

Sygn. akt: KIO 1001/12

WYROK
z dnia 31 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **31 maja 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2012 r. przez **Odwołującego** – Grupę HUNTERS sp. z o.o., ul. Bukowska 114, 62-065 Grodzisk Wielkopolski, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Izba Skarbowa w Poznaniu, ul. Cyryla Ratajskiego 5, 61-726 Poznań,
przy udziale **Wykonawców** wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Konsorcjum: Biuro Handlowo-Usługowe VIGOR Adam Urbanek, PROTECTOR sp. z o.o., ul. Starołęcka 18, 61-361 Poznań, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - Grupę HUNTERS sp. z o.o., ul. Bukowska 114, 62-065 Grodzisk Wielkopolski i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - Grupę HUNTERS sp. z o.o., ul. Bukowska 114, 62-065 Grodzisk Wielkopolski, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Odwołującego** - Grupy HUNTERS sp. z o.o., ul. Bukowska 114, 62-065 Grodzisk Wielkopolski, na rzecz **Zamawiającego** - Izby Skarbowej w Poznaniu, ul. Cyryla

Ratajskiego 5, 61-726 Poznań, kwotę **506 zł 40 gr** (słownie: pięćset sześć złotych czterdzieści groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów związanych z dojazdem.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Poznaniu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Izba Skarbowa w Poznaniu, Pl.Cyryla Ratajskiego 5 w Poznaniu wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nr SO-2/251-0002/12/SO-2 prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na ochronę osób i mienia oraz monitorowanie obiektów Izby Skarbowej w Poznaniu oraz urzędów skarbowych woj. wielkopolskiego.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w dniu 20 marca 2012r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2012/S 55-089986.

W dniu 8 maja 2012r. Odwołujący - Grupa Hunters Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Grodzisku Wielkopolskim, ul.Bukowska 114, 62-065 Grodzisk Wielkopolski powziął wiadomość o dokonanych wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy – Konsorcjum: Biuro Handlowo-Uslugowe VIGOR Adam Urbanek oraz Protector sp.z o.o. w zakresie części nr II postępowania.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego oraz zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy konkurencyjnego Odwołujący w dniu 18 maja 2012r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W swoim odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu przeprowadzenie postępowania z naruszeniem art.89 ust 1 pkt 2 oraz art.24 ust 2.pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

W szczególności Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Biuro Handlowo-Uslugowe VIGOR Adam Urbanek - lider Konsorcjum, Protector sp.z o.o. jako oferty niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części II postępowania,
2. zaniechanie czynności wykluczenia Konsorcjum Biuro Handlowo-Uslugowe VIGOR Adam Urbanek - lider Konsorcjum, Protector sp.z o.o jako wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w części II postępowania.

Wobec powyższego Odwołujący wnosil o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części II postępowania,
2. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z postępowania Konsorcjum Biuro Handlowo-Uslugowe VIGOR Adam Urbanek - lider Konsorcjum, Protector sp.z o.o lub odrzucenia oferty tegoż Konsorcjum w części II postępowania,
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownej oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty w części II postępowania,
4. zwrot kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą w wysokości 3.600,00 zł.

Według Odwołującego konkurent składając ofertę nie spełnił warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 5.5 SIWZ według, którego „Zamawiający uzna, że wykonawca spełnia warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia, niezbędnych do wykonywania przedmiotowego zamówienia wówczas, jeżeli wykonawca wykonał bądź wykonuje, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności gospodarczej jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 usługi ochrony osób i mienia oraz elektronicznego monitorowania obiektu, w budynkach użyteczności publicznej o powierzchni co najmniej 1000 m², o wartości minimum 200 000 PLN każda..”.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w celu potwierdzenia spełnienia powyższego warunku Zamawiający w pkt. 6.1 lit. c SIWZ zobowiązał wykonawców do złożenia wykazu wykonanych lub wykonywanych usług wg. załącznika nr 3 i zobowiązał do przedstawienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie lub wykonywanie usług.

