

Sygn. akt: KIO 894/13

WYROK

z dnia 8 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Paweł Trojan**

Protokolant: **Radosław Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 maja 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **S..... Z.....** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Agencja Ochrony Osób i Mienia ZUBRZYCKI, ul. Łucka 18 lok. 1701A, 00-845 Warszawa** (lider); **Piotr Suchodolski** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Agencja Ochrony Osób i Mienia D.S. FOKUS, ul. Dąbrowskiego 47, 05-091 Ząbki** oraz **Solid Spółka z o.o., ul. Tyniecka 18, 30-323 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **PL.2012+ Spółka z o.o., Al. Księcia J. Poniatowskiego 1, 03-901 Warszawa** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Całodobowa ochrona fizyczna Stadionu Narodowego w Warszawie oraz zapewnienie porządku podczas imprez odbywających się na Stadionie Narodowym”

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Impel Security Polska Spółka z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław; Impel Security Provider Spółka z o.o., ul. Ślężna 118, 53-11 Wrocław; Impel Monitoring Spółka z o.o. Spółka komandytowa, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** oraz **Asekuracja Cash Handling Spółka z o.o., ul. Ostroroga 31A, 01-163 Warszawa**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym nakazuje wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Impel Security Polska Spółka z o.o.; Impel Security Provider Spółka z o.o.; Impel Monitoring Spółka z o.o. Spółka komandytowa oraz Asekuracja Cash Handling Spółka z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz nakazuje powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - **PL.2012+ Sp. z o. o., Al. Księcia J. Poniatowskiego, 03-901 Warszawa** 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 Konsorcjum: **S..... Z.....**, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Agencja Ochrony Osób i Mienia ZUBRZYCKI, ul. Łucka 18 lok. 1701A, 00-845 Warszawa** (lider), **Piotra Suchodolskiego**, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Agencja Ochrony Osób i Mienia D.S. "FOKUS" P..... S.....**, ul. **Dąbrowskiego 47, 05-091 Ząbki** oraz **Solid Spółka z o.o., ul. Tyniecka 18, 30-323 Kraków** tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od Zamawiającego - **PL.2012+ Sp. z o. o., Al. Księcia J. Poniatowskiego, 03-901 Warszawa** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **S..... Z.....**, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Agencja Ochrony Osób i Mienia ZUBRZYCKI, ul. Łucka 18 lok. 1701A, 00-845 Warszawa** (lider), **Piotra Suchodolskiego**, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Agencja Ochrony Osób i Mienia D.S. "FOKUS" P..... S.....**, ul. **Dąbrowskiego 47, 05-091 Ząbki** oraz **Solid Spółka z o.o., ul. Tyniecka 18, 30-323 Kraków** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. 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:

.....

U z a s a d n i e
do wyroku z dnia 8 maja 2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 894/13

Zamawiający – PL.2012+ Sp. z o. o., Al. Księcia J. Poniatowskiego, 03-901 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Całodobowa ochrona fizyczna Stadionu Narodowego w Warszawie oraz zapewnienie porządku podczas imprez odbywających się na Stadionie Narodowym”.

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 10.01.2013 r. Zamawiający przekazał do publikacji ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Publikacji UE.

W dniu 15.01.2013 r. ogłoszenie zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2013/S 010-012699.

W dniu **10.04.2013 r.** Zamawiający poinformował odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego (konsorcjum IMPEL).

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **19.04.2013 r.** wobec czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu polegających na:

- zaniechaniu czynności wykluczenia Konsorcjum: Impel Security Polska Sp. z o. o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław - Lider Konsorcjum, Impel Security Provider Sp. z o. o., Impel Monitoring Sp. z o. o. Sp. k. oraz Asecuracja Cash Handling Sp. z o. o. i odrzucenia oferty Wykonawcy podlegającego wykluczeniu, zwanego dalej „IMPEL”
- dokonaniu czynności wyboru oferty Konsorcjum: Impel Security Polska Sp. z o. o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław - Lider Konsorcjum, Impel Security Provider Sp. z o. o., Impel Monitoring Sp. z o. o. Sp. k. oraz Asecuracja Cash Handling Sp. z o. o., jako oferty najkorzystniejszej.

