

WYROK

z dnia 11 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 stycznia 2016 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2015 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: STEKOP S.A., ul. Mołdawska 9, 02-127 Warszawa, Basma Security sp. z o.o.**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - 26 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zegrzu, ul. Juzistek 2, 05 - 131 Zegrze,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Impel Provider Security Partner sp. z o.o. sp.k., Impel Security Polska sp. z o.o., Impel Monitoring sp. z o.o. sp.k., ul. Śleźna 118; 53-111 Wrocław,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: STEKOP S.A., ul. Mołdawska 9, 02-127 Warszawa, Basma Security sp. z o.o. 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: STEKOP S.A., ul. Mołdawska 9, 02-127 Warszawa, Basma Security sp. z o.o., tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Jednostka Wojskowa nr 4809, ul. Juzistek 2, 05 - 131 Zegrze, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne (SUFO) na rzecz jednostek i instytucji wojskowych -JW 4019, JW. 2031, JW. 1523, JW 2189, JW. 3470, JW. 5699, JW. 1230, WKU Ciechanów, WKU Płock, WKU Ostrołęka, WKU Wyszaków będących na zaopatrzeniu Jednostki Wojskowej 4809 w Zegrzu”.

Dnia 17 grudnia 2015 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 23 grudnia 2015 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: STEKOP S.A., ul. Mołdawska 9, 02-127 Warszawa, Basma Security sp. z o.o. (dalej „Odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
- 2) art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez dokonanie oceny ofert złożonych w postępowaniu w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia w przedmiotowym postępowaniu ofert złożonych przez Konsorcjum Ekspert, Konsorcjum Impel oraz Konsorcjum Konsalnet, w warunkach, w których oferty tych wykonawców są niezgodne z ustawą,
- 4) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie oceny ofert złożonych w postępowaniu niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w s.i.w.z.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) w zakresie części nr 1 zamówienia:
 - unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Ekspert,
 - odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Ekspert, jako niezgodnej z ustawą,
 - dokonania ponownej oceny ofert,
- 2) w zakresie części nr 2 zamówienia:
 - unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Impel,
 - odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Impel, jako niezgodnej z ustawą,
 - dokonania ponownej oceny ofert,

3) w zakresie części nr 4 zamówienia:

- unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Impel,
- odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Impel, jako niezgodnej z ustawą,
- dokonania ponownej oceny ofert,

4) w zakresie części nr 5 zamówienia:

- unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Impel,
- odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Impel, jako niezgodnej z ustawą,
- dokonania ponownej oceny ofert,

5) w zakresie części nr 6 zamówienia:

- unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Impel,
- odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Impel, jako niezgodnej z ustawą,
- odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Ekspert, jako niezgodnej z ustawą,
- odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Konsalnet, jako niezgodnej z ustawą,
- dokonania ponownej oceny ofert,

6) w zakresie części nr 7 zamówienia:

- unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Impel,
- odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Impel, jako niezgodnej z ustawą,
- dokonania ponownej oceny ofert,

7) w zakresie części nr 8 zamówienia:

- unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Ekspert,
- odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Ekspert, jako niezgodnej z ustawą,
- odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Impel, jako niezgodnej z ustawą,
- odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Konsalnet, jako niezgodnej z ustawą;
- dokonania ponownej oceny ofert,

8) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego (według rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź na rozprawie).

Odwołujący wskazał, iż zamawiający zaniechał odrzucenia ofert Konsorcjum Ekspert, Konsorcjum Impel oraz Konsorcjum Konsalnet, mimo, że oferty tych wykonawców podlegały odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 prawa zamówień publicznych. Oferty wskazanych wykonawców nie zawierają oświadczenia, o którym mowa w art. 91 ust. 3a zdanie 2 ustawy Pzp (oświadczenia o obowiązku podatkowym zamawiającego), w związku z czym oferty te są niezgodne z przepisami prawa zamówień publicznych. Zdaniem odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu po stronie wykonawców zachodził obowiązek złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 91 ust. 3a zdanie 2 ustawy Pzp. Przedmiotowe postępowanie zostało bowiem wszczęte w dniu 14 listopada 2015 r., tj. po dniu wejścia w życie art. 91 ust. 3a ustawy Pzp w brzmieniu po nowelizacji, dokonanej

ustawą z dnia 9 kwietnia 2015 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015, poz. 605). W związku z powyższym, każdy z wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu zobowiązany był do złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 91 ust. 3 a zdanie 2 ustawy Pzp. Obowiązek złożenia oświadczenia o obowiązku podatkowym zamawiającego zachodzi niezależnie od tego, czy po stronie zamawiającego powstanie obowiązek podatkowy, czy też nie.

