

Sygn. akt: KIO 86/12

WYROK

z dnia 26 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Ronikier-Dolańska**

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawach w dniach 25 i 26 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 stycznia 2012 r. przez **Agencję Ochrony Osób i Mienia Basma Security Adam Mianecki i Marek Wyszkowski sp. j. w Warszawie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Skarb Państwa – Jednostkę Wojskową 4198 w Warszawie**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i:

-nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Konsalnet Inowopol sp. z o.o. w Warszawie oraz Konsalnet Skorpion sp. z o.o. w Warszawie oraz czynności wykluczenia Agencji Ochrony Osób i Mienia Basma Security Adam Mianecki i Marek Wyszkowski sp. j. w Warszawie oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy,

-nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Agencji Ochrony Osób i Mienia Basma Security Adam Mianecki i Marek Wyszkowski sp. j. w Warszawie, w tym wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Impel Security Polska sp. z o.o. we Wrocławiu oraz Impel Security Provider sp. z o.o. we Wrocławiu do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wykazu pracowników przewidzianych do realizacji zamówienia o osobę odpowiedzialną za merytoryczny oraz dyscyplinarny nadzór i kierownictwo nad pracownikami zatrudnionymi do realizacji zamówienia wraz z dokumentami wskazanymi w § 11 ust. 7 pkt. 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa – Jednostkę Wojskową 4198 w Warszawie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Agencję Ochrony Osób i Mienia Basma Security Adam Miancki i Marek Wyszowski sp. j. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **Skarbu Państwa – Jednostki Wojskowej 4198 w Warszawie** na rzecz **Agencji Ochrony Osób i Mienia Basma Security Adam Miancki i Marek Wyszowski sp. j. w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, 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 Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 86/12

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Jednostka Wojskowa nr 4198 w Warszawie zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie w celu zawarcia umowy na wykonanie usługi ochrony na rzecz Jednostki Wojskowej nr 1560.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 7 grudnia 2011 r. pod numerem 2011/S 235 – 381306.

W dniu 3 stycznia 2012 r. pismem z dnia 2 stycznia 2012 r. zamawiający zawiadomił za pośrednictwem faksu Agencję Ochrony Osób i Mienia Basma Security Adam Mianecki i Marek Wyszowski sp. j. w Warszawie (dalej „odwołujący”) o wyniku postępowania tj. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty założonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsalnet Inowopol sp. z o.o. w Warszawie oraz Konsalnet Skorpion sp. z o.o. w Warszawie (dalej „konsorcjum Konsalnet”), a także o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Dnia 13 stycznia 2012 r. odwołujący wniósł odwołanie, kopię odwołania przekazując za pośrednictwem faksu tego samego dnia zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez błędne przyjęcie, że nie wykazanie przez odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu dla czterech (4) z pięćdziesięciu jeden (51) wykazanych osób - przy minimum osobowym trzydzieści sześć (36) osób - stanowi o konieczności wykluczenia odwołującego z postępowania,

2. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez błędne przyjęcie, że w postępowaniu jednoetapowym zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy wykluczonego z postępowania oraz poprzez błędne przyjęcie, że odwołujący podlega wykluczeniu,
3. art. 91 ust. 1, art. 7 ust. 3 oraz art. 2 pkt 5 ustawy poprzez błędne przyjęcie, że oferta odwołującego nie jest ofertą najkorzystniejszą złożoną w postępowaniu,
4. art. 91 ust. 1, art. 7 ust. 3 oraz art. 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że oferta konsorcjum Kosalnet jest ofertą najkorzystniejszą złożoną w postępowaniu,
5. art. 7 ust. 1 ustawy poprzez podjęcie w postępowaniu czynności podważających zaufanie wykonawców co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania, a z ostrożności, odwołujący wskazuje również na naruszenie:
6. art. 26 ust. 4 lub art. 26 ust. 3 ustawy poprzez błędne przyjęcie, że oferta odwołującego nie wymaga wyjaśnień lub uzupełnień w zakresie rodzaju umowy podpisanej pomiędzy pracownikami ochrony, a odwołującym,
7. art. 26 ust. 3 ustawy poprzez błędne przyjęcie, że oferta konsorcjum Kosalnet nie zawiera błędnego oświadczenia oraz braków w dokumentach, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy,
8. art. 26 ust. 3 ustawy poprzez błędne przyjęcie, że oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Impel Security Polska sp. z o.o. we Wrocławiu oraz Impel Security Provider sp. z o.o. (dalej „konsorcjum Impel”) nie zawiera błędnego oświadczenia oraz braków w dokumentach, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy.