Opisanym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, poprzez nierówne traktowanie Wykonawców i wybór oferty niezgodnie z przepisami prawa;
- art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie przedmiotowego odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej;
- 2) ponownego badania ofert, odrzucenie oferty Wykonawcy Impel i wykluczenie go z postępowania;
- 3) wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Wskazał, iż niezgodne z przepisami ustawy działania Zamawiającego naruszyły interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ w przypadku odrzucenia oferty Konsorcjum i wykluczenia go z postępowania, oferta Odwołującego, zgodnie z kryteriami oceny ofert, pozostaje ofertą najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, iż w dniu 08.03.2013 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że dokonał wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej. Wybór ten był poprzedzony uwzględnieniem całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które wpłynęło do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 04.03.2013 r. (KIO 483/13), w wyniku czego Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, następnie wezwał konsorcjum do uzupełnienia dokumentów (listów referencyjnych) i po dokonaniu ponownej analizy ofert, powtórnie wybrał ofertę Konsorcjum.

W dniu 08.03.2013 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o umożliwienie dokonania wglądu do uzupełnień i wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum. W odpowiedzi na to pismo Zamawiający zaprosił Odwołującego na dokonanie wglądu do dokumentów w dniu 12.03.2013 r. Z treści okazanych dokumentów wynikało, że uzupełnione przez Konsorcjum listy referencyjne, zostały zastrzeżone jako dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wobec powyższego w dniu 18.03.2013 r. Odwołujący wniósł ponownie odwołanie, które, w części zarzutów dotyczących utajnienia dokumentów, zostało przez Krajową Izbę Odwoławczą Wyrokiem z dnia 2 kwietnia 2013 r. uwzględnione (KIO 626/13).

Należy zwrócić uwagę, że w związku z uznaniem przez Zamawiającego odwołania (dot. KIO 483/13) Zamawiający dokonał ponownie czynności badania i oceny złożonych ofert, w konsekwencji czego stwierdził, że przedłożone dokumenty jednoznacznie nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu jaki został określony w pkt. 12.1.2.a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Na potwierdzenie spełnienia w/w warunku wykonawcy zobowiązani byli do złożenia „Wykazu zrealizowanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usług polegających na ochronie obiektu

użyteczności publicznej, gdzie każdorazowo na zmianie zatrudnionych było co najmniej 10 pracowników ochrony, przez okres co najmniej 12-stu miesięcy dla każdej wykazanej usługi (w przypadku wykazania doświadczenia usługami wykonywanymi Zamawiający żąda, żeby Wykonawca wykazał, nie później niż na dzień składania ofert wykonanie w/w usług przez okres co najmniej 12 miesięcy”). Do wykazu należało załączyć dokumenty potwierdzające, że usługi w nim wymienione zostały wykonane należycie.

Pismem z dnia 6 marca 2013 r. Zamawiający wezwał Impel Security Polska Sp. z o. o. do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów. W odpowiedzi na wezwanie w dniu 08.03.2013 r. do Zamawiającego wpłynęło pismo wraz z dwiema referencjami dotyczącymi usługi realizowanej na rzecz MANUFAKTURA Apsys Management Sp. z o. o. i GD Poland Investments Sp. z o. o. Zdaniem Odwołującego referencja dotycząca usługi realizowanej na rzecz MANUFAKTURA Apsys Management Sp. z o. o. w dalszym ciągu jednoznacznie nie potwierdza spełniania warunku w zakresie o którym mowa w piśmie Zamawiającego z dnia 6 marca 2013 r.

Wobec faktu, że złożony na wezwanie do uzupełnienia dokumentów list referencyjny w dalszym ciągu nie potwierdza jednoznacznie spełnienie przez Impel warunków udziału w postępowaniu, wykonawca ten winien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona. W orzecznictwie Krajowej Izby odwoławczej ukształtował się pogląd, że nie można wzywać tego samego wykonawcy kilkakrotnie (tzn. więcej, niż jeden raz) do uzupełnienia tego samego dokumentu - "do skutku", m.in. wyrok z dnia 16 listopada 2010 r., sygn. KIO/UZP 2470/10, czy Wyrok z dnia 4 lutego 2011 r., sygn. KIO 140/11

Wobec zaistniałych okoliczności wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Impel Security Polska Spółka z o.o.; Impel Security Provider Spółka z o.o.; Impel Monitoring Spółka z o.o. Spółka komandytowa oraz Asekuracja Cash Handling Spółka z o.o. oraz zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp ze względu na brak wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia wskazanego w pkt 12.1.2. lit. a) SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w

szczegółności z postanowieniami SIWZ, korespondencją prowadzoną w ramach przedmiotowego postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego, ofertą złożoną w postępowaniu przez Przystępującego, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby Odwołujący, ze względu na złożenie oferty zakwalifikowanej na drugiej pozycji w rankingu oferty, w przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazania dokonania powtórnego badania i oceny ofert, w tym wykluczenia Przystępującego z postępowania oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem żądań Odwołującego ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Przystępującego, korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami prowadzonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zamawiający w części III SIWZ zatytułowanej „Warunki oraz dokumenty wymagane od wykonawcy” w pkt 12 zatytułowanym „Opis warunków udziału w postępowaniu” wskazał m.in.:

12.1. Zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

12.1.2. Posiadania wiedzy o doświadczenia, wykazując, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje należycie co najmniej:

a) 3 usługi, polegające na ochronie obiektu użyteczności publicznej, gdzie każdorazowo na zmianie zatrudnionych było co najmniej 10 pracowników ochrony, przez okres co najmniej 12-stu miesięcy dla każdej wskazanej usługi (w przypadku wykazania doświadczenia usługami wykonywanymi Zamawiający żąda, żeby Wykonawca wykazał, nie później niż na dzień składania ofert wykonanie w/w usług przez okres co najmniej 12 miesięcy),

d) do wykazu usług należy dołączyć kopie dokumentów potwierdzających, że te usługi zostały wykonane należycie,

12.4. Zamawiający oceni, czy Wykonawca spełnia warunki, o których mowa w pkt 12.1. SIWZ na podstawie złożonego wraz z ofertą oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 13.1. oraz na podstawie złożonych wraz z ofertą dokumentów żądanych przez Zamawiającego, wymienionych w pkt 13 SIWZ, potwierdzających spełnianie tych warunków.

Następnie Izba ustaliła, iż w pkt 13 SIWZ zatytułowanym „Dokumenty i oświadczenia wymagane w postępowaniu” w ppkt 13.3. Zamawiający określił, iż: „Wykaz („Doświadczenie zawodowe” – wzór wykazu stanowi załącznik do SIWZ), w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia określonego w pkt 12.1.2.a i 12.1.2.b powyżej, usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z załączeniem dokumentu potwierdzającego, że usługi wymienione w wykazie zostały wykonane należycie.

W pkt 13.18 SIWZ Zamawiający wskazał, iż: „W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, oświadczenia i dokumenty wymienione w pkt 1 oraz 3 powinien przedłożyć ten, lub ci spośród Wykonawców, którzy potwierdzają spełnienie warunku w określonym tam zakresie”.

Na potwierdzenie tak dookreślonych warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do pkt 12.1.2. lit. a) SIWZ Przystępujący złożył wraz z ofertą wykaz usług zawierający 3 pozycje oraz załączył dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie. W

poz. 1 wskazał usługę obejmującą ochronę fizyczną galerii handlowej wraz z terenem przyległym oraz ochronę techniczną parkingów (15 osób) realizowaną na rzecz MANUFATURA Apsys Management Spółka z o.o. z siedzibą w Łodzi w okresie „od 01.01.2011 r. do nadal” o wartości 1.482.656,75 netto za okres 12 miesięcy, tj. za 2012 r. Dla tej pozycji do oferty został dołączony list referencyjny podpisany przez Marka Ć. – dyrektora operacyjnego i wystawiony w dniu 25.07.20011 działającego w imieniu MANUFATURA Apsys Management Spółka z o.o. i potwierdzający, że do grona firm stale współpracujących z wystawcą należy spółka Impel Security Provider Spółka z o.o., która zapewnia ochronę w sposób dostosowany do potrzeb zleceniodawcy w okresie „od stycznia 2011 do chwili obecnej”.

Pismem z dnia 04.03.2013 r. Odwołujący wniósł pierwsze odwołanie wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego pomimo, że nie potwierdził on spełniania warunków udziału w postępowaniu (informacja o wyborze z dnia 21.02.2013 r.). Odwołujący podniósł, że dokumenty przedłożone na okoliczność należytego wykonania zamówienia nie potwierdzają, że referencyjne usługi realizowane na rzecz MANUFATURA Apsys Management Spółka z o.o. oraz GD Poland Investments sp. z o.o. w istocie w taki sposób zostały wykonane. W odniesieniu do pierwszego z listów referencyjnych Odwołujący zwrócił uwagę, że potwierdza należyte wykonanie usługi jedynie przez okres niespełna siedmiu miesięcy, zaś z drugiego z listów nie wynika, że usługa realizowana jest należyście.

Zamawiający pismem z dnia 06.03.2013 r. uwzględnił ww. odwołanie w całości.

Jednocześnie pismem z dnia 06.03.2013 r. wezwał, w związku z argumentacją przedstawioną w odwołaniu z dnia 04.03.2013 r., na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Przystępującego do uzupełnienia zakwestionowanych dokumentów w zakresie warunku określonego w pkt 12.1.2. lit. a) SIWZ.

Przystępujący w dniu 08.03.2013 r. pismem z dnia 07.03.2013 r. uzupełnił dokumenty o dwa listy referencyjne wskazując, iż pierwszy z nich (wystawiony przez MANUFATURA Apsys Management Spółka z o.o.) został wystawiony w dniu 06.03.2013 r. Dokument ten nie zawierał daty wystawienia, został podpisany przez Sławomira M. i wskazywał, iż spółką współpracującą z zleceniodawcą jest Impel Security Polska oraz, że usługa jest świadczona „od stycznia 2011 r. do chwili obecnej”. Przystępujący jednocześnie zastrzegł uzupełnione dokumenty jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający poinformował wykonawców pismem z dnia 08.03.2013 r. o ponownym wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego (konsorcjum IMPEL).

Odwołujący pismem z dnia 08.03.2013 r. złożył wniosek o dokonanie wglądu w ofertę Przystępującego, którą to możliwość uzyskał, z wyłączeniem uzupełnionych dokumentów, w dniu 12.03.2013 r.

Na skutek uwzględnienia odwołania z dnia 04.03.2013 r. w całości Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 14 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 483/13) umorzyła postępowanie odwoławcze.

W dniu 18.03.2013 r. Odwołujący wniósł drugie w kolejności odwołanie w wyniku którego Izba wyrokiem z dnia 2 kwietnia 2013 r. (sygn. akt KIO 626/13) uwzględniła odwołanie i nakazała odtajnienie uzupełnionych przez Przystępującego dokumentów referencji oraz nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie powtórnego badania i oceny ofert.

W dniu 10.04.2013 r. Zamawiający poinformował wykonawców o kolejnym wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta Przystępującego (konsorcjum IMPEL).

Na powyższą czynność oraz na zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp Odwołujący wniósł przedmiotowe odwołanie (sygn. akt KIO 894/13).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż spór pomiędzy stronami ma swoje źródło w ocenie złożonych przez Przystępującego dokumentów na potwierdzenie spełnienia określonego w pkt 12.1.2. lit. a) SIWZ warunku wiedzy i doświadczenia. W toku rozprawy Odwołujący dookreślił, iż kwestionuje jedynie dokumenty w postaci referencji wystawionych przez Apsys Management Spółka z o.o. odnoszące się do pozycji nr 1 wykazu złożonego na potwierdzenie ww. warunku. W odniesieniu do powyższych dokumentów Odwołujący wskazał, iż nie potwierdzają one należytego wykonania usługi wskazanej w poz. 1 wykazu złożonego w ofercie Przystępującego w odniesieniu do pkt 12.1.2. lit. a) SIWZ dla całego wymaganego 12 miesięcznego okresu. Podniósł również, iż na skutek okoliczności, że stanowiły one już przedmiot uzupełnienia w oparciu o instytucję uregulowaną w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie mogą być powtórnie uzupełnione i tym samym Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku i winien zostać wykluczony z postępowania.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na dokonane przez Zamawiającego w treści warunku oznaczonego pkt 12.1.2. lit. a) SIWZ doprecyzowanie odnoszące się do usług znajdujących się w trakcie realizacji. Wskazał on bowiem, iż: „w przypadku wykazania doświadczenia usługami wykonywanymi Zamawiający żąda, żeby Wykonawca wykazał, nie później niż na dzień składania ofert wykonanie w/w usług przez okres co najmniej 12

miesiący”. Ten element warunku ma istotne znaczenie, gdyż pozwala na precyzyjną ocenę dokumentów składanych na jego potwierdzenie. Oznacza on bowiem, iż w odniesieniu do usług wykonywanych chodzi o wykazanie wykonania usługi przez okres co najmniej 12 miesięcy – zaś pod pojęciem „wykazania wykonania” należy rozumieć wykazanie należytego wykonania, tj. potwierdzonego stosownymi dokumentami. W odniesieniu do poz. nr 1 wykazu złożonego na potwierdzenie warunku określonego w pkt 12.1.2. lit. a) SIWZ Przystępujący wskazał w tabeli w kolumnie nr 4 (Data wykonania), iż obejmuje ona okres „od 01.01.2011 r. do nadal”. Zapis ten odnosi się do usługi ochrony fizycznej galerii handlowej wraz z terenem przyległym oraz ochroną techniczną parkingów (15 osób) świadczoną na zlecenie MANUFAKTURA Apsys Management Spółka z o.o. Jest to więc usługa znajdująca się w trakcie realizacji.

Należy na wstępie wskazać, iż samo spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jak również wykazanie braku podstaw do wykluczenia ma charakter formalny, będący konsekwencją treści art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp stanowiącego wyraz sformalizowanego charakteru postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Treść art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp pozwala uznać, iż w obecnym stanie prawnym znaczenie wtórne ma okoliczność, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu, ale czy powyższe okoliczności zostały przez niego wykazane w dopuszczony przez ustawodawcę sposób, tj. poprzez złożenie dokumentów w formie i treści dookreślonej w rozporządzeniu wykonawczym wydanym na podstawie delegacji ustawowej wyrażonej w art. 25 ust. 2 ustawy Pzp. Z normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp można wywieść ogólną tezę, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ustawodawca, w odniesieniu do wykazania spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu (tzw. warunków pozytywnych) oraz wykazania braku podstaw do wykluczenia (tzw. warunków negatywnych), dał prymat prawdzie formalnej nad prawdą materialną (obiektywną). Biorąc pod uwagę zasadę pisemności oraz jawności postępowania, które to zasady znajdują swoje odzwierciedlenie w formalistycznym ujęciu procesu badania kwestii związanych z kwalifikacją podmiotową wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, takie stanowisko wydaje się być uzasadnione. Wszakże podmiot zamawiający, opierając się jedynie na przedłożonych przez wykonawcę dokumentach, dokonuje kwalifikacji w odniesieniu do podmiotowych cech tego wykonawcy. Nie jest tu istotna wiedza własna zamawiającego ani nie jest on zobligowany do samodzielnego poszukiwania informacji w tym zakresie.

Zgodnie z postanowieniami § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający

od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817), obok wykazu podmiot zamawiający może żądać dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Dokument ten winien potwierdzać i oceniać *ex post* sposób zrealizowania świadczenia lub warunkowo, w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, potwierdzać tą okoliczność w trakcie jego realizacji. Nie oznacza to jednak, iż nie jest istotny moment dokonania tej oceny, gdyż przeciwne stanowisko dopuszczałoby również dokonywanie tej oceny *ex ante*. Dokument ten winien odnosić się do przedmiotu świadczenia, jak również winien oceniać elementy przedmiotowo istotne stosunku zobowiązaniowego, w tym jego terminowość. Wszakże pojęcie należytego wykonania jest pojęciem ukształtowanym przez prawo zobowiązań jako dział materialnego prawa cywilnego.

Należytego wykonania dostaw lub usług nie można domniemywać, czy uprawdopodobniać. Tak też zostało wskazane w uzasadnieniu prawnym wyroku Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 23 października 2012 r., sygn. akt: VIII Ga 137/12, gdzie zostało wskazane, iż: *„Stanowisko powyższe jest zgodne z treścią § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, gdyż przepis ten stanowi o możliwości żądania załączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Tym samym dokument ten musi, zdaniem Sądu, zawierać treść, która w danym postępowaniu, mając na uwadze całą specyfikę zamówień publicznych pozwoli na dokonanie tej oceny. Ocena ta jednakże każdorazowo należy do zamawiającego, która jest dokonywana dopiero w warunkach konkretnego postępowania. (...) Konkludując należy zatem stwierdzić, że dokument referencyjny musi posiadać treść, niezależnie czy w postaci stwierdzenia wprost czy też opisowy, ale pozwalający na wyciągnięcie wniosku wynikającego z przepisu § 1 ust. 1 pkt 3 cyt. rozporządzenia o należywym wykonaniu lub wykonywaniu dostawy lub usługi”.*

Ponadto, w cytowanym wyżej wyroku Sąd Okręgowy w Bydgoszczy orzekł, iż: *„Odmienna ocena tego przepisu sprowadzająca się do stwierdzenia, że dokument referencyjny może zawierać jedynie stwierdzenie wykonania określonej dostawy lub usługi i dopiero w przypadku ewentualnych wątpliwości co do prawidłowości /należytości/ wykonania zobowiązania niezbędny byłby, jak twierdzi skarżący kontrdowód jest sprzeczna zdaniem Sądu, z treścią przepisu § 1 ust. 1 pkt 3 cyt. rozporządzenia. W istocie rzeczy uczestnicy postępowania o zamówienie publiczne bowiem, gdyby zastosować wykładnię tego przepisu przyjętą przez skarżącego, składaliby jedynie listę wykonanych dostaw lub usług, a nie dokument referencyjny o określonej treści wynikającej z przepisu”.*

Co więcej, wbrew twierdzeniom Zamawiającego i Przystępującego podniesionym w toku rozprawy, bieżący dorobek orzecznictwa wskazuje, że nie można zaakceptować poglądu, iż dokument na potwierdzenie należytego wykonania dostawy lub usługi można zdyskwalifikować tylko gdy istnieje „kontrdokument” (tj. taki dokument, który potwierdzi, że usługi lub dostawy nie zostały wykonane należycie). Dokument taki można również zakwestionować, jeżeli jego treść nie wypełnia wymogu potwierdzenia należytego wykonania dostawy lub usługi.

Wobec powyższego nie zasługują na uwzględnienie podnoszone, w toku rozprawy, przez Zamawiającego i Przystępującego wnioski, iż Odwołujący winien przedstawić dowód, że kwestionowana usługa była wykonana w krótszym terminie lub nienależycie, jak również, że powinien wykazać, iż informacje zawarte w wykazie są nieprawdziwe.

W ocenie Izby rolą wykonawcy składającego w postępowaniu wnioski lub ofertę jest wykazanie (udowodnienie), iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu. Jak wyżej wskazano, wbrew twierdzeniom Przystępującego podniesionym w toku rozprawy, Odwołujący nie ma obowiązku wykazania (udowodnienia) w toku postępowania odwoławczego nieprawdziwości informacji ujętych w wykazie jeżeli złożone przez wykonawcę (w tym przypadku Przystępującego) dokumenty nie potwierdzają, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący w takim wypadku może ograniczyć się w zasadzie do zakwestionowania tych dokumentów i wskazania ich wadliwości – nie ma jednak obowiązku wskazywania kontrdowodów w tym zakresie.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, potwierdzonym wyrokami sądów powszechnych, uznaje się, że treść dokumentów składanych w celu potwierdzenia, że dostawy lub usługi ujęte w wykazie zostały należycie wykonane musi potwierdzać okoliczność, na którą są one składane. A zatem powinny one korespondować z informacjami zawartymi w wykazie sporządzonym na potwierdzenie skonkretyzowanego warunku udziału.