Zdaniem Odwołującego z treści załącznika nr 3 do SIWZ złożonego przez Konsorcjum Biuro Handlowo-Uslugowe VIGOR Adam Urbanek - lider Konsorcjum Protector sp.z o.o wynika, że wykonawca ten nie wykonał żadnej usługi monitorowania obiektów w budynkach użyteczności publicznej, a Konsorcjum wykonało jedynie usługi ochrony osób i mienia na rzecz trzech podmiotów wskazanych w wykazie. Z tego powodu – w ocenie Odwołującego - wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu i zgodnie z art. 24 ust.2 pkt.4 ustawy Pzp powinien zostać wykluczony z postępowania.

Podkreślił, że wykaz wykonanych usług stanowi treść oferty i jako taki nie podlega dalszemu wyjaśnianiu i uzupełnieniu. Zauważył, że Konsorcjum Biuro Handlowo-Uslugowe VIGOR Adam Urbanek - lider Konsorcjum, Protector sp.z o.o. nie złożyło dokumentów potwierdzających należyte wykonanie lub wykonywanie co najmniej dwóch usług ochrony

osób i mienia oraz elektronicznego monitorowania obiektów użyteczności publicznej w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert.

Przyznał, że Konsorcjum to dołączyło tylko jeden dokument potwierdzający spełnienie tego warunku na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w Poznaniu, zaś referencje Media Markt Polska Sp.z o.o. w Poznaniu dotyczą okresu sprzed trzech lat, a więc okresu wcześniejszego niż wymagany przez Zamawiającego. Poza tym pismo to wystawione jest z datą 10.03.2009r. i w związku z tym nie potwierdza należytego wykonania usługi w okresie ostatnich trzech lat.

Zauważył także, że list wystawiony dla Konsorcjum przez firmę „Piotr i Paweł Zachód” sp. z o.o. w Poznaniu w ogóle nie odnosi się do zagadnienia należytego wykonania usługi. Zdaniem Odwołującego oferta w tym zakresie jest niezgodna z SIWZ i jako taka podlega odrzuceniu na podstawie art.89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W dniu 22 maja 2012r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca – Konsorcjum: Biuro Handlowo-Usługowe VIGOR Adam Urbanek – lider, Konsorcjum Protector Sp.z o.o. z siedzibami w Poznaniu.

Pismem z dnia 28 maja 2012r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oferty Przystępującego, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 8.05.2012r., zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego i załączonych do niego dokumentów, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 28.05.2012r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art. 24 ust.2 pkt. 4, art. 89 ust. 1 pkt 2

ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.).

Jednym z istotnych zagadnień wymagających rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Przystępujący złożył ofertę, której treść pozostawała w sprzeczności z treścią SIWZ oraz czy załączone do oferty dokumenty potwierdzają spełnianie przez Przystępującego warunku podmiotowego w ramach prowadzonego postępowania przetargowego. Zdaniem Izby Przystępujący w złożonych przy ofercie dokumentach potwierdził spełnianie żądanych przez Zamawiającego warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a treść złożonej przez niego oferty pozostawała w zgodzie z treścią SIWZ.

Na wstępie należy stwierdzić, że nie była sporna pomiędzy stronami i uczestnikiem załączona przy ofercie Przystępującego na stronie 9 informacja o wykonywanej usłudze dozoru i ochrony mienia na rzecz jednostek organizacyjnych ZUS znajdująca się w wykazie sporządzonym według reguł załącznika nr 3 do SIWZ wraz załączoną do tego wykazu referencją.

Kolejna poruszona w odwołaniu kwestia dotyczyła twierdzenia Odwołującego o obowiązku umieszczenia w rubryce w przedmiocie zamówienia wskazywanym w wykazie wykonanych lub wykonywanych usług ochrony osób i mienia informacji o monitorowaniu obiektu.

W ocenie Izby pojęcia „ochrony obiektu, osób i mienia się w nim znajdującego”, jakimi posłużył się Przystępujący składając żądany wykaz miały dosyć pojemną formułę, w której zakres wchodziło również monitorowanie wraz z grupą interwencyjną.

Odwołujący nie przedstawił na potwierdzenie własnej tezy w tej części odwołania żadnego dowodu stanowiącego dostateczną podstawę do wzruszenia czynności Zamawiającego i uznania, że powołane usługi w zakresie ochrony obiektu, osób i mienia nie były dodatkowo usługami monitoringu.

