

Sygn. akt KIO/UZP 618/08

WYROK
z dnia 4 lipca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

**Członkowie: Dagmara Gałczewska -Romek
Renata Tubisz**

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lipca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **G4S Security Sp. z o.o., Warszawa, ul. Prosta 69** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Vattenfall Heat Poland S.A., Warszawa, ul. Modlińska 15** protestu z dnia 9 czerwca 2008 r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **xxx** po stronie odwołującego się oraz **xxx** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **G4S Security Sp. z o.o., Warszawa, ul. Prosta 69**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **G4S Security Sp. z o.o., Warszawa, ul. Prosta 69,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **G4S Security Sp. z o.o., Warszawa, ul. Prosta 69** na rzecz **Vattenfall Heat Poland S.A., Warszawa, ul. Modlińska 15,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **G4S Security Sp. z o.o., Warszawa, ul. Prosta 69.**

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego na usługi ochrony osób i mienia realizowane w formie bezpośredniej ochrony fizycznej obiektów w zakładach Vattenfall Heat Poland S.A., prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego (Dz. Urz. UE nr 2008/S 85–115857) w dniu 10 czerwca 2008 r. został złożony protest z dnia 9 czerwca 2008 r., a następnie odwołanie przez firmę G4S Security Sp. z o.o. z Warszawy. Wniesienie protestu było następstwem powiadomienia w dniu 3 czerwca 2008 r. pismem z dnia 2 czerwca 2008 r. o wykluczeniu Odwołującego z postępowania ze względu na nie złożenie dokumentu zawierającego oświadczenie potwierdzające ilość zatrudnionych osób posiadających licencję ochrony fizycznej I lub II stopnia oraz o zakwalifikowaniu do złożenia oferty Konsorcjum firm Konsalnet S.A., Konsalnet System Sp. z o.o., Konsalnet Ochrona Sp. z o.o., Skorpion Grupa Sp. z o.o. i G1 Group Sp. z o.o. jak również Konsorcjum Agencja Ochrony Skorpion Security Sp. z o.o., Konsalnet Południe Sp. z o.o. i Konsalnet Konwój Sp. z o.o..

Czynnościom Zamawiającego – oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 i 2, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 82 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655) przez wykluczenia Odwołującego z postępowania mimo złożenia prawidłowego oświadczenia o ilości zatrudnionych osób z licencją I i II stopnia oraz wskutek zaniechania wykluczeniu obydwu wymienionych wyżej Konsorcjów ze względu na złożenie w istocie więcej niż jednego wniosku o dopuszczeniu do udziału w tym samym postępowaniu, o czym świadczą powiązania kapitałowe podmiotów stanowiących rzeczony konsorcja wykazywane odpisami z Krajowego Rejestru Sądowego.

Do postępowania wywołanego wniesieniem protestu na wezwanie Zamawiającego z dnia 11 czerwca 2008 r. pismem z dnia 16 czerwca 2008 r. przystąpiło Konsorcjum lidera Agencji Ochrony Skorpion Security Sp. z o.o., a w dniu 13 czerwca Konsorcjum lidera Konsalnet S.A., którzy opowiedzieli się za stanowiskiem Zamawiającego i powołali się na możliwość utraty realizacji zamówienia na rzecz podmiotu podlegającego wykluczeniu, w czym przejawia się naruszenie ich interesu prawnego.

Pismem z dnia 16 czerwca 2008 r., doręczonym 18 czerwca 2008 r., Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie. W uzasadnieniu podał, że zasadnie wykluczył Odwołującego z postępowania, gdyż mimo wezwania do uzupełnienia dokumentów przedstawione oświadczenie o zatrudnianiu przeciętnie w ostatnim roku kalendarzowym 2007 r., co najmniej 200 osób posiadających licencję ochrony fizycznej I lub II stopnia, nie zostało w sposób właściwy uzupełnione. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 82 ust. 1 Pzp, Zamawiający uznał, że firmy tworzące konsorcja, o których mowa w proteście

stanowią odrębne podmioty prawne, a ich wzajemne powiązanie kapitałowe, nie eliminuje z postępowania o udzielenia zamówienia publicznego.