W ocenie odwołującego, brak w ofercie oświadczenia, o którym mowa w art. 91 ust. 3a zdanie 2 ustawy Pzp, nie może zostać uzupełniony w drodze wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów, czy też wyjaśnień. Podstawy do uzupełnienia takiego oświadczenia nie daje art. 26 ust. 3, art. 87 ust. 1, czy art. 87 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Ponadto, w przypadku uznania, że oferta Konsorcjum Ekspert nie podlega odrzuceniu, odwołujący wskazał, iż zamawiający dokonał błędnej oceny ofert złożonych w postępowaniu w zakresie jednego z kryteriów oceny ofert, tj. doświadczenia. Tym samym zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Konsorcjum Ekspert wskazało w załączniku nr 8 do s.i.w.z. - wykaz wykonanych usług, 8 usług polegających na ochronie fizycznej osób i mienia przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne. Konsorcjum Ekspert uzyskało w zakresie części zamówienia nr 1, 6 i 8 maksymalną możliwą liczbę punktów, tj. 20 punktów, w kryterium oceny ofert - doświadczenie. Powyższe oznacza, że zamawiający uznał, iż Konsorcjum Ekspert wykazało w ramach tego kryterium oceny ofert maksymalną punktowaną liczbę usług, tj. 6 usług. Zdaniem odwołującego, dokonana przez zamawiającego ocena ofert jest nieprawidłowa, gdyż zamawiający powinien przyznać Konsorcjum Ekspert punkty w kryterium oceny ofert maksymalnie za 4 usługi.

W załączniku nr 8 do s.i.w.z. - Wykaz wykonanych usług Konsorcjum Ekspert wskazało w pozycjach od 1 do 3 usługi wykonane przez podmiot trzeci - Przedsiębiorstwo Wielobranżowe KARABELA sp. z o.o. Jednocześnie Konsorcjum Ekspert złożył wraz z ofertą zobowiązanie z dnia 8 grudnia 2015 r. do udostępnienia mu zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Usługi wskazane przez Konsorcjum Ekspert w pozycjach od 1 do 3 w załączniku nr 8 do s.i.w.z. - Wykaz wykonanych usług, nie stanowią usług, które przyznawałby temu wykonawcy punkty w zakresie kryterium oceny ofert - doświadczenie. Posługiwanie się zasobami podmiotu trzeciego jest możliwe wyłącznie w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, a nie w celu uzyskania wyższej punktacji w zakresie kryteriów oceny ofert.

Ponadto, Konsorcjum Ekspert samodzielnie spełniało warunki udziału w postępowaniu, gdyż w wykazie usług wykazało co najmniej 3 usługi zrealizowane przez Członków Konsorcjum Ekspert, spełniające wymagania zamawiającego. Konsorcjum Ekspert spełniło minimalne warunki udziału w postępowaniu samodzielnie. W związku z powyższym,

udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci nie ma znaczenia dla oceny oferty Konsorcjum Ekspert, czy to w zakresie warunków udziału w postępowaniu, czy to w zakresie kryteriów oceny ofert. Zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą posługiwanie się potencjałem podmiotu trzeciego, w tym wiedzą i doświadczeniem, może mieć na celu jedynie wykazanie spełniania minimalnych warunków udziału w postępowaniu, a nie uzyskanie dodatkowych punktów w kryterium oceny ofert.

