Sygn. akt: KIO 2791/11

WYROK
z dnia 13 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 grudnia 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: G4S Secure Solutions (Polska) Sp. z o.o., G4S Manned Security (Polska) S. A., G4S Security Systems (Polska) Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: 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 **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Security Polska Sp. z o.o., Impel Security Provider Sp. z o.o. oraz Impel Security Monitoring Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert w sposób wskazany w zakresie wskazanym w uzasadnieniu niniejszego wyroku**

---

2. Kosztami postępowania obciąża **Komendę Portu Wojennego Gdynia, ul. Rondo Bitwy pod Oliwą 1, 81-103 Gdynia** i:

   1) 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: G4S Secure Solutions (Polska) Sp. z o.o., G4S Manned Security (Polska) S. A., G4S Security Systems (Polska) Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Prosta 69, 00-838 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
   2) zasądza od **Komendy Portu Wojennego Gdynia, ul. Rondo Bitwy pod Oliwą 1, 81-103 Gdynia** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: G4S Secure Solutions (Polska) Sp. z o.o., G4S Manned Security (Polska) S. A., G4S Security Systems (Polska) Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Prosta 69, 00-838 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - 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 2791/11

Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Portu Wojennego Gdynia, ul. Rondo Bitwy pod Oliwą 1, 81-103 Gdynia prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą *Pzp"),* postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Wykonanie *usług w zakresie ochrony osób i mienia świadczone przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne (SUFO) na rzecz Komendy Portu Wojennego Gdynia".*

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 16 listopada 2011 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 listopada 2011 r. pod numerem 2011/S 223-362283.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: G4S Secure Solutions (Polska) Sp. z o.o., G4S Manned Security (Polska) S. A., G4S Security Systems (Polska) Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Prosta 69, 00-838 Warszawa (zwani dalej: „Odwołującym") w dniu 29 grudnia 2011 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołanie na czynność Zamawiającego polegającą na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Security Polska Sp. z o.o., Impel Security Provider Sp. z o.o. ,Impel Monitoring Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie:
- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ustawy Pzp poprzez wybór najkorzystniejszej oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Security Polska Sp. z o.o., Impel Security Provider Sp. z o.o. ,Impel Monitoring Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław jako najkorzystniejszej,

---

- dokonania ponownej oceny ofert,
- wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W dniu 19 grudnia 2011 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty (oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Security Polska Sp. z o.o., Impel Security Provider Sp. z o.o. ,Impel Monitoring Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław.

Czynność wyboru najkorzystniejszej oferty stała się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: G4S Secure Solutions (Polska) Sp. z o.o., G4S Manned Security (Polska) S. A., G4S Security Systems (Polska) Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Prosta 69, 00-838 Warszawa.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Impel Security Polska Sp. z o.o., Impel Security Provider Sp. z o.o. ,Impel Monitoring Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Security Polska Sp. z o.o., Impel Security Provider Sp. z o.o. ,Impel Monitoring Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone

w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 29 grudnia 2011 r.

Na podstawie art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, iż przystąpienie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Security Polska Sp. z o.o., Impel Security Provider Sp. z o.o. ,Impel Monitoring Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław (zwany dalej: „Przystępującym *Impel")* jest skuteczne, gdyż zgłosili oni przystąpienie w dniu 2 stycznia 2012 r. (data wpływu pisma do Prezesa Izby),), tj. w 4- dniu (ponieważ 3 dzień jako dzień ustawowo wolny od pracy upływał w dniu 1 stycznia 2012 r.) od daty otrzymania od Zamawiającego kopii odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do postępowania, co miało miejsce w dniu 29 grudnia 2011 r.

Ponadto Izba ustaliła również, że w dniu 19 grudnia 2011 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Security Polska Sp. z o.o., Impel Security Provider Sp. z o.o. ,Impel Monitoring Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt XIII „Opis *kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert"* wskazał, że Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert: Cena brutto oferty 85 punktów = 85, doświadczenie 15 punktów = 15%.

Doświadczenie rozumiane jako należyte zrealizowanie (zakończenie) lub wykonywanie (przez okres co najmniej 6-ciu miesięcy) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, zamówień polegających na ochronie osób i mienia (z wyłączeniem usług konwojowania) realizowanych przez pracowników ochrony z bronią (tj. Świadczonych przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne) o wartości co najmniej 1 000 000,00 zł.

Uwaga: Do badania kryterium „D" Zamawiający będzie brał pod uwagę tylko usługi spełniające wymogi opisane powyżej, t.j. polegające na ochronie osób i mienia z użyciem broni (t.j. świadczone przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne) z wyłączeniem usług konwojowania, zrealizowane lub realizowane przez okres co najmniej 6-miesięcy w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert, o wartości co najmniej 1 000 000 zł brutto – wskazane tylko w „liście zamówień dla kryterium – doświadczenie" (której wzór

stanowi druk załącznika nr 9 do SIWZ) i jednocześnie posiadający dokumenty potwierdzające, iż zamówienia te zostały wykonane lub są wykonywane należycie (np. referencje). Przedmiotowe dokumenty muszą zostać załączone do oferty. Usługa nie potwierdzona odpowiednimi dokumentami np. referencjami nie będzie brana pod uwagę podczas badania przedmiotowego kryterium.