Uwzględniając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego,
3. wezwanie konsorcjum Kosalnet do uzupełnienia wykazu osób o pomocników dowódcy zmiany oraz stosowne dokumenty, potwierdzające doświadczenie i kwalifikacje tych osób,
4. wezwanie konsorcjum Impel do uzupełnienia wykazu osób o pomocników dowódcy zmiany oraz osobę odpowiedzialną za merytoryczny oraz dyscyplinarny nadzór i kierownictwo nad pracownikami zatrudnionymi do realizacji zamówienia oraz stosowne dokumenty, potwierdzające doświadczenie i kwalifikacje tych osób,
5. dokonanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
6. zaprzestanie dalszego naruszania zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, a z ostrożności również o:
7. dokonanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień lub uzupełnień w zakresie oświadczenia o podstawie stosunku prawnego, łączącego wykazanych pracowników ochrony oraz odwołującego.

W uzasadnieniu do podniesionych w odwołaniu zarzutów zostało wskazane, iż wykluczenie odwołującego było bezzasadne. Odwołujący przywołał § 11 ust. 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”), wskazując ilość i kwalifikacje osób niezbędnych do wykonania zamówienia. Zamawiający wyodrębnił pięć (5) rodzajów funkcji:

- a) Osoba odpowiedzialna za merytoryczny oraz dyscyplinarny nadzór i kierownictwo nad pracownikami zatrudnionymi do realizacji zamówienia,
- b) Dowódca ochrony,
- c) Pomocnik dowódcy ochrony,
- d) Pracownicy ochrony, pełniący służbę na posterunkach,
- e) Pracownicy ochrony - portierzy.

Ad. a) W odniesieniu do osoby odpowiedzialnej za merytoryczny oraz dyscyplinarny nadzór i kierownictwo nad pracownikami zatrudnionymi do realizacji zamówienia, zamawiający wskazał, że wymaga, aby nadzór pełniony był przez jedną (1) osobę, posiadającą odnośne kwalifikacje oraz pisemne upoważnienie wykonawcy do sprawowania nadzoru - odwołujący przewidział jedną osobę do sprawowania tej funkcji;

Ad. b) W odniesieniu do dowódcy ochrony, zamawiający wskazał, że wymaga, aby służbę w kompleksie K - 6045 pełnił jeden (1) pracownik w systemie 24 godzinnym.

Z uwagi na wymagany system pracy oraz normy czasu pracy przewidziane dla osób pracujących przy ochronie osób lub pilnowaniu mienia, odwołujący przyjął, że po odbytej służbie, pracownikowi przysługuje 48 godzinny odpoczynek. Zatem, aby należycie zrealizować przedmiot zamówienia, tj. aby każdej z wykazanych osób, po 24 godzinnej służbie przysługiwał 48 godzinny odpoczynek, odwołujący zobowiązany był zaoferować trzy (3) osoby do pełnienia funkcji dowódcy ochrony;

Ad. c) W odniesieniu do pomocnika dowódcy ochrony, zamawiający wskazał, że wymaga, aby służbę w kompleksie K - 7046 pełnił jeden (1) pracownik w systemie 24 godzinnym. Z uwagi na wymagany system pracy, oraz normy czasu pracy przewidziane dla osób pracujących przy ochronie osób lub pilnowaniu mienia, odwołujący przyjął, że po odbytej służbie, pracownikowi przysługuje 48 godzinny odpoczynek. Zatem, aby należycie zrealizować przedmiot zamówienia, tj. aby każdej z wykazanych osób, po 24 godzinnej służbie przysługiwał 48 godzinny odpoczynek odwołujący zobowiązany był zaoferować trzy (3) osoby do pełnienia funkcji pomocnika dowódcy ochrony.

Ad. d) W odniesieniu do pracowników ochrony, pełniących służbę na posterunkach w kompleksie K - 6045 i K - 7046, zamawiający wskazał, że wymaga dziewięciu (9) pracowników w systemie 24 godzinnym. Podobnie jak w dwóch ww. przypadkach, również i w odniesieniu do wartowników, z uwagi na wymagany system pracy, oraz normy czasu pracy przewidziane dla osób pracujących przy ochronie osób lub pilnowaniu mienia, odwołujący

przyjął, że po odbytej służbie, pracownikowi przysługuje 48 godzinny odpoczynek. Zatem, aby należycie zrealizować przedmiot zamówienia, tj. aby każdej z wykazanych osób, po 24 godzinnej służbie przysługiwał 48 godzinny odpoczynek, odwołujący zobowiązany był zaoferować dwadzieścia siedem (27) osób do pełnienia funkcji pracownika ochrony, pełniącego służbę na posterunku.

Ad. e) W odniesieniu do pracowników ochrony - portierów, zamawiający wskazał, że dyżur pełniony będzie w dni powszednie w systemie 8 godzinnym. Oznacza to, że praca portierów wykonywana jest w podstawowym systemie czasu pracy. Zatem, do należytego wykonania przedmiotu zamówienia, wykonawcy zobowiązani byli do zaoferowania dwóch (2) osób, pełniących funkcję pracowników ochrony - portierów.

