Sygn. akt: KIO 10/19

WYROK
z dnia 30 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Monika Szymanowska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 stycznia 2019 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **4 stycznia 2019 r.** przez wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) Ekspert Security Sp. z o.o., (Lider Konsorcjum); 2. Team Consulting sp. z o. o., ul. Magazynowa 11 a lok. 63, 02-652 Warszawa (Członek Konsorcjum); 3) Biuro Szybkiej Interwencji Z. M. i Wspólnicy Spółka z o.o. Sp. k., ul. Fryderyka Szopena 3,22-400 Zamość (Członek Konsorcjum); z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Karola Chodkiewicza 4 lok. 110, 02-593 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - 32 Wojskowy Oddział Gospodarczy Zamość, ul. Wojska Polskiego 2F, 22-400 Zamość**

orzeka:

1. **umarza postępowanie w zakresie zarzutu dotyczącego Cz. III pkt 2.13 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ" (Rozdz. III pkt 2.13 SIWZ) oraz Cz. III pkt 2.24 ppkt 2 SIWZ (Rozdz. III pkt 2.24 ppkt 2 SIWZ) z uwagi na uwzględnienie pierwszego z nich przez Zamawiającego, przy braku zgłoszonego przystąpienia po stronie Zamawiającego i wycofaniu drugiego przez Odwołującego po zmianie postanowień SIWZ z 28.01.2019 r.**
2. **W pozostałym zakresie oddala odwołanie.**
3. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum Firm: 1) Ekspert Security Sp. z o.o., (Lider Konsorcjum) 2. Team Consulting sp. z o. o., ul. Magazynowa 11 a lok. 63, 02-652 Warszawa (Członek Konsorcjum); 3) Biuro Szybkiej Interwencji Z. M. i Wspólnicy Spółka z o.o. Sp. k., ul. Fryderyka Szopena 3,22-400 Zamość (Członek Konsorcjum); z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Karola Chodkiewicza 4 lok. 110, 02-593 Warszawa** i:

   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców Konsorcjum Firm: 1) Ekspert Security Sp. z o.o., (Lider Konsorcjum); 2. Team Consulting sp. z o. o., ul. Magazynowa 11 a lok. 63, 02-652 Warszawa (Członek Konsorcjum); 3) Biuro Szybkiej Interwencji Z. M. i Wspólnicy Spółka z o.o. Sp. k., ul. Fryderyka Szopena 3,22-400 Zamość (Członek Konsorcjum); z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Karola Chodkiewicza 4 lok. 110, 02-593 Warszawa 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 16 października 2018 r. poz. 1986) na niniejszy wyrok -
w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Zamościu**.

Przewodniczący:

……

Członkowie:

……

……

Sygn. akt: KIO 10/19
U z a s a d n i e n i e .....

Postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu ograniczonego z możliwością składania ofert częściowych na: „*wykonanie usługi całodobowej ochrony terenów, obiektów, urządzeń oraz osób i mienia realizowanej przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne w jednostkach i instytucjach wojskowych będących na zaopatrzeniu gospodarczym w 32 Wojskowym Oddziale Gospodarczym w Zamościu"* (nr postępowania: ZPO/PO/36/2018), zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2018/S 152 - 350053 z 09.08.2018 r., przez 32 Wojskowy Oddział Gospodarczy Zamość, ul. Wojska Polskiego 2F, 22-400 Zamość zwany dalej: *„Zamawiającym"*.

W dniu 28.12.2018 r. (e-mailem) Zamawiający zaprosił do składnia ofert w zakresie części 5, 6, 7, 8 i 9 - przekazując równocześnie postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: *„SIWZ"*.

W dniu 04.01.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO)- Konsorcjum Firm: 1) Ekspert Security Sp. z o.o., (Lider Konsorcjum); 2. Team Consulting sp. z o. o., ul. Magazynowa 11 a lok. 63, 02-652 Warszawa (Członek Konsorcjum); 3) Biuro Szybkiej Interwencji Z. M. i Wspólnicy Spółka z o.o. Sp. k., ul. Fryderyka Szopena 3,22-400 Zamość (Członek Konsorcjum); z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Karola Chodkiewicza 4 lok. 110, 02-593 Warszawa zwane dalej: *„Konsorcjum Ekspert"* wniosło odwołanie na postanowienia SIWZ – w zakresie części 5, 6, 7, 8 i 9 Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 04.01.2019 r. (faxem). Zarzucił naruszenie:
a) art. 3531 Kodeksu cywilnego (zwana dalej: *„Kc"*) oraz art. 484 § 2, art 5 Kc w zw. z art. 7 ust. 1, art. 14 oraz art. 139 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986) zwanej dalej: *„Pzp"* poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy, polegające na nałożeniu w SIWZ rażąco wygórowanych i nieadekwatnych kar umownych na wykonawcę;
b) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 5 Kc. w zw. z art. 14 Pzp oraz art. 139 Pzp poprzez opisanie kar umownych w sposób niejednoznaczny i niedookreślony;
c) art. 14 i 139 ust. 1 Pzp w z w. z art. 353(1) Kc poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i równowagę stron i prowadzący do nadużycia własnego prawa podmiotowego;
d) art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 7 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Odwołujący wnosił o:

1) uwzględnienie odwołania w całości;
2) przeprowadzenie zmian w dokumentacji postępowania, które spowodują usunięcie wszystkich naruszeń wskazanych w treści niniejszego odwołania, w tym w szczególności nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SIWZ wraz z załącznikami w tym poprzez: modyfikację kar umownych i wprowadzenie adekwatnych wysokości za konkretne, opisane w umowie naruszenia zgodnie z uzasadnieniem poniżej oraz usunięcie postanowień naruszających zasady uczciwej konkurencji i zaburzających równowagę stron umowy;
3) zasądzenie kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa zgodnie z rachunkiem przedstawionym na rozprawie.

Pismem z 28 12.2018 r. Zamawiający zaprosił Odwołującego do złożenia ofert w zakresie cz. 5, 6, 7, 8, 9, do którego załączył SIWZ. Wykonawca zauważyłw SIWZ szereg nieprawidłowości, w szczególności dotyczących określonych we wzorze Umowy niezgodności z obowiązującymi przepisami m.in. rażąco wysokich kar umownych oraz postanowień, które naruszają równowagę stron umowy. W ocenie Konsorcjum działania i czynności podejmowane przez Zamawiającego w tym zakresie rażąco naruszają przepisy Ustawy, w tym w szczególności zasady uczciwej konkurencji i podejmowane były w celu uniemożliwienia Odwołującemu (a także potencjalnie innym wykonawcom) uzyskania zamówienia.

I. Kary umowne. Zamawiający przygotował jako załączniki do SIWZ umowy w zakresie cz. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 oraz 10. Zamawiający nie dokonał numeracji załączników. Wskazał, że wzory umów zostały przygotowane według co do zasady analogicznego wzoru, z tym zastrzeżeniem, że z uwagi na fakt, iż dla cz. 1, 9 nie jest wymagane posiadanie Grupy Interwencyjnej nie są oczywiście przewidziane kary umowne związane z koniecznością jej posiadania.

a) Kara umowna z § 16 ust 6 wzoru umowy dotyczącej cz. 5, 6, 7, 8.

W ocenie Wykonawcy, określenie kary umownej w przypadku palenia wyrobów tytoniowych przez pracownika ochrony poza wyznaczonym miejscem w wysokości 500 zł za każde zdarzenia jest rażąco wysoka w stosunku do ewentualnej szkody, którą mógłby z tego tytułu ponieść Zamawiający. Odwołujący wskazuje, że nałożenie kary umownej z tego punktu ma jedynie wymusić na Wykonawcy, aby jego pracownicy palili jedynie w wyznaczonych do tego miejscach. Dlatego też nie można uznać, aby zasadnym było ustalenie kary na tak wysokim poziomie, ponieważ nie sposób uznać, że nawet przy uwzględnieniu iż koniecznym byłoby dokonanie sprzątania obiektów Zamawiającego koszty w tym zakresie byłyby takie wysokie. W ocenie Wykonawcy kara ta powinna zostać obniżona do kwoty 50 zł za każde zdarzenie. Dodatkowo wskazał, że Zamawiający nie wskazał w sposób jednoznaczny czy cały teren chronionych obiektów należy traktować jako miejsce nie wyznaczone do palenia czy też będą wyznaczone do tego pewne strefy. Powoduje to brak jednoznaczności w określeniu kryteriów umożliwiających określenie kiedy nałożenie kary na Wykonawcę byłoby zasadne.