Przenosząc ww. ogólne twierdzenia na kanwę niniejszego sporu wskazać należy, iż brak jest podstaw dla uznania za dopuszczalne całkowite oderwanie oświadczeń własnych wykonawcy zawartych w wykazie usług, od oświadczeń wiedzy podmiotów trzecich składanych na potwierdzenie, iż wskazane w wykazie usługi zostały wykonane należycie. Nie można oderwać własnego oświadczenia wiedzy wykonawcy ujętego w wykazie od oświadczenia wiedzy osoby trzeciej ujętego w dokumencie nazwanym „referencje” bowiem te dwa oświadczenia winny być ze sobą spójne i nie mogą pozostawać wobec siebie w opozycji. Izba częściowo podziela stanowisko Zamawiającego wyrażone w toku rozprawy, iż brak jest regulacji odnośnie treści i formy dokumentów składanych na potwierdzenie, iż wskazane w wykazie usługi zostały wykonane należycie – a zatem to treść wykazu ma

decydujące znaczenie. Jednakże w ocenie Izby tylko pierwsze człon tego twierdzenia jest poprawny i z faktu, iż ustawodawca nie dokonał regulacji odnośnie treści i formy takich dokumentów, wysunąć należy zgoda inne wnioski. Otóż z powyższego wynika, iż dokumenty te powinny korespondować w informacjami ujętymi w wykazie – a zatem potwierdzać informacje w nim ujęte.

Odnosząc się do informacji wskazanej przez Przystępującego w piśmie przewodnim z dnia z dnia 07.03.2013 r. (odpowiedź na wezwanie z dnia 6 marca 2013 r. wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp), iż referencje MANUFATURA Apsys Management Spółka z o.o. wystawione zostały w dniu 06.03.2013 r., w ocenie Izby, za znamienne należy uznać, iż ich wystawca pominął tą okoliczność w ich treści. Biorąc bowiem pod uwagę sposób określenia terminu realizacji usługi, uznanej za należycie wykonaną, poprzez wskazanie „od stycznia 2011 do chwili obecnej” to data ich wystawienia czyniłaby ten dokument pełnym i zupełnym – nie tylko w odniesieniu do treści samego warunku, ale wobec treści samych referencji (a więc samego oświadczenia wiedzy ich wystawcy). Prowadziłoby to do wewnętrznej spójności tego dokumentu, której brak dostrzegł sam Przystępujący czyniąc próby, w treści pisma z dnia 07.03.2013 r., dookreślenia jego treści.

Wyrażone przez Przystępującego w piśmie z dnia 7 marca 2013 r. oświadczenie nie może jednak modyfikować treści przedmiotowych referencji, gdyż jest to oświadczenie podmiotu trzeciego i nie może być dookreślone przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia (Przystępującego). Jeżeli bowiem uzupełnione referencje MANUFATURA Apsys Management Spółka z o.o. zostały wystawione w tej dacie (tj. 6 marca 2013 r.) za istotną okoliczność uznać należy fakt, iż ich wystawca nie potwierdził tej okoliczności w ich treści – mając świadomość w jaki sposób określił okres realizacji usługi. Powyższa okoliczność decyduje, w ramach swobodnej oceny dowodów, o odmówieniu takim twierdzeniom wiarygodności i ograniczeniu analizy spełnienia warunku do treści wykazu wraz z przedłożonymi referencjami. Nie sposób bowiem ustalić, czy drugi z przedłożonych dokumentów (referencje MANUFATURA Apsys Management Spółka z o.o.) powstał w wyniku wezwania z dnia 6 marca 2013 r., czy też w zupełnie innej dacie.

Brak daty wystawienia uzupełnionego dokumentu, przy takim zakreśleniu czasookresu, tj. przy użyciu zwrotu „do chwili obecnej” powoduje, iż nie sposób ustalić, że usługa w wymaganym przez Zamawiającego okresie 12 miesięcy była wykonana należycie. Nie jest wykluczone, iż usługa ta jest wykonywana do chwili obecnej (zgodnie z treścią wykazu), jednakże Zamawiający wymagał aby przez wymagany okres była wykonywana w sposób należyty – czego nie da się ustalić w oparciu o przedłożone przez Przystępującego dokumenty.

Odnosząc się do twierdzeń stron podniesionych na etapie rozprawy Izba wskazuje, iż treść wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z dnia 6 marca 2013 r. przeczy, podniesionym w toku rozprawy, twierdzeniom Zamawiającego, iż odwołanie o sygn. akt KIO 483/13 nie zostało uwzględnione ze względu na wskazaną w pierwszym liście referencyjnym Manufaktury Łódź datę, lecz dlatego, że z tego dokumentu nie wynikało, w jakim zakresie świadczona jest kwestionowana usługa. Pomijając znaczenie wypowiedzi Zamawiającego wskazać należy, iż wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 6 marca 2013 r. zostało dokonane „w związku z odwołaniem” oraz wskazano w tym wezwaniu, że „Dokument złożony został na potwierdzenie usługi realizowanej na rzecz MANUFATURA Apsys Management Spółka z o.o. został wystawiony przed upływem 12 miesięcy od daty rozpoczęcia realizacji zamówienia. W związku z powyższym za uprawdopodobnione uznać należy stanowisko zaprezentowane w odwołaniu, iż nie jest to dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi w okresie 12 miesięcy”. Mając powyższe na uwadze wskazać należy, iż pierwszy z listów referencyjnych odnoszących się do poz. 1 wykazu składanego na potwierdzenie warunku z pkt 12.1.2 lit. a) SIWZ wskazywał, iż usługa z poz. 1 wykazu nie potwierdza spełnienia warunku, zaś drugi z listów pozbawiony daty wystawienia ze zmienionym świadczeniodawcą (dla pierwszego Impel Security Provider Spółka z o.o., zaś dla drugiego Impel Security Polska) tylko wątpliwość tą pogłębia.

Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817) dokument dołączony do wykazu ma potwierdzać, że dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Zatem treść tego dokumentu należy odnieść do informacji zawartych w wykazie. Na uwagę zasługuje również fakt, iż Zamawiający w pkt 13.18 SIWZ wskazał, iż: „W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, oświadczenia i dokumenty wymienione w pkt 1 oraz 3 powinien przedłożyć ten, lub ci spośród Wykonawców, którzy potwierdzają spełnienie warunku w określonym tam zakresie”. Jak wynika z treści wykazu złożonego wraz z ofertą Przystępującego dla warunku z pkt 12.1.2. lit. a) SIWZ poz. 1 wykazu została odniesiona do Impel Security Provider Spółka z o.o., zaś drugi list referencyjny wskazuje w swojej treści Impel Security Polska.

Nie zasługują również na uwzględnienie podniesione w toku rozprawy twierdzenia Zamawiającego, iż należy nadać inną wagę dokumentom będącym „listami referencyjnymi” a inną dokumentom będącym jedynie „referencjami”. Po pierwsze oba kwestionowane przez Odwołującego dokumenty zostały nazwane „referencja”. Po drugie brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia dla takiego twierdzenia, gdyż ustawodawca nie określił żadnego zamkniętego katalogu takich dokumentów.

Podsumowując wskazać należy, iż ze względu na brzmienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt 12.1.2 lit. a) SIWZ, dokument składany na potwierdzenie, że usługi wskazane w wykazanie zostały wykonane należy winien odnosić się zarówno do usługi wskazanej w wykazie (umożliwić jej identyfikację) oraz okresu jej trwania.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby, w przedmiotowej sprawie Przystępujący nie przedstawił dokumentu, z którego treści wynikałoby, że należycie zrealizował usługę ujętą w pozycji nr 1 w złożonym przez siebie wykazie – a zatem nie przedstawił 3 usług wymaganych dla potwierdzenia warunku.

Mając na uwadze powyższe Izba dopatrzyła się w działaniach Zamawiającego naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów, tj. art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba uznała również, iż wobec uznania za najkorzystniejszą oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania, doszło również do naruszenia zasad wyrażonych w treści przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż brak jest podstaw do jego uwzględnienia.

Zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Izba ustaliła, iż w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do udzielenia zamówienia któremukolwiek wykonawcy, gdyż postępowanie znajduje się na etapie poprzedzającym podpisanie umowy. Wyrażona w powyższym przepisie norma prawna może być wzorcem kontroli w przypadku udzielenia zamówienia – a więc zawarcia umowy celem ustalenia, czy zostały spełnione przesłanki skutkujące jej unieważnieniem.

Tym samym nie sposób wskazać, iż doszło do wyczerpania hipotezy normy prawnej uregulowanej w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp i nie tym samym nie doszło do naruszenia uregulowanej w powyższym przepisie zasady.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp, powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. 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) w tym w szczególności § 5 ust 2 pkt 1.

Przewodniczący:

.....