

Sygn. akt: KIO 398/13

**WYROK**

**z dnia 6 marca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 marca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2013 r. przez **Odwołującego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - konsorcjum: Purzeczko - Grupa Securitas Sp. z o.o., Nordserwis Securitas Sp. z o.o., ul. Nowa 3a, 18-400 Łomża, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Jednostka Wojskowa Nr 4352, ul. Nowowiejska 20, 11-500 Giżycko, przy udziale **Wykonawcy** - Agencja Ochrony GROM Sp. z o.o., ul. Jagiellońska 46, 10-273 Olsztyn, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i w odniesieniu do zadania nr 2 nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Agencji Ochrony Osób i Mienia GROM sp. z o.o , w Olsztynie oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wykluczenie wskazanego wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. kosztami postępowania obciąża Jednostkę Wojskową Nr 4352 w Giżycku, i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - konsorcjum: Purzeczek - Grupa Securitas Sp. z o.o. w Łomży i Nordserwis Securitas Sp. z o.o., tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Jednostki Wojskowej Nr 4352 w Giżycku na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - konsorcjum: Purzeczek - Grupa Securitas Sp. z o.o., Nordserwis Securitas Sp. z o.o., kwotę 18 600 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 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 Olsztynie.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Jednostka Wojskowa nr 4352 w Giżycku (zamawiający) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzonego na wykonanie usług w zakresie ochrony osób i mienia oraz monitoringu świadczonych przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne (SUFO) na rzecz Jednostki Wojskowej nr 4352 Giżycko.

Odwołujący : Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia -Konsorcjum:

1) Purzeczeko - Grupa Securitas Sp. z o.o. w Łomży (Lidera konsorcjum) 2) Nordsewis Securitas Sp. z o.o. w Białymstoku zaskarżył następujące czynności Zamawiającego w postępowaniu - w odniesieniu do zadania nr 2: 1. zaniechanie ustalenia, czy wykonawca Agencja Ochrony Osób i Mienia GROM sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie przy ulicy Jagiellońskiej 46 : - złożył prawdziwe informacje mające wpływ na wynik niniejszego postępowania odnoszące się do posiadania wymaganego potencjału technicznego zapewniającego wykonanie zamówienia oraz,- czy spełnia warunki udziału w niniejszym postępowaniu odnoszące się do posiadania wymaganego potencjału technicznego zapewniającego wykonanie zamówienia 2. zaniechania wykluczenia wykonawcy Agencja Ochrony Osób i Mienia GROM sp. z o.o. w przypadku ustalenia , iż złożył on nieprawdziwe oświadczenie i informacje mające wpływ na wynik niniejszego postępowania odnoszące się do posiadania wymaganego potencjału technicznego zapewniającego wykonanie zamówienia oraz że nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania wymaganego potencjału technicznego zapewniającego wykonanie zamówienia 3. dokonanie wyboru oferty wykonawcy Agencja Ochrony Osób i Mienia GROM sp. z o.o., pomimo możliwości zaistnienia przesłanek do wykluczenia tego wykonawcy z niniejszego postępowania na podst. art. 24 ust. 2 pkt 3, oraz pkt 4) Pzp.

Odwołujący wnosi w odniesieniu do zadania nr 2 o unieważnienie wyboru oferty Agencji Ochrony Osób i Mienia GROM sp. z o.o , w Olsztynie oraz nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wykluczenia Agencji Ochrony Osób i Mienia GROM sp. z o.o. z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3) lub 4) Pzp,

Czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzuca naruszenie :

1. art. 7 ust 1 w zw. z art. 26 ust 3 Pzp poprzez zaniechanie ustalenia, czy wykonawca wybrany. - w zadaniu nr 2 złożyła prawdziwe oświadczenie i dokumenty potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania wymaganego potencjału technicznego zapewniającego wykonanie zamówienia,

2. art. 24 ust 2 pkt. 3, 4 w zw. z art. 22 ust 1 pkt 3 Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Agencji Ochrony Osób i Mienia GROM sp. z o.o. - w zadaniu nr 2.

Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr 2 tj. oferty Agencji Ochrony Osób i Mienia GROM sp. z o.o. w Olsztynie.

