**Sygn. akt: KIO 258/12**

**POSTANOWIENIE z dnia 14 lutego 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk**
Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 14 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu w dniu 6 lutego 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: G4S Secure Solutions (Polska) Sp. z o.o. (Pełnomocnik Konsorcjum), G4S Security Systems (Polska) Sp. z o.o. i G4S Manned Security (Polska) S.A. z siedzibą dla Pełnomocnika Konsorcjum: ul. Prosta 69, 00-838 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Portu Wojennego Gdynia, ul. Rondo Bitwy pod Oliwą 1, 81-103 Gdynia**

przy udziale **Impel Security Polska Sp. z o.o., Impel Security Provider Sp. z o.o. i Impel Security Minitoring Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**postanawia:**

1. **odrzucić odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: G4S Secure Solutions (Polska) Sp. z o.o. (Pełnomocnik Konsorcjum), G4S Security Systems (Polska) Sp. z o.o. i G4S Manned Security (Polska) S.A. z siedzibą dla Pełnomocnika Konsorcjum: ul. Prosta 69, 00-838 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: G4S Secure Solutions (Polska) Sp. z o.o. (Pełnomocnik Konsorcjum), G4S Security Systems (Polska) Sp. z o.o. i G4S Manned Security (Polska) S.A. z siedzibą dla Pełnomocnika Konsorcjum: ul. Prosta 69, 00-838 Warszawa** tytułem należnego wpisu od odwołania.

---

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku.**

**Przewodniczący:**
**……**



---

**Sygn. akt: KIO 258/12**

**Uzasadnienie**

Komenda Portu Wojennego Gdynia (dalej: „Zamawiający") prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Wykonanie *usług w zakresie ochrony osób i mienia świadczonych przez Specjalistyczne uzbrojone Formacje Ochronne (SUFO) na rzecz Komendy Portu Wojennego Gdynia".* Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą *Pzp".* Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane przez Zamawiającego w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 19 listopada 2011 r. pod numerem 2011/S 223-362283.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: G4S Secure Solutions (Polska) Sp. z o.o. (Pełnomocnik Konsorcjum), G4S Security Systems (Polska) Sp. z o.o. i G4S Manned Security (Polska) S.A. z siedzibą dla Pełnomocnika Konsorcjum w Warszawie w dniu 6 lutego 2012 r. (dalej: „Odwołujący") złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołanie to zostało złożone od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w składzie: Impel Security Polska Sp. z o.o., Impel Security Provider Sp. z o.o. i Impel Monitoring Sp. z o.o. (dalej: „Konsorcjum *Impel")* jako oferty najkorzystniejszej w następstwie dokonania przez Zamawiającego ponownego badania i oceny oferty Konsorcjum Impel niezgodnie z wyrokiem KIO z dnia 13 stycznia 2012 r. (sygn. akt: KIO 2791/11). Odwołujący tym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie art. 91 ust. 1, art. 7 w związku z art. 197 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie ponownego badania i oceny oferty Konsorcjum Impel zgodnie ze wskazanym wyrokiem KIO, tj. w zakresie wszystkich pozycji z wykazu doświadczenia Konsorcjum Impel i w konsekwencji nieuwzględniania przy ocenie oferty Konsorcjum Impel poz. 11 i 22 z tego wykazu jako niespełniających wymogów SIWZ dotyczących opisu kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podkreślił, że Zamawiający, dokonując ponownej czynności badania i oceny oferty Konsorcjum Impel uwzględnił w



wykazie doświadczenia Konsorcjum Impel usługi wskazane pod poz. 11 i 22 mimo, iż doświadczenie wskazane pod tymi pozycjami również - podobnie jak w przypadku poz. 15, 18, 19, 24 i 25 - nie spełnia wymogów wskazanych w SIWZ według wytycznych wskazanych w przywodnym wyroku KIO. W tym zakresie wskazał, że:

1) poz. 11, tj. referencje z Jednostki Wojskowej 1523 Inowrocław z dnia 22 marca 2010 r. potwierdzają wykonanie usług „na *dzień dzisiejszy",* a więc jeśli przyjąć zamówienie z czerwca 2009 r. o wartości 564 751,73 zł niespełniające wymagań wartości 1 000 000,00 zł brutto bądź uznając że referencja odnosi się do zamówienia i umowy na rok 2010 – około 316 970,00 zł, co także nie odpowiada wymogom SIWZ;
2) poz. 22, tj. referencji z Jednostki Wojskowej 1641 Inowrocław, gdzie wartość usług liczona od 3 lat wstecz od daty złożenia oferty dla Komendy Portu Wojennego Gdynia wynosi 759 969,94 zł brutto i nie spełnia wymagań dla kryterium doświadczenia.

Według Odwołującego taki sposób postępowania Zamawiającego jest niesłuszny. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający powinien był wykonać wyrok KIO pod rygorem wniesienia odwołania wobec czynności, która została dokonana niezgodnie z wyrokiem KIO. Powołał się w tym zakresie na orzeczenia KIO (sygn. akt: KIO 160/11 i 578/11). Odwołujący wskazał też, że zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 13 stycznia 2012 r. (sygn. akt: KIO 2791/11), wydanym w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Izba orzekła, że Zamawiający powinien unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponownie zbadać i ocenić ofertę Konsorcjum Impel w sposób wskazany w zakresie przywołanym w uzasadnieniu tego wyroku. W ocenie Odwołującego wyrokiem tym KIO narzuciło Zamawiającemu taki sposób oceny oferty Konsorcjum Impel, który nie może ograniczać się do nieuwzględnienia jedynie pozycji *expressis werbis* wskazanych w tym wyroku na str. 8 uzasadnienia (tj. wyłącznie do pozycji 15, 18, 19 i 25). W ten sam sposób – zdaniem Odwołującego – orzeczenia tego nie rozumiał Zamawiający, który nie uwzględnił przy ocenie oferty Konsorcjum Impel także poz. 24, co do której KIO nie orzekała (str. 9 wyroku). Odwołujący podkreślił, że w jego ocenie „sposób *dokonania ponownej oceny oferty"* wyznacza uzasadnienie wyroku zawierające wytyczne KIO dotyczące wykładni SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert w tym postępowaniu. Kierując się tymi wytycznymi opisywanymi przez KIO we wskazanym orzeczeniu na przykładach zawartych w poz. 15, 18, 19 i 25 Zamawiający powinien – według Odwołującego – ponownie dokonać badania i oceny całego doświadczenia Konsorcjum Impel, tj. także w zakresie pozycji nie poddanych rozstrzygnięciu KIO. Przeciwne rozumienia tego wyroku KIO – w ocenie Odwołującego – prowadziłoby do sytuacji wyboru oferty, która w świetle postawionych kryteriów oceny ofert nie jest ofertą najkorzystniejszą. Według niego obiektywnie Konsorcjum Impel w

przedmiotowym postępowaniu wykazało pod poz. 11 i 22 usługi, które nie mieszczą się w wymaganym w SIWZ doświadczeniu. Odwołujący wskazał także na wynik postępowania,



jakim według niego jest obowiązek przeprowadzenia ponownego badania ofert z uwagi na uchybienia zawarte w ofercie Konsorcjum Impel. W jego ocenie nie można uznać, że wyrok KIO zostanie wykonany wyłącznie poprzez wykreślenie z oferty wymienionych wprost w uzasadnieniu wyroku pozycji, dotyczących potwierdzenia doświadczenia wykonawcy. Podkreślił, że obowiązek ponownego badania ofert, w tym oferty Konsorcjum Impel, to proces znacznie szerszy, w ramach którego Zamawiający ma obowiązek od początku przeanalizować każdą pozycję każdej oferty z uwzględnieniem wytycznych wskazanych w wyroku KIO zarówno tych podanych wprost w uzasadnieniu tego wyroku, jak i tych, które są zgodne z duchem tego orzeczenia. W tym kontekście złożone oferty, w tym kwestionowana oferta Konsorcjum Impel, winny być ponownie przeanalizowane w taki sposób, aby być zgodne z celem wyroku KIO, który w zakresie pozycji dokumentujących doświadczenie wykonawcy dopuszcza się posłużeniem się wyłącznie umowami, które dotyczyły zamówienia o wartości przekraczającej 1 mln zł.