Z powyższego zdaniem odwołującego wynika, że do należytego wykonania usługi ochrony Jednostki Wojskowej Nr 1560, wykonawcy zobowiązani byli do zaoferowania co najmniej 36 osób, których kwalifikacje odpowiadają wykonywanej funkcji i są zgodne z minimalnymi warunkami, określonymi w § 11 ust. 7 siwz.

Odwołujący, w wykazie pracowników zaoferował do wykonywania usługi pięćdziesiąt jeden (51) osób. Z uwagi na uzupełnienie tegoż wykazu dokumentami, które nie potwierdzały, że cztery (4) z wykazanych osób posiadają kwalifikacje, o których mowa w § 11 ust. 7 pkt 2 albo 3 siwz, odwołujący stwierdził, iż wykazał w ofercie dysponowanie czterdziestoma siedmioma (47) osobami. Odwołujący zaznaczył, że każda z tych osób posiada wymagane kwalifikacje, zgodne lub znacznie przewyższające minimalne wymagania zamawiającego. I tak, odwołujący zaoferował następującą ilość osób do pełnienia poszczególnych funkcji:

L.p.	Funkcja	Zaoferowana ilość osób	Zakwestionowana ilość osób	Niezakwestionowana ilość osób	Minimalna wymagana
a)	Osoba odpowiedzialna za merytoryczny oraz dyscyplinarny nadzór i kierownictwo nad pracownikami zatrudnionymi do realizacji zamówienia	1	-	1	1
b)	Dowódca ochrony	6	1	5	3
c)	Pomocnik dowódcy ochrony	6	1	5	3
d)	Pracownicy ochrony, pełniący służbę na posterunkach	32	2	30	27
e)	Pracownicy ochrony - portierzy	6	-	6	2
SUMA:		51	4	47	36

Powyższe jednoznacznie zdaniem odwołującego wskazuje, że konkluzja do której doszedł zamawiający w „Informacji o wykluczeniu wykonawcy” jest błędna. Pomimo bowiem nie spełnienia warunków udziału przez cztery (4) wykazane osoby, odwołujący w dalszym ciągu dysponuje zespołem, który nie tylko spełnia minimalne warunki dla osób wykonujących usługę ochrony, lecz wykazany zespół przewyższa wymagania zamawiającego zarówno pod względem ilościowym, jak pod względem minimalnych kwalifikacji.

Na marginesie odwołujący podniósł, iż mimo, że w odpowiedziach na pytania z dnia 12 grudnia 2011 r., w odpowiedzi na pytanie nr 7 zamawiający nie wskazał funkcji podanej w pkt. a), to jednak wyjaśnienia treści siwz- co wprost zostało wskazane w omawianym piśmie - stanowiły uszczegółowienia opisu przedmiotu zamówienia. Natomiast w opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do siwz), zamawiający odnosił się jedynie do ochroniarzy (dowódców, pomocników, wartowników i portierów), natomiast nie odnosił się do nadzoru nad ochroniarzami. Zatem udzielona odpowiedź dotyczyła wyłącznie ilości roboczogodzin, które mają być przepracowane przez ochroniarzy i nie uwzględniała ilości godzin, które mają być przepracowane przez nadzorcę. Z zadanego pytania i udzielonej odpowiedzi zdaniem odwołującego w żaden sposób nie można wywieść, że zamawiający rezygnuje z wymagania, aby usługa wykonywana była również i przez osobę odpowiedzialną za merytoryczny oraz dyscyplinarny nadzór i kierownictwo nad pracownikami zatrudnionymi do realizacji zamówienia. Powyższe znajduje swoje potwierdzenie w „Wezwaniu do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń”, które zamawiający wystosował do odwołującego w dniu 29 grudnia 2011 r., w którym zamawiający wskazał, że w ofercie odwołującego „stwierdzono brak niżej wymienionych dokumentów i oświadczeń (...): 1) Osoba odpowiedzialna za merytoryczny oraz dyscyplinarny nadzór i kierownictwo nad pracownikami zatrudnionymi do realizacji zamówienia”. Reasumując, należy stwierdzić, że zarówno w treści siwz, wyjaśnieniach jej treści oraz w toku badania i oceny oferty odwołującego, zamawiający konsekwentnie potwierdzał konieczność zaoferowania przez wykonawców osoby odpowiedzialnej za merytoryczny oraz dyscyplinarny nadzór i kierownictwo nad pracownikami zatrudnionymi do realizacji zamówienia.