Zamawiający w rozdziale V.SIWZ przedstawił wykaz oświadczeń i dokumentów jakie mają złożyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia wymaganych warunków udziału w postępowaniu, przy czym określając wymagania dot. posiadanego potencjału technicznego w ust 4 wskazał, iż, Zamawiający uzna, iż Wykonawca posiada niezbędną potencjał techniczny zdolnymi do wykonywania zamówienia, jeżeli złoży wykaz broni palnej i sprzętu (samochodów) niezbędnych do realizacji zamówienia w ilości co najmniej (...) dla części II:

broń (karabinek lub pistolet maszynowy) - 24 szt., broń (pistolet) - 4 szt. samochody - 3 szt.

W celu potwierdzenia, że Wykonawca spełnia ww warunek udziału w postępowaniu, Zamawiający ( Rozdział VI SIWZ pkt 12) zażądał, aby Wykonawca przedłożył oprócz Oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w niniejszym postępowaniu także „Wykaz broni palnej, środków przymusu bezpośredniego i sprzętu (pojazdy) niezbędnych do realizacji zamówienia w ilości co najmniej(...) dla części II: broń (karabinek lub pistolet maszynowy) - 24 szt. broń (pistolet) - 4 szt. samochody - 3 szt.

Wykaz broni złożony przez Agencję Ochrony Osób i Mienia GROM sp. z o.o. został zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa . Na skutek pisemnej interwencji Odwołującego się dokument ten został ujawniony uczestnikom postępowania. Z treści wykazu wynika, iż wykonawca GROM posiada 24 szt. broni długiej - pistoletów maszynowych PM Glauberyt, a więc spełnia wymagania określone przez Zamawiającego .

Odwołujący jednak powziął istotne wątpliwości co do zgodności ze stanem faktycznym i prawnym złożonego przez Agencji Ochrony Osób i Mienia GROM sp. z o.o.

Wg odwołującego Agencja Ochrony Osób i Mienia GROM sp. z o.o. nie wykonuje żadnych usług ochronnych, na potrzeby których lub w związku z którymi uzyskała uprzednio zezwolenie na posiadanie tak znacznej ilość sztuk broni długiej, jakie deklaruje w przedłożonym wykazie broni (24 szt.).

W związku z powyższymi wątpliwościami Odwołujący przekazał je Zamawiającemu, wskazując równocześnie potrzebę, jak i sposób zweryfikowania prawdziwości informacji ujętych w Wykazie broni, a nawet zwrócił się samodzielnie do organu wydającego zezwolenie Wojewódzkiego Komendanta Policji w Olsztynie w trybie ustawy o informacji publicznej, przesyłając ww. pismo do wiadomości Zamawiającego, jednak pomimo tego Zamawiający dokonał wyboru oferty Agencja Ochrony Osób i Mienia GROM sp. z o.o.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że wbrew twierdzeniom odwołującego dokonał czynności wyjaśniających na okoliczność spełnienia przez wykonawcę warunku potencjału technicznego. Otrzymał od wykonawcy informację, że w złożonym wykazie broni podmiot ten posłużył się w trybie art. 26 ust. 2 b ustawy pzp potencjałem podmiotu trzeciego. Wykonawca przedstawił pismo zatytułowane list intencyjny, w którym podmiot trzeci i przystępujący zobowiązują się nawiązać współpracę w realizacji ewentualnego kontraktu na rzecz Jednostki Wojskowej (zamawiającego). W piśmie tym podmiot udostępniający zobowiązał się „oddać do dyspozycji potencjał osobowy na czas realizacji ewentualnego zamówienia w postaci 16 licencjonowanych pracowników ochrony wyposażonych w 16 pistoletów maszynowych”, a przystępujący „zatrudnić oddelegowanych pracowników na własny koszt i ryzyko.”

Zamawiający powołał się na art. 174<sup>1</sup> kodeksu pracy wskazując na dopuszczalność przekazywania między firmami prowadzącymi działalność gospodarczą w zakresie ochrony osób i mienia broni palnej wraz z osobami.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania.

