

Wrocław, dnia 29 kwietnia 2021 r.

**Prezes**  
**Krajowej Izby Odwoławczej**  
**ul. Postępu 17A, 02- 676 Warszawa**

**Odwołujący:**

Impel Defender Sp. z o.o.  
Ul. Ślężna 118-53-111 Wrocław  
KRS:0000770683  
NIP: 8992786834  
Numer telefonu: 510015984, 510015097  
Adres poczty elektronicznej: j.filipiak@impel.pl, e.sitarek@impel.pl  
Przedstawiciel (imię i nazwisko): Joanna Filipiak, Emilia Sitarek

**Zamawiający:**

Jednostka Wojskowa nr 2063  
ul. Banacha 2; 02-097 Warszawa  
Numer telefonu: 261824121  
Adres poczty elektronicznej: ozdgw.zamowienia@ron.mil.pl

**ODWOŁANIE**

Na podstawie przepisu art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r.- Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019) składamy odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dozór i ochrona mienia Inspektoratu Uzbrojenia przy ul. Królewskiej 1/7 oraz Jednostki Wojskowej nr 2063 przy ul. Radiowej w Warszawie. Numer referencyjny: 11/21”.

**Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):**

Nr ogłoszenia **2021/S 075-191908** z dnia 19 kwietnia 2021 roku.  
Dozór i ochrona mienia Inspektoratu Uzbrojenia przy ul. Królewskiej 1/7 oraz Jednostki Wojskowej nr 2063 przy ul. Radiowej w Warszawie.  
Numer referencyjny: 11/21

**Wskazanie czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy oraz zwięzłe przytoczenie zarzutów:**

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów, które ma wpływ na wynik postępowania w sprawie zamówienia publicznego:

- 1) art. 16 ust. 1-3 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności przy formułowaniu postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Warunków Zamówienia,
- 2) art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt. 2 w związku z art. 117 ust. 1 i 3 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wadliwy opis przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie udziału podmiotów ubiegających się wspólnie o zamówienie w ramach konsorcjum,
- 3) art. 436 pkt. 3 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wadliwy opis przez Zamawiającego w projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego warunków stosowania kar umownych.

#### **Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:**

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych przez Odwołującego postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ w zakresie i brzmieniu zaproponowanym przez Odwołującego w odwołaniu.

#### **Wskazanie interesu Odwołującego:**

Odwołujący oświadcza, iż ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ obecne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji uniemożliwiają mu złożenie oferty zgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i ubieganie się tym samym o przedmiotowe zamówienie.

### **UZASADNIENIE**

#### **Wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych odwołania oraz wskazanie dowodów na ich poparcie.**

W dniu 19 kwietnia 2021 roku zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu oraz SIWZ dotyczące przedmiotowego zamówienia. W ocenie Odwołującego postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

1.

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w treści SWZ w **pkt. V ppkt. 3-6** przedstawił następujący opis spełniania warunków udziału przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego:

3. „**Zgodnie** z Rozdz. V ust. 2 pkt 4 lit. a, **każdy** z członków konsorcjum musi wykazać się posiadaniem doświadczenia w zakresie realizacji usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia, w taki sposób, iż:

**Jeden z konsorcjantów** składa wykaz wykonanych usług (**minimum 3 usług**), a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie (na formularzu określonym w zał. nr 4 do SWZ), na kwotę każdej usługi potwierdzonej odrębną umową nie mniejszą niż **350 000,00 zł brutto dla części I zamówienia, 70 000,00 zł brutto dla części II zamówienia** wraz z podaniem ich wartości,

przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami o których mowa, są referencje lub inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy: w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje lub inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

**Pozostali z konsorcjantów** składają, każdy oddzielnie, wykaz wykonanych usług (**minimum 3 usług**), a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie (na formularzu określonym w zał.nr 4 do SWZ), na kwotę każdej usługi potwierdzonej odrębną umową nie mniejszą niż **150 000,00 zł brutto dla części I zamówienia, 30 000,00 zł brutto dla części II zamówienia** wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami o których mowa, są referencje lub inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy: w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje lub inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

4. *Konsorcjum jest zobowiązane do łącznego spełnienia takich samych warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jak Wykonawcy występujący samodzielnie tj.: przy ocenie spełnienia warunków, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt. 3 i 4. Zamawiający będzie brał pod uwagę łączną sytuację ekonomiczną i finansową oraz łączny potencjał kadrowy i techniczny.*
5. W przypadku elementu (części) zamówienia, do realizacji, którego wymagane są uprawnienia wynikające z art. 112 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp, **wszyscy członkowie konsorcjum uczestniczący w realizacji tej części zamówienia lub podwykonawca, któremu Wykonawca ma zamiar powierzyć realizację tej części zamówienia muszą wykazać się tymi uprawnieniami.**
6. *Jeżeli oferta Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia zostanie wybrana, Wykonawcy Ci, na żądanie Zamawiającego przedstawiają przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, umowę regulującą współpracę tych podmiotów, w tym sposób reprezentacji wobec Zamawiającego.*

W opinii Odwołującego opisany przez Zamawiającego w SWZ warunek, polegający na obowiązku przedstawienia przez pozostałych konsorcjantów – **każdy oddzielnie** - „wykazu wykonanych usług (**minimum 3 usług**), (...) na kwotę każdej usługi potwierdzonej odrębną umową nie mniejszą niż **150 000,00 zł brutto dla części I zamówienia, 30 000,00 zł brutto dla części II zamówienia**”, stanowi warunek nadmierny na gruncie przepisu art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt. 2 i art. 117 ust. 1 i 3 ustawy prawo zamówień publicznych i nie znajduje żadnego uzasadnienia w celu postępowania, jakim jest wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Odwołujący stwierdza, że tak opisany przez Zamawiającego warunek udziału stanowi warunek dyskryminujący i jednoznacznie narusza przepis art. 16 ust. 1-3 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji,

przejrzystości i proporcjonalności przy formułowaniu postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Warunek, aby każdy kolejny uczestnik konsorcjum (tj. drugi, trzeci i następny) miał obowiązek złożenia wykazu usług w takim samym zakresie doświadczenia, jest warunkiem nieproporcjonalnym do opisu przedmiotu zamówienia. Takie postanowienie stawia konsorcjum również w niekorzystnej sytuacji w stosunku do wykonawcy ubiegającego się samodzielnie o zamówienie, mimo że Zamawiający deklaruje w pkt. 4, że konsorcjum jest zobowiązane do łącznego spełnienia takich samych warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jak Wykonawcy występujący samodzielnie.

Zgodnie z przepisem art. 117 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych, Zamawiający może określić szczególnie, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.

Według przepisu art. 117 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający w prowadzonym postępowaniu o zamówienie publiczne określił poziom wymaganego od wykonawców doświadczenia w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, czym bez uzasadnionej przyczyny, bezpodstawnie ograniczył konkurencję w postępowaniu. Powyższe warunki udziału, nie znajdują usprawiedliwienia w realnych powodach (potrzebach zamawiającego), które stopień ograniczenia konkurencji mogą sankcjonować i uzasadniać (wyrok KIO 233/11).

Odwołujący podkreśla, że w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ustawy prawo zamówień publicznych, zamawiający ma prawo i obowiązek opisanie, jak będzie oceniał ich spełnianie przez wskazanie minimalnych wymagań, które muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego. Zamawiający kształtując ten opis, aby nie narazić się na zarzut naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, obowiązany jest zachować niezbędną równowagę pomiędzy jego interesem, polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego, a interesem poszczególnych wykonawców, których nie wolno, poprzez wprowadzanie nadmiernych i wygórowanych wymagań, eliminować z udziału w postępowaniu.” (KIO 1721/11).

Celem przepisu art. 112 ustawy prawo zamówień publicznych jest umożliwienie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcom nie podlegającym wykluczeniu z postępowania, a posiadającym wymagane uprawnienia, potencjał, wiedzę i doświadczenie, którzy w przypadku uzyskania zamówienia publicznego zdolni będą do jego należytego wykonania.

Zgodnie z aktualną regulacją zawartą w art. 112 ustawy prawo zamówień publicznych opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1 ww. przepisu, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Istotne w ocenie Odwołującego jest wskazanie, iż opis sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu, który nie jest związany z przedmiotem zamówienia oraz nie jest w stosunku do niego proporcjonalny, narusza zasadę uczciwej konkurencji.

Zgodnie z opinią UZP, wprowadzone do ustawy PZP sformułowanie „związany z przedmiotem zamówienia” oznacza, iż opis warunków powinien być dokonywany „przez pryzmat celu, jakiemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia”. Opis warunków udziału w postępowaniu dokonany przez zamawiającego nie może zatem wykraczać poza ten cel.

Zamawiający dopuści się naruszenia art. 112 ustawy prawo zamówień publicznych, jeżeli w postępowaniu wymagać będzie przykładowo dysponowania przez wykonawcę potencjałem, który nie będzie niezbędny do prawidłowego wykonania zamówienia. Z kolei „proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” oznacza, iż „opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia”

Jak powszechnie wiadomo, zasady uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności wynikają wprost z art. 16 ust. 1-3 ustawy prawo zamówień publicznych i są fundamentalnymi zasadami prawa zamówień publicznych. Zamawiający ma obowiązek ich przestrzegania zarówno w fazie przygotowywania, jak i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym także przy opracowywaniu specyfikacji warunków zamówienia. Zamawiający musi postępować tak, aby zapewnić zachowanie uczciwej konkurencji i w przyszłości równo traktować wszystkich wykonawców.

Ponadto drugą równie istotną, co zachowanie uczciwej konkurencji, zasadą sprecyzowaną przez ustawodawcę w art. 16 ust. 1-3 ustawy prawo zamówień publicznych, jest zasada przejrzystości i proporcjonalności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe oznacza, że Zamawiający zobligowany jest do sprawiedliwego traktowania uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zarówno w fazie przygotowania, jak i przeprowadzenia tegoż postępowania. W szczególności Zamawiający zobowiązany jest do opracowania specyfikacji warunków zamówienia w sposób zapewniający równe traktowanie wszystkich Wykonawców. Za niezgodne z przedmiotową zasadą będzie opisywanie przedmiotu zamówienia, w sposób który uniemożliwiał będzie dostęp do udziału w postępowaniu lub stawiał wybranych wykonawców w uprzywilejowanej sytuacji wobec pozostałych.

Orzecznictwo KIO oraz Sądu Okręgowego w Warszawie potwierdza wyrażony wcześniej pogląd o możliwości określania kryteriów oceny spełniania warunków (opisu sposobu spełniania warunków), o ile sformułowane są one w sposób obiektywny nie naruszający zasad uczciwej konkurencji. Ustawa dopuszcza bowiem stawianie kryteriów obiektywnych, zgodnych z zasadami uczciwej konkurencji, mających na względzie charakter i zakres udzielanego zamówienia, które prowadzą do obiektywnej weryfikacji zdolności wykonawców pod względem ich zdolności do należytego wykonania zamówienia publicznego.

#### **ŻADANIE:**

Odwołujący wnosi o zmianę postanowień treści postanowień SWZ w **pkt. V ppkt. 3** w następującym brzmieniu lub równoważnym:

3. „Zgodnie z Rozdz. V ust. 2 pkt 4 lit. a, konsorcjum musi wykazać się posiadaniem doświadczenia w zakresie realizacji usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia, w taki sposób, iż:

**-Wykonawca** składa wykaz wykonanych usług (**minimum 3 usług**), a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie (na formularzu określonym w zał. nr 4 do SWZ), na kwotę każdej usługi potwierdzonej odrębną umową nie mniejszą niż **500 000,00 zł brutto dla części I zamówienia, 100 000,00 zł brutto dla części II zamówienia** wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami o których mowa, są referencje lub inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy: w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje lub inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W przypadku, gdy na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku udziału, wykazywane są usługi realizowane wspólnie z innymi podmiotami/konsorcjantami, warunek zostanie uznany za spełniony, jeśli to wykonawca/wykonawcy składający ofertę wspólną w przedmiotowym postępowaniu,

faktycznie zrealizowali usługę, która parametrami (takimi, jak przedmiot umowy i jej wartość) odpowiada postawionemu warunkowi udziału w postępowaniu.

Zamawiający nie dopuszcza sumowania usług w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, tzn. niedopuszczalne jest wykazywanie się pojedynczymi usługami, zrealizowanymi odrębnie przez różnych wykonawców, występujących wspólnie/konsorcjantów i ich sumowanie – w celu osiągnięcia wymaganej przez Zamawiającego liczby usług.

Dopuszczalne natomiast jest sumowanie usług, gdy w realizacji każdej z nich brał udział co najmniej jeden z wykonawców występujących wspólnie/konsorcjantów – pod warunkiem, że przypadająca na niego zrealizowana/realizowana część usługi odpowiada parametrom usług wymaganych przez zamawiającego (w zakresie przedmiotu umowy i jej wartości).

2.

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w projekcie umowy (por. postanowienie § 12 ust. 1-5 dla części nr I i postanowienie § 11 ust. 1-5 dla części nr II) zawarł regulacje dotyczące stosowania kar umownych.

Odwołujący wskazuje, że w odniesieniu do postanowień umownych dotyczących stosowania przez Zamawiającego kar umownych w powyższym zakresie – w ocenie Odwołującego projekt umowy narusza przepis art. 436 pkt. 3 ustawy prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym umowa zawiera postanowienia określające w szczególności łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony, gdyż Zamawiający zaniechał wprowadzenia do umowy stosownej klauzuli umownej.

Por. Art. 436

Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności:

(...)

3) łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony;

### **ŻADANIE:**

Odwołujący wnosi o zmianę postanowienia projektu umowy § 12 dla części nr I i postanowienia § 11 dla części nr II) poprzez wprowadzenia brakującej klauzuli umownej z przepisu art. 463 pkt. 3 ustawy prawo zamówień publicznych w następującym brzmieniu lub równoważnym:

*„Strony oświadczają, że łączna wartość kar umownych nie przekroczy wartości 20% wynagrodzenia umownego Wykonawcy.”*

Wobec powyższego Odwołujący wnosi jak na wstępie.