

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 sierpnia 2008 r

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy
w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SO Anna Miśkiewicz

Sędziowie: Sędzia SO Maria Więckowska - Rzepka

Sędzia SO Beata Stryjewska (spr.)

Protokolant Piotr Ociepa

po rozpoznaniu w dniu 28 sierpnia 2008r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy ze skargi G4S Security sp. z o.o. w Warszawie

z udziałem przeciwnika skargi Vattenfall Heat Poland S.A. w Warszawie

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego
wniesionej od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej
z dnia 04 lipca 2008r. Sygn. akt KIO/UZP/618/08

1. oddała skargę,
2. zasądza od G4S Security sp. z o.o. w Warszawie na rzecz Vattenfall Heat Poland S.A. w Warszawie kwotę 600 zł. (sześćset złotych) tytułem kosztów postępowania.

Sygn akt XXXIII Ga 442/08

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego na usługi ochrony osób i mienia realizowane w formie bezpośredniej ochrony fizycznej obiektów w zakładach zamawiającego Vattenfall Heat Poland S.A. w Warszawie prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, wyrokiem z dnia 4 lipca 2008r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie wykonawcy G4S Security Spółki z o.o. w Warszawie od rozstrzygnięcia protestu przez zamawiającego.

Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza

ustaliła, że w wyznaczonym przez zamawiającego Vattenfall Heat Poland S.A. w Warszawie terminie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyło ośmiu wykonawców. Po dokonaniu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu według kryteriów przyjętych w sekcji III.2 ogłoszenia o zamówieniu zamawiający zawiadomił wykonawców pismem z dnia 2 czerwca 2008r. o wynikach tej oceny oraz podał pięciu wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert. Jednocześnie poinformował wykonawcę G4S Security Spółkę z o.o. w Warszawie o wykluczeniu z postępowania na podstawie art.24 ust.2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych w związku ze złożeniem błędnego dokumentu na potwierdzenie

kr

spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w sekcji III.2 pkt 3 ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu. W sekcji III.2 ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wskazał, że jednym z warunków udziału w postępowaniu jest dysponowanie przez wykonawcę Centrum Monitorowania i minimum dziesięcioma grupami interwencyjnymi, przez co należy rozumieć patrol składający się z co najmniej dwóch osób posiadających licencję ochrony fizycznej I lub II stopnia. Wykonawca zobowiązany był wykazać, że zatrudniał przeciętnie w ostatnim roku kalendarzowym 2007 co najmniej 200 osób posiadających licencję ochrony fizycznej I lub II stopnia. Na udokumentowanie dysponowania pracownikami z wymaganą licencją ochrony fizycznej wykonawcy zobowiązani byli złożyć oświadczenie iloma grupami interwencyjnymi dysponują, oświadczenie potwierdzające ilość

zatrudnionych przeciętnie osób posiadających licencję ochrony fizycznej I lub

II stopnia, zwanych dalej pracownikami z licencją (średnia z 12 miesięcy ilości osób zatrudnionych na ostatni dzień miesiąca) oraz oświadczenie o dysponowaniu Centrum Monitorowania. Zamawiający nie określił wzoru powyższych oświadczeń.

Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca G4S Security Spółkę z o.o. w Warszawie dołączył oświadczenie, że posiada własne Centrum Monitorowania w Warszawie z informacją „wszyscy operatorzy i kierownicy zmian posiadają licencję pracownika ochrony fizycznej I lub II stopnia”. Złożył również oświadczenie o posiadaniu 31 grup interwencyjnych składających się z pracowników posiadających licencję ochrony fizycznej I lub II stopnia. Złożył nadto oświadczenie, z którego wynika, że wykonawca w ostatnim roku kalendarzowym 2007 zatrudniał pracowników ochrony posiadających licencję: licencja I stopnia - 619 osób, II stopnia - 337 osób. W treści tego oświadczenia brak jest adnotacji, że licencje dotyczą ochrony fizycznej.