Ponadto Izba ustaliła, że oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia: Impel Security Polska Sp. z o.o., Impel Security Provider Sp. z o.o. ,Impel Monitoring Sp. z o.o. z ceną 9 127 584 zł brutto uzyskała łącznie 99,89 punktów , w tym 84,89 punktu w kryterium cena i 15 punktów w kryterium doświadczenie przy 23 wykonanych lub wykonywanych zamówieniach spełniających wymagania zawarte w SIWZ.

Oferta Odwołującego otrzymała ogólną liczbę punktów 97,39, w tym w kryterium cena 85 punktów i 12,39 punktu w kryterium doświadczenie przy 19 uznanych zamówieniach.

Spór wniesiony niniejszym odwołaniem sprowadza się do pytania jak Zamawiający rozumiał postanowienia pkt XIII SIWZ, czy w świetle tak skonstruowanych wymagań powyższe kryterium odnosiło się do pojedynczych zobowiązań, jednej umowy czy też można było wykazać się realizacją kilku zamówień w ramach kliku umów, których łączna wartość wynosiła co najmniej 1 000 000 zł brutto.

Według Zamawiającego dopuszczał on sytuacje, w których wykonawca wykazywał się doświadczeniem w świadczeniu usług w ramach kilku postępowań prowadzonych przez tego samego zamawiającego, sumując wartość tych zamówień, jednak o wartości co najmniej 1 000 000 zł brutto.

W ocenie Izby w niniejszym stanie faktycznym w kryterium – doświadczenie Zamawiający postawił wykonawcom wymagania wykazania się zamówieniami polegającymi na ochronie osób i mienia. Tak postawione wymagania Zamawiającego wskazującego na możliwość wykazania się zamówieniami, jak ma to miejsce w niniejszym stanie faktycznym, wskazywały na konieczność przyjęcia do oceny kryterium – doświadczenie pojedynczych zobowiązań, jednej umowy o wartości co najmniej 1 000 000 zł.

Stanowisko Zamawiającego oceniającego oferty w ramach kryterium doświadczenie zostało również potwierdzone w piśmie z dnia 19 grudnia 2011 r. „Zawiadomienie *o wyborze najkorzystniejszej oferty",* w którym to Zamawiający podkreślił, że Przystępujący Impel przedstawił 23 wykonane lub wykonywane zamówienia potwierdzające posiadane doświadczenie. Z powyższego wywnioskować można, że Zamawiający poruszał się pojęciem zamówień rozumianych jako pojedyncze zobowiązania. Powyższe potwierdza również

---

informacja zawarta w protokole postępowania – (druk ZP-PN, str. 5), w którym Zamawiający posługuje się chociażby zwrotem „wykonane *lub wykonywane zamówienia",* jak również załącznik nr 9 – noszący nazwę „Lista *zamówień dla kryterium doświadczenie".*

Zatem Izba uznała, niezależnie od przyjętego przez Zamawiającego stanowiska na rozprawie, że intencją Zamawiającego było badanie i poddawanie ocenie zamówień (wskazanych w Liście zamówień dla kryterium doświadczenie) rozumianych jako pojedyncze zobowiązanie, umowa.

Izba ustaliła ponadto, że Przystępujący Impel w swojej ofercie w wykazie „Lista *zamówień dla kryterium doświadczenie"* wskazał m. in. następujące usługi:

1) w poz. poz. 25 - usługi dla Wojskowego Instytutu techniki Inżynieryjnej, - powyżej 1 000 000 zł brutto, od 30.06.1999 do chwili obecnej,
2) -poz. 15 - usługi dla Jednostki Wojskowej 1889 Lębork – powyżej 1 000 000 zł brutto, od 01.09.2008 r. do chwili obecnej,
3) -poz. 18 - usługi dla Jednostki Wojskowej 1986 Wędrzyn - powyżej 1 000 000 zł brutto, od 20.07.2009 r. do 31.12.2010 r.,
4) -poz. 19 - usługi dla JW. 3137 Krosno - powyżej 1 000 000 zł brutto, od 01.09.009 r. do 30.11.2010 r.

Jednakże Odwołujący dokonał analizy kwestionowanych zamówień i doszedł do wniosku, że były one realizowane w ramach kilku umów, których dopiero łączna wartość wynosiła co najmniej 1 000 000 zł., o czym świadczyć miały m. in. ogłoszenia o udzieleniu zamówienia jak również informacje z otwarcia ofert.

Wobec takiego stanowiska Odwołującego Przystępujący Impel na rozprawie przyznał, że poszczególne sporne zamówienia wskazane przez wykonawcę w wykazie (w Liście zamówień dla kryterium doświadczenie) były realizowane nie w ramach jednej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ale kilku poszczególnych umów, których wartości

świadczone na rzecz danego Zamawiającego były przez wykonawcę sumowane, w celu spełnienia wymagań w kryterium – doświadczenie.

Zamawiający nie zakwestionował stanowiska Odwołującego, co do wartości umów zawieranych przez Przystępującego Impel, wywodził głównie jednak że w świetle zapisów SIWZ należało inaczej interpretować jej postanowienia.

Izba podziela stanowisko wyrażane w orzecznictwie KIO, że jedynie w pewnych okolicznościach „zamówienie" może być realizowane w drodze kilku umów o zamówienie

publiczne, jednakże sytuacja taka jest wyjątkowa i wymaga zaistnienia szczególnych okoliczności. Izba podzieliła pogląd Odwołującego, że w niniejszym stanie faktycznym nie sposób przyjąć, aby świadczenie usług ochrony dla tego samego Zamawiającego w kolejnych latach, w oparciu o kolejne umowy o zamówienie publiczne było sytuacją wyjątkową przemawiającą za uznaniem takiej współpracy za jedno zamówienie. Zamawiający chcąc dopuścić inne sytuacje, inaczej rozumiejąc postanowienia SIWZ powinien powyższe w sposób niebudzący wątpliwości wskazać w specyfikacji.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że sporna pomiędzy stronami postępowania odwoławczego ocena usług wykazanych przez Przystępującego Impel w poz. 25, 15, 18, 19 wykazu na potwierdzenie kryterium – doświadczenie nie mogła być wzięta pod uwagę przez Zamawiającego. Podstawą takiego rozstrzygnięcia Izby są wyłącznie zapisy SIWZ wprowadzone przez Zamawiającego pkt XIII „Opis *kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert".* Zamawiający w tym opisie użył określenia „zamówienie". Zatem na tym etapie postępowania (badanie i ocena ofert), dokonując weryfikacji wykonawców w postępowaniu należy oprzeć się na postanowieniach SIWZ. Skoro zatem Zamawiający używa określenia „zamówienie", a nie: „zadanie", „inwestycja", nie sposób inaczej ocenić wymogów SIWZ co do kryterium doświadczenia, jak tylko poprzez przyjęcie, że Zamawiający przyjął dla oceny ofert kryterium – doświadczenie wykonanie odrębnych zamówień, które musiały stanowić przedmiot odrębnych umów. Wykazane przez Przystępującego Impel w ramach jednego zadania usługi (wskazane w pozycjach 15, 18, 19 i 25) stanowiły niewątpliwie przedmiot odrębnych umów zawartych o zamówienie publiczne, co zostało również potwierdzone przez Przystępującego Impel. Nie ulega zatem wątpliwości, że w ramach usług wykazanych przez Przystępującego Impel w poz. 15, 18, 19 i 25 wykazu – Liście zamówień dla kryterium doświadczenie wykazano po kilka zamówień udzielonych odrębnymi umowami o wartościach, nie przekraczających minimalnej wartości co najmniej 1 mln zł wskazanej w ramach opisu kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert. W efekcie zatem stwierdzić należało, że Zamawiający kwestionowanych zamówień (o wartościach poniżej 1 000 000 zł brutto) nie powinien brać pod uwagę przy ocenie oferty Przystępującego Impel, zatem w konsekwencji Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazała ponowne badanie i ocenę ofert.

Ponadto Izba zwróciła również uwagę, że zamówienia dla Wojskowego Instytutu Techniki Inżynieryjnej, referencje z dnia 3 kwietnia 2009 r. załączone dla zamówienia pod poz. 25 potwierdzają jedynie należyte wykonanie zamówienia w okresie od 8 grudnia 2008 r.

do dnia wystawienia referencji a więc krócej niż 6 miesięcy, jednak niezależnie od powyższego wobec potwierdzenia się zarzutu dotyczącego wartości wykazanych zamówień nie ma to wpływu na zakwalifikowanie tego zamówienia i uznanie go za spełnienie wymagań.

Co do zarzutu dotyczącego poz. 20 „Listy *zamówień dla kryterium doświadczenie"* oraz znikomej ilości broni – 2 szt. należy wskazać, że Zamawiający wymagał wykazania się zamówieniami polegającymi na ochronie osób i mienia realizowanych przez pracowników ochrony z bronią zatem należy stwierdzić, że Zamawiający nie doprecyzował wymagań co ilości sztuk posiadanej broni, tym samym powyższy zarzut należy uznać za niezasadny.

Co do zarzutu dotyczącego zamówienia zawartego w poz. 3 i 21 Izba uznała, że powyższy zarzut nie został przez Odwołującego udowodniony i poparty konkretnymi dowodami.

Przypomnienia wymaga, że ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne, zatem, analogicznie jak to jest w procesie cywilnym, iż ów ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07).

Ponadto co do zarzutów dotyczących usług zawartych w poz. 11 oraz 24 Izba przypomina, iż zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie jest uprawniona do orzekania co do zarzutów, które nie zostały zawarte w odwołaniu.

Uwzględniając powyższe, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy miało istotny wpływ na wynik niniejszego postępowania i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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), w tym także co do

uzasadnionych kosztów Odwołującego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika, jednakże ograniczając ich wysokość do kwoty określonej w § 3 pkt 2 b) niniejszego rozporządzenia.

Przewodniczący:

……