Jednocześnie należy wskazać, że Zamawiający wprowadzając do obrotu załącznik nr 3 do SIWZ nie wymagał od wykonawców podania przy składanym wykazie formuły identycznej, jak ta z rubryki L.p. przedmiot zamówienia. Zamawiający nie opisał również skutków wpisania w inny sposób przedmiotu zamówienia. Istota tego żądania Zamawiającego – zdaniem Izby - polegała na obowiązku wykazania się przez wykonawców

wykonaniem podobnego przedmiotu zamówienia zawierającego wszystkie wymagane przez Zamawiającego elementy.

Z oświadczenia Przystępującego znajdującego się w wykazie nie wynika, że usługa monitoringu nie była wykonywana. Potwierdzają to również oświadczenia konsorcjantów o braku przesłanek do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art.24 ust.1 ustawy Pzp zawarte na stronie 7 i 8 oferty złożone pod rygorem art.297 i art.305 kodeksu karnego oraz oświadczenie Przystępującego zawarte w załączonym do Przystąpienia nowym wykazie z informacją o monitorowaniu obiektu.

Jednocześnie nie potwierdził się zarzut sprzeczności treści oświadczenia Przystępującego zawartego w wykazie i załączonych do oferty referencji z treścią SIWZ.

Izba nie traktuje tych dokumentów, jako treści oferty, lecz zalicza je do kategorii dokumentów potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunków podmiotowych przetargu.

Stosownie do przepisu art. 89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art.87 ust.2 pkt. 3.

Wobec brzmienia powyższego przepisu należy przyjąć, że jedynie występująca sprzeczność pomiędzy treścią oferty i treścią SIWZ może uzasadniać odrzucenie oferty. Natomiast dołączony do oferty wykaz i referencje nie stanowią treści oferty, bowiem odnoszą się do warunków podmiotowych wykonawcy i mają za zadanie w tym przypadku określenie wymaganego doświadczenia w wykonaniu przedmiotu zamówienia.

Oceniając referencję wystawioną przez firmę Piotr i Paweł ZACHÓD sp. z o.o. Izba doszła do przekonania, że załączona referencja z datą 5 kwietnia 2012r. została wystawiona przed upływem terminu składania ofert i spełnia warunek udziału w przedmiotowym postępowaniu. Potwierdza ona wykonywanie w ostatnich 3 latach usługi ochrony i mienia z powierzchnią całkowitą chronionych obiektów przekraczającą 15 000 m². Wprawdzie ta załączona do oferty referencja nie zawiera informacji o należyтым wykonaniu zamówienia, jednak okoliczności, w jakich zostało złożone to oświadczenie wiedzy powinny wskazywać, że usługi te były wykonywane należycie. Zdaniem Izby jest dalece mało prawdopodobne, iżby spółka prawa handlowego, podmiot w pełni autonomiczny, wystawił dokument, w warunkach nienależytego wykonania zobowiązania, nie czyniąc o tym wzmianki. Jednocześnie Izba sądzi, że w takiej sytuacji taki dokument w ogóle nie byłby wystawiony. I

odwrotnie w okolicznościach należytego wykonania zobowiązania mógł być wydany dokument z oświadczeniem wiedzy nie zawierającym szczegółowej informacji o należyтым wykonaniu zamówienia, lecz z oświadczenia tego można wywnioskować, że zamówienie to było wykonane należycie.

Ostatecznie ten sposób rozumowania Izby potwierdził załączony do przystąpienia z dnia 22.05.2012r. list referencyjny z dnia 5.04.2012r. wskazujący *expressis verbis*, że przez cały okres świadczenie usługi odbywa się należycie.

Znajdujące się w aktach sprawy dokumenty, zatem wyraźnie wskazują spełnianie przez Przystępującego warunków pkt. 5.5 i 6.1 lit.c SIWZ poprzez między innymi wykonanie dwóch żądanych przez Zamawiającego usług.

Natomiast żądanie wylegitymowania się przez Przystępującego referencją wystawioną z datą późniejszą niż ta, która była wystawiona przez Media Markt Polska sp. z o.o. Poznań I, spółka komandytowa z datą 10.03.2009r. mogłoby znaleźć uznanie Izby jedynie w przypadku, gdyby pozostałe dwie referencje były nieprawidłowe.

Zgodnie z art.192 ust.2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba stwierdziła, że referencja Media Markt nie mogła przesądzić losów przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....