Zamawiający uznał, że dokumenty dołączone do wniosku są podpisane niezgodnie ze sposobem reprezentacji ujawnionym w KRS, a nadto częściowo są sporządzone niewłaściwie. Pismem z dnia 20 maja 2008r. zamawiający wezwał wykonawcę G4S Security Spółkę z o.o. w Warszawie do uzupełnienia dokumentów w trybie art.26 ust.3 ustawy - Prawo zamówień publicznych przez dostarczenie m.in. oświadczenia o ilości zatrudnionych osób, ponieważ treść dokumentu nie jest zgodna z zapisem zamieszczonym w sekcji III.2 pkt 3 ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu stanowiącym, że „wykonawca złoży dokument (oświadczenie) potwierdzające, ile zatrudniał przeciętnie (średnia z

12 miesięcy ilości osób według stanu na ostatni dzień miesiąca) osób posiadających licencję ochrony fizycznej I lub II stopnia, zwanych dalej pracownikami z licencją.

W zakreślonym terminie w dniu 21 maja 2008r. wykonawca złożył żądane dokumenty, w tym oświadczenie o treści, że średnio w ciągu

ostatnich 12 miesięcy zatrudniał 619 osób z licencją I stopnia i 337 osób z licencją II stopnia.

Zamawiający uznał, że powyższe oświadczenie nie zostało uzupełnione w sposób właściwy zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz treścią wezwania do uzupełnienia dokumentów i wykluczył wykonawcę G4S Security Spółkę z o.o. w Warszawie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W dniu 10 czerwca 2008r. wykonawca - G4S Security Spółka z o.o. w Warszawie złożył protest. Pismem z dnia 16 czerwca 2008r. doręczonym w dniu 18 czerwca 2008r. zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie. W uzasadnieniu wskazał, że wykonawca mimo wezwania nie uzupełnił w sposób właściwy oświadczenia o zatrudnieniu przeciętnie w ostatnim roku kalendarzowym 2007 co najmniej 200 osób posiadających licencję ochrony fizycznej I lub II stopnia. Zamawiający wskazał, że wykonawca w przedmiotowym oświadczeniu nie sprecyzował, jakich pracowników z licencją zatrudniał. Powołał się na przepis art.25 ust.2 i 3 ustawy o ochronie osób i mienia, z którego to przepisu wynika, że w prawie polskim obowiązują licencje pracownika ochrony fizycznej oraz pracownika zabezpieczenia technicznego i obydwie licencje mogą być I lub II stopnia. W odniesieniu do podniesionego przez wykonawcę zarzutu naruszenia art.82 ust.1 ustawy - Prawo zamówień publicznych zamawiający wskazał, że firmy tworzące konsorcja, o których mowa w proteście, stanowią odrębne podmioty prawne, a ich wzajemne powiązanie kapitałowe nie eliminuje z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dokonując powyżej przedstawionych ustaleń stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza uznała odwołanie za niezasadne. Wskazała na przepis art. 2 pkt 1 i 6 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997r. o ochronie osób i mienia, który stanowi, że pod pojęciem licencji należy rozumieć zezwolenie na wykonywanie zadań związanych z ochroną osób i mienia w zakresie wymaganym ustawą, natomiast pracownikiem ochrony jest osoba posiadająca licencję pracownika ochrony fizycznej lub licencję pracownika zabezpieczenia technicznego, w ramach którego mieści się montaż elektronicznych i mechanicznych urządzeń zabezpieczających. Krajowa Izba Odwoławcza podniosła, że art.25 ust.2 ustawy rozróżnia licencję pracownika ochrony fizycznej i licencję zabezpieczenia technicznego, a obydwa rodzaje

licencji mogą być I lub II stopnia. Wskazała na przepis § 3 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 27 maja 1998r. w sprawie dokumentacji wymaganej przy prowadzeniu działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia oraz czasu jej przechowywania, który nakazuje prowadzenie wykazu pracowników ochrony zawierającego m.in. numer i stopień licencji, o której mowa w art.25 ust.2 i 3 ustawy o ochronie osób i mienia.