Ponadto, w pozycji nr 7 załącznika nr 8 - wykaz wykonanych usług, Konsorcjum Ekspert wskazało usługę realizowaną na rzecz zamawiającego w okresie od 31 grudnia 2012 r. do chwili obecnej. Konsorcjum Ekspert w zakresie tej usługi nie załączyło zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów. Z tego wynika, że Konsorcjum Ekspert wskazało usługę w pozycji nr 7 jako usługę realizowaną przez siebie (co najmniej przez jednego z Członków Konsorcjum). Konsorcjum Ekspert nie realizowało jednak na rzecz zamawiającego usługi w okresie od dnia 31 grudnia 2012 r. do chwili obecnej. Wskazana przez Konsorcjum Ekspert w pozycji nr 7 usługa realizowana była przez Konsorcjum w składzie: M.P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M.P. ZABAR PHU z siedzibą w Łodzi, „Gustaw Securitas” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie, Biuro Szybkiej Interwencji Spółka Jawna Z.M. i Wspólnicy z siedzibą w Zamościu oraz A.P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Ekspert Security A.P. z siedzibą w Warszawie.

Usługi wykonane przez podmioty trzecie nie stanowią podstawy do przyznania Konsorcjum Ekspert dodatkowych punktów w klasyfikacji ofert (w zakresie kryteriów oceny ofert), nawet jeżeli Konsorcjum Ekspert przedłożyłoby zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia doświadczenia w postaci realizacji usługi wskazanej w pozycji nr 7 załącznika nr 8 - wykaz wykonanych usług. Zamawiający nie powinien więc przyznać Konsorcjum Ekspert punktów za realizację tej usługi. W związku z powyższym, zamawiający dokonał błędnej oceny oferty złożonej w postępowaniu przez Konsorcjum Ekspert. Wykonawca ten nie powinien uzyskać punktów w zakresie doświadczenia za usługi wskazane w pozycjach 1, 2, 3 i 7 załącznika nr 8 - wykaz wykonanych usług. Konsorcjum Ekspert powinno więc uzyskać punktu za maksymalnie 4 usługi wskazane w wykazie. Zamawiający przyznał natomiast temu wykonawcy maksymalną liczbę punktów możliwych do uzyskania, czyli punkty za realizację 6 usług.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że interes odwołującego wyraża się w niezgodnym z przepisami prawa zamówień publicznych zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawców: Konsorcjum Ekspert, Konsorcjum Impel oraz Konsorcjum Konsalnet. Gdyby zamawiający

prawidłowo ocenił oferty złożone w postępowaniu w zakresie części nr 1, 2, 5, 6, 7 i 8 zamówienia, oferta odwołującego została uznana za najkorzystniejszą w zakresie tych części zamówienia. Oferta odwołującego została bowiem sklasyfikowana na drugim miejscu w klasyfikacji ofert dla części nr 1, 2, 4, 5 i 7 zamówienia oraz na czwartym miejscu dla części nr 6 i 8 zamówienia, tuż za ofertami wykonawców, które powinny zostać odrzucone.

Zamawiający, na posiedzeniu, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał, iż nie widzi podstaw do odrzucenia oferty wykonawców: Konsorcjum Ekspert, Konsorcjum Impel oraz Konsorcjum Konsalnet na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 91 ust. 3a Pzp. Jeżeli bowiem wykonawca złoży ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku VAT, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek VAT, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. Stąd wiedza taka jest zamawiającemu niezbędna, w celu zachowania zasad uczciwej konkurencji. Ustawa nie precyzuje jednak formy poinformowania zamawiającego przez wykonawcę w zakresie określonym w art. 91 ust 3a ustawy Pzp. Z tego względu każde oświadczenie woli, z którego będzie wynikało, czy obowiązek taki istnieje, czy też nie, będzie dla zamawiającego wiążące. Niezachowanie formy pisemnej określonej nie ma wpływu na skuteczność i ważność takiej informacji i z całą pewnością nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, czego żąda odwołujący. Ma to doniosłe znaczenie, szczególnie w świetle faktu, że w niniejszym postępowaniu wykonawcy w ust. 2 Formularza ofertowego stanowiącego Załącznik nr 1 do s.i.w.z. oświadczyli, że oferowana cena zawiera wszystkie koszty związane z wykonaniem zamówienia. W Formularzu cenowym stanowiącym Załączniki nr 2, 2a, 2c, 2d, 2e, 2f, 2g do s.i.w.z. do skalkulowanej przez siebie ceny netto wszyscy wykonawcy doliczyli podatek VAT w równej wysokości 23%, przedstawiając tym samym w ofercie cenę netto i cenę brutto. Tym samym umożliwiło to dokonanie prawidłowej oceny złożonych ofert. Łączna ocena oświadczenia wykonawcy, że oferowana cena zawiera wszystkie koszty związane z wykonaniem zamówienia i cen wskazanych w ofercie wykonawcy pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, co do możliwości powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego. W związku z powyższym w ocenie zamawiającego, złożenie oświadczenia, o którym mowa w art. 91 ust. 3a zd. 2 Pzp, nie było konieczne. W związku z tym, że wszyscy wykonawcy doliczyli do ceny netto podatek VAT, brak jest jakichkolwiek wątpliwości co do powstania obowiązku podatkowego. Kwestia ta nie musi być dodatkowo wyjaśniana za pomocą odrębnego pisemnego oświadczenia. Zamawiający w treści s.i.w.z. zamieścił obowiązek wskazania ceny uwzględniającej podatek VAT, co uczynili wszyscy wykonawcy.