W odniesieniu do kwestii wykładni terminu „pracownik”, odwołujący wskazał, że w treści siwz zamawiający najczęściej posługuje się terminem „pracownik ochrony”, lecz jest on wymiennie stosowany z terminami „pracownik Wykonawcy”, „pracownika pełniącego służbę ochronną na posterunku”, „pracowników, realizujących w imieniu Wykonawcy przedmiot zamówienia” czy też „pracownikami zatrudnionymi do realizacji zamówienia”. Zdaniem odwołującego, należy przyjąć, że zamawiający każdorazowo używając terminu „pracownik” rozumie przez to osobę zatrudnioną na podstawie umowy o pracę lub umowy

cywilnoprawnej, która jest „pracownikiem ochrony w rozumieniu ustawy z dnia 22 sierpnia 1997r. o ochronie osób i mienia (dalej: „ustawa OOiM”). Powyższe wynika z wyjaśnień zamawiającego z dnia 19 grudnia 2011 r. Odwołujący, w wykazie osób wskazał, że osoby wykonujące usługi ochroniarskie w imieniu i na rzecz odwołującego są jego „pracownikami”. Odwołujący omyłkowo nie wskazał jaki jest rodzaj umowy, łączącej go z tymi osobami. Jeżeli zatem zamawiający nie miał wątpliwości, że odwołujący wskazując na swoich „pracowników ochrony” odnosił się do osób, które wykonują obowiązki w systemie 24 godziny pracy 48 godzin odpoczynku, to nie powinien był wykluczać odwołującego z postępowania. Jeżeli natomiast z jakichś względów określenia użyte w ofercie były dla zamawiającego niejasne, to powinien był wezwać odwołującego do wyjaśnień, względnie wezwać go do uzupełnień oświadczenia z zakresu „rodzaju umowy zawartej z firmą”.

Odwołujący dalej argumentował, iż z uwagi na fakt, że zarówno konsorcjum Konsalnet jak i konsorcjum Impel w wykazie osób przewidują po 35 pracowników ochrony do świadczenia usług, a wykazy tych wykonawców nie zostały przez zamawiającego zakwestionowane, dla odwołującego jasne jest, że zamawiający nie miał wątpliwości, jakie są wymagane przez niego minimalne liczby pracowników, przypisanych do danych funkcji. Odwołujący wyraził zdziwienie, że pomimo, że konsorcjum Konsalnet, którego oferta została wybrana ofertą najkorzystniejszą, wykazało znacznie mniejszą liczbę pracowników ochrony, zostało uznana przez zamawiającego za podmiot, który wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a odwołujący, który wykazał o 11 osób spełniających wymagania siwz więcej niż konsorcjum Konsalnet, rzekomo nie wykazał spełnienia tych warunków. Jednakże, jeżeli jakakolwiek część oferty wzbudziła wątpliwości zamawiającego, to powinien był nie wezwać odwołującego do wyjaśnień lub uzupełnień, czego jednak zamawiający nie uczynił. W konsekwencji odwołujący stwierdził, iż należycie wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w tym również i warunku dotyczącego zasobów osobowych, a zatem nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Odwołujący wskazał również, że jego oferta nie podlega odrzuceniu, w tym również i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, który to przepis nie ma w ogóle zastosowania w przypadku postępowania prowadzonego m.in. w trybie nieograniczonym. W przypadku stwierdzenia przez zamawiającego, że dany wykonawca podlega wykluczeniu, zamawiający winien uznać, na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy, że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu. Zamawiający, nie jest jednak uprawniony, by wskazywać jako postawę odrzucenia oferty w postępowaniu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, gdyż nie ma on zastosowania do trybu nieograniczonego.

Odwołujący wyraził pogląd, zważywszy, iż jedynym kryterium oceny ofert jest cena, przy uwzględnieniu zarzutów odwołania wskazanych powyżej, to oferta odwołującego winna była zostać wybrana ofertą najkorzystniejszą. Tymczasem zamawiający pominął ofertę odwołującego przy ocenie ofert i wybrał ofertę konsorcjum Konsalnet, która winna była zostać sklasyfikowana na drugim miejscu. Oferta konsorcjum Konsalnet jest bowiem droższa od oferty odwołującego o 9 906,92 PLN.

Odwołujący podniósł również w odwołaniu, iż zamawiający nierówno taktuje wykonawców w postępowaniu, bowiem tylko odwołujący był wzywany przez zamawiającego do wyjaśnienia i uzupełnienia własnej oferty. Oferty pozostałych wykonawców były bezkrytycznie przyjmowane przez zamawiającego jako zgodne z siwz oraz dostatecznie wykazujące spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Pomimo znajdowania się w ofertach konkurencji takich samych braków, jak pierwotnie występowały w ofercie odwołującego, to jednak zamawiający nie podjął żadnych działań zmierzających do doprowadzenia tych ofert do zgodności z siwz.