b) Kara umowna z § 16 ust 7 wzoru umowy dotyczącej cz. 5, 6, 7, 8. § 16 ust 7 przewiduje, że stwierdzenie przez Zamawiającego braków w wyposażeniu indywidualnym pracowników ochrony, które nie zostało ujęte w zapisach poniższych będzie skutkowało nałożeniem na Wykonawcę kary pieniężnej w wysokości 500 zł za każdy brakujący lub niesprawny element wyposażenia. Zgodnie z cz. III pkt 2.10 SIWZ wyposażenie indywidualne obejmuje uzbrojenie, środki przymusu bezpośredniego oraz inne wyposażenie określone w niniejszym opisie przedmiotu zamówienia. Nawet bowiem brak jednego elementu wyposażenia nie przełoży się na niemożliwość prawidłowego wykonania umowy. Dlatego też nie można uznać, aby zasadnym było ustalenie; kary na tak wysokim poziomie, ponieważ nie sposób uznać, że szkoda poniesiona przez Zamawiającego byłaby tak wysoka. W ocenie Wykonawcy kara ta powinna zostać obniżona do kwoty 50 zł za każde zdarzenie. Dodatkowo wskazał, że Zamawiający nie wskazał w sposób jednoznaczny kryteriów umożliwiających określenie kiedy nałożenie kary na Wykonawcę byłoby zasadne. Nie można bowiem uznać za takie sformułowania mówiącego o stwierdzeniu braków w wyposażeniu indywidualnym pracowników ochrony, które nie zostało ujęte w zapisach poniższych.

c) Kara umowna z § 16 ust 10 wzoru umowy dotyczącej cz. 5, 6, 7, 8. Zamawiający we wzorach Umów, w §16 każdej z nich opisał kary umowne. W § 16 ust. 10 Umów dotyczących cz. 5, 6, 7, 8 Zamawiający wskazał, że:*„Każde spóźnienie Grupy Interwencyjnej w stosunku do czasu, o którym mowa w § 5 ust. 3 pkt 1) będzie skutkowało nałożeniem na Wykonawcę kary pieniężnej w wysokości 100 zł za każdą rozpoczętą minutę spóźnienia (działania Grupy Interwencyjnej w mniejszym składzie osobowym) nie więcej jednak niż 3000 zł."*. Odwołujący podnosił, iż wysokość kar umownych wskazanych przez Zamawiającego jest rażąco wygórowana i niedostosowana do rzeczywistej szkody, jaką potencjalnie mógłby ponieść Zamawiający w wyniku niewłaściwej realizacji zamówienia. W ocenie Konsorcjum, wysokość kary umownej za każdą rozpoczętą minutę spóźnienia w wysokości 100 zł jest rażąco wygórowana przede wszystkim z uwagi na treść cz. III pkt 2.24 ppkt 2) SIWZ (str. 18 SIWZ), zgodnie z którą na czas realizacji usług ochrony Wykonawca zobowiązany jest do *„Zagwarantowania Zamawiającemu możliwości dokonania, minimum 2 razy w miesiącu, nieodpłatnego sprawdzenia czasu dojazdu do ochranianego kompleksu i gotowości do działania Grupy Interwencyjnej na niezapowiedziany sygnał alarmowy spowodowany przez osobę uprawnioną z ochranianego kompleksu, w tym sprawdzenia indywidualnego wyposażenia i dokumentów pracowników ochrony wchodzących w skład grupy "* Oznacza to, że nawet w przypadku wykorzystywania przez Zamawiającego minimalnej liczby nieodpłatnych sprawdzeń i opóźnienia w dojeździe wynoszącego minimum 30 minut (co uprawnia już do nałożenia kary w maksymalnej wysokości 3.000,00 zł) Wykonawca byłby obowiązany do uiszczenia kary w wysokości 6.000,00 zł miesięcznie.

Podkreślił przy tym, dwie najważniejsze kwestie:
a) określona jest jedynie minimalna liczba możliwości sprawdzenia czasu dojazdów, zatem mogą one mieć miejsce w zasadzie dowolna ilość razy, czyli nawet codziennie albo kilka razy dziennie;
b) sprawdzenie przez Zamawiającego czasu dojazdu Grupy Interwencyjnej następuje nieodpłatnie.

Dodatkowo w tym kontekście, omówienia wymaga także kolejna kwestia. Zgodnie z powołanym § 5 ust 3 pkt 1) SIWZ czas dojazdu Grupy Interwencyjnej wynosi 10 minut. Przy takim sformułowaniu ww. postanowienia Umów już po 30 minutach opóźnienia osiągnięty zostanie pułap maksymalnej kary przewidzianej za takie uchybienie. Istotnym jest także, że Zamawiający przewidział, że nie zachowuje on prawa do naliczania kar umownych, jedynie w przypadku gdy do opóźnienia doszło z przyczyn dotyczących Zamawiającego (§ 16 ust. 24). Tym samym pomijane są wszelkie inne, niezależne od Wykonawcy zdarzenia, jak chociażby sytuacja na drodze. Zauważyć także należy, że niejednokrotnie możliwe jest, że warunki drogowe czy zdarzenia losowe mogłyby doprowadzić do nałożenia na Wykonawcę kar umownych za zdarzenia, na które zupełnie nie ma on wpływu. W przypadku ochrony obiektów objętych przedmiotem zamówienia szybki czas reakcji i dojazd Grupy Interwencyjnej jest oczywiście ważny. Jednakże nie może to przekładać się na wprowadzenia tak wygórowanych i nieadekwatnych wysokości kar umownych, szczególnie, że Zamawiający nie przewidział możliwości miarkowania tych kar w stosunku do stopnia zawinienia Wykonawcy. W ocenie Odwołującego tak zastrzeżona kara umowna nie ma na celu zmotywowania Wykonawcy do należytego i terminowego wykonania zamówienia, lecz raczej umożliwienie Zamawiającemu wypracowania dodatkowego zysku. Zaznaczyć należy, iż dzięki tak skonstruowanej klauzuli kary umownej Zamawiający mógłby niemalże codziennie wyszukiwać nowe podstawy obciążania Wykonawcy karą umowną, gdyż przy potencjalnie tak częstym sprawdzaniu czasu dojazdu oraz tak krótkim czasie dojazdu nietrudno o znikome uchybienia, które Zamawiający na podstawie tychże zapisów może interpretować jako podstawa do nałożenia kary umownej.

Odwołujący wskazał, iż KIO przy analizie analogicznych zarzutów w innych rozpatrywanych sprawach zgodziła się

ze stanowiskiem prezentowanym przez Odwołującego powyżej i nakazała zmodyfikowanie umowy poprzez zmniejszenie kar umownych (wyrok KIO z 04.12.2015 r. o sygn. akt: KIO 2546/15, wyrok KIO z 23.06.2017 r., sygn. akt: KIO 1117/17). Przy założeniu zatem, że taki czas dojazdu byłby sprawdzany codziennie i za każdym razem występowałoby opóźnienie uprawniające Zamawiającego do nałożenia kary maksymalnej w wysokości 3.000,00 zł. łączna kara umowna jedynie za tego rodzaju przewinienie wynosiłaby 90.000,00 zł. Wykonawca ponosiłby zatem stratę na nieodpłatnym sprawdzaniu dojazdu, znacznie przekraczająca wysokość wynagrodzenia przysługującego mu w danym miesiącu. Konsorcjum szacuje bowiem, że średniomiesięczny zysk na obiektach określonych w cz. 5, 6, 7, 8 wynosić będzie około 1.500,00 zł.

Podobny sposób określenia kar umownych, przy analogicznym przedmiocie zamówienia jak w niniejszym postępowaniu można znaleźć w następujących SIWZ.

• postępowanie organizowane przez 41 BLSz w Radomiu - sprawa 32/PODOiB/2018 - kara za 1 minutę spóźnienia 50 zł;
• JW 3964 - sprawa nr 7/2018/Z - kara za spóźnienie Gl naliczana co 5 minut

Odwołujący zwrócił także uwagę, że obecne brzmienie § 16 ust. 10 Umów jest niejednoznaczne i niedookreślone. W ocenie Wykonawcy należy go interpretować w ten sposób, że nałożenie kary umownej za opóźnienie możliwe jest jedynie w przypadku Grup Interwencyjnych spełniających łącznie dwie przesłanki, tj.:
a) przyjazd nastąpił w 11 minucie lub później od zgłoszenia;
b) Grupa Interwencyjna przyjechała w mniejszym składzie osobowym niż wskazany w § 5 ust. 3 pkt 1) Umów (nie składała się z co najmniej dwóch kwalifikowanych pracowników ochrony)

Zatem w przypadku jakiegokolwiek opóźnienia Grupy Interwencyjnej, jeżeli jednak przyjechałaby ona w zgodnym z umową składzie, to nie byłoby podstaw do nałożenia kary umownej. Niemniej, Konsorcjum nie wyklucza, że interpretacja tego postanowienia dokonana przez Zamawiającego będzie odmienna. Równie dobrze bowiem, Zamawiający może uznać, że ww. przesłanki należy stosować rozłącznie. W związku z powyższym, jeżeli interpretacja tego postanowienia byłaby zgodna z przedstawioną przez Odwołującego, to w celu usunięcia jego wieloznaczności pożądanym byłoby usunięcie nawiasu zastosowanego w § 16 ust. 24 Umów oraz obniżenie zastosowanych kar, aby jego nowa treść brzmiała: *„Każde spóźnienie Grupy Interwencyjnej w stosunku do czasu, o którym mowa w § 5 ust. 3 pkt 1) będzie skutkowało nałożeniem na Wykonawcę kary pieniężnej w wysokości 100 zł za każde rozpoczęte 5 minut spóźnienia działania Grupy Interwencyjnej w mniejszym składzie osobowym, nie więcej jednak niż 3000 zł."*

II. Postanowienia SIWZ wymagające zmiany w ocenie Odwołującego

a) Cz. III pkt 2.13 SIWZ. Zgodnie z cz. III pkt 2.13 SIWZ *„W trakcie wykonywania obowiązków służbowych każdy pracownik ochrony, winien posiadać przy sobie dokumenty o których mowa w pkt. 2.9 ppkt. 2) i 3), tj. legitymację kwalifikowanego pracownika ochrony, (pracownik zabezpieczenia technicznego - legitymację kwalifikowanego pracownika zabezpieczenia technicznego), legitymację osoby upoważnionej do posiadania broni oraz dokument tożsamości."*.