Na przedmiotowe rozstrzygnięcie w dniu 23 czerwca 2008 r. zostało wniesione odwołanie z kopią przekazaną Zamawiającemu w tym samym terminie, w którym Odwołujący podtrzymał zarzuty protestu wraz z wnioskami o:

1. nakazanie unieważnienia wyników oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
2. nakazanie czynności ponownej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
3. nakazanie zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty,
nakazanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum firm,
Konsalnet S.A., Konsalnet System Sp. z o.o., Konsalnet Ochrona Sp. z o.o., Konsalnet Grupa Sp. z o.o. i G1 Group Sp. z o.o.,
jak również Konsorcjum Agencja Ochrony Skorpion Security Sp. z o.o.,
Konsalnet Południe Sp. z o.o. i Konsalnet Konwój Sp. z o.o.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej dopuścił i przeprowadził dowody: z dokumentacji akt sprawy, ogłoszenia o zamówieniu, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, korespondencji dotyczącej uzupełniania wniosków.

Ponadto rozważył stanowiska pełnomocników i reprezentantów stron przedstawione do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił co następuje.

W wyznaczonym przez Zamawiającego terminie do 16 maja 2008 r. wnioski złożyło 8 wykonawców (druk ZP-12). Po dokonaniu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu według kryteriów przyjętych w sekcji III.2 ogłoszenia, Zamawiający zawiadomił wykonawców pismem z 2 czerwca 2008 r. o wynikach tej oceny oraz podał 5 wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, jednocześnie poinformował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w związku ze złożeniem błędnego dokumentu na potwierdzenie spełnienia warunków udziału określonych w sekcji III.2.3 podpunkt 2 ogłoszenia.

W sekcji III.2 ogłoszenia Zamawiający dopuścił do postępowania wykonawców, którzy w zakresie zdolności technicznej wykażą się dysponowaniem Centrum Monitorowania i minimum 10 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

kalendaryzowym 2007 co najmniej 200 osób posiadających licencję ochrony fizycznej I lub II stopnia.

Na udokumentowanie dysponowania pracownikami z wymaganą licencją ochrony fizycznej, wykonawcy byli zobowiązani złożyć:

1. oświadczenie iloma grupami interwencyjnymi dysponują,
2. oświadczenie potwierdzające ilość zatrudnionych przeciętnie osób posiadających licencję ochrony fizycznej I lub II stopnia, zwanych pracownikami z licencją (średnia z 12 miesięcy ilości osób zatrudnionych na ostatni dzień miesiąca),
3. oświadczenie o dysponowaniu Centrum Monitorowania.

Zamawiający nie określił wzoru oświadczeń, o których mowa wyżej.

W dokumentacji wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Odwołujący złożył oświadczenie na stronie 145 wniosku, że posiada własne Centrum Monitorowania w Warszawie z informacją "wszyscy operatorzy i kierownicy zmian posiadają licencję pracownika ochrony fizycznej I lub II stopnia.

Na stronie 141 wniosku widnieje oświadczenie o posiadaniu 31 grup interwencyjnych składających się z pracowników posiadających licencje ochrony fizycznej I lub II stopnia.

Na stronie 143 zawarte jest oświadczenie, z którego wynika, że Odwołujący w ostatnim roku kalendarzowym 2007 r. zatrudniał pracowników ochrony posiadających licencję:

licencja I stopnia -619osób, II stopnia -337 osób,

W treści wymienionego oświadczenia brak jest adnotacji, że licencje dotyczą ochrony fizycznej. Zamawiający uznał, że dokumenty wniosku są podpisane niezgodnie ze sposobem reprezentacji ujawnionym w KRS, a nadto częściowo sporządzone niewłaściwie. Pismem z 20 maja 2008 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp przez dostarczenie między innymi oświadczenia o ilości zatrudnionych osób, ponieważ treść tego dokumentu nie jest zgodna z zapisem zamieszczonym w sekcji III.2.3 podpunkt 2 ogłoszenia mówiącym, że „wykonawca złoży dokument (oświadczenie) potwierdzające ile zatrudniał przeciętnie (średnia z 12 miesięcy ilości osób wg stanu na ostatni dzień miesiąca, posiadających licencję ochrony fizycznej I lub II stopnia), co zostało podkreślone, zwanych dalej pracownikami z licencją.