Zdaniem zamawiającego, złożone przez wykonawców oferty są zgodne z s.i.w.z. w zakresie skalkulowania ceny usługi, to jest wskazania ceny brutto. Zamawiający dokonał oceny ofert, które były zgodne z warunkami określonymi w s.i.w.z, pod tym względem brak jest jakiegokolwiek naruszenia ze strony zamawiającego. Celem przepisu, którego naruszenie zarzuca odwołujący, jest zapewnienie wyboru najkorzystniejszej oferty w oparciu o kryterium ceny w znaczeniu realnym, tj. powiększonej o wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, w tym zobowiązania podatkowe. Skoro wszyscy wykonawcy wskazali w formularzach cenowych wartość podatku VAT, tj. cenę brutto, to zamawiający miał możliwość prawidłowej oceny złożonych ofert w oparciu o kryterium cenowe, czego niniejszym dokonał. Brak oświadczenia, na który powołuje się odwołujący, jest bez znaczenia z punktu widzenia prawidłowości oceny i wyboru najkorzystniejszej ofert. Mając powyższe na uwadze, oferty wszystkich wykonawców zostały ocenione z uwzględnieniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. Dlatego też brak jest naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, na co powołuje się odwołujący.

W ocenie zamawiającego, w świetle wskazanych powyżej okoliczności, także brak odrębnego oświadczenia, o którym mowa w art. 91 ust. 3a Pzp, pozostaje bez istotnego wpływu na wynik postępowania i prawidłowość wyboru ofert.

W odniesieniu zarzutów odwołującego dotyczących naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny ofert złożonych w postępowaniu niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w s.i.w.z. w zakresie uznania nieprawidłowo przyjętych do oceny ofert usług wykonanych przez podmiot trzeci, zamawiający wskazał, iż zgodnie z treścią art. 179 Pzp, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Biorąc pod uwagę brzmienie art. 179, obowiązkiem wykonawcy korzystającego ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, jest wykazanie opisanych w art. 179 przesłanek. Wykonawca musi zatem wykazać wpływ podnoszonych zarzutów na jego sytuację wykonawcy, wyrażający się zaistnieniem po stronie odwołującego uszczerbku stanowiącego szkodę w następstwie naruszenia przepisów Pzp, w sposób pozwalający na wykazanie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy zarzucanymi naruszeniami Pzp. a uszczerbkiem po stronie wykonawcy.

Zamawiający podniósł, że przesłanka określona w tym artykule nie ziściła się, a odwołujący nie wykazał interesu, o którym mowa w art. 179 ustawy. W odniesieniu do cz. 6 i 8 odwołujący uplasował się dopiero na 4 miejscu. Zatem nawet w przypadku uwzględnienia odwołania w granicach analizowanego zarzutu odwołujący nadal nie będzie uzyskiwał danego zamówienia. W przypadku cz. 1 odwołujący uplasował się na miejscu drugim, co w dalszym ciągu pozostaje bez wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Nawet bowiem w sytuacji uwzględnienia jego zarzutów przez Izbę, po

ponownym przeliczeniu każdej z ofert, bez uwzględniania referencji złożonych przez Konsorcjum Expert, dotyczących Przedsiębiorstwa Wielobranżowego Karabela sp. z o.o., powyższe nie miałyby wpływu na klasyfikację ofert w poszczególnych częściach zamówienia.

