

WYROK
z dnia 12 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agata Mikołajczyk**

Członkowie: **Emil Kuriata**
Jolanta Markowska

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 lutego 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: G4S Security Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, G4S Security Systems (Polska) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, G4S Security Services Spółkę Akcyjną, 00 – 838 Warszawa, ul. Postępu 69** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jednostkę Wojskową Nr 5430, 67 – 320 Małomice, Dobrze nad Kwisą** protestu z dnia **27 listopada 2009 r.**

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: G4S Security Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, G4S Security Systems (Polska) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, G4S Security Services Spółkę Akcyjną, 00 – 838 Warszawa, ul. Postępu 69 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: G4S Security Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, G4S Security Systems (Polska) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, G4S Security Services Spółkę Akcyjną.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 2.139,22 (słownie: dwa tysiące sto trzydzieści dziewięć złotych, dwadzieścia dwa grosze) przez **Konsorcjum: G4S Security Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, G4S Security Systems (Polska)**

Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, G4S Security Services Spółkę Akcyjną na rzecz **Jednostki Wojskowej Nr 5430** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów dojazdu i noclegu;

- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10.556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: G4S Security Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, G4S Security Systems (Polska) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, G4S Security Services Spółki Akcyjnej**

Uzasadnienie

W odwołaniu wniesionym w piśmie z dnia 15 grudnia 2009 roku wnoszący odwołanie **G4S Security Sp. z o.o. z Warszawy - Lider Konsorcjum G4S Security Sp. z o.o. G4S Security Systems (Polska) Sp. z o.o. G4S Security Services S.A.** w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na fizyczną ochronę obiektu, mienia i osób **Jednostki Wojskowej Nr 5430 Dobrze nad Kwisą** przez Specjalistyczne Formacje Ochronne (SUFO) podniósł zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy – **Konsorcjum „IMPEL SECURITY POLSKA” Sp. z o.o. oraz IMPEL SECURITY PROVIDER sp. z o.o.** [zwane dalej **Konsorcjum Impel**] na podstawie art. 24 ust. 2. pkt 2 oraz ocenę ofert i wybór najkorzystniejszej oferty która powinna być odrzucona a więc jest nieważna (art. 89 ust. 1 pkt. 5). W związku z powyższym wnoszący odwołanie wniósł o uwzględnienie odwołania i uchylenie decyzji Zamawiającego o oddaleniu protestu, nakazanie wykluczenia Wykonawcy „IMPEL

SECURITY POLSKA" Sp. z o.o. na podstawie art.24 ust. 2. pkt. 2, nakazanie odrzucenie oferty „IMPEL SECURITY POLSKA" Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2, oraz art. 89 ust. 1 pkt. 5 Prawa zamówień publicznych, nakazanie powtórzenia czynności związanych z badaniem i oceną ofert oraz wyborem oferty najkorzystniejszej w ramach ofert zgodnych z prawem. W uzasadnieniu odwołania wykonawca wskazał, iż zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego i dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej zobowiązany jest do stosowania przy ocenie ważnych ofert wyłącznie kryteriów, które zawarł w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, jak też wynikających z przepisów prawa. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu zamawiający dokonując wyboru ofert dokonał jej w sposób naruszający zapisy prawa zamówień publicznych zawarte w art. 24 ust. 2 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy. Ustawodawca zobowiązał tam zamawiającego do stosowania przy wyborze oferty wyłącznie zasad i kryteriów określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i przepisach

2

prawa. Dalej wskazał, iż zamawiający w pkt 3.3.2. pkt 1 SIWZ wymagał, aby usługa była zrealizowana przez licencjonowanych pracowników ochrony I i II stopnia (specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych - SUFO) w systemie zmianowym, polegająca na bezpośredniej ochronie fizycznej. Dowódcy zmian powinni posiadać licencje II stopnia, natomiast pracownicy ochrony licencje minimum I stopnia. Ponadto Zamawiający w pkt 3.3.5 SIWZ wymagał, aby „wykaz osób niezbędnych do zabezpieczenia wykonania usługi zawierał nazwiska pracowników ochrony posiadających licencję I i II stopnia, nie posiadających statusu osoby niepełnosprawnej, stosownie do pkt. 8.3. SIWZ, ze wskazaniem listy pracowników zastępujących (urlop, choroba)". Jednocześnie Zamawiający w pkt. 7.1.2 w opisie warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków postawił m. in. wymóg, że o udzielenie niniejszego zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy spełniający warunki określone w art. 22 ust. 1 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych tzn. m.in. posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawia pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. W dniu 27 listopada 2009 roku składający odwołanie wykonawca wniósł protest na rozstrzygnięcie przedmiotowego postępowania. Zdaniem wnoszącego odwołanie wykonawca „IMPEL SECURITY POLSKA" Sp. z o.o. złożył w swojej ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania w wyniku czego podlega wykluczeniu na podstawie art. (art. 24 ust. 2 pkt 2), a co za tym idzie jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych Wskazał również, że poza tym, że wykonawca o którym mowa powyżej podlega wykluczeniu w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 2 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych, jego oferta jest niezgodna z ww. zapisami zawartymi w SIWZ. Wykonawca „IMPEL SECURITY POLSKA" Sp. z o.o. w swojej ofercie w wykazie pracowników ochrony wykazał następujące osoby: 1.B. Rajmund 2. D. Jan 3. D. Edward 4.G. Janusz 5.L. Przemysław, 6.P. Roman oraz 7.Ś. Wiesław. Osoby wskazane wedle najlepszej wiedzy wykonawcy nie są pracownikami „IMPEL SECURITY POLSKA" Sp. z o.o., jak również „IMPEL SECURITY PROVIDER" Sp. z o.o. i nie wykonywali na rzecz tego wykonawcy żadnej pracy w charakterze pracownika ochrony. Dalej wykonawca podaje, że wymienieni pracownicy ujęci w wykazie, również nie świadczyli usług na podstawie umowy zlecenia na rzecz firmy „IMPEL SECURITY POLSKA" Sp. z o.o., oraz „IMPEL SECURITY PROVIDER" Sp. z o.o. w momencie ogłoszenia przetargu przez Zamawiającego. Nie byli nimi również w momencie składania oferty przez „IMPEL SECURITY POLSKA" Sp. z o.o. Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą złożył zatem nieprawdziwe informacje mające wpływa na wynik prowadzonego postępowania, wobec czego powinien zostać wykluczony, a jego oferta odrzucona. Wnoszący odwołanie nie podziela stanowiska zamawiającego zawartego w

3

uzasadnieniu o oddaleniu protestu, jakoby w przedmiotowym postępowaniu brak podstaw faktycznych i prawnych do uznania, że oświadczenie „IMPEL SECURITY POLSKA" Sp. z o.o. i „IMPEL SECURITY PROVIDER Sp o.o. zawiera informacje nieprawdziwe złożone ze świadomością w celu wprowadzenia w błąd zamawiającego. Kwestionując argumentację

zamawiającego podaną w rozstrzygnięciu protestu wykonawca podał, iż intencją wnoszącego odwołanie, nie było wykazanie, że Wykonawca „IMPEL SECURITY POLSKA” Sp. z o.o. i „IMPEL SECURITY PROVIDER” Sp. z o.o. nie posiada wystarczającej ilości osób do realizacji zamówienia, a wykazanie przede wszystkim, że Wykonawca ten złożył w swojej ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Argumentacja zamawiającego, że cyt. „z treści SIWZ wynika jednoznacznie, że Zamawiający oczekiwał wskazania w wykazie osób, którymi w dniu składania oferty wykonawca dysponuje. Zamawiający żądał jedynie deklaracji, że wykonawca jest w stanie zapewnić wymaganą liczbę osób zdolnych do wykonania zamówienia” również nie powinna zostać uwzględniona. Z treści SIWZ jasno wynika, że Zamawiający żąda wykazu osób niezbędnych do zabezpieczenia wykonania usługi, który powinien zawierać nazwiska pracowników ochrony posiadających licencję I i II stopnia, nie posiadających statusu osoby niepełnosprawnej. Rozmnież przez to należy, że osoby te współpracują z wykonawcą czy to na podstawie umowy o pracę, czy też na podstawie umowy zlecenie. Zamawiający podnosi, „fakt nie pozostawiania w stosunku pracy bądź zlecenia z Konsorcjum „IMPEL SECURITY POLSKA” Sp. z o.o., „IMPEL SECURITY PROVIDER” Sp. z o.o. autorów oświadczeń nie wyklucza udziału tych osób w realizacji zamówienia. Konsorcjum dysponowało szczegółowymi danymi tych osób, co potwierdza ich udział w realizacji innych zamówień wykonawcy.” Powyższa argumentacja jest niespójna z treścią SIWZ i jej uznanie prowadziłoby do sytuacji, że Wykonawcy mogliby w swoich ofertach składać dowolny wykaz osób, których dane posiadają (byłych pracowników, byłych zleceniodawców czy byłych zleceniobiorców) bez odzwierciedlania ze stanem faktycznym na dzień składania ofert. W konsekwencji trudno byłoby ustalić czy wykonawca faktycznie dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, czy też wykaz przedstawionych osób ma charakter 'wyłącznie hipotetyczny. Wykonawca przywołuje zapis SIWZ, w którym zamawiający wymaga, aby wykonawca posiadał niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponował potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawił pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. Konsorcjum „IMPEL SECURITY POLSKA” Sp. z o.o., „IMPEL SECURITY PROVIDER” Sp. z o.o. nie przedstawiło także pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia, jak również nie przedstawiło oświadczenia wykazanych osób do świadczenia pracy bądź zatrudnienia się w jakiegokolwiek innej formie niż umowa o pracę na obiekcie

4

objętym zamówieniem. Wykonawca uważa, że argumentacja zamawiającego zawarta w uzasadnieniu oddalenia protestu nie zasługuje na uwzględnienie, a zatem nie było podstaw do oddalenia protestu. Wobec powyższego niniejsze odwołanie jest zasadne i powinno być uwzględnione zgodnie z jego żądaniem.

Krajowa Izba Odwoławcza, kierując się okolicznościami faktycznymi i prawnymi ustalonymi na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnieniami stron oraz przeprowadzonymi na rozprawie dowodami uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (pkt 7.1 2) zamawiający w spornym zakresie wymagał, aby wykonawca ubiegający się o zamówienie dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawił pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia. Dla potwierdzenia tego warunku zgodnie z pkt 8.3.2 zamawiający żądał przedłożenia wykazu osób, które będą wykonywać zamówienie wraz z dokumentami stwierdzającymi poświadczenie bezpieczeństwa, odbycie przeszkolenia oraz potwierdzającymi wymagane licencje (pkt 8.3 ppkt 4-6).

W ofercie wykonawca Konsorcjum Impel przedłożył wykaz osób (załącznik nr 6 do oferty), zawierający 63 osoby fizyczne desygnowane do wykonywania zamówienia (pod poz. 2, 11, 13, 16, 25, 34 i 38 zostały umieszczone w wykazie osoby, które są kwestionowane przez odwołującego się wykonawcę) i do tego wykazu załączono dokumenty wymienione postanowieniami specyfikacji. Zamawiający nie wymagał – czego nie kwestionował wykonawca w toku rozprawy – aby osoby fizyczne wskazywane w wykazie potwierdziły

indywidualnym oświadczeniem gotowość do wykonywania usługi ochrony objętej tym zamówieniem.

Kwestionując dysponowanie osobami wymienionymi pod wskazanymi pozycjami wykazu odwołujący – w toku rozprawy – powoływał się także na oświadczenia innych osób z wykazu o nie pozostawaniu w stosunku pracy (zlecenia) z firmami wchodzącymi w skład Konsorcjum Impel dowodząc, że ta okoliczność także potwierdza, że wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, wobec czego powinien zostać wykluczony, a jego oferta odrzucona.

5

Mając powyższe ustalenia na względzie skład orzekający Izby przede wszystkim stwierdza, iż przepis art. 22 ust.1 pkt 2 stanowi o dysponowaniu osobami, a nie o posiadaniu pracowników. Pojęcie „dysponowanie osobami” jest niewątpliwie pojęciem szerokim w ramach którego mieszczą się różne stosunki prawne jak również faktyczne wiążące wykonawcę z osobą fizyczną, która wchodzi w skład potencjału kadrowego i nie może być utożsamiane z pojęciem „posiadania pracownika”. Zatem dysponowanie daną osobą nie jest ograniczone tylko do umowy o pracę, czy też do dotychczas już realizowanych przez wykonawcę usług. Może to być oparte na podstawie późniejszej umowy zlecenia czy też innych stosunków cywilnoprawnych. Zauważyć jednocześnie należy, iż przepis art. 22 ust.1 pkt 2 Pzp stanowi o pisemnym zobowiązaniu innych podmiotów do udostępniania osób zdolnych do wykonania zamówienia, a nie osób fizycznych wskazywanych przez wykonawcę w wykazie, desygnowanych do wykonania określonych czynności w związku z przypisaną im funkcją. Ewentualne złożenie takiego oświadczenia przez osobę fizyczną na żądanie zamawiającego nie naruszałoby przepisów Pzp, jednakże wymóg takiego oświadczenia powinien *expressis verbis* wynikać z siwz czy ogłoszenia o zamówieniu. Takie wymaganie w niniejszym postępowaniu nie zostało przez zamawiającego określone.

Wobec powyższych ustaleń również zarzut naruszenia art. 24 ust.2 pkt 2 nie znajduje uzasadnienia, albowiem oświadczenia osób na które powołuje się wnoszący odwołanie wykonawca nie zawierają stwierdzenia, iż Konsorcjum Impel bez ich zgody umieściło je w wykazie i bez zgody tych osób załączyło do oferty dokumenty potwierdzające spełnianie kwalifikacji wymaganych postanowieniami specyfikacji.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania.

Jednocześnie skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznał za uzasadnione koszty zamawiającego poniesione w związku z dojazdem na posiedzenie Izby w wysokości 2.139,22 zł.

6

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Zielonej Górze**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

7