Na poparcie swojego stanowiska odwołujący wskazał, że w dniu 4 stycznia 2012 r. odwołujący wystąpił do zamawiającego z wnioskiem o udzielenie dostępu do dokumentacji postępowania. Odwołujący wgląd ten uzyskał w dniu 9 stycznia 2012 r., a zamawiający dodatkowo przekazał mu kopię wybranych dokumentów. Z dokumentów tych odwołujący powziął informację, że:

1) wykaz pracowników, załączony do oferty przez konsorcjum Impel nie wskazuje, aby wykonawca ten dysponował:

- osobą odpowiedzialną za merytoryczny oraz dyscyplinarny nadzór i kierownictwo nad pracownikami zatrudnionymi do realizacji zamówienia,
- trzema pomocnikami dowódcy ochrony, natomiast

2) wykaz pracowników, załączony do oferty przez konsorcjum Konsalnet nie wskazuje, aby wykonawca ten dysponował:

- trzema pomocnikami dowódcy ochrony.

Żaden z pozostałych wykonawców, który złożył ofertę w postępowaniu, nie został wezwany do uzupełnienia wykazanych braków. Wskazane niezgodności ofert z treścią siwz nadal istnieją, lecz oferty tych wykonawców zostały ocenione przez zamawiającego, a oferta konsorcjum Konsalnet dodatkowo została wybrana ofertą najkorzystniejszą. Przy tym, zdaniem odwołującego zamawiający doskonale sobie zdawał sprawę z tych braków, gdyż identyczne braki zostały zauważone w ofercie odwołującego i w efekcie skutecznie usunięte

w drodze uzupełnień. W ocenie odwołującego postępowanie zamawiającego dowodzi, iż sposób badania i oceny ofert wskazuje, że zamawiający nie czuje się związany treścią siwz ani przepisami ustawy, które nakazują równe traktowanie wykonawców. Zamawiający nie badał bowiem wszystkich trzech ofert w sposób jednakowy, lecz poddał je dyskrecjonalnej ocenie, w której tylko oferta odwołującego została zbadana zgodnie z przepisami siwz, natomiast dla pozostałych dwóch wykonawców siwz nie stanowiła probierza do badania ofert.

Zdaniem odwołującego przedstawione argumenty uzasadniają zarzuty określone w petitum odwołania, zatem zasługuje ono na uwzględnienie.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

Jako istotne dla rozpoznania odwołania należy wskazać postanowienia siwz:

- § 10 pt.: „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”, w którego pkt. 3 zostało wskazane, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w szczególności dotyczące dysponowania potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Dalej w tym samym punkcie zamawiający postanowił, iż wykonawcy winni udokumentować posiadania potencjału technicznego oraz dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia poprzez wykaz osób przewidzianych do realizacji zamówienia wraz z odpowiednimi zaświadczeniami, licencjami. W ostatnim akapicie § 10 stwierdzono, iż ocena spełniania przez wykonawców powołanych warunków dokonana będzie zgodnie z formułą „spełnia – nie spełnia” na podstawie dokumentów i oświadczeń określonych w § 11 siwz;

- § 11 pt.: „Informacje o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu”, w którego ust. 6 wymieniono wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonywania zamówienia, rodzaju umowy o pracę, a także zakresu wykonywania przez nie czynności (dotyczy wszystkich pracowników przewidzianych do realizacji zamówienia) – wg załącznika nr 6 do

siwz. Dalej w ust. 7 wymieniono wymagane dokumenty dotyczące pracowników (zgodnie z wykazem osób uczestniczących w wykonaniu zamówienia – załącznik nr 6), tj.:

1) Osoba odpowiedzialna za merytoryczny oraz dyscyplinarny nadzór i kierownictwo nad pracownikami zatrudnionymi do realizacji zamówienia – wymagane dokumenty:

- a) poświadczenie bezpieczeństwa osobowego, upoważniające do dostępu do informacji niejawnych, oznaczonych klauzulą „poufne”;
- b) zaświadczenie o odbyciu przeszkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych;
- c) licencję ochrony osób i mienia II stopnia;
- d) pisemne upoważnienie wykonawcy do kierowania oraz sprawowania nadzoru merytorycznego;

2) Dowódca ochrony (pomocnik dowódcy ochrony) – wymagane dokumenty:

- a) pisemne upoważnienie wystawione przez wykonawcę lub ważne poświadczenie bezpieczeństwa osobowego, upoważniające do dostępu do informacji niejawnych, oznaczonych klauzulą co najmniej „zastrzeżone”;
- b) zaświadczenie o odbyciu przeszkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych;
- c) licencję ochrony osób i mienia II stopnia;
- d) pozwolenia na broń krótką (pistolet lub rewolwer);

3) Pracownicy ochrony, pełniący służbę na posterunkach – wymagane dokumenty:

- a) pisemne upoważnienie wystawione przez wykonawcę lub ważne poświadczenie bezpieczeństwa osobowego, upoważniające do dostępu do informacji niejawnych, oznaczonych klauzulą co najmniej „zastrzeżone”;
- b) zaświadczenie o odbyciu przeszkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych;
- c) licencję ochrony osób i mienia I stopnia;
- d) pozwolenia na broń długą typu karabinek lub pistolet maszynowy;

4) Pracownicy ochrony – portierzy, pełniący służbę w biurze przepustek – wymagane dokumenty:

- a) pisemne upoważnienie wystawione przez wykonawcę lub ważne poświadczenie bezpieczeństwa osobowego, upoważniające do dostępu do informacji niejawnych, oznaczonych klauzulą co najmniej „zastrzeżone”;
- b) zaświadczenie o odbyciu przeszkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych.

W załączniku nr 6 do siwz (wykaz pracowników przewidzianych do realizacji zamówienia) zamawiający w formie tabelarycznej wymagał podania informacji wskazanych w § 11 ust. 6 siwz tj. imię i nazwisko (kolumna 2 tabeli), rola w realizacji zamówienia (kolumna 3 tabeli), rodzaj umowy o pracę zawartej z firmą (kolumna nr 4 tabeli), kwalifikacje: uprawnienia, licencje, inne (kolumna 5 tabeli) oraz doświadczenie zawodowe (kolumna 6 tabeli).

Zamawiający nie wskazał liczby osób, którą wykonawcy zobowiązani są podać wraz z ofertą w wykazie sporządzonym wg wzoru zawartego w załączniku nr 6 do siwz. Dane pozwalające ustalić liczbę osób zawarte zostały w opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do siwz) do których postanowienia dotyczące opisu sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów (§ 10 i 11 siwz) nie odnoszą się.

Uwzględniając powołane postanowienia siwz ofertę złożyło trzech wykonawców. Każdy z nich wraz z ofertą złożył wykaz pracowników sporządzony wg wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do siwz wymieniając w nim:

- konsorcjum Konsalnet: 36 osób, w tym 1 koordynator, 3 dowódców ochrony (licencje II stopnia), 30 pracowników ochrony w tym z licencjami II stopnia 14 osób, pozostałych 16 z licencjami I stopnia oraz 2 portierów (bez licencji),
- konsorcjum Impel: 35 osób, w tym 3 dowódców (licencje II stopnia), 30 wartowników oraz 2 portierów (licencje I stopnia),
- odwołujący: 50 osób, w tym 6 dowódców (licencje II stopnia), 44 pracowników ochrony w tym 24 z licencjami II stopnia, pozostałych 20 z licencjami I stopnia.

Zamawiający wystąpił pismami z dnia 28 grudnia 2011 r. do:

- odwołującego o uzupełnienia dokumentów i oświadczeń dla wszystkich czterech kategorii osób wymienionych w § 11 ust. 7 pkt siwz;
- konsorcjum Impel m.in. o uzupełnienie wykazu stanowiącego załącznik nr 6 o informacje dotyczące doświadczenia zawodowego poszczególnych osób wymienionych w tabeli; zamawiający nie wzywał konsorcjum Impel o uzupełnienie wykazu osób o osobę odpowiedzialną za merytoryczny oraz dyscyplinarny nadzór i kierownictwo nad pracownikami zatrudnionymi do realizacji zamówienia.

W odpowiedzi:

- odwołujący przedłożył wykaz osób sporządzony wg wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do siwz uzupełniając go w pozycji 1 o osobę odpowiedzialną za merytoryczny oraz dyscyplinarny nadzór i kierownictwo nad pracownikami zatrudnionymi do realizacji zamówienia oraz wskazując, iż osoby w pierwotnym wykazie wymienione w pozycjach 7 – 12 jako pracownicy ochrony będą pełnić funkcję pomocników dowódcy zmiany (pozycje 8 – 13 wykazu uzupełnionego), a osoby wskazane pierwotnie jako wartownicy w pozycjach od 45 – 50 wg uzupełnionego wykazu mają pełnić funkcję pracownika ochrony – portiera (osoby wymienione w pozycjach 46 – 50 oraz pozycja ostatnia wykazu uzupełnionego);

- konsorcjum Impel przedłożyło wykaz pracowników sporządzony wg wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do siwz podając doświadczenie zawodowe poszczególnych osób, skład osobowy pozostał bez zmian;

Konsorcjum Konsalnet nie było wzywane do uzupełnienia dokumentów.

Uwzględniając powyższe zamawiający zawiadomił odwołującego pismami z dnia 2 stycznia 2012 r. o:

- wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Konsalnet;
- o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp wskazując, iż uzupełnienia przedłożone w wyniku wezwania „nie są zgodne z Opisem przedmiotu zamówienia oraz SIWZ”. Dalej zamawiający wyjaśniał, iż w dostarczonych uzupełnieniach brak wymaganych dokumentów dotyczących pana Witolda S. wskazanego w pozycji nr 6 załącznika nr 6 do siwz oraz panów Andrzeja S. (pozycja 9 wykazu osób), Tomasza A. (pozycja 25 wykazu osób) oraz Sławomira H. (pozycja 26 wykazu osób). Zamawiający poinformował także, iż odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Izba ustaliła, iż wymienione przez zamawiającego w powołanym wyżej osoby miały pełnić następujące funkcje: pan Witold S. - dowódca zmiany, pan Andrzej S. - pomocnik dowódcy zmiany, a pozostali dwaj – pracownicy ochrony.