W zakreślonym terminie, w dniu 21 maja 2008 r. Odwołujący złożył żądane dokumenty, w tym oświadczenie, że średnio w ciągu ostatnich 12 miesięcy zatrudniał 619 osób z licencją I stopnia i 337 osób z licencją II stopnia.

Zamawiający uznał, że oświadczenie nie zostało uzupełnione w sposób właściwy, zgodnie z treścią ogłoszenia oraz wezwania i wykluczył Odwołującego z postępowania. W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający szerzej uzasadnił swoją decyzję stwierdzając „że Odwołujący nie sprecyzował jakich pracowników z licencją zatrudniał.” Podniósł, że nie jest prawdą, że prawo polskie nie przewiduje innych licencji niż I i II stopnia dla pracowników

ochrony fizycznej. Wprost przeciwnie, w art. 25 ust. 2 ustawy o ochronie osób i mienia określono, iż są licencje: pracownika ochrony fizycznej i pracownika zabezpieczenia technicznego. W ust. 3 tegoż artykułu wskazano, że obydwie licencje mogą być I lub II stopnia. Zamawiającemu natomiast chodziło o wskazanie liczby zatrudnionych licencjonowanych pracowników ochrony fizycznej (I lub II stopnia), bez ujmowania w dokumencie licencjonowanych pracowników zabezpieczenia technicznego.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył co następuje.

Przepisy ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (Dz. U. z 2005 r. nr 145, poz. 1221 ze zm.) w art. 2 pkt 1 i 6 stanowią, 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.

Zgodnie z art. 3 wymienionej ustawy ochrona osób i mienia realizowana jest w formie bezpośredniej ochrony fizycznej lub zabezpieczenia technicznego, w ramach którego mieści się montaż elektronicznych i mechanicznych urządzeń zabezpieczających.

W art. 25 ust. 2 przywołana ustawa rozróżnia licencje pracownika ochrony fizycznej i licencje zabezpieczenia technicznego. Obydwa rodzaje licencji mogą być I lub II stopnia. Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 27 maja 1998 r. w sprawie dokumentacji wymaganej przy prowadzeniu działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia oraz czasu jej przechowywania (Dz. U. Nr 69, poz. 458), w § 3 nakazuje prowadzenie wykazu pracowników ochrony, zawierającego między innymi numer i stopień licencji, o której mowa w art. 25 ust. 2 i 3 ustawy o ochronie osób i mienia.

Oceniając złożone przez Odwołującego oświadczenia, w kontekście cytowanych wyżej przepisów oraz wymagań zawartych w ogłoszeniu skład orzekający Izby stwierdził, że w dokumentacji wniosku Odwołujący przedłożył oświadczenie o:

1. posiadaniu 31 własnych grup interwencyjnych, z zaznaczeniem że pracownicy załóg w/w grup posiadają licencję pracownika ochrony fizycznej,
2. oraz oświadczenie o zatrudnieniu pracowników ochrony posiadających licencje I i II stopnia, gdzie brak jest określeń, iż są to licencje pracowników ochrony fizycznej,
3. o dysponowaniu własnym Centrum Monitorowania, z zaznaczeniem, że wszyscy operatorzy i kierownicy zmian posiadają licencje pracownika ochrony fizycznej I lub II stopnia.

Świadczy to, że Odwołujący rozróżniał pojęcie „pracownika z licencją ochrony fizycznej.”

Należy podzielić stanowisko Zamawiającego, że oświadczenie o zatrudnieniu pracowników było niepełne, nie zawierało informacji o tym, że pracownicy dysponują licencjami ochrony

fizycznej, ponadto nieprawidłowo podpisane, co strony przyznały. W tej sytuacji Zamawiający zasadnie skorzystał z procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 Pzp i pismem z dnia 20 maja 2008 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia wadliwego dokumentu, gdzie wyraźnie zaznaczył, iż należy wykazać osoby posiadające licencję ochrony fizycznej I lub II stopnia. Odwołujący uzupełniająco złożył oświadczenie w wyznaczonym terminie 21 maja 2008 r., stwierdzając, że średnio w ciągu ostatnich 12 miesięcy zatrudniał pracowników z licencją I stopnia w ilości 619 osób z licencją II stopnia w ilości 337 osób. Wbrew wyraźnym instrukcjom Zamawiającego nie oświadczył, że wykazane w oświadczeniu z dnia 21 maja 2008 r. zatrudnienie dotyczy osób dysponujących licencjami pracownika ochrony fizycznej. Uzupełnienie tego samego dokumentu może nastąpić tylko jednokrotnie. W ocenie składu orzekającego Izby obowiązkiem wykonawcy było zamieszczenie wprost w oświadczeniu informacji wymaganych przez Zamawiającego. Nie można wywodzić interpretacji treści oświadczenia z nazwy nadanej zamówieniu, tym bardziej, że za podaną ilość pracowników z licencją ochrony fizycznej przyznawana była punktacja według kryteriów oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Skoro Odwołujący nie złożył dokumentu – oświadczenia o treści podanej w ogłoszeniu oraz w wezwaniu z 20 maja 2008 r., czynność Zamawiającego wykluczenia Odwołującego postępowania nie budzi zastrzeżeń składu orzekającego, ani nie narusza art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Ze względu na ocenę, że Odwołujący został prawidłowo wykluczony z postępowania, nie zachowuje tym samym interesu prawnego w żądaniu wykluczenia wskazanych wykonawców – Konsorcjów, z uwagi na ich niewątpliwe powiązania kapitałowe.

Nie mniej w tej kwestii skład orzekający KIO wyraża następujące stanowisko.

Z przedstawionych wydruków ze stron internetowych i odpisów z Krajowego Rejestru Sądowego Konsorcjów:

1. Konsalnet SA nr 49874,

Konsalnet System Sp. z o.o. nr 144570,

Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. nr 25320,

Skorpion Grupa Sp. z o. o. nr 37008,

G1 Group Sp. z o.o. nr 17018,

2. Agencja Ochrony Skorpion Security Sp. z o.o. nr 43331,

Konsalnet Południe Sp. z o.o. nr 46801,

Konsalnet Konwój Sp. z o.o. nr 14052,

wynikają powiązania kapitałowe między poszczególnymi spółkami tworzącymi wymienione Konsorcja, a także powiązania tego rodzaju między obydwoma Konsorcjami, które złożyły wnioski.

Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła pogląd Zamawiającego, że nie doszło do naruszenia art. 82 ust. 1 Pzp, dotyczącego dopuszczalności w tym samym postępowaniu tylko jednej oferty.

Zostały złożone pojedyncze wnioski przez obydwie Konsorcja, stanowiące oświadczenie woli w rozumieniu art. 61 K.c. o uczestnictwie w postępowaniu. Natomiast złożenie oferty w rozumieniu art. 66 K.c. może nastąpić przez wykonawcę zaproszonego na warunkach określonych w SIWZ, jeżeli zaakceptuje jej postanowienia.

W przypadku konsorcjów z mocy art. 23 ust. 3 Pzp przepisy dotyczące wykonawców stosuje się odpowiednio.

Firmy tworzące wymienione Konsorcja są osobnymi przedsiębiorcami, posiadającymi osobowość prawną i żadna z tych firm nie jest członkiem innego Konsorcjum, które złożyły wniosek w tym postępowaniu. W ocenie składu orzekającego samo powiązanie kapitałowe spółek tworzących konsorcja nie uniemożliwia ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, nie stanowi samo przez się naruszenia zasad określonych w art. 7 Pzp zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W zakresie działalności ochrony osób i mienia istnieje rynek konkurencyjny, co potwierdza okoliczność, że zostało złożone 8 wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, z czego 7 stanowią konsorcja łączące potencjał wykonawczy współpracujących podmiotów.

Zatem w przekonaniu składu orzekającego Izby istnieje możliwość zapewnienia realnej konkurencji przy zaproszeniu do składania ofert przewidzianych 5 wykonawców.

W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Jako uzasadnione koszty Zamawiającego z tytułu zastępstwa przez pełnomocnika Izba orzekła kwotę 3600,00 zł w oparciu o złożony rachunek na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*