Natomiast przywołany pkt 2.9 ppkt 2) i 3) z cz. III SIWZ odnosi się jedynie do obowiązku posiadania: 1) legitymacji kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej,
2) legitymacji osoby dopuszczonej do posiadania broni - dotyczy pracownika realizującego lub przewidzianego do realizacji zadań ochronnych z bronią.

Nie znajduje zatem uzasadnienia, a także powoduje wewnętrzną sprzeczność w SIWZ wymaganie od pracowników ochrony, aby posiadali dodatkowo dokument tożsamości, szczególnie że pkt 2.9 ppkt 2) i 3) SIWZ nie zawierają wymogu jego posiadania. Pokreślił, że zgodnie z art. 38a ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia pracownik ochrony podczas wykonywania zadań ochrony osób i mienia jest obowiązany posiadać przy sobie legitymację, o której mowa w art. 9a ust. 1 lub art. 20 ust. 1 pkt 3, oraz okazywać ją na żądanie osoby, której czynności dotyczą w taki sposób aby zainteresowany miał możliwość odczytać i zanotować imię i nazwisko pracownika ochrony, numer legitymacji, dane podmiotu wystawiającego oraz zapoznać się z treścią pouczenia, o którym mowa w art. 9a ust. 2 pkt 5 lub art. 20 ust. 3 pkt 5. Niezbędnym elementem legitymacji kwalifikowanego pracownika ochrony lub legitymacji kwalifikowanego pracownika zabezpieczenia technicznego jest m.in. indywidualny numer, zgodny z prowadzoną przez przedsiębiorcę ewidencja legitymacji (zawierającą wszelkie dane pozwalające na jednoznaczną identyfikację pracownika ochrony), aktualne zdjęcie pracownika ochrony czy imię i nazwisko pracownika ochrony. Dane te pozwalają na jednoznaczne potwierdzenie tożsamości pracownika ochrony, zatem wymóg posiadania jeszcze jednego dokumentu potwierdzającego tożsamość pracownika ochrony jest w ocenie Odwołującego zbędny. Na brak spójności w wymaganych dokumentach (a także brak konieczności wymagania od pracownika ochrony posiadania także dowodu tożsamości) wskazywałby także § 16 ust. 17 umowy (w zakresie cz. 5, 6, 7, 8) i analogiczny § 16 ust. 14 (w zakresie cz. 9). Postanowienie to nie wymienia wśród dokumentów za, których brak można nałożyć karę umowną dokumentu tożsamości. Konsorcjum wnosiło zatem o treści tego punktu poprzez wykreślenie informacji o dowodzie osobistym tożsamości i nadanie brzmienia: *„W trakcie wykonywania obowiązków służbowych każdy pracownik ochrony, winien posiadać przy sobie dokumenty o których mowa w pkt. 2.9 ppkt. 2) i 3), tj. legitymację kwalifikowanego pracownika ochrony, (pracownik zabezpieczenia technicznego - legitymację kwalifikowanego pracownika zabezpieczenia technicznego) oraz legitymację osoby upoważnionej do posiadania broni"*.

b) Cz. III pkt 2.24 ppkt 2) SIWZ. Jak wskazano już powyżej, postanowienie SIWZ zawarte w tym punkcie pozwala Zamawiającemu na nieograniczoną liczbę możliwości sprawdzania czasu przejazdu Grupy Interwencyjnej. W związku z tym, że przejazdy te są nieodpłatne, a w przypadku opóźnienia nakładane są na Wykonawcę kary umowne, wnosił on o doprecyzowanie uprawnień Zamawiającego w tym, zakresie poprzez ograniczenie maksymalnej ilości przejazdów do 1 miesięcznie. W ocenie Konsorcjum będzie to ilość wystarczająca do zapewnienia Zamawiającemu możliwości skontrolowania w różnych warunkach czy w razie potrzeby Grupa Interwencyjna będzie w stanie stawić się na wezwanie w czasie, o którym mowa w § 5 ust. 3 pkt 1 wzorów umów dla cz. 5, 6, 7, 8. Równocześnie, jeżeli Wykonawca nie dotrze na miejsce w określonym terminie i tym samym kara umowna mogłaby zostać na niego założona (przy uwzględnieniu proponowanej niższej jej wysokości), nie byłaby ona rażąco wysoka i niewspółmierna do uchybień Wykonawcy. Tym bardziej, że podczas dotychczasowej realizacji umów grupa interwencyjna nigdy nie była wzywana w sytuacji zagrożenia, lecz jedynie w sytuacji sprawdzenia czasu dojazdu.

c) § 5 ust. 3 pkt 1 wzoru umowy dla cz. 5, 6, 7, 8. Zgodnie z powołanym § 5 ust. 3 pkt 1) SIWZ czas dojazdu Grupy Interwencyjnej wynosi nie dłużej niż 10 minut. W ocenie Wykonawcy czas ten powinien zostać wydłużony do 15 minut. W ocenie Odwołującego ma to uzasadnienie, między innymi w tym, że sam Zamawiający przy poprzednim analogicznym przedmiocie zamówienia, określił czas dojazdu na 15 minut. Nie zaszły zaś jakiekolwiek okoliczności, które uzasadniałyby skrócenie tego okresu w obecnym postępowaniu. Czas dojazdu wynoszący nie dłużej niż 10 minut jest czasem niemalże nierealnym do zrealizowania. Swoją opinię Wykonawca opiera na bardzo dużym doświadczeniu w zakresie realizacji usług ochrony, w tym obejmujących podjazdy grup interwencyjnych i tym samym jest w stanie stwierdzić, że czas dojazdu grupy interwencyjnej jest trudny do osiągnięcia w normalnych warunkach drogowych, a tym bardziej w razie jakichkolwiek utrudnień. Wykonawca chcący prawidłowo wykonać usługę nie jest w stanie zagwarantować dojazd grupy interwencyjnej w czasie maksymalnie 10 minut. Co istotne, nawet służby Państwowe, takie jak Policja czy Żandarmeria Wojskowa nie byłby w stanie zagwarantować Zamawiającemu dotarcia do obiektu w przeciągu 10 minut od chwili zgłoszenia, mimo iż pojazdy te są pojazdami uprzywilejowanymi w określonych sytuacjach, natomiast pojazdy Grupy Interwencyjnej takiego

statusu nigdy nie mogą posiadać. Przy takich wymaganiach grupa interwencyjna powinna stacjonować na terenie Zamawiającego tak by zmieścić się w czasie nie dłuższym niż 10 minut. Jednak w takim przypadku koszt dedykowanej Grupy Interwencyjnej powinien zostać wliczony w wartość realizowanej usługi. W związkuz powyższym w ocenie Konsorcjum, konieczna jest zmiana czasu dojazdu grupy interwencyjnej na realną, wynoszącą co najmniej 15 minut. Taki czas jest wystarczający, nie tylko aby zapewnić Zamawiającemu cel, dla którego Grupa Interwencyjna byłaby wzywana, ale także które będzie podlegało ocenie przez Zamawiającego chociażby poprzez możliwość nałożenia kary za opóźnienie. Jedynie na marginesie, Odwołujący wskazuje, że w wielu przypadkach Zamawiający odchodzą od posiadania Grupy Interwencyjnej, a jej rolę i zadania przejmują pracownicy SUFO z tzw. zmiany odpoczywającej. Takie rozwiązania zastosowano m.in. w postępowaniach organizowanych przez 26 WOG - sprawa nr ZP/81/2018, ZP/6/2019. Odwołujący wskazuje jednoznacznie, iż w przedmiotowym stanie faktycznym i prawnym postanowienia zawarte w SIWZ (kary umowne opisane w umowie oraz postanowienia wprowadzające nierównowagę stron umowy) rażąco naruszają zasady uczciwej konkurencji. Kluczową zasadą przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych jest formułowanie warunków realizacji zamówienia (opis przedmiotu zamówienia, kary umowne w umowie) w sposób adekwatny do rzeczywistych potrzeb niezbędnych do realizacji danych usług. Nie ulega wątpliwości, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie dostosował SIWZ do ww. norm, a tym samym postępowanie przez niego prowadzone nie może dalej toczyć się w oparciu o obecny SIWZ gdyż naruszałoby tym samym uczciwą konkurencję.

