

Sygn. akt: KIO 874/15
KIO 888/15

WYROK
z dnia 13 maja 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 maja 2015 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 27 kwietnia 2015 roku przez wykonawcę **Konsalnet Holding S.A z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 874/15)**

B. w dniu 30 kwietnia 2015 roku przez wykonawcę **STEKOP S.A z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 888/15)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Mazowiecki Port Lotniczy Warszawa - Modlin Sp. z o. o. z siedzibą w Nowym Dworze Mazowieckim**

przy udziale wykonawcy **Poczta Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 888/15, po stronie zamawiającego,

orzeka:

I.

A (1) uwzględnia odwołanie wniesione przez Konsalnet Holding S.A z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 874/15), i nakazuje Zamawiającemu dokonanie następujących zmian w ogłoszeniu o zamówieniu:

a) w sekcji III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu dotyczącej warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia w zdaniu: „W przypadku ubiegania się o zamówienie na obie części wartość usług, o których mowa w literach a oraz b winny wynosić minimum 2 000 000 PLN netto każda”, wykreślenie słowa „każda” oraz uszczegółowienie powyższego zapisu, aby wynikało z niego, że Zamawiający

dopuszcza spełnienie warunku udziału w postępowaniu, w ten sposób że w przypadku ubiegania się o dwie części zamówienia wartość 2 000 000 PLN netto odnosi się łącznie do obu części, a warunku nie można wykazać przez powołanie się w obu częściach na ten sam kontrakt o wartości 1 000 000 PLN netto.

b) w sekcji IV.2.1) punkt 2. otrzymuje brzmienie:

„2. usługi kontroli bezpieczeństwa lub ochrony osób i mienia lotniska użyteczności publicznej świadczone nieprzerwanie przez okres co najmniej 24 miesięcy. Waga 10”.

(2) w pozostałym zakresie odwołanie oddala

oraz

B. (1) uwzględnia odwołanie wniesione przez wykonawcę STEKOP S.A z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 888/15) i nakazuje Zamawiającemu dokonanie następujących zmian w ogłoszeniu o zamówieniu:

a) w sekcji III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu dotyczącej warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia wprowadzenie zapisu wyjaśniającego rozumienie użytego w ogłoszeniu wyrażenia „kontrakt”, że przez powyższe wyrażenie Zamawiający rozumie okres wykonywania świadczenia na rzecz tego samego podmiotu, ale nie koniecznie na podstawie jednej umowy;

(2) w pozostałym zakresie odwołanie oddala

II.

II.1. kosztami postępowania obciąża **Mazowiecki Port Lotniczy Warszawa - Modlin Sp. z o. o. z siedzibą w Nowym Dworze Mazowieckim:**

II.1.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsalnet Holding S.A z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 874/15) oraz przez STEKOP S.A z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 888/15)** tytułem wpisów od odwołań,

II.1.2. zasądza od **Mazowieckiego Portu Lotniczego Warszawa - Modlin Sp. z o. o. z siedzibą w Nowym Dworze Mazowieckim** na rzecz **Konsalnet Holding S.A z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 874/15)** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

2

II.1.3. zasądza od **Mazowieckiego Portu Lotniczego Warszawa - Modlin Sp. z o. o. z siedzibą w Nowym Dworze Mazowieckim** na rzecz **STEKOP S.A z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 888/15)** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

3

Sygn. akt KIO 874/15
KIO 888/15

UZASADNIENIE

Sygn. akt KIO 874/15

Do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 179 ust. 1 oraz 180 ust. 1 i art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami), zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył Wykonawca - **Konsalnet Holding S.A z siedzibą w Warszawie** (dalej „Odwołujący”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem są „*Usługi ochrony osób i mienia na rzecz Spółki Mazowiecki Port Lotniczy Warszawa-Modlin Sp. z o.o.*” prowadzi Zamawiający - Mazowiecki Port Lotniczy Warszawa - Modlin Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Dworze Mazowieckim.

Odwołanie wniesiono wobec treści ogłoszenia o zamówieniu na obie części zamówienia. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o postępowaniu w dniu 17.04.2015r.- ID:2015- 051602. Jak wynika z treści ogłoszenia jest to zamówienie sektorowe o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Odwołanie zostało wniesione w dniu 27.04.2015r., stąd termin na wniesienie odwołania został zachowany.

Odwołujący zgłosił następujące zarzuty:

1. naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i art. 22 ust. 4 ustawy Pzp przez postawienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób nadmierny, nieproporcjonalny i nieuzasadniony przedmiotem zamówienia tj. żądanie, aby Wykonawca od dnia 01.07.2016r. posiadał świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego trzeciego stopnia potwierdzające zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli poufne i „Confidential UE/UE Confidential” podczas gdy rozpoczęcie świadczenia usługi planowane jest na dzień 1 października 2015r., co oznacza, że na etapie oceny wniosków i realizacji umowy przez kilka miesięcy mogą zostać dopuszczone podmioty, które nie posