

## 5.ZP.BEZP.2023

Kraków 26.04.2023

### Adresaci:

1. Konsorcjum Firm: Impel Facility Services Sp. z o.o., ul. Antoniego Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław- **lider konsorcjum**, Impel Safety Sp. z o.o., ul. Antoniego Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław, Impel Security Solutions Sp. z o.o., ul. Antoniego Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław, Agencja Ochrony HEKTOR Grzegorz Pocięgiel, ul. Marcina Bielskiego 6, 30-815 Kraków, Agencja Ochrony Osób i Mienia Sowa Sp. z o.o., ul. Tęczowa 7, 62-069 Dąbrowa

1. Konsorcjum Firm: Impel Facility Services Sp. z o.o., ul. Antoniego Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław- **lider konsorcjum**, 2. Impel Safety Sp. z o.o., ul. Antoniego Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław

2. Agencja Ochrony HEKTOR Grzegorz Pocięgiel ul. Marcina Bielskiego 6, 30-815 Kraków

3. Agencja Ochrony PROTEKTOM, ul. Szczęść Boże 62/01, 41-700 Ruda Śląska

4. EKOTRADE Sp. z o.o., ul. Melomanów 4, 00-712 Warszawa,

5. Konsorcjum Firm: VIP SECURITY – SYSTEM Spółka z o.o., Rynek 1, 33-390 Łącko- **lider konsorcjum**, GRZEGORZ POCIĘGIEL - AGENCJA OCHRONY HEKTOR, ul. Marcina Bielskiego 6, 30-815 Kraków, AGENCJA OCHRONY OSÓB I MIENIA SOWA Sp. z o.o., ul. TĘCZOWA 7, 62- 069 DĄBRÓWKA

6. Konsorcjum Firm: Seris Konsalnet Holding S.A. – **lider konsorcjum** ul. Jana Kazimierza 55, 01-267 Warszawa, Seris Konsalnet Ochrona sp. z o. o., ul. Jana Kazimierza 55, 01-267 Warszawa, Seris Konsalnet Security sp. z o. o., ul. Jana Kazimierza 55, 01-267 Warszawa

7. Integra B.R.O.P. Sp. z o.o. Ul. Hutnicza 20, 81 – 061 Gdynia

### ZAWIADOMIENIE O WYNIKU - UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA W ODNIESIENIU DO CZĘŚCI 2 ZAMÓWIENIA

Dotyczy: świadczenia usługi ochrony mienia, masowych imprez sportowych oraz artystyczno-rozrywkowych realizowanych w ramach III Igrzysk Europejskich w dniach 5 czerwca – 5 lipca 2023r, w odniesieniu do części 1-8 zamówienia.

*Szanowni Państwo,*

Zamawiający zawiadamia, iż z uwagi na zaistnienie okoliczności, które wypełniają dyspozycję art. 255 ust. 2 ustawy PZP, zobowiązany jest do unieważnienia postępowania, ponieważ jedyna oferta w zakresie części 2 zamówienia została odrzucona.

Zamawiający informuje, iż odrzucił z postępowania ofertę nr 5 Konsorcjum Firm: VIP SECURITY – SYSTEM Spółka z o.o., Rynek 1, 33-390 Łącko, - **lider konsorcjum**, GRZEGORZ POCIĘGIEL AGENCJA OCHRONY HEKTOR, ul. Marcina Bielskiego 6, 30-815 Kraków, AGENCJA OCHRONY OSÓB I MIENIA SOWA Sp. z o.o., ul. TĘCZOWA 7, 62- 069 DĄBRÓWKA, na podstawie **art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i art. 226 ust. 1 pkt 3) w związku z art. 223 ust. 1 i art. 123** ustawy PZP, ze względu na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, tj. warunku posiadania aktualnej decyzji pozwolenia radiowego, wydanej zgodnie z art 143 ust. 2 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne przez Urząd Komunikacji Elektronicznej, na wykorzystywanie i prowadzenie łączności radiowej na terenie właściwym dla obszarów, na którym będzie wykonywał Wykonawca usługę. Ponadto oferta jest niezgodna z ustawą, gdyż narusza normę wynikającą z przepisu art. 123 ustawy PZP, ponieważ Wykonawca po upływie terminu na jej złożenie powołał się na zdolności podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby.

Zamawiający zwraca uwagę, iż w treści złożonej oferty i jej załączników brak informacji o korzystaniu z zasobów podmiotu trzecich, jak również brak wypełnionego załącznika do SWZ, tj. zobowiązania do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na



potrzeby realizacji zamówienia, bądź innego dokumentu, czy oświadczenia, które wskazywałoby na fakt udostępnienia zasobów na rzecz Konsorcjum.

Brak również oświadczenia JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby, jak i informacji w oświadczeniach JEDZ członków konsorcjum, bądź w innych dokumentach złożonych wraz z ofertą, o korzystaniu z zasobów podmiotu trzeciego.

Natomiast faktem jest, iż złożone przez Wykonawcę w dniu 18.04.2023r. podmiotowe środki dowodowe, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 06.04.2023r., zawierają umowę najmu częstotliwości radiowej zawartą pomiędzy Agencją Ochrony Bagniewski Grzegorz Bagniewski ul. Gabrieli Zapolskiej 10, 85-149 Bydgoszczy, a GRZEGORZ POCIĘGIEL - AGENCJA OCHRONY HEKTOR, która jednoznacznie wskazuje, iż Wykonawca korzysta z zasobów podmiotu trzeciego zarówno dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, jak i możliwości wykonania zamówienia zgodnie z jego warunkami, gdyż podmiot ten udostępnia Wykonawcy częstotliwość radiową celem wykonania zamówienia.

Wraz z podmiotowymi środkami dowodowymi złożono również oświadczenie Pana Grzegorza Bagniewskiego, podpisane dnia 23.03.2024r., z którego wynika jednoznacznie, iż jako właściciel pozwolenia radiowego jest on podmiotem wynajmującym i ma uprawnienie do przekazywania praw związanych z jego użytkowaniem podmiotom trzecim.

Odpowiadając na wezwanie Wykonawca złożył również umowę najmu, z której treści wynika wprost udostępnienie pozwoleń radiowych posiadanych przez wynajmującego. Paragraf 2 ust. 1 tej umowy stanowi, iż: *„Wynajmujący udostępnia Najemcy na urządzeniach nadawczo - odbiorczych częstotliwość zgodnie posiadany Pozwoleniem Radiowych.”*.

W związku z powyższym Zamawiający w dniu 20.04.2023r. wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

Wykonawca, w odpowiedzi z dnia 25.04.2023r., przekazał w załączeniu wyjaśnienia partnera konsorcjum podpisane dnia 23.04.2023r. W ich treści uczestnik konsorcjum oświadczył, iż posługuje się pozwoleniami komercyjnymi Agencji Ochrony Bagniewski Grzegorz Bagniewski na podstawie umowy najmu częstotliwości radiowej z dnia 17.03.2023r., co budzi również wątpliwości, gdyż podpisy na umowie wskazują iż ostatni podpis pod nią został złożony w dniu 24.03.2023r., a więc uznać należy że jest to faktyczna data zawarcia umowy.

Ponadto udzielonych wyjaśnieniach wskazał, iż: *„Dlatego do oferty zostały załączone nie tylko same Pozwolenia Radiowe i Umowa dzierżawy częstotliwości (Pozwolenia Radiowego), ale również Oświadczenie firmy Bagniewski, że jest to Pozwolenie Radiowe typu komercyjnego i że ma uprawnienie do przekazywania praw związanych z użytkowaniem Pozwolenia Radiowego podmiotom trzecim.”*.

W tym miejscu Zamawiający wskazuje i podkreśla, iż w zacytowanym fragmencie wyjaśnień użyto stwierdzeń niezgodnych ze stanem faktycznym, gdyż do oferty nie zostały załączone pozwolenia radiowe, ani umowa dzierżawy (najmu) częstotliwości, ani oświadczenia firmy Bagniewski.

Niezależnie od nazewnictwa, tj. czy przyjąć że złożona umowa jest umową najmu, czy jak w wyjaśnieniach wskazano umową dzierżawy, w ocenie Zamawiającego złożone dokumenty i oświadczenia potwierdzają fakt udostępnienia zasobu własnego przez podmiot trzeci, który jest właścicielem pozwolenia radiowego, na rzecz jednego z członków konsorcjum.

Nadmienić należy, że uczestnik konsorcjum miał świadomość niespełniania warunków udziału w postępowaniu czego dowodzi zawarta na trzy dni przed złożeniem oferty umowa najmu częstotliwości radiowej od Pana Grzegorza Bagniewskiego, który jest jego właścicielem.

Wobec powyższego bezsprzeczny jest w tym przypadku faktyczne korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego przez Konsorcjum ubiegające się o zamówienie w odniesieniu do części 2, a treść oferty i złożonych wraz z nią oświadczeń oraz dokumentów nie potwierdza faktu korzystania z zasobu podmiotu trzeciego dla potrzeb wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zaznaczyć w tym miejscu należy, iż przepis art. 123 ustawy PZP zakazuje natomiast Wykonawcy, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo



ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.

Przepis art. 123 ustawy PZP nie dotyczy zatem przypadku, gdy Wykonawca np. składając ofertę, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów trzecich, czego jednak w niniejszym postępowaniu Wykonawca nie wykazał, a tym samym nie sprostą wymaganiu wynikającemu z przywołanego przepisu.

Z przywołanego przepisu wynika jednoznacznie, iż w sytuacji gdy w momencie składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty wykonawca opierał się jedynie na własnych zdolnościach, to nie jest on uprawniony do powoływania się w późniejszym terminie na zdolności podmiotów trzecich.

Zasadność decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty wskazanego wyżej Wykonawcy potwierdza również orzecznictwo, które pomimo zmiany przepisów ustawy Pzp, przez analogię ma nadal zastosowanie.

Zgodnie z art. 123 PZP Wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. U podstaw uchwalenia tego przepisu leży stanowisko wyrażone przez Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 4.05.2017 r., C-387/14, Esaprojekt sp. z o.o. v Województwo Łódzkie, w którym m. in. wskazano, że "41. W niniejszym przypadku Konsultant Komputer przedłożył instytucji zamawiającej po upływie terminu zgłoszeń do udziału w rozpatrywanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokumenty, które nie znajdowały się w jego pierwotnej ofercie. W szczególności, jak wskazano w pkt 27 niniejszego wyroku, wykonawca ten wskazał zamówienie zrealizowane przez podmiot trzeci oraz dostarczył zobowiązanie tego podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji zamówienia rozpatrywanego w postępowaniu głównym. 42 Takie wyjaśnienia z pewnością zaś nie są jedynie zwykłym wyjaśnieniem szczegółów lub sprostowaniem oczywistej omyłki w rozumieniu orzecznictwa przypomnianego w pkt 38 niniejszego wyroku i stanowią de facto istotną i znaczącą zmianę pierwotnej oferty, przypominającą raczej przedstawienie nowej oferty. 43 Jak bowiem wskazał w istocie rzecznik generalny w pkt 30 opinii, takie uzupełnienie dokumentów ma bezpośredni wpływ na kluczowe elementy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż warunkuje samą tożsamość wykonawcy, któremu zostanie ewentualnie udzielone zamówienie, oraz na wynik weryfikacji zdolności tego wykonawcy, a zatem jego zdolności do zrealizowania rozpatrywanego zamówienia w rozumieniu art. 44 ust. 1 dyrektywy 2004/18. 44 W tych okolicznościach, gdyby instytucja zamawiająca dopuściła, by dany wykonawca złożył omawiane dokumenty w celu uzupełnienia swej pierwotnej oferty, w sposób nieuzasadniony potraktowałaby tego wykonawcę korzystniej w stosunku do innych kandydatów i tym samym naruszyłaby zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców, a także wynikający z nich obowiązek przejrzystości, którym podlegają zgodnie z art. 2 dyrektywy 2004/18 instytucje zamawiające. 45 Z powyższego wynika, że odpowiedź na pytania od pierwszego do trzeciego powinna brzmieć tak, iż art. 51 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak umowa zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia". Tak więc, mając na względzie przywołane orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości, należy stwierdzić, że jeśli po upływie terminu składania ofert, Wykonawca



decyduje się na wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w oparciu o zasoby podmiotu trzeciego, pomimo że pierwotnie zamierzał uczynić to samodzielnie, to w takiej sytuacji dochodzi do istotnej zmiany złożonej oferty. Tymczasem, jak stanowi art. 223 ust. 1 zd. 2 PZP niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym a Wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Zmiana w zakresie powołania się na zasób podmiotu trzeciego po terminie złożenia oferty jest niedopuszczalna (nie jest objęta wyjątkami, o których mowa w art. 187 oraz art. 223 ust. 2 PZP). Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 27.03.2013r., KIO 540/13, „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą. Niezgodność oferty z ustawą wynika z faktu jej zmiany po terminie składania ofert”. Ponadto, w wyroku z 14.10.2016r., KIO 1800/16, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że „Oferta, której treść zmieniono po terminie składania ofert jest niezgodna z treścią ustawy i jako taka podlega odrzuceniu”. (wykorzystano źródło z LEX – Autor: Wolski Mariusz Opublikowano: QA 1891770, [https://sip.lex.pl/#/question-and-answer/622648762/...](https://sip.lex.pl/#/question-and-answer/622648762/)).

Podobnie stanowi aktualny wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 7 czerwca 2021r., sygn. akt KIO 1249/21, w który wyrażono między innymi, iż „(...) oferta złożona przez wykonawcę powinna swoim zakresem obejmować taki sposób wykonania zamówienia, który będzie uwzględniał wszystkie wymagania określone w SWZ. Do uznania zgodności oferty z SWZ nie wystarczy złożenie wypełnionego formularza ofertowego, wyrażającego ogólne zobowiązanie wykonawcy do wykonania zamówienia. Zamawiający jest obowiązany do zbadania wszystkich dokumentów załączonych do oferty, które dopiero łącznie składają się na merytoryczną treść oferty.”.

Dlatego też, jeśli w złożonej ofercie Wykonawca nie powołał się na korzystanie z niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia i spełnia warunki udziału w postępowaniu samodzielnie (jako konsorcjum), nie może składając podmiotowe środki dowodowe przedstawiać dokumentów podmiotów trzecich, ponieważ faktycznie nie wykazuje spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Należy zaznaczyć, że Wykonawca ma prawo do powoływania się na potencjał podmiotów trzecich, jednakże musi to zrobić w sposób zgodny z ustawą i wskazany w SWZ, w przeciwnym wypadku pozbawia się tego prawa.

Zamawiający zauważa, iż żądał wskazania w ofercie, odpowiednio do treści załącznika do formularza oferty, zakresu w jakim Wykonawca będzie korzystał z zasobów podmiotów trzecich i złożenia w tym celu odpowiednich oświadczeń i dokumentów.

Jak już wyżej wskazano w ofercie nie ma żadnej informacji o takich podmiotach. Wykonawca jako zasoby własne przedstawił pozwolenie radiowe, które w toku badania dokumentów podmiotowych okazały się najmowane od Agencji Ochrony Bagniewski Grzegorz Bagniewski i w związku z tym złożone w odpowiedzi na wezwania dokumenty i oświadczenia oraz wyjaśnienia stanowią potwierdzenie korzystania z zasobów podmiotu trzeciego, czego Wykonawca nie wykazał jednak w treści złożonej oferty.

Zauważyć należy, iż zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych, które pomimo zmiany stanu prawnego należy uznać za nadal aktualne, zobowiązanie podmiotu trzeciego, albo inny dokument, służący wskazaniu udostępnienia Wykonawcy potencjału przez podmiot trzeci w zakresie określonym w art. 22a ust. 1 PZP, stanowi potwierdzenie, że określony potencjał dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu został Wykonawcy faktycznie udostępniony. Zobowiązanie to stanowi punkt wyjścia do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu dokonywanej przez Zamawiającego w pierwszej kolejności w oparciu o oświadczenia Wykonawcy.

Dla dokonania wstępnej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu niezbędne jest ustalenie w jakim zakresie Wykonawca wykazuje spełnianie warunków samodzielnie, a w jakim korzysta z potencjału podmiotu trzeciego i jaki zakres tego potencjału został Wykonawcy udzieleny, do ustalenia czego niezbędny jest wskazany dokument. Jednocześnie Zamawiający oceniając spełnienie warunków udziału w postępowaniu w oparciu o te wstępne oświadczenia, dokonuje także oceny braku podstaw do wykluczenia z postępowania podmiotów trzecich.



W celu dokonania takiej oceny Zamawiający musi dysponować pełną informacją o tym, że w ogóle potencjał podmiotu trzeciego powinien podlegać jego wstępnej ocenie. Dla osiągnięcia takiego celu konieczne jest złożenie przez Wykonawców wraz z ofertą zobowiązania podmiotu trzeciego. Czym innym jest natomiast złożenie dokumentów podmiotowych potwierdzających spełnienie konkretnego warunku udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia z postępowania co do oceny udostępnionego Wykonawcy potencjału podmiotu trzeciego, które może nastąpić później lub zostać uzupełnione w przypadku, gdy w treści oferty Wykonawca faktycznie powołał się na zasób podmiotu trzeciego.

Natomiast, jak ma to miejsce w niniejszej sprawie, złożenie zobowiązania w formie umowy najmu częstotliwości i oświadczenia dopiero na wezwanie do przedłożenia dokumentów i oświadczeń potwierdzających brak podstaw do wykluczenia i spełnienie warunków udziału w postępowaniu, gdzie wcześniej złożona oferta była tak skonstruowana, że z jej treści wynika, że Wykonawca (członkowie Konsorcjum) samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, a wykazywana decyzja pozwolenia radiowego jest zasobem własnym, jest niedopuszczalne. Jest zatem nową treścią wprowadzoną do oferty, po upływie terminu na jej złożenie, której nie można przyjąć w świetle obowiązujących przepisów, jak i przywołanych też orzecznictwa oraz piśmiennictwa.

W ocenie Zamawiającego, w opisanym stanie faktycznym i prawnym, bezsprzecznie zachodzą przesłanki skutkujące koniecznością odrzucenia oferty.

W związku z powyższym Zamawiający odrzucił ofertę wskazanego Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) w związku z art. 223 ust. 1 i art. 123 ustawy PZP, jak również w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) PZP.

Zgodnie z przepisami ustawy Pzp od powyższej decyzji przysługuje prawo wniesienia pisemnego i umotywowanego odwołania, przy czym z uwagi na fakt, iż wartość zamówienia jest większa niż progi unijne, można je wnieść w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, gdyż informacja ta została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Odwołanie przysługuje między innymi na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechanie czynności w postępowaniu, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy.

Odwołanie wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, przy ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa. Pisma w postępowaniu odwoławczym wnosi się w formie pisemnej albo w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej, z tym że odwołanie i przystąpienie do postępowania odwoławczego, wniesione w postaci elektronicznej, wymagają opatrzenia podpisem zaufanym. Pisma w formie pisemnej wnosi się za pośrednictwem operatora pocztowego, w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012r. - Prawo pocztowe, osobiście, za pośrednictwem postańca, a pisma w postaci elektronicznej wnosi się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Z poważaniem,

Zamawiający

Otrzymują:

1. Adresaci;
2. Strona internetowa postępowania;
3. a/a.

Maciej Kurp  
Wiceprezes Zarządu  
Dyrektor Administracyjno-Ekonomiczny  
Grzyska Europejskie 2023 Sp. z o.o.

Marcin Nowak  
Prezes Zarządu  
Grzyska Europejskie 2023 Sp. z o.o.