Zamawiający w dniu 07.01.2019 r. (e-mailem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenia przystąpienia nie miały miejsca.

W dniu 28.01.2019 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której częściowo uwzględnił zarzuty odwołania w zakresie dotyczącym zarzutu opisanego w pkt II a) Cz. III pkt 2.13 SIWZ (str. 9 odwołania) i w tym zakresie zmienia zapis SIWZ, poprzez wykreślenie z Cz. III pkt 2.13 SIWZ słów *oraz dokument tożsamości"*. W pozostałym zakresie oddalił zarzuty odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu. W ocenie Zamawiającego zapisy SIWZ nie naruszają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Kary umowne określone we wzorach umów nie są nieadekwatne ani rażąco wygórowane, niedookreślone czy też niejednoznaczne. Nie mają też na celu uniemożliwienie Odwołującemu uzyskania zamówienia. W toczącym się postępowaniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyło 11 Wykonawców łącznie z Odwołującym. Zapisy SIWZ dotyczyły wszystkich wykonawców, przy czym żaden z pozostałych 10 Wykonawców zaproszonych do składania ofert, oprócz Odwołującego nie wniósł odwołania na zapisy w przywołanych umowach stanowiących cześć składowa SIWZ. Ponadto podnieść należy, że 07.01.2019 r., wszyscy wykonawcy zostali poinformowani przez Zamawiającego o wniesionym odwołaniu. Zamawiający wskazując art. 185 ust 1 i 2 Pzp wezwał w terminie 3 dni do przystąpienia do postępowania odwoławczego. We wskazanym terminie żaden z Wykonawców nie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego co świadczy, że tylko w ocenie Odwołującego kary umowne są rażąco wygórowane, opisane w sposób niejednoznaczny i niedookreślony, naruszający równowagę stron I prowadzący do nadużycia przez Zamawiającego własnego prawa podmiotowego. Zamawiający oceny Odwołującego nie podziela. Wskazać także należy, iż zapisy SIWZ,w tym wysokość kar umownych jest w zdecydowanej większości analogiczna jak w przypadku umów aktualnie obowiązujących, których stroną także jest Odwołujący, i do których Odwołujący nie wnosił żadnych uwag ani zastrzeżeń. W określeniu kar umownych oraz zakwestionowanych zapisów SIWZ nie można się dopatrzeć naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji - kary umowne oraz pozostałe zapisy SIWZ są określone jednakowo dla wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu.

W odniesieniu do § 16 ust 6 wzoru umowy cz. 5,6,7,8: *„Stwierdzenie, że pracownik ochrony pali wyroby tytoniowe podczas wykonywania zadań ochronnych w miejscu do tego niewyznaczonym będzie skutkowało nałożeniem na Wykonawcę kary pieniężnej w wysokości 500 zł za każde zdarzenie, za każdego pracownika osobno"*. Zamawiający nie dostrzega potrzeby zmiany wysokości kary umownej. Zdaniem Zamawiającego wysokość kary jest adekwatna, skuteczna i charakteryzująca się prewencyjnym oddziaływaniem. Podniósł, że w ramach zadań obecnie realizowanych na rzecz Zamawiającego przez Odwołującego, wysokość kar za naruszenie wskazanego zapisu przewidziana w umowach jest w wysokości również 500 zł., z tego tytułu Odwołujący nie wnosił zastrzeżeń. Wskazać należy, iż kary w takich samych lub w wyższych wysokościach zastrzeżone są w większości jednostek wojskowych, czy też Wojskowych Oddziałów Gospodarczych. Nadto wskazać należy, iż w całym okresie realizacji usługi. Odwołującemu nie została naliczona ani jedna kara z tytułu naruszenia zakazu palenia w miejscu niedozwolonym, co oznacza, iż kara umowna zastrzeżona w wysokości 500 zł spełniła swoją funkcję prewencyjna Palenie wyrobów tytoniowych w miejscach niedozwolonych stanowi wykroczenie, o którym mowa w art. 13 ust. 2 ustawy z 9 listopada 1995 r. o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych zagrożone karą grzywny w wysokości 500 zł. Jedyne miejsca na terenie wojskowym, gdzie można używać wyrobów tytoniowych to wydzielone i oznakowane *„palarnie"*, w związku z czym cały pozostały teren należy traktować jako *„miejsce niewyznaczone do palenia"*. Zakaz palenia, poza miejscami do tego wyznaczonymi jest uzasadniony obowiązkiem przestrzegania przepisów przeciwpożarowych- w szczególności jeżeli na terenie jednostek wojskowych znajdują się magazyny broni-, ochrona prawa osób niepalących do życia w środowisku wolnym od dymu tytoniowego, zapewnieniem przestrzegania przepisów ustawy z 9 listopada 1995 r. o ochronę zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych. Zakaz ten nie sprowadza się do tego, by uniknąć konieczności dokonywania sprzątania obiektów, jak twierdzi Odwołujący. Wskazywana przez Odwołującego kara w wysokości 50 zł byłaby rażąco niska w stosunku do możliwych konsekwencji i szkód wynikających ze złamania ww. zakazu. KIO w wyrokuz 05.03.2014 r., sygn. akt: KIO 2837/14 - orzekła, że kary umowne są pożytecznym instrumentem nie tylko o charakterze odszkodowawczym, ale również prewencyjnym. Ich zadaniem jest dyscyplinowanie wykonawców w trakcie realizacji umowy. Izba podkreśla, że wykonawca niezadowolony z wysokości nałożonej kary umownej ma ustawowe prawo do domagania się jej miarkowania przez sąd.

W odniesieniu do §16 ust 7 wzoru umowy cz. 5, 6, 7, 8: *„Stwierdzenie braków w wyposażeniu indywidualnym pracowników ochrony, które nie zostało ujęte w zapisach poniższych będzie skutkowało nałożeniem na Wykonawcę kary pieniężnej w wysokości 500 zł za każdy brakujący lub niesprawny element wyposażenia"*. Zamawiający nie dostrzega potrzeby zmiany wysokości kary umownej. Zdaniem Zamawiającego wysokość kary jest adekwatna, skuteczna i charakteryzująca się prewencyjnym oddziaływaniem. W ramach zadań obecnie realizowanych przez Odwołującego, wysokość kar za naruszenie wskazanego zapisu przewidziana w umowach jest w wysokości również 500 zł i z tego tytułu Odwołujący nie wnosił zastrzeżeń. Wskazać należy. iż kary w takich samych lub w wyższych wysokościach zastrzeżone są w większości jednostek wojskowych, czy też Wojskowych Oddziałów Gospodarczych. Podniesione przez Odwołującego argumenty dotyczące wysokości szkody przez Zamawiającego pozbawione są logicznego uzasadnienia, podobnie jak stwierdzenie: *„iż brak jednego elementu nie przełoży się na niemożliwość prawidłowego wykonania umowy"*. Zamawiający nie może wykluczyć, iż brakujący element lub niesprawny np. miotacz substancji obezwładniającej przyczyni się i będzie decydujący dla ochrony zdrowia, mienia lub życia w sytuacjach wymagających ich użycia. Kompletność

wyposażenia to nie tylko interes Zamawiającego ale również bezpieczeństwo osób wykonujących bezpośrednio zadania ochronne, co pomija zupełnie Odwołujący. Z dotychczasowej praktyki Zamawiającego wynika, iż określona na takim poziomie wysokość kary skutecznie przeciwdziała *„szukaniu oszczędności i obniżania kosztów działalności przez Wykonawców usługi.”*. Kryteria zasadności nałożenia kary w zamieszczonych zapisach SIWZ są jednoznaczne: *„stwierdzony brak w wyposażeniu indywidualnym pracowników ochrony, które nie zostało ujęte w zapisach poniższych...”* dotyczy wyposażenia niewymienionego w pozostałych punktach § 16 odnoszących się do wymaganego wyposażenia. Ze względu na specyfikę chronionych obiektów Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę wysokości zastrzeżonej kary umownej. W orzecznictwie KIO ugruntowany jest pogląd, że zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu prowadzi częstokroć do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. KIO w wyroku z 29.01.2014 r., sygn. akt: KIO 69/14 w uzasadnieniu wyroku podkreśliła, że zamawiający wydatkując środki publiczne, podlega dyscyplinie finansów publicznych i ma obowiązek działać w interesie publicznym. W ocenie Izby zamawiający w związku ze swoją działalnością ponosi większe ryzyko niż zwykły przedsiębiorca, gdyż w przypadku nieosiągnięcia celu zamówienia potrzeby zbiorowe mogą pozostać niezaspokojone. Z powyższego względu uzasadnione jest narzucanie przez niego kar dotkliwych dla wykonawców, pełniących funkcję dyscyplinującą.

W odniesieniu do § 16 ust 10 wzoru umowy cz. 5, 6, 7, 8: *„Każde spóźnienie Grupy Interwencyjnej w stosunku do czasu, o którym mowa w § 5 ust. 3 pkt 1) będzie skutkowało nałożeniem na Wykonawcę kary pieniężnej w wysokości 100 zł za każdą rozpoczętą minutę spóźnienia nie więcej jednak niż 3000 zł"* Zdaniem Zamawiającego wysokość kary jest właściwa, nieodbiegająca od kar stosowanych przez innych Zamawiających (WOG-I i jednostki wojskowe) w skali kraju. W ramach aktualnie realizowanych umów, w przypadku Odwołującego stwierdzono naliczenie kar w tym zakresie. Opisane powyżej zagadnienie dotyczy również działania Grupy Interwencyjnej w mniejszym składzie, czyli jednoosobowym. Zamieszczony zapis ma na celu uniknięcie przybycia patrolu w składzie jednoosobowym (co jest sprzeczne z Rozporządzeniem MSWiA z 21 października 2011 r. w sprawie zasad uzbrojenia specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych i warunków przechowywania oraz ewidencjonowania broni I amunicji - § 1 pkt 3 - definicja grupy interwencyjnej). Z dotychczasowych doświadczeń Zamawiającego wynika, iż najczęstszą przyczyną spóźnienia Grupy Interwencyjnej nie są powody wymienione przez Odwołującego (tj. warunki drogowe czy zdarzenia losowe) a oczekiwanie na drugiego członka patrolu, zakończone często przyjazdem tylko jednego z nich. Odwołujący podnosi, iż wysokość kar jest niedostosowana do rzeczywistej szkody, jaką potencjalnie mógłby ponieść Zamawiający w wyniku niewłaściwej realizacji zamówienia. Na jakiej podstawie Odwołujący ustala *„rzeczywistą szkodę”*? Czy Odwołujący posiada w tym zakresie jakiś algorytm pozwalający na obliczenie szkody adekwatnej? Odwołujący pomija zupełnie specyfikę ochranianych obiektów. Wskazał, iż w aktualnie realizowanej umowie z udziałem Odwołującego (jak i w przypadku pozostałych Wykonawców) zamieszczony jest zapis *„...minimum jeden raz....”*. Zarówno dla Zamawiającego jak i Odwołującego przez cały okres jej realizacji był zapisem zrozumiałym, nigdy nieinterpretowanym jako dający możliwość nieskończonej ilości sprawdzeń. Nigdy też Zamawiający nie nadużywał prawa kontroli ponad potrzeby. Mając powyższe na względzie Zamawiający zmienia zapisy SIWZpoprzez wykreślenie zapisu *„minimum dwa razy w miesiącu...”* na zapis dotychczas obowiązujący w umowach tj. *„minimum jeden raz w miesiącu...”*. Tak sformułowane zapisy są zgodne z zapisami normy obronnej NO-04-A004-0:2016. Podmioty gospodarcze realizujące zadania w zakresie ochrony fizycznej obiektów wojskowych powinny zapewnić możliwość bezpłatnego kontrolowania co najmniej raz w miesiącu czas dojazdu sił interwencyjnych.

Czas dojazdu do 10 min przez GI wynika z przepisów, w tym zapisów normy obronnej NO-04-A004-0:2016. Odnosząc się do kwestii miarkowania wysokości kar po raz kolejny, zgodnie z orzecznictwem KIO podkreślić należy, iż wykonawca niezadowolony z wysokości nałożonej kary umownej ma ustawowe prawo do domagania się jej miarkowania przez sąd. Zastrzeżone kary umowne nie mają na celu *„wypracowanie dodatkowego zysku"*, jak niesłusznie wskazuje Odwołujący lecz mają zapewnić należyte i terminowe wykonanie zamówienia. Wpływy z kar umownych nie zasilają budżetu jednostki lecz są przekazywane do budżetu państwa. W przypadku ochrony obiektów jednostek wojskowych czas reakcji grupy interwencyjnej jest niezwykle istotny.

Zamawiający wskazał, iż zgodnie z § 16 ust. 10 i 11 - przesłanki naliczania kar należy stosować rozłącznie. § 16 ust. 32 wzoru umowy stanowi: *„w przypadku gdyby okazało się, że dane naruszenie wyczerpuje znamiona dwóch bądź więcej przypadków naliczania kar umownych, Zamawiający nalicza tylko jedną karę w wysokości wyższej"*. KIO w wyroku z 29.01.2013 r., KIO 113/13; KIO 117/13, zwróciła uwagę, że Zamawiającemu przyznane zostało uprawnienie do ukształtowania postanowień umownych. Zamawiający może, o ile nie wykracza poza unormowanie art 3531 Kc., dowolnie sformułować postanowienia w zakresie kar umownych, zależnie od sytuacji faktycznej i swoich potrzeb. Kary umowne dla zamawiającego nie pełnią roli ściśle odszkodowawczej. Co do zasady ich znacznie ważniejszą, dla zamawiającego, rolą jest ich funkcja stymulacyjna, dyscyplinująca wykonawcę do prawidłowego wykonania zamówienia. KIO zwróciła również uwagę, że ustanowienie przez zamawiającego możliwości naliczania wysokich kar umownych nie ogranicza prawa wykonawcy do zwrócenia się do sądu powszechnego o dokonanie oceny czy naliczona kara umowna będzie rażąco wygórowana. Przywołane przez Odwołującego orzeczenia KIO (KIO 2546/15, KIO 1117/17) dotyczyły zupełnie odmiennych stanów faktycznych, w wyroku KIO 1117/17 Izba nakazała wykreślenie postanowienia dotyczącego możliwości naliczenia przez Zamawiającego kary umownej: *„za każdy inny przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania Kontraktu niż przewidziane w pkt 1-24 powyżej - wysokości 50 000 zł za każdy stwierdzony przypadek”*. Kary określone w niniejszym postępowaniu przez Zamawiającego są nieporównywalnie niższe i z cała pewnością nie mogą być uznane - mając na uwadze także szacunkową wartość zamówienia- za rażąco wygórowane.

Postanowienia SIWZ Rozdz. III pkt 2.13 SIWZ wymagające zmiany*„W takcie wykonywania obowiązków służbowych każdy pracownik ochrony, winien posiadać przy sobie dokumenty o których mowa w pkt. 2.9 ppkt. 2) i 3), tj. legitymację kwalifikowanego pracownika ochrony, (pracownik zabezpieczenia technicznego - legitymację kwalifikowanego pracownika zabezpieczenia technicznego), legitymację osoby upoważnionej do posiadania broni oraz dokument tożsamości”*, przywołany pkt 2.9 ppkt 2) i 3) nie odnosi się do obowiązku posiadania dokumentu tożsamości, w związku z powyższym - Zamawiający zgodnie z żądaniem Odwołującego wykreśla z Rozdziału III pkt 2.13 SIWZ zapis *„dokument tożsamości"*.

Cz. III pkt 2.24 ppkt 2) SIWZ - Zamawiający zgodnie z literą c) odpowiedzi na odwołanie określił ilość wezwań kontrolnych i czas dojazdu grupy interwencyjnej, powyższe wynika z przepisów, normy obronnej NO-04-A004-0:2016 Zamawiający nie uwzględni żądania zmiany zapisów poprzez ograniczenie kontroli do maksimum jednej w miesiącu z uwagi na to, że zapis taki byłby niezgodny z treścią ww. dokumentów, które określają minimalną a nie maksymalną liczbę kontroli. Zamawiający nie posiada wiedzy kiedy może wystąpić zagrożenie. Gdyby stan zagrożenia był znany z wyprzedzeniem, nie występowałby problem z czasem dojazdu GI, gdyż byłaby wzywana ze znanym wyprzedzeniem. W wyroku 29.01.2014 r., KIO 69/14, KIO odnosząc się do ograniczenia zasady swobody umów oraz wysokości kar umownych w umowie w sprawie zamówienia publicznego uznała, że zasada równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu zasady swobody umów, a pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na

korzyść zamawiającego. Zamawiający działa w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb publicznych i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu prowadzi do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem, ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy (wyrok z 30.06.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1189/10).

Odnośnie § 5 ust 3 pkt 1 wzoru umowy dla cz. 5, 6, 7, 8: Czas dojazdu Grupy interwencyjnej (10 min) wynika z przywołanych wyżej przepisów wewnętrznych. Argumentacja Odwołującego wskazuje jedynie brak możliwości właściwego zorganizowania działań GI. W ramach jednego z zadań realizowanych aktualnie z udziałem Konsorcjum Odwołującego, jak i w przypadku jednego z ogłoszonych zadań, w sytuacji braku możliwości dotrzymania określonego przepisami terminu dojazdu GI, Zamawiający zrezygnował z tej formy ochrony na rzecz dodatkowego pracownika (1). W przypadku wymienionych przez Odwołującego zadań stanowiących przedmiot postępowania, większość z nich nie zawiera w składzie osób zapewniających zmianowość (5, 8, 9) a dla zadań 6 i 7 - jednego pracownika w takim charakterze, co wyklucza możliwość przyjęcia rozwiązania proponowanego przez Odwołującego z wariantem tzw. *„zmiany odpoczywającej"*.