Odwołujący nie kwestionował poprawności ustaleń zamawiającego w zakresie dotyczącym braków stwierdzonych w odniesieniu do wskazanych w zawiadomieniu o wykluczeniu odwołującego z postępowania osób.

Uwzględnivszy tak ustalony stan faktyczny Izba zważyła, co następuje:

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

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba uwzględniła odwołanie.

Poczynione przez Izbę ustalenia faktyczne prowadzą do wniosku, iż nie jest istotne dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania, ile dokładnie osób zdolnych do wykonania

zamówienia wskazał odwołujący w wykazie pracowników (załącznik nr 6 w wersji uzupełnionej). Istotne jest, iż wymienił po jednej osobie o kwalifikacjach wskazanych w § 11 ust. 7 pkt 1 – 2 siwz oraz po dwie osoby (liczba mnoga użyta w treści opisu) spełniające wymagania wynikające z § 11 ust. 7 pkt 3 – 4 siwz, gdyż takie minimalne wymagania wynikały z treści siwz (§ 10 pkt 3 w zw. z § 11 ust. 6 i 7 siwz).

Analiza § 10 pkt. 3 w zw. z § 11 ust. 6 oraz 7 pkt 1 – 4 siwz prowadzi do wniosku, iż w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia należało wykazać dysponowanie osobą odpowiedzialną za merytoryczny oraz dyscyplinarny nadzór i kierownictwo nad pracownikami zatrudnionymi do realizacji zamówienia (pkt 1), dowódcą ochrony (pomocnikiem dowódcy ochrony) (pkt 2), pracownikami ochrony pełniącymi służbę na posterunkach (pkt 3), pracownikami ochrony – portierami, pełniącymi służbę w biurze przepustek (pkt 4) oraz przedłożyć wymagane w powołanych postanowieniach siwz dokumenty mające potwierdzać kwalifikacje oraz doświadczenie tych osób, a także wykaz pracowników (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do siwz).

Izba podkreśla, iż jakkolwiek rozumienie siwz przez strony postępowania oraz pozostałych wykonawców w zasadniczym zakresie było zgodne, nie zmienia to faktu, iż zamawiający w siwz nie sformułował opisu sposobu dokonania oceny warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp) w sposób wskazywany przez strony. Zamawiający, realizując obowiązek przygotowania i przeprowadzania postępowania zgodnie z wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, zobowiązany jest dokonać opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sposób precyzyjny, jednoznaczny oraz jednakowy dla wszystkich i tylko w tym zakresie uprawniony jest żądać od wykonawców przedłożenia stosownych (sprecyzowanych w siwz) dokumentów na potwierdzenie spełnienia opisanego w siwz warunku udziału w postępowaniu. Faktem jest, iż liczbę osób wymaganych na poszczególne stanowiska można wywieść z treści opisu przedmiotu zamówienia opisującego obsadę poszczególnych posterunków oraz system pracy (tak uczyniły strony oraz pozostali wykonawcy, choć nie jednolicie), jednak okoliczność ta pozostaje irrelevantna dla wykazania przez wykonawców spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp. W przedmiotowej sprawie zamawiający w siwz, opisując sposób oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie stwierdził, iż w celu wykazania spełnienia warunku opisanego w art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, wykonawcy zobowiązani są wykazać powoływaną przez strony liczbę osób na poszczególne stanowiska, nie nawiązał w tym zakresie także w

żaden sposób do treści opisu przedmiotu zamówienia. Wykonawcy i zamawiający interpretację siwz oprali na racjonalnym założeniu, że skoro do realizacji umowy, jak wynika z siwz, niezbędne będzie dysponowanie minimum określonym zespołem osób, to i w wykazie osób (załącznik nr 6 do siwz) należało te osoby podać, w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Zważywszy wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy reguły rządzące postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego stwierdzić trzeba, iż to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu - niewywiązanie się z tego obowiązku skutkuje wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Jednak tak daleko idące konsekwencje mogą być wyciągnięte wobec wykonawcy tylko wówczas, gdy zamawiający sporządzi siwz prawidłowo, prezencyjnie i jednoznacznie formułując wymagania wobec wykonawców. Zamawiający ma prawo dostosować opis dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu do swoich uzasadnionych potrzeb (art. 22 ust. 3 i 4 Pzp), jednak musi to uczynić w taki sposób, aby każdy potencjalny wykonawca mógł jednoznacznie stwierdzić jakie wymagania są stawiane i czy je spełnia.

Odnosząc się do twierdzenia zamawiającego, iż brzmienie § 11 ust. 6 siwz obligowało go do żądania wymienionych w ust. 7 dokumentów w odniesieniu do wszystkich osób podanych przez wykonawcę w wykazie pracowników należy podkreślić, że wykaz osób przedkładany jest w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, którego opis sposoby oceny zawarł zamawiający w siwz. W § 11 ust. 7 pkt 1 – 4 siwz zostały wskazane kategorie pracowników (oraz dokumenty, które należy w odniesieniu do nich przedłożyć), zatem sformułowanie „wszystkie osoby” podane w wykazie przez wykonawcę, należy odnieść do osób, których wskazanie było wymagane w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, a nie wszystkich osób wymienianych w załączniku nr 6 do oferty. Powoływane przez zamawiającego rozumienie omawianego postanowienia siwz nie dałoby się pogodzić z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 25 ust. 1 (zamawiający jest uprawniony do żądania wyłącznie dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania). Także treść rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz.1817) nie pozostawia wątpliwości, iż zamawiający jest uprawnionych, aby żądać tylko dokumentów w celu wykazania spełniania przez wykonawców warunków, których opis został sformułowany w siwz. Skoro do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp w zakresie opisanym w siwz (§ 10 pkt 3 w zw. z § 11 ust. 6 i 7 siwz) niezbędne było wskazanie po jednej osobie o kwalifikacjach wskazanych w §

11 ust. 7 pkt 1 – 2 siwz oraz po dwie osoby spełniające wymagania wynikające z § 11 ust. 7 pkt 3 – 4 siwz, to za wystarczające należy uznać przedłożenie wymaganych dokumentów dla wszystkich osób, którymi wykonawca musi dysponować w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a nie dla wszystkich, które wymienił w wykazie (gdy wymienił większą liczbę osób niż wymagane minimum).

Poza sferą rozważań Izby pozostaje kwestia podnoszonych przez zamawiającego w tym kontekście okoliczności, iż każda z osób, które będą wykonywać zamówienie, musi posiadać wymagane przepisami prawa uprawnienia. Obowiązek zapewnienia w toku realizacji umowy odpowiedniej kadry, o adekwatnych uprawnieniach i kwalifikacjach, wynika z opisu przedmiotu zamówienia oraz wzoru umowy załączonych do siwz, a także bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa i zamawiający będzie uprawniony, aby w fazie realizacji umowy od wykonawcy egzekwować odpowiednie obsadzenie posterunków. Jednak sporządzona przez zamawiającego siwz nie uprawnia go do weryfikowania, w postulowanym przez niego zakresie, zasobów osobowych wykonawcy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

W konsekwencji zamawiający nie był uprawniony do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Zamawiający nieprawidłowo także zastosował wobec odwołującego art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp – jak słusznie podnosił odwołujący powołana przesłanka odrzucenia oferty aktualizuje się w postępowaniach wieloetapowych. W przypadku przetargu nieograniczonego zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Wskazany skutek powstaje ex lege i nie wymaga podejmowania przez zamawiającego jakichkolwiek czynności. Zważywszy, iż zamawiający niesłusznie wykluczył odwołującego z postępowania, taki skutek w stanie faktycznym sprawy nie powstał. W konsekwencji stwierdzonych uchybień zamawiający naruszył także art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. Izba nie stwierdziła natomiast naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 oraz art. 2 pkt 5 ustawy, gdyż odwołujący nie wykazał, aby zamawiający zastosował do oceny ofert inne kryteria niż określone w siwz. Izba nie dopatrzyła się również naruszenia art. 26 ust. 4 lub art. 26 ust. 3 ustawy w zakresie dotyczącym rodzaju umowy podpisanej pomiędzy pracownikami ochrony, a odwołującym – okoliczności faktyczne sprawy wskazują, iż zamawiający nie miał wątpliwości co do charakteru prawnego łączących odwołującego ze wskazanymi osobami umów. Zamawiający nie wskazał tej okoliczności jako podstawy faktycznej wykluczenia odwołującego z postępowania.

Ustosunkowując się do wykazów osób przedłożonych przez konsorcjum Impel oraz konsorcjum Konsalnet Izba, uwzględniając wyżej przedstawioną argumentację, stwierdziła, iż

konsorcjum Konsalnet wykazało w zakresie kwestionowanym w odwołanie spełnianie warunku udziału w postępowaniu wskazanego w art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, zatem zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy nie znalazł potwierdzenia w świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego. Zamawiający uchybił natomiast art. 26 ust. 3 ustawy poprzez błędne przyjęcie, że konsorcjum Impel wykazało spełnianie warunków udziału w postępowaniu i zaniechanie wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia wykazu pracowników o osobę odpowiedzialną za merytoryczny oraz dyscyplinarny nadzór i kierownictwo nad pracownikami zatrudnionymi do realizacji zamówienia wraz z dokumentami wskazanymi w § 11 ust. 7 pkt. 1 siwz.

W tym stanie rzeczy Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....