rozporządzenie, koszty dojazdu w wysokości 665,80 zł oraz koszty opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł, co łącznie dawało kwotę 19 282,80 zł.

Zamawiający wnioskował o zasądzenie na jego rzecz kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 3 600,00 zł na podstawie złożonego spisu kosztów.

Izba zniósła koszt zastępstwa procesowego wzajemnie między Odwołującym i Zamawiającym, rozliczeniu stosunkowemu podlegały pozostałe koszty.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 15 682, 80 zł, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości ½ kwoty kosztów rozliczonych w postępowaniu odwoławczym, czyli kwoty 7 841,40 zł. Zamawiający innych kosztów poza zastępstwem nie zgłosił, winien natomiast ponieść koszty w wysokości ½ kwoty rozliczanej, czyli 7 841,40 zł. Należało więc rozliczyć powyższą różnicę między Stronami.

Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7 841,40 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego

a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodniczący:

.....