Na marginesie, w ocenie zamawiającego, również zarzut dotyczący dokonania oceny ofert według kryterium „doświadczenie” przy uwzględnieniu referencji dotyczących przez podmioty trzecie w stosunku do wykonawców biorących udział w postępowaniu jest również bezpodstawny. Zamawiający wziął pod uwagę przy badaniu oferty Konsorcjum Expert z punktu widzenia kryterium „doświadczenie”, trzy usługi wykonane przez podmiot trzeci - Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Karabela sp. z o.o., w stosunku do Konsorcjum Ekspert. Jak wskazał sam odwołujący, Konsorcjum Expert złożyło w postępowaniu zobowiązanie do udostępnienia mu zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia przez PW Karabela sp. z o.o. z dnia 8 grudnia 2015 r., na co zamawiający zwraca uwagę. Zamawiający kwestionuje jednocześnie zarzut wykorzystania do oceny ofert referencji, na które powołuje się Konsorcjum Expert w pkt 7 tabeli w Załączniku nr 8 do s.i.w.z., dotyczących Pana A.P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Expert Security A.P.. Pismem 11633/15 z dnia 12.06.2015 r. skierowanym do zamawiającego przez Biuro Szybkiej Interwencji Sp.J. Z.M. i wspólnicy, potwierdzono na podstawie załączonego aktu notarialnego wniesienie do Ekspert Security sp. z o.o. (aportem) w postaci przedsiębiorstwa prowadzonego przez A.P. w ramach działalności gospodarczej pod nazwą Ekspert Security A.P., w tym również w zakresie umów, na podstawie których wykonywane były usługi na rzecz zamawiającego.

W związku z powyższym, Expert Security Sp. z o.o., wchodzące w skład Konsorcjum Expert, jest następcą prawnym przedsiębiorstwa prowadzonego przez A.P.. Tym samym Konsorcjum Expert było uprawnione do wykazania w ramach kryterium „doświadczenie” usług świadczonych przez A.P. na rzecz zamawiającego.

Wobec powyższego, zdaniem zamawiającego, zarzut stawiany przez odwołującego pozostaje bez znaczenia dla ostatecznego wyniku postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż nawet jego uwzględnienie nie spowodowałoby zmiany w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty, a zamówienie zostałoby udzielone podmiotom wybranym pierwotnie.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego skuteczne przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Impel Provider Security Partner sp. z o.o. sp.k., Impel Security Polska sp. z o.o., Impel Monitoring sp. z o.o. sp.k., ul. Ślężna 118; 53-111 Wrocław.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia w przedmiotowym postępowaniu ofert złożonych przez Konsorcjum Ekspert, Konsorcjum Impel oraz Konsorcjum Konsalnet, w warunkach, w których oferty tych wykonawców są niezgodne z ustawą, Izba podnosi, co następuje.

Przepis art. 91 ust. 3a ustawy - Prawo zamówień publicznych stanowi, że *jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. Wykonawca, składając ofertę, informuje zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku.*

Wykładnia przepisu art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, prowadzi do wniosku, iż wymóg złożenia oświadczenia (informacji) odnośnie tego, czy wybór oferty prowadzić będzie do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego odnosi się tylko i wyłącznie do sytuacji, w której wykonawca składa ofertę, której wybór prowadziłby do powstania takiego obowiązku u zamawiającego. Wniosek taki należy wyprowadzić dokonując wykładni całości przepisu art. 91 ust. 3a ustawy Pzp. Zdaniem Izby ustalenie normy prawnej znajdującej zastosowanie w analizowanej sprawie nie może nastąpić wyłącznie w oparciu o analizę zdania drugiego art. 91 ust. 3a Pzp, z pominięciem treści zdania 1. Przepis art. 91 ust. 3a zdanie 2 ustawy