Odwołujący powołał się także na niepublikowane postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 9 marca 2007 r., sygn. akt: V CZ 13/07, wskazując, że wyrok KIO podlega wykładni jako oświadczenie woli organu, ale także wykładni prawa. Wykładni tej natomiast podlega cały wyrok, nie tylko jego sentencja, ale także uzasadnienie. Jego zdaniem wniosek taki potwierdza praktyka dotycząca wykładni wyroków sądów powszechnych na tle art. 352 K.p.c, która może mieć zastosowanie w przedmiotowej sprawie przez art. 185 ust. 7 ustawy Pzp. Podkreślił, że powyższe jest dopuszczalne w sytuacji, gdy treść orzeczenia jest sformułowana w sposób niejasny, który może budzić wątpliwości co do samego rozstrzygnięcia, zakresu powstałej powagi rzeczy osądzonej, a także sposobu jego wykonania. Zwrócił też uwagę na to, że strona nie może ponosić negatywnych konsekwencji wynikających z niejasności wydanego przez sąd orzeczenia.

W ocenie Odwołującego przywołany wyrok KIO powinien być rozumiany przez pryzmat art. 7 ustawy Pzp, który m.in. pozwala udzielić zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Podkreślił, że Konsorcjum Impel w swojej ofercie pod poz. 11 i 22 wykazało usługi, które w świetle wykładni zapisów SIWZ dokonanych przez KIO w przywołanym wyroku KIO, nie powinny być uwzględnione przy dokonaniu ponownej oceny oferty Konsorcjum Impel.

W dniu 9 lutego 2012 r. do Prezesa Izby Konsorcjum Impel złożyło swoje przystąpienie do przedmiotowego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zostało ono złożone na skutek wezwania Zamawiającego skierowanego do tego wykonawcy w dniu 7 lutego 2012 r. Kopie zgłoszenia przystąpienia zostały przekazane stronom postępowania odwoławczego.



W przystąpieniu Konsorcjum Impel wniosło o odrzucenie złożonego odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3, 4 i 5 ustawy Pzp, wskazując, że zarzut Odwołującego dotyczący poz. 11 i 22 z wykazu usług Konsorcjum Impel jest spóźniony, gdyż o sposobie oceny oferty dokonanej przez Zamawiającego w odniesieniu do tych usług Odwołujący powziął wiadomość już przy pierwszej czynności wyboru oferty Konsorcjum Impel w dniu 19 grudnia 2011 r. Konsorcjum Impel powołało się także na zasadę koncentracji środków ochrony prawnej, zgodnie z którą Odwołujący powinien podnieść wszystkie zarzuty już przy kwestionowaniu pierwszej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. w niniejszej sprawie licząc od dnia 19 grudnia 2011 r., a nie na obecnym etapie postępowania. Zdaniem Konsorcjum Impel Odwołujący w sowim odwołaniu z dnia 28 grudnia 2011 r. podnosił już zarzuty dotyczące wykazu usług Konsorcjum Impel (z poz. 15, 18, 19 i 15 wykazu), czyli w pełni zgodził się z prawidłowością dokonanej przez Zamawiającego oceny oferty Konsorcjum Impel.

Zamawiający w piśmie z dnia 9 lutego 2012 r. złożył do akt sprawy pisemną odpowiedź na odwołanie, w której w pierwszej kolejności wniósł o odrzucenie odwołania na

podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3, 4 i 5 ustawy Pzp. Podkreślił on, że odwołanie zostało złożone po terminie i dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku KIO z dnia 13 stycznia 2012 r. (KIO 2791/11) oraz to, że Odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego Odwołującego.