W toku rozprawy odwołujący przedstawił pismo Komendy Wojewódzkiej w Białymstoku jako organu wydającego zezwolenia na posiadanie broni palnej, z którego wynika, że do wykorzystywania licencjonowanych pracowników ochrony fizycznej przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą w zakresie usług ochrony osób i mienia, mającego status specjalistycznej uzbrojonej formacji ochronnej, przez drugiego przedsiębiorcę również posiadającego ten sam status, może dojść jedynie w formie umowy cywilnoprawnej podwykonawstwa. W piśmie tym stwierdzono także, że przedsiębiorca „użyczający” pracowników ochrony zobowiązany jest prowadzić księgę realizacji umowy dokumentującą m. in. informacje dotyczące pracowników ochrony świadczących usługi ochrony osób i mienia i wykorzystywanej przez nich broni obiektywnej. Zaznaczono również, że w przypadku podwykonawstwa nie dochodzi do użyczenia licencjonowanych pracowników zatrudnionych u podwykonawcy innemu przedsiębiorcy (wykonawcy) ale do wykonania określonych usług ochrony przez podwykonawcę, który nie staje się jednak stroną umowy o świadczenie usług ochrony na rzecz podmiotu ochraniającego. Jednocześnie zanegowano możliwość „użyczenia” uzbrojonych pracowników ochrony, jak i uzbrojenia, co może prowadzić do odpowiedzialności prawnej, w tym karnej.

Zamawiający, jak i przystępujący wskazali, że odwołanie nie zawiera zarzutów podniesionych do treści zobowiązania podmiotu trzeciego złożonego zamawiającemu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i przystępującego, biorąc pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron przedstawione na piśmie i do protokołu, zważyła, co następuje.

Istotą sporu jest zagadnienie, czy wybrany wykonawca (przystępujący) wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w szczególności warunek określony w pkt V.4, dla części II tiret 1 tj. posiadanie niezbędnego potencjału technicznego w postaci broni (karabinek lub pistolet maszynowy) w ilości 24 sztuk, a w konsekwencji, czy podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp.

Wobec faktu, że zamawiający w toku postępowania przeprowadził na powyższą okoliczność postępowanie wyjaśniające w trybie art. 26 ust. 3, zarzuty odwołania co do zaniechania tej procedury stały się bezprzedmiotowe.

Skład orzekający oceniając spełnianie przedmiotowego warunku, którego spełnianie zostało wykazane poprzez wskazanie dysponowania potencjałem osobowym w postaci pracowników licencjonowanych wyposażonych w pistolety maszynowe zauważa, że co do zasady, zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy pzp wykonawca może polegać na potencjale osobowym i technicznym innego podmiotu pod warunkiem udowodnienia, że będzie tymi zasobami dysponował przy wykonywaniu zamówienia. W konkretnych okolicznościach rozpoznawanej sprawy należy zauważyć, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług o charakterze koncesjonowanym, tak co do uprawnień osób mających usługę wykonywać (licencja) jak i sprzętu, na który wymagane jest posiadanie stosownego zezwolenia.

Ze złożonego zobowiązania podmiotu trzeciego wynika, że podmiot ten udostępni pracowników wraz z bronią, którzy zostaną zatrudnieni przez wykonawcę (przystępującego). Izba uznaje w kontekście treści zobowiązania, że jego strony przewidują zastosowanie art. 174<sup>1</sup>. § 1 kodeksu pracy, zgodnie z którym, za zgodą pracownika, wyrażoną na piśmie, pracodawca może udzielić pracownikowi urlopu bezpłatnego w celu wykonywania pracy u innego pracodawcy przez okres ustalony w zawartym w tej sprawie porozumieniu między pracodawcami. W ocenie składu orzekającego na przeszkodzie takiego sposobu udostępnienia omawianego potencjału stoją przepisy szczególne ustawy z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji (Dz. U. z 2012 r., poz. 576), które nie przewidują możliwości użyczenia broni, na którą wydano pozwolenie na broń (świadcstwo broni) przedsiębiorcom, którzy uzyskali koncesję na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia. Nie jest możliwe przekazanie, przez przedsiębiorcę posiadającego broń na podstawie świadectwa broni, własnego uzbrojenia pracownikowi ochrony świadczącemu usługi w ramach działalności innego przedsiębiorcy. Izba nie podziela tym samym stanowiska zamawiającego, że sposób udostępnienia pracowników i sprzętu na

zasadzie „oddelegowania” w trybie przewidzianym powołanym przepisem kodeksu pracy może być uznawany za formę podwykonawstwa, dopuszczalną i stosowaną w usługach ochrony osób i mienia. Niezależnie bowiem od braku formalnej definicji podwykonawstwa przy świadczeniu usług, przyjęć należy, że jest to świadczenie części usługi przez inny podmiot, nie zaś wykonywanie pracy w wyniku zawarcia terminowego stosunku pracy przez pracowników innego podmiotu (w tym wypadku wskazanego, jako udostępniający potencjał).

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji uznając, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego potencjału technicznego w części II zamówienia.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....