Pzp, wyraźnie nawiązuje do zdania 1, choćby w ten sposób, że odczytywany samodzielnie nie precyzuje, o jaki obowiązek podatkowy, w jakim podatku chodzi. Dopiero łączna analiza obydwu zdań prowadzi do wniosku, że chodzi o obowiązek podatkowy w podatku od towarów i usług. Powyższe musi prowadzić do wniosku, iż ustalenie normy prawnej wymaga dokonania analizy całości przepisu art. 91 ust. 3a ustawy Pzp. Jak wynika ze zdania 1, hipoteza tego przepisu dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy wybór oferty wykonawcy prowadzi do powstania obowiązku podatkowego w zakresie VAT u zamawiającego. Ustawodawca użył bowiem słów „*jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług ...*”. Zatem obowiązek informacyjny, o którym mowa w zdaniu 2 dotyczy również takiej sytuacji (podobnie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28 października 2015 roku, sygn. akt KIO 2263/15).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, że zarzut odwołującego jest niezasadny.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie oceny ofert złożonych w postępowaniu niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w s.i.w.z., Izba stwierdziła, co następuje.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu błędną ocenę ofert w zakresie kryterium „Doświadczenie” w ramach 1, 6 i 8 części zamówienia. Jednakże wobec oświadczenia odwołującego, złożonego w trakcie rozprawy, iż zarzut *de facto*, z uwagi na posiadanie interesu, dotyczy wyłącznie części 1 zamówienia, Izba przedmiotem rozstrzygania objęła jedynie tę część zamówienia.

Odwołujący w treści odwołania wskazał, że zamawiający błędnie przyjął do punktacji pozycje 1, 2, 3 i 7 z wykazu wykonanych usług (wg. załącznika nr 8 do s.i.w.z.) – konsorcjum Ekspert.

Zamawiający, odpowiadając na zarzuty odwołania wskazał, iż gdyby przyjąć argumentację odwołującego za zasadną, w zakresie braku możliwości przydzielania punktacji za usługi, na które powołuje się wykonawca w ramach udostępnionych mu zasobów przez podmiot trzeci (na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp), to w ramach złożonych przez konsorcjum Ekspert wykazu usług, do punktacji należało przyjąć pozycje od 4 do 8, tj. 5 usług.

W zakresie kwestionowanej przez odwołującego usługi z pozycji 7 wykazu usług, zamawiający wyjaśnił, że podmiot, który świadczył rzeczony usługi na rzecz zamawiającego, został przejęty, w wyniku sukcesji uniwersalnej, tym samym nowy podmiot (przejmujący – Ekspert Security sp. z o.o.) miał pełne prawo do wykazania się doświadczeniem przejętego przedsiębiorcy. Na dowód powyższych twierdzeń, zamawiający przedstawił:

- pismo z dnia 12.06.2015 r, stanowiące odpowiedź na wezwanie zamawiającego, wystosowane przez Biuro Szybkiej Interwencji sp.j. Z.M. i wspólnicy,

- akt notarialny z dnia 24.10.2014 roku, repetytorium A nr 16471/2014.

Z powyższych dokumentów wynika, że Ekspert Security sp. z o.o. z dniem 24 października 2014 roku, podwyższyła kapitał zakładowy spółki poprzez przyjęcie do spółki nowego wspólnika A.P., który swój udział w całości pokrył wkładem niepieniężnym (aportem) w postaci przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55¹ kodeksu cywilnego, prowadzonego przez A.P. w ramach działalności gospodarczej pod nazwą Ekspert Security A.P., obejmującego zespół składników materialnych i niematerialnych przeznaczonych do prowadzenia działalności gospodarczej. W załączeniu do przedmiotowego aktu notarialnego załączono wykaz umów świadczonych przez A.P., które przejmuje do realizacji Ekspert Security sp. z o.o. W ramach wymienionych umów została wskazana umowa, na której realizację powołuję się,

w przedmiotowym postępowaniu, konsorcjum Ekspert.

Ponadto zamawiający, na rozprawie oświadczył, że od marca 2015 roku, umowę realizuje Ekspert Security sp. z o.o., która przejęła realizację umowy od A.P.. Umowa jest realizowana zgodnie z warunkami przetargu z 2012 roku. Ekspert Security sp. z o.o. posiada wszystkie niezbędne zezwolenia i koncesje oraz wystawia w sposób prawidłowy faktury za zrealizowane usługi. Zamawiający nie miał zatem żadnych podstaw, aby nie przyjąć do kryterium „doświadczenia”, w ramach przedmiotowego przetargu, doświadczenia wykazanego przez konsorcjum Ekspert w poz. 7 wykazu wykonanych usług.