W toku posiedzenia z udziałem stron i uczestnika postępowania Zamawiający i Konsorcjum Impel podtrzymali swoje wnioski o odrzucenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Izba, rozpoznając skuteczność złożonego zgłoszenia przystąpienia przez Konsorcjum Impel ustaliła, że wskazany wykonawca wypełnił wszystkie przesłanki wynikające z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, uzyskując tym samym status uczestnika niniejszego postępowania odwoławczego.

Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3) i 5) ustawy Pzp. Przywołane przepisy ustawy Pzp stanowią, że Izba odrzuca odwołanie, jeśli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie (pkt 3) i



jeżeli stwierdzi, że odwołalnie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący kwestionuje czynność Zamawiającego polegająca na wykonaniu wyroku KIO z dnia 13 stycznia 2012 r. (sygn. akt: Kio 2791/11), wydanego na skutek odwołania złożonego przez aktualnego Odwołującego, w którym wykonawca ten kwestionował zasadność uwzględniania przy ocenie ofert, w ramach ustalonego w SIWZ kryterium oceny ofert (doświadczenie z wagą procentową 15%) przy ofercie Konsorcjum Impel, doświadczenia wykazywanego przez tego wykonawcę w poz. 15, 18, 19 i 25 oraz 20 wykazu usług. Izba przywołanym wyrokiem uwzględniła wskazane odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazała ponowne badanie i ocenę ofert w sposób wskazany w zakresie wskazanym w uzasadnieniu do tego wyroku Izby. W uzasadnieniu zaś tego orzeczenia Izba wskazała na sposób rozumienia opisu kryterium oceny ofert (doświadczenie) w postanowieniach SIWZ (każde zamówienie polegające na ochronie osób i mienia o szczególnych warunkach, rozumiane jako pojedyncze zobowiązanie o wartości co najmniej 1 000 000 zł, które było wykonywane co najmniej przez okres 6 miesięcy),. Izba stwierdziła też, że wykazane w poz. 15, 18, 19 i 25 wykazu usług przez Konsorcjum Impel w ramach jednego zadania usługi stanowią przedmiot odrębnych umów zawartych o zamówienie publiczne o wartościach – każdej z nich – nie przekraczającej wartości 1 000 000 zł. Tym samym Izba stwierdziła, że wskazanych usług Zamawiający nie powinien brać pod uwagę przy ocenie oferty Konsorcjum Impel i w konsekwencji Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazała ponowne badanie i ocenę ofert.

Izba także co do zarzutu dotyczącego usługi wykazanej w poz. 20 wykazu usług wskazała, że Zamawiający w opisie kryterium doświadczenia nie doprecyzował wymagań co do ilości sztuk posiadanej broni. Tym samym Izba stwierdziła, że zarzut w tym zakresie jest niezasadny. Co do zarzutów dotyczących poz. 3 i 21 wykazu usług Izba stwierdziła, że zarzuty te nie zostały przez Odwołującego udowodnione.

Dodatkowo Izba zwróciła uwagę na to, że co do zarzutów dotyczących poz. 11 i 24 wykazu usług w oparciu o dyspozycję art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie była uprawniona do orzekania, bowiem nie zostały one zawarte w odwołaniu.

W przedmiotowym odwołaniu Odwołujący – jak podkreślił w toku rozprawy – nie kwestionuje *de facto* oceny spełnia wymogów w zakresie doświadczenia Konsorcjum Impel, tylko nieprawidłowy sposób wykonania wyroku KIO w sprawie KIO 2791/11. Odwołujący w treści swojego odwołania podniósł zarzuty odnoszące się do dwóch pozycji wykazu usług

Konsorcjum Impel (poz. 11 i poz. 22), za które Zamawiający przyznał punkty w kryterium doświadczenie – tak w toku pierwszej oceny ofert przeprowadzonej w grudniu 2011 r., jak i w toku ponownej oceny ofert dokonanej w wyniku wykonania wyroku KIO z dnia 13 stycznia 2012 r. W ocenie Odwołującego powyższe działanie Zamawiającego nie było zgodne z wyrokiem KIO z dnia 13 stycznia 2012 r. (KIO 2791/11).

Izba nie mogła zgodzić się z tym stanowiskiem Odwołującego. Zamawiający, wykonując wskazany wyrok KIO, wykonał go zgodnie z treścią sentencji tego orzeczenia, tj. unieważnił on wybór oferty najkorzystniejszej i dokonał ponownej czynności badania i oceny ofert w postępowaniu. Czynności badania i oceny ofert dokonał on tak w odniesieniu do oferty Odwołującego, jak i Przystępującego, zgodnie z zakresem wskazanym w uzasadnieniu orzeczenia KIO. W uzasadnieniu tym KIO zwróciła uwagę na konieczność oceny wymaganego od wykonawców doświadczenia w ramach kryterium oceny ofert tylko w zakresie pojedynczych zamówień - umów, których wartość przekraczała minimalny wartościowy próg ustalony przez Zamawiającego w wymogach SIWZ, tj. 1 000 000 zł. Zamawiający dokonał tej oceny według wskazanych wytycznych zawartych w uzasadnieniu wyroku KIO i nie uwzględnił poz. 15, 18, 19 i 25 wykazu usług Konsorcjum Impel. Dokonał tej oceny także w odniesie do poz. 11 i 24, uznając, że usługi w poz. 24 nie spełniają wymogów SIWZ w zakresie doświadczenia oraz, że usługi z poz. 11 wymogi te spełniają.

Zarzuty aktualnie rozpoznawanego przez Izbę odwołania odnoszą się do dwóch kolejnych pozycji wykazu usług Konsorcjum Impel, które nie były kwestionowane w ramach odwołania w sprawie KIO 2791/11 – poz. 11 i 22. Zarzut dotyczący poz. 11 był co prawda podnoszony przez Odwołującego dopiero na rozprawie w dniu 11 stycznia 2012 r., dlatego też nie mógł stanowić przedmiotu merytorycznego rozstrzygnięcia przez Izbę, związaną granicami zaskarżenia w związku z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp. Zarzut dotyczący poz. 22 w ogóle nie był w poprzednim odwołaniu podnoszony. Uwzględniając powyższe Izba uznała, że Odwołujący, formułując zarzuty odwołania opierał się na czynności ponownego badania i oceny ofert dokonanej przez Zamawiającego w wyniku wydanego w tej sprawie wyroku KIO w dniu 13 styczna 2012 r. Kwestionowane przez Odwołującego czynności Zamawiającego nie były zatem wynikiem swobodnej decyzji Zamawiającego o konieczności zweryfikowania samodzielnie swoich czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego tylko stanowiły skutek uwzględnienia odwołania przez KIO. Z tych też względów oceny prawidłowości tych czynności należy dokonywać w kontekście zgodności wykonanych przez Zamawiającego czynności ponownego badania i oceny ofert z wyrokiem KIO. Jak wskazano Izba nie dopatrzyła się takiej niezgodności, stąd też możemy niewątpliwie w tym przypadku mówić o wypełnieniu przesłanki do odrzucenia odwołania opisanej w art. 187 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.



We wskazanych okolicznościach faktycznych sprawy możemy także mówić o niedotrzymaniu terminu na podniesienie przez Odwołującego zarzutów dotyczących dwóch dodatkowych pozycji wykazu usług, które nie były przez wskazanego wykonawcę kwestionowane na wcześniejszym etapie postępowania – pierwotnej czynności badania i oceny ofert dokonanej przez Zamawiającego w grudniu 2011 r. Odwołujący, nie kwestionując tych pozycji na wcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zgodził się zatem z oceną tego wykazywanego doświadczenia Konsorcjum Impel już wcześniej. Podnoszenie tej okoliczności na obecnym etapie postępowania, także z uwagi na zasadę koncentracji środków ochrony prawnej w postępowaniu, należało uznać za spóźnione. Zamawiający w toku ponownego badania i oceny ofert w tym zakresie swojej decyzji co do sposobu oceny tego doświadczenia nie zmienił od czasu pierwotnej czynności badania i oceny ofert, zatem od tego momentu (dokonania tej czynności) należą liczyć bieg terminu na złożenie odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, stanowiącego, że strony postępowania ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku oraz treść § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady

Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

**……**