Zamawiający jednocześnie wskazał, iż zgodnie z orzecznictwem KIO (02.09.2015 r., sygn. akt: KIO 1806/15) Izba nie może oceniać ewentualnego naruszenia przepisów Kodeksu cywilnego przez naruszenie zasad współżycia społecznego przy ustalaniu wysokości kar umownych. Wysokość kar umownych, w przypadku ich naliczenia, będzie mógł miarkować właściwy sąd powszechny i Izba nie jest upoważniona do ingerowania w kompetencje sądu. Niewątpliwie kary umowne są narzędziem wykorzystywanym przez Zamawiającego do mobilizowania wykonawcy do prawidłowego wykonywania umowy, a kary umowne w skarżonym projekcie umowy dostosował Zamawiający do zagrożeń, które mogą wystąpić po naruszeniu przez wykonawcę obowiązków umownych. Na tym etapie - przed przystąpieniem do realizacji umowy i wystąpieniem przesłanki do naliczenia kar umownych - nie można ocenić, czy ewentualna kara umowna będzie nadmierna, wygórowana i nieadekwatna do rzeczywistej szkody (którą Odwołujący zdaje się bagatelizować). Po drugie, w określeniu kar umownych, nawet na wysokim poziomie, nie można się dopatrzeć naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji - kary umowne są określone jednakowo dla wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Izba nie ma kompetencji, aby oceniać, że doszło do *„rażącego uprzywilejowania pozycji Zamawiającego"* - Zamawiający, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jego organizatorem, gospodarzem", jego pozycja z natury jest uprzywilejowana, a umowa o wykonanie zamówienia publicznego ma charakter adhezyjny. Nawet, gdyby uprzywilejowanie Zamawiającego było*„rażące"*, to w przepisach Prawa zamówień publicznych, których ewentualne naruszenie Izba bada, trudno dopatrzeć się podstawy do oceny stopnia uprzywilejowania Zamawiającego. Reasumując dodał, iż Odwołujący dysponował wystarczająco dużą ilością czasu na zadanie pytań w wątpliwych dla niego kwestiach po otrzymaniu SIWZ. W przeciwieństwie do pozostałych wykonawców zaproszonych do złożenia ofert, Odwołujący nie złożył do Zamawiającego ani jednego pytania. Jest to argument potwierdzający działanie Odwołującego w kierunku przewlekania procedury przetargowej. Równocześnie w ocenie Zamawiającego Odwołujący nie wykazał naruszenia zarzucanych w odwołaniu przepisów.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, zaś Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówieniu.

Skład orzekający Izby zaliczył w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania w zakresie: zaproszenia do składnia ofert dla cz. 5, 6, 7, 8 i 9 skierowanego do Odwołującego wraz z załączonymi postanowieniami SIWZ w tym wzorami umów dla poszczególnych części oraz odpowiedziami na pytania (pismo z 28.12.2018 r.)

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Odwołującego:
1) notę obciążeniową z 06.12.2018 r.;
2) pismo Zamawiającego z 15.05.2018 r. wraz z protokołem kontroli z 30.04.2018 r.;
3) wyciąg z SIWZ 23 Bazy Lotnictwa Taktycznego w przetargu o nr ZP/20/2018.

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego załączone do odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego:
1) umowę aktualnie realizowana z Odwołującym;
2) wyciąg z normy obronnej NO-04-A004-9 2016;
3) dwa pisma z 28.01.2019 r. w sprawie modyfikacji SIWZ (dotyczy Rozdz. III pkt 2.13 i pkt 2.24 ppkt 2 SIWZ, jak i § 5 ust. 3 pkt 3 wzorów umów).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę, czyli uwzględnił w toku także odwołanie, odpowiedź na odwołanie zawierające uwzględnienie w części, a nadto stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na oddalenie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:
a) art. 3531 Kc oraz art. 484 § 2, art 5 Kc w zw. z art. 7 ust. 1, art. 14 oraz art. 139 Pzp poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy, polegające na nałożeniu w SIWZ rażąco wygórowanych i nieadekwatnych kar umownych na wykonawcę;
b) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 5 Kc. w zw. z art. 14 Pzp oraz art. 139 Pzp poprzez opisanie kar umownych w sposób niejednoznaczny i niedookreślony;
c) art. 14 i 139 ust. 1 Pzp w z w. z art. 353 (1) Kc poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i równowagę stron i prowadzący do nadużycia własnego prawa podmiotowego;
d) art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 7 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie /uwzględnienia w części/, jak i dokonanej przez Zamawiającego zmiany postanowień SIWZ z 28.01.2019 r. Nadto, Izba wskazuje w szczególności na przytoczone w odwołaniu oraz odpowiedzi na odwołanie postanowienia wzoru umowy oraz Opisu Przedmiotu Zamówienia z cz. III (Rozdz. III) SIWZ§ 16 ust 6, § 16 ust 7, § 16 ust 10 oraz § 5 ust 3 pkt 1 wzorów umowy cz. 5, 6, 7 i 8.

Izba odniesie się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania kolejnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Zamawiający dokonał uwzględnienia częściowego zarzutów zawartych w odwołaniu w zakresie zarzutu dotyczącego Cz. (Rozdz.) III pkt 2.13 SIWZ i w tym zakresie zmienił zapis SIWZ, poprzez wykreślenie z Cz. (Rozdz.) III pkt 2.13 SIWZ:*„oraz dokument tożsamości"*. Dokonane uwzględnienie stało się dla Zamawiającego wiążące, Izba umorzyła postępowania w tym zakresie, jak w sentencji. Zgodnie z art. 186 ust. 4a Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów w części, gdy po jego stronie do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów, Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.

Jednocześnie, Zamawiający dokonał również zmiany postanowień SIWZ w Cz. III pkt 2.24 ppkt 2 SIWZ (Rozdz. III pkt 2.24 ppkt 2 SIWZ - poprzez wykreślenie zapisu *„minimum dwa razy w miesiącu...'* na zapis - *„minimum jeden raz w miesiącu...'*. Podczas rozprawy Odwołujący oświadczył:*„W tym miejscu, z uwagi na wątpliwości Zamawiającego co do odwołania i tego, czy Odwołujący oczekiwał maksymalnie 1 kontroli w kontekście dokonanej przez Zamawiającego zmiany Odwołujący wyjaśnia, że dokonana przez Zamawiającego zmiana jest zgodna z jego interesem i w tym zakresie nie podtrzymuje pierwotnego żądania wynikającego z zarzutu.'*. Izba w konsekwencji uznała, że Odwołujący po zmianie postanowień SIWZ wycofał zarzut dotyczący -Cz. III pkt 2.24 ppkt 2 SIWZ (Rozdz. III pkt 2.24 ppkt 2 SIWZ), jak i § 5 ust. 3 pkt 3 wzorów umów. Skutkowało to umorzeniem postępowania przez Izbę w tym zakresie, jak w sentencji.

Odnosząc się do pozostałych szczegółowych zarzutów i zakwestionowanych postanowień wzoru umowy w pierwszej kolejności należy stwierdzić, że: *„(….) Kara umowna może zostać zastrzeżona - z przedmiotowego punktu widzenia - na wypadek wystąpienia jednej z trzech grup zdarzeń: a) niewykonania zobowiązania, b) nienależytego wykonania zobowiązania w ogólności, c) konkretnych uchybień w zakresie sposobu wykonania zobowiązania (np. co do jakości). Przy czym w jednej umowie można przewidzieć odrębną karę za niewykonanie, a odrębną za nienależyte wykonanie zobowiązania (por. T. Wiśniewski (w:) Komentarz..., s. 543; wyr. SN z dnia 17 grudnia 2008 roku, I CSK 240/08, LEX nr 484667). Granice dopuszczalnego kształtowania obowiązku zapłaty kary umownej wyznaczają - poza art. 483 kc - także przepisy o charakterze imperatywnym. Ocena skuteczności postanowienia umownego kreującego obowiązek zapłaty kary umownej podlega zatem kontroli w kontekście ograniczeń swobody umów (art. 353 1 kc), obejścia prawa, jak też ewentualnej sprzeczności z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 1 i 2 kc) - wyrok SN z dnia 11 stycznia 2008 r., V CSK 362/07, LEX nr 515710; zob. także P. D. (w:) (...)..., s. 958).(…,* /za wyrokiem Sądu Okręgowego w Łodzi z 18.05.2017 r., sygn. akt: X GC 56/14/.

Jednocześnie: *„Stosując instytucję miarkowania, sąd powinien mieć na względzie podstawowe funkcje kary umownej, jakimi są funkcja stymulująca wykonanie zobowiązania, funkcja represyjna w postaci sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy oraz funkcja kompensacyjna, polegająca na naprawieniu szkody, jeśli wierzyciel ją poniósł, bez konieczności precyzyjnego wyliczania jej wysokości, co znakomicie ułatwia realizację dochodzonego uprawnienia. Dlatego postuluje się ostrożne i powściągliwe stosowanie prawa redukcji, pamiętając, że miarkowanie osłabia skutek stymulacyjno-represyjny oraz kompensacyjny kary umownej, a nadto redukcja stanowi modyfikację treści zobowiązania określonego w umowie (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi, I ACa 1107/12, Lex nr 1311974).* /za wyrokiem Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 18.02. 2014 r., sygn. akt: III Ca 1512/13/.

Nadto: *„(...) Podstawowym kryterium stwierdzenia rażącego wygórowania kary umownej jest uwzględnianie jej stosunku do szkody powstałej po stronie wierzyciela wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Szkodę tę należy rozumieć szeroko jako całość uszczerbków majątkowych i niemajątkowych poniesionych przez wierzyciela (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z 13.2.2014 r., V CSK 45/13 , MoP 2014, Nr 19). Przyjęcie rażącego wygórowania kary umownej może być uzasadnione również, jeżeli dłużnik wykazał, że wierzyciel nie poniósł szkody albo poniósł szkodę w niewielkim rozmiarze (por. wyr. SN z 11.12.2008 r., II CSK 364/08 , z 15.3.2012 r.), lub w porównaniu z odszkodowaniem na zasadach ogólnych (por. wyr. SN z 11.10.2007 r., IV CSK 181/07 , OSNC 2008, Nr 2, poz. 48), w porównaniu z wartością całego zobowiązania głównego (por. wyr. SN z 19.4.2006 r., V CSK 34/06), lub z wartością spełnionego z opóźnieniem świadczenia (por. wyr. SN z 20.5.1980 r., I CR 229/80). W przypadkach, w których dłużnik za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania ponosi odpowiedzialność na zasadzie winy, kryterium, do którego sąd może się w określonym wypadku odwołać przy dokonywaniu miarkowania, jest niski stopień winy dłużnika. Wierzyciel nie powinien bowiem mieć możliwości dochodzenia kary umownej w pełnej wysokości niezależnie od stopnia naruszenia przez dłużnika stosunku zobowiązaniowego (por. wyr. SN z 22.1.2015 r., I CSK 690/13) . W doktrynie wskazuje się, że przy ocenie potencjalnego wygórowania kary umownej należy brać pod uwagę także takie elementy jak zakres i czas trwania naruszenia przez dłużnika powinności kontraktowych, a także wagę naruszonych postanowień kontraktowych z punktu widzenia interesów wierzyciela, a także zagrożenie dalszymi naruszeniami powinności kontraktowych w przyszłości (por. P. Drapała, [w:] System PrPryw, t. 5, 2013, s. 1164). W każdym razie sąd, stosując miarkowanie, powinien mieć na względzie podstawowe funkcje kary umownej, jakimi są funkcja stymulująca wykonanie zobowiązania, funkcja represyjna w postaci sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, lecz przede wszystkim funkcja kompensacyjna, gdyż przepisy art. 483 i 484 k.c. ujmują zastrzeżoną przez strony karę umowną jako surogat odszkodowania należnego z tytułu odpowiedzialności kontraktowej (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z 13.2.2014 r., V CSK 45/13 , MoP 2014, Nr 19, wyr. SA w Gdańsku z 21.5.2013 r., V ACA 229/13, Legalis; wyr. SA w Łodzi z 7.2.2013 r., I ACA 1107/12).* /za wyrokiem Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 15.11.2015 r., sygn. akt: XIII Ga 577/15/

Konieczne jest wskazanie także, że: „(…) Kara umowna jest (….) dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wprowadzanym do umowy w ramach swobody kontraktowania, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązań. Skłania ona tym samym stronę zobowiązaną, może nawet silniej niż jakiekolwiek inne środki, do ścisłego wypełnienia zobowiązania. Dłużnik, godząc się na karę umowną, bierze tym samym na siebie gwarancję jego wykonania. Treścią zastrzeżenia kary umownej jest zobowiązanie się dłużnika do zapłaty wierzycielowi określonej kwoty pieniężnej w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Zapłata kary umownej stanowi niejako automatyczną sankcję przysługującą wierzycielowi w stosunku do dłużnika w wypadku niewykonania przez niego lub nienależytego wykonania zobowiązania z przyczyn, za które dłużnik odpowiada. (Z. Gawlik Kodeks cywilny komentarz Tom III zobowiązania - część szczególna. pod red. A Kidyba, Lex, 2014).

Kara umowna, wbrew swej nazwie, nie jest karą w ścisłym tego słowa znaczeniu, lecz sankcją cywilnoprawną na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (por. T. Wiśniewski (w:) Komentarz..., s. 543). Dlatego mówi się o funkcji represyjnej kary umownej, która szczególnie widoczna jest wówczas, gdy strony już przy zawieraniu umowy przewidują karę umowną przewyższającą wysokość potencjalnej szkody oraz gdy strony ustalają karę umowną w wysokości odpowiadającej potencjalnej szkodzie, lecz na skutek naruszenia zobowiązania do szkody nie dochodzi lub dochodzi, lecz w o wiele mniejszym zakresie niż wysokość zastrzeżonej kary umownej (por. P. Drapała (w:) System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań - część ogólna, t. 5, pod red. E. Łętowskiej, Warszawa 2006, s. 958). Element represji

wyraża się również w uniezależnieniu prawa do domagania się należności z tytułu kary umownej od wielkości szkody (art. 484 § 1 zd. 1 kc - wyr. SN z dnia 17 czerwca 2003 roku, III CKN 122/01, LEX nr 141400).

Najistotniejszą funkcję, jaką pełni kara umowna, jest jednak funkcja kompensacyjna. Kara umowna jest surogatem odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego (wyr. SA w Białymstoku z dnia 28 lipca 2005 roku, I ACa 368/05, OSAB 2005, nr 3, poz. 3). Ma na celu naprawienie szkody poniesionej przez wierzyciela na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (wyr. SN z dnia 17 czerwca 2003 roku, III CKN 122/01, LEX nr 141400).' /za wyrokiem Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 18.05.2017 r., sygn. akt: X GC 56/14/.

Ważna jest także funkcja stymulacyjna kary umownej, bowiem zastrzeżenie kary umownej ma mobilizować dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania (zob. P. Drapała (w:) System..., s. 957) oraz zwiększać realność wykonania zobowiązania oraz ułatwienie naprawienia szkody (por. T. Wiśniewski (w:) Komentarz..., s. 544; A. Rembieliński (w:) Kodeks..., s. 478).

Funkcja symplifikacyjna kary umownej wiąże się z kolei z ułatwieniem dla wierzyciela w dochodzeniu kary umownej w procesie. Wierzyciel bowiem nie ma obowiązku wykazania ani faktu powstania szkody, ani jej wysokości. Zobligowany jest jedynie udowodnić, że kara umowna została skutecznie zastrzeżona oraz że doszło do nienależytego wykonania lub niewykonania zobowiązania (zob. P. Drapała (w:) System..., s. 957).

Odnosząc się do zakwestionowanego - § 16 ust 6 wzoru umowy cz. 5, 6, 7 i 8, Izba oddaliła w/w zarzut, w kontekście przywołanych przez Odwołującego w odwołaniu przepisów.

W tym wypadku, Odwołujący kwestionował jedynie w odwołaniu de facto wysokość kary umownej oraz kwestie niejednoznacznego określenia wyznaczonego miejsca przeznaczonego do palenia tytoniu.

Podczas rozprawy Odwołujący w zakresie wyznaczonego miejsca przeznaczonego do palenia tytoniu - nie zaprzeczał, że takie miejsce jest w sposób nie budzący wątpliwości wydzielone i oznaczone. Nadto, przyznał, że jest mu one znane, z racji realizacji dotychczas i nadal analogicznego zamówienia na rzecz Zamawiającego (przez ostatnie 5 lat). Podczas rozprawy, Odwołujący zmodyfikował zarzut w tym zakresie, odnosząc go do m.in. kwestii tego, że jest to jedynie jedna strefa na znaczny obszar objęty ochroną. Kwestie te (wynikające z modyfikacji zarzutu) z uwagi na art. 192 ust. 7 Pzp i nowy zarzut - nie były objęte rozpoznaniem.

Odnośnie zaś wysokości kary umownej. Zamawiający przedstawił w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie kontekst dokonania takiego zastrzeżenia powołując się na przepisy powszechnie obowiązujące (ius cogens), tj. ustawę o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych z 9 listopada 1995 r. (Dz.U z 1996 r. nr 10, poz. 55 ze zm.), zwaną potocznie: *„ustawą antynikotynową'* (palenie wyrobów tytoniowych w miejscach niedozwolonych stanowi wykroczenie – art. 13 ust. 2 – zagrożone grzywną w wysokości 500 zł), przepisy przeciwpożarowe w kontekście znajdującego się na jego terenie magazynu z bronią, jak też ochroną prawa osób niepalących do życia w środowisku wolnym od dymu tytoniowego, czy też generalnie zapewnieniem przestrzegania przepisów ustawy o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych. Jednocześnie, Odwołujący de facto przedstawił argumenty za zaniechowaniem takiego zastrzeżenia generalnie (tylko jeden magazyn z materiałami niebezpiecznymi, uciążliwość dla pracownika ochrony z uwagi na długotrwałość zmiany), choć w odwołaniu zaskarżył jedynie samą wysokość kary. Powyższe nowe okoliczności stanowiły de facto zmianę zarzutu i z uwagi na art. 192 ust. 7 Pzp i nowy zarzut - nie były objęte rozpoznaniem.

Izba uznała, w kontekście przedstawionej argumentacji, że obniżenie wysokości kary umownej z 500 zł na 50 zł osłabiłoby niewątpliwie skutek stymulacyjno - represyjny, ale również kompensacyjny kary umownej. Nadto, Izba podkreśla korelacje wysokości kary do kary grzywny z art. 13 ust. 2 przytoczonej powyżej ustawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosząc się do zakwestionowanego - § 16 ust 7 wzoru umowy cz. 5, 6, 7 i 8 wzoru umowy, Izba oddaliła w/w zarzut, w kontekście przywołanych przez Odwołującego w odwołaniu przepisów.

W tym wypadku Odwołujący kwestionował jedynie w odwołaniu de facto wysokość kary umownej oraz niejednoznaczność kryteriów jej nałożenia z uwagi na niejednoznaczność odesłania zawartego w pkt 2.10 SIWZ.

W zakresie braków w wyposażeniu. Kwestia ta jest uregulowana nie tylko w pkt 2.10 SIWZ, ale w odniesieniu do poszczególnych osób przypisuje dane środki ochrony od pkt 2.10.1 do 2.10.5 SIWZ. W pkt zaś 2.10.6 do 2.10.9 SIWZ Zamawiający określił wymagania względem konkretnego sprzętu.

Odwołujący kwestionował celowość zastrzeżenia w kontekście także innych postanowień Opisu Przedmiotu Zamówieni które nie zostały objęte zarzutem (m.in. kwestionował uprawnienia Zamawiającego do podważania sprawnośc wyposażenia, konieczność posiadania całego wyposażenia /nadmiar/ przez poszczególnego pracownika ochrony, choć odwołania wynika, że kwestionował, to że nie wie za brak jakiego konkretnego wyposażenia będzie nakładana kara Jednocześnie, Odwołujący podnosił kwestie naliczania w przeszłości kary umownej za braki w wyposażeniu, które nie był wprost wskazane w SIWZ. Powyższe kwestie nie były objęte zarzutem i z uwagi na art. 192 ust. 7 Pzp- nie były objęt rozpoznaniem.

W ocenie Izby, wskazane powyżej postanowienia SIWZ określają konkretnie jakim indywidulanym wyposażeniem powinien dysponować tak: dowódca ochrony (pkt. 2.10.1 SIWZ), pracownik ochrony na posterunku stałym/ ruchomym, pracownik ochrony zapewniający zmianowość na posterunkach (pkt 2.10.2 SIWZ), pracownik ochrony – obsługi Biura Przepustek, Pracownik ochrony – Portier (pkt 2.10.3 SIWZ), pracownik ochrony – skład Grupy Interwencyjnej Wykonawcy (pkt 10.2.4 SIWZ), pracownik ochrony – Dozorcy (pkt 2.10.5 SIWZ). Jednocześnie, w każdym z przytoczonych pkt znajduje się zastrzeżenie, uwaga, jaki konkretny element wyposażenia /środków przymusu i wyposażenia/ przechowywany jest w pomieszczeniach ochrony SUFO (Dowódcy ochrony SUFO) wydawany w sytuacjach określonych w „Planie ochrony" i „Instrukcji ochrony".

Odnośnie zaś wysokości kary umownej. Izba uznała, że kompletność wyposażenia w kontekście określonych wpros postanowień SIWZ wskazanych powyżej jest nie tylkow interesie Zamawiającego, ale również poszczególnyc pracowników ochrony. Kwestia zaś potencjalnej szkody jest niewymierna z uwagi na to, że może to być utrata życia lu zdrowia i to tak pracownika Zamawiającego, jak i pracownika ochrony.

Jednocześnie to, że dotychczas nie zaistniała okoliczność bezpośredniego zagrożenia życia, nie oznacza, iż taka sytuacja może nie mieć miejsca. Izba uznała, w kontekście przedstawionej argumentacji, że obniżenie wysokości kary umownej z 500 zł na 50 zł osłabiłoby niewątpliwie skutek stymulacyjno - represyjny, ale również kompensacyjny kary umownej. Nadto, niewymierność ewentualnej szkody także czyni wysokość kary jako nie kwalifikującą się do obniżenia.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosząc się do zakwestionowanego - § 16 ust 10 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 wzoru umowy cz. 5, 6, 7 i 8 wzoru umowy, Izba oddaliła w/w zarzuty, w kontekście przywołanych przez Odwołującego w odwołaniu przepisów.

W zakresie pierwszego z nich – Odwołujący podważał zapis w tzw. „nawiasie" oraz wnosił o liczenie kary za każde rozpoczęte 5 minut spóźnienia działania Grupy Interwencyjnej (dotyczyło dojazdu kontrolnego). Względem

następnego – wnosił o wydłużenie czasookresu do 15 minut (w sytuacji dojazdy alarmowego).

Odnośnie zapisu w tzw. „nawiasie" (działania Grupy Interwencyjnej w niniejszym składzie osobowym), stanowisko Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie (że ma to na celu uniknięcie przybycia patrolu w składzie jednoosobowym, powołanie się na § 1 pkt 3 definicji z Rozporządzenia z MSWIA) jest wyczerpujące, wiarygodne i uzasadnione. Odwołujący de facto na rozprawie w tym kontekście i dalszym negował celowość w ogóle przyjazdu Grupy Interwencyjnej, wskazywał m.in. na brak możliwości samodzielnego wkroczenia na teren Zamawiającego. Izba ponownie podkreśla, że Odwołujący na rozprawie modyfikował zarzut, gdyż celowość przyjazdu Grupy Interwencyjnej nie była podważana w odwołaniu. Ma więc tutaj zastosowanie art. 192 ust. 7 Pzp. Względem, zaś sposobu naliczania za każde rozpoczęte 5 minut, Odwołujący zmodyfikował zarzut na rozprawie wnosząc nie o jego generalne przedłużenie, ale zrelatywizowanie w zależności od danych budynków objętych ochronom. Powyższego również nie było w odwołaniu.

Jednocześnie, Izba podkreśla, że zakwestionowane warunki umowy na poszczególne części i sposób naliczania kary umownej należy rozpatrywać w kontekście przyjęcia takich, a nie innych warunków umowy przez Odwołującego lub innych Wykonawców i ryzyka z tym związanego dla Wykonawcy. Jeżeli bowiem Wykonawca jest zainteresowany złożeniem oferty w takim postępowaniu, jak przedmiotowe, to winien wycenić ryzyka związane z takim a nie innym wymogiem umowy w ramach zaoferowanej ceny, za które zapłaci Zamawiający. Nadto, Izba podkreśla, że kwestie trudności w dojeździe w oczekiwanym terminie 10 minut nie były podnoszone w kontekście generalnym braku możliwości wykonania usługi dojazdu w tym czasookresie, lecz trudności z tym związanych. Trzeba jednak zauważyć, że bez względu na to czy taki przyjazd ma charakter kontrolny (do czego uprawnia dyrektywa obronna), czy też alarmowy (bez znaczenia, że dotychczas nie zaistniał) stanowi on element standardowego zakresu tego rodzaju, jak w tym przypadku usług. Zamawiający zaś, ze względu na rodzaj prowadzonej aktywności, ma prawo wymagać określonych standardów, nawet ponad normę i to bez znaczenia, czy ochronie podlegają budynki *„stricte'* wojskowe, czy administracyjne. W tych drugich bowiem także mogą znajdować się dokumenty o charakterze newralgicznym. Kwestia więc, że norma obronna określa czas dojazdu na 10 minut, nie jest kluczowa, gdyż Zamawiający mógł wychodząc z jej postanowień rozszerzyć ten wymóg także na Grupy Interwencyjne, które świadczyłyby dojazd na obiekty chronione przez pracowników ochrony, a nie tylko tam gdzie taka ochrona ma charakter „automatyczny".

Izba podkreśla, że owe problemy z dojazdem nie zostały poparte żadnym dowodem unaoczniającym takie problemy komunikacyjne (czy mają charakter stały, okresowy), czy też chociażby mapę z czasem dojazdu z punktu monitorowania (Izba za taki nie uznała przedstawioną notę księgową). Konieczne jest również zwrócenie uwagi, że czas dojazdu jest uzależniony od umiejscowienia punktu monitorowania. Odwołujący nawet nie podał oddalenia swojego punktu od terenu objętego zamówieniem (poszczególnymi częściami), oraz czy ma takich punktów więcej niż jeden. Nadto, nie wskazał, czy są jakieś przeciwskazania co do dostosowania (jego oddalenia) takich punktów lub punktu do potrzeb Zamawiającego.

Ewentualna szkoda Zamawiającego, jak było to już podnoszone może odnosić się nie tylko do uszczerbku w majątku, czy też zagrożeniu w życiu lub zdrowi, lecz niebezpieczeństwie utraty newralgicznych dokumentów.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1 i 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia postępowania odwoławczego oraz kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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 (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

……

Członkowie:

……

……