Oceniając złożone przez wykonawcę G4S Security Spółkę z o.o. w Warszawie oświadczenia w kontekście cytowanych przepisów oraz wymagań zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że wykonawca rozróżniał pojęcie „pracownika z licencją ochrony fizycznej” i podzieliła stanowisko zamawiającego, że sporne oświadczenie z dnia 21 maja 2008r. o zatrudnieniu pracowników nie zawierało informacji o tym, że wskazani w nim pracownicy dysponują licencją ochrony fizycznej. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała również, że wbrew wyraźnym instrukcjom zamawiającego wykonawca nie wyjaśnił, czy wskazane w spornym oświadczeniu zatrudnienie dotyczy osób dysponujących licencją pracownika ochrony fizycznej. W ocenie Izby obowiązkiem wykonawcy było zamieszczenie wprost w oświadczeniu informacji wymaganych przez zamawiającego, gdyż nie można wywodzić interpretacji treści oświadczenia z nazwy nadanej zamówieniu, tym bardziej, że za wskazaną ilość pracowników z licencją

ochrony fizycznej przyznawana była punktacja według kryteriów oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Skoro wykonawca nie złożył dokumentu w postaci oświadczenia o treści podanej w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w wezwaniu z dnia 20 maja 2008r., to w ocenie Izby czynność zamawiającego polegająca na wykluczeniu wykonawcy z postępowania nie budzi zastrzeżeń ani nie narusza art.24 ust.2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Krajowa Izba Odwoławcza uznała nadto, że skoro wykonawca prawidłowo został wykluczony z postępowania, to nie ma on interesu prawnego w żądaniu wykluczenia wskazanych przez niego wykonawców działających w formie konsorcjów z uwagi na ich powiązania kapitałowe. Niemniej Izba wskazała, że ubiegające się o udzielenie zamówienia publicznego w niniejszej sprawie podmioty tworzące konsorcja są

odrębnymi przedsiębiorcami posiadającymi osobowość prawną i żaden z tych podmiotów będący członkiem jednego konsorcjum nie jest członkiem drugiego konsorcjum. W ocenie Izby samo powiązanie kapitałowe podmiotów tworzących konsorcja nie uniemożliwia ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż nie stanowi samo przez się naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców określonych w art.7 ustawy - Prawo zamówień publicznych, a wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia jest dozwolone z mocy art. 23 ust.3 tej ustawy.

Skargę od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej złożył wykonawca G4S Security Spółka z o.o. w Warszawie. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

- naruszenie prawa materialnego, tj. art.7 ustawy - Prawo zamówień publicznych przez błędną jego wykładnię polegającą na błędnym ustaleniu, że dopuszczalne było wykluczenie wykonawcy G4S Security Spółki z o.o. w Warszawie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

- naruszenie prawa materialnego, tj. art.24 ust.2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych przez błędne przyjęcie, że G4S Security Spółka z o.o. w Warszawie nie złożyła w sposób należyty oświadczenia o stanie zatrudnienia osób posiadających licencje pracownika ochrony fizycznej I i II stopnia,

- prawa materialnego, tj. art.82 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych przez błędne przyjęcie, że odrębne oferty powiązanych spółek grup kapitałowych Konsalnet i Skorpion nie stanowią de facto obejścia prawa,

- uchybienie zasadom praworządności poprzez literalną wykładnię przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych w zakresie art.82 ustawy - Prawo zamówień publicznych i pominięcie kwestii obejścia prawa przez złożenie dwóch odrębnych ofert przez wykonawców będących w posiadaniu tych samych właścicieli, co powoduje możliwość uzyskania zamówienia publicznego pośrednio przez ten sam podmiot niezależnie od wyboru jednej z dwóch odrębnych ofert spółek Konsalnet i Skorpion.

W uzasadnieniu skarżący podniósł, że wyłącznym przedmiotem zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego były

usługi ochrony osób i mienia realizowane w formie bezpośredniej ochrony fizycznej osób i mienia, natomiast usługi z zakresu zabezpieczenia technicznego nie były w ogóle przedmiotem tego postępowania i z tych przyczyn treść spornego oświadczenia z dnia 21 maja 2008r. w ocenie skarżącego była wystarczająca dla spełnienia warunków określonych przez zamawiającego w sekcji III.2 pkt 3 ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu.

Odnosnie zarzutu naruszenia art.82 ust.1 ustawy - Prawo zamówień publicznych skarżący przytoczył definicję czynu nieuczciwej konkurencji

określoną w art.3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Skarżący wskazał, że złożenie odrębnych ofert przez powiązane kapitałowo konsorcja Konsalnet i Skorpion stanowi w jego ocenie czyn nieuczciwej konkurencji, albowiem czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami polegające m.in. na prowadzeniu działalności w systemie konsorcyjnym, co narusza interesy innych wykonawców.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej i jej zarzuty nie są zasadne i nie zasługują na uwzględnienie.

Zgodnie z dyspozycją art.25 ust.1 ustawy - Prawo zamówień publicznych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać od wykonawców złożenia oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz spełnienie przez oferowane usługi wymagań określonych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu. W myśl art. 26 ust.3 cyt. ustawy zamawiający wzywa wykonawców, którzy złożyli oświadczenia lub dokumenty zawierające błędy do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Zgodnie z dyspozycją art.24 ust. 2 pkt 3 cyt. ustawy zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia m.in. wykonawców, którzy złożyli oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu zawierające błędy i nie uzupełnili wskazanych oświadczeń pomimo wezwania.

Jak wynika z dyspozycji art.26 ust.3 in fine cyt. ustawy złożone w tym trybie oświadczenia lub dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. W niniejszej sprawie skoro w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający wskazał, że wykonawca musi wykazać, że zatrudniał przeciętnie w ostatnim roku kalendarzowym 2007 co najmniej 200 osób posiadających licencję ochrony fizycznej I lub II stopnia i w tym celu ma złożyć dokument (oświadczenie) potwierdzający, ile zatrudniał przeciętnie osób posiadających licencję ochrony fizycznej I lub II stopnia, to wykonawca powinien był złożyć dokument (oświadczenie) potwierdzający spełnienie powyższego warunku. Skarżący wykonawca złożył oświadczenie, w którym wskazał liczbę zatrudnionych pracowników z licencją bez wskazania rodzaju licencji. Skoro zamawiający pismem z dnia 20 maja 2008r. wezwał skarżącego wykonawcę do uzupełnienia powyższego oświadczenia oceniając, że treść złożonego oświadczenia nie jest zgodna z zapisem zamieszczonym w sekcji III.2 pkt 3 ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu, to obowiązkiem skarżącego wykonawcy było złożenie oświadczenia zgodnego z zapisem zamieszczonym w ogłoszeniu o zamówieniu. Ocena bowiem dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu należy do zamawiającego.

Skarżący wykonawca powyższego obowiązku nie wypełnił, gdyż na wezwanie zamawiającego złożył oświadczenie o zatrudnieniu o identycznej treści, co pierwotnie. W treści tego oświadczenia brak było wskazania, czy zatrudnienie dotyczy pracowników z licencją ochrony fizycznej. Treść powyższego oświadczenia w ocenie Sądu mogła budzić wątpliwości, czy w oświadczeniu jest mowa o pracownikach posiadających licencję ochrony fizycznej, skoro ustawa o ochronie osób i mienia obok licencji ochrony fizycznej przewiduje również licencję zabezpieczenia technicznego, a w treści oświadczenia wskazani zostali pracownicy z licencją bez określenia rodzaju tej licencji.

Zasadnie zatem zamawiający wykluczył skarżącego wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust.2 pkt 3

ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja skarżącego wykonawcy wskazująca na treść ogłoszenia o zamówieniu, gdzie zamawiający wskazał, że dane dotyczące zatrudnienia odnoszą się do pracowników posiadających licencję ochrony fizycznej I lub II stopnia, którzy dalej zwani są pracownikami z licencją. Jak wynika z treści sekcji III.2 pkt 3 ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu zwrot: "zwanych dalej pracownikami z licencją" odnosi się do dalszej treści wymagań dotyczących wykazania odpowiedniego zatrudnienia - w dalszej części podpunktu 2 sekcji III.2 pkt 3 ogłoszenia o zamówieniu jest bowiem mowa o punktach przyznawanych za dysponowanie odpowiednią ilością „pracowników z licencją”. Z tych względów nie można mieć wątpliwości, że zwrot: "zwanych dalej pracownikami z licencją" nie odnosił się do treści dokumentu (oświadczenia) o zatrudnieniu potwierdzającego spełnienie ustalonych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu. Powyższe potwierdził sam zamawiający wzywając skarżącego wykonawcę do uzupełnienia spornego oświadczenia.

Nie zasługuje również na uwzględnienie podniesiony zarzut naruszenia art. 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie naruszył - wbrew twierdzeniom skarżącego wykonawcy - zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Przepis art.23 ustawy - Prawo zamówień publicznych jednoznacznie przesądza o możliwości wspólnego ubiegania się kilku wykonawców o zamówienie publiczne. Zgodnie z dyspozycją art.2 pkt 1 ustawa - Prawo zamówień publicznych jako wykonawcę traktuje osobę fizyczną, osobę prawną lub jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej. Do podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne stosuje się te same przepisy, co do pojedynczego wykonawcy. Odpowiednie ich stosowanie oznacza, że każdy uczestnik wspólnej ofert musi udokumentować, że posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności i nie podlega wykluczeniu z postępowania. Natomiast przy ocenie spełnienia warunków, o których mowa w art.22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy, tj. czy podmioty posiadają wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz czy znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia zamawiający bierze pod uwagę łączny

potencjał techniczny i kadrowy oraz łączną sytuację ekonomiczną i finansową tych podmiotów. Tylko taki bowiem sens mogą mieć przepisy o wspólnym ubieganiu się o udzielenie zamówienia, gdyż tylko taki sens może mieć tworzenie wspólnych przedsięwzięć. Łączne ubieganie się o udzielenie zamówienia nie narusza zatem ani zasady uczciwej konkurencji ani zasady równego traktowania wykonawców, a cyt. ustawa - Prawo zamówień publicznych nie przewiduje w tym zakresie wyjątków z uwagi na powiązania kapitałowe pomiędzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia.

Zamawiający nie naruszył również, wbrew twierdzeniom skarżącego wykonawcy, dyspozycji art. 82 ustawy - Prawo zamówień publicznych, albowiem każdy z wykonawców wchodzących w skład konsorcjów ubiegających się o udzielenie zamówienia złożył tylko jedną ofertę.

Nie można również podzielić poglądu skarżącego przedstawionego w uzasadnieniu skargi, że wspólne ubieganie się przez podmioty powiązane kapitałowo o udzielenie zamówienia publicznego stanowi działanie w systemie konsorcyjnym „sprzeczne chociażby z dobrymi obyczajami”, które narusza interes innego przedsiębiorcy i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art.3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Działanie konkurencyjne w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ma bowiem charakter zewnętrzny w tym znaczeniu, że jest adresowane do uczestników rynku tj. do

przedsiębiorców lub klientów (wszystkich potencjalnych uczestników obrotu prawnego), a zatem działania i stosunki wewnętrzne podmiotów gospodarczych nie są działaniami konkurencyjnymi nawet wtedy, gdyby miały charakter przygotowawczy w stosunku do działań zewnętrznych. Powiązania kapitałowe pomiędzy podmiotami ubiegającymi się o wspólne udzielenie zamówienia publicznego nie mogą być zatem rozpatrywane w kategoriach czynu nieuczciwej konkurencji, skoro ustawodawca dopuszcza wspólne działanie podmiotów w tym zakresie na rynku charakteryzującym się zasadami konkurencyjności. Należy bowiem odróżnić konkurencję uczciwą od nieuczciwej. O zakwalifikowaniu konkurencji jako nieuczciwej decydują przedmiotowe normy postępowania. Normy te zawarte są przede

wszystkim w obyczajach handlowych. Wykonywanie prawa podmiotowego jest sprzeczne z dobrymi obyczajami tylko wtedy, gdy przybiera postać nadużycia. Ocena sprzeczności zachowania z dobrymi obyczajami następuje poprzez dokonanie oceny, czy zostały naruszone zasady uczciwego postępowania, a każdy podmiot gospodarczy ma prawo do wykonywania działalności gospodarczej w warunkach konkurencji.

Z tych wszystkich względów Sąd Okręgowy orzekł jak w sentencji wyroku na mocy art. 198 ust.2 *in principio* ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych.

oryginał WŁAŚCIWE POPIŚY

Sekretarz