Odwołujący, jako dowód powołał:

- dokument/pismo z MSW Departamentu Zezwoleń i Koncesji, z dnia 15 kwietnia 2015 roku, na okoliczność, że A.P. skutecznie cofnięto koncesję (marzec 2015 r.),

- referencje z dnia 26.10.2015 r., wystawione przez zamawiającego, potwierdzające, że konsorcjum w składzie, w którym znajduje się Ekspert Security A.P. realizowało określone usługi, na okoliczność, że A.P. nadal realizuje rzeczony usługi.

Zamawiający wyjaśnił, że okoliczność cofnięcia koncesji A.P., jest mu znana i nie wpływa na czynności zamawiającego w postępowaniu.

Co do referencji, zamawiający wskazał, iż w treści referencji wystąpiła oczywista omyłka, która obecnie jest prostowana, a wynikała ona z faktu, że treść referencji wystawia podmiot na rzecz, którego jest świadczona usługa, po czym kierowana jest do dowódcy, który ją podpisuje. Jednostka Wojskowa 4539 w Białobrzegach - osoba sporządzająca treść referencji - nie posiadała informacji o zmianie składu konsorcjum realizującego umowę z 2012 roku, stąd wynikał powyższy błąd.

Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła oświadczenia zamawiającego za spójne, logiczne i prawdziwe. W ocenie Izby, brak było podstaw do stwierdzenia błędów w podejmowanych

czynnościach zamawiającego. Zgodnie bowiem z przepisem § 1 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013, poz. 231), *w przypadku gdy zamawiający jest podmiotem, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi wskazane w wykazie, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 lub 3, zostały wcześniej wykonane, wykonawca nie ma obowiązku przedkładania dowodów, o których mowa w ust. 2.* Powyższe oznacza, że zamawiający miał prawo do oceny świadczonych na swoją rzecz usług, bez konieczności pozyskania od wykonawcy stosownych poświadczeń (referencji). Zamawiający, miał również prawo do uwzględnienia wykonanych usług (poz. 7 wykazu), do kryterium doświadczenia.

W ocenie Izby, odwołujący na etapie wnoszenia odwołania nie miał wiedzy, iż przedsiębiorstwo A.P. zostało wprowadzone aportem do spółki Ekspert Security sp. z o.o., dlatego też zarzuty, względem czynności zamawiającego należało uznać za bezzasadne. Odwołujący błędnie bowiem podnosił, że konsorcjum Ekspert (konkretnie Ekspert Security sp. z o.o.) nie realizowało wykazywanej usługi, błędnie również odwołujący podnosił zaniechanie zamawiającego, co do wezwania do uzupełnienia zobowiązania w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Obydwie okoliczności podnoszone przez odwołującego są niezasadne i niecelowe.

W ocenie Izby odwołujący nie sprostął obowiązkowi dowodowemu wynikającego z treści przepisu art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że *strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Powołane przez odwołującego 2 dowody nie potwierdzają okoliczności podnoszonych w odwołaniu.

Izba oddaliła odwołanie, mając na względzie treść przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, iż *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba stwierdziła, że zarzuty odwołującego, które mogłyby być uznane za zasadne, a odnoszące się do braku możliwości powoływania się na udostępnione zasoby podmiotu trzeciego (art. 26 ust. 2b ustawy Pzp), w celu innym niż tylko potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (podwyższenie miejsca w rankingu), pozostają bez wpływu na ostateczny wynik postępowania. Jeśliby nawet uznać, że zamawiający w ramach kryterium nr 2 „Doświadczenie” nie uwzględniłby usług wykazywanych w wykazie usług w pozycjach 1-3, to i tak konsorcjum Ekspert legitymowałoby się 5 usługami, co po przeliczeniu na punktację i sumując ją z punktacją za cenę oferty, nie zmienia rankingu ofert.

Nadal oferta konsorcjum Ekspert zajmuje pierwsze miejsce, a oferta odwołującego – drugie miejsce w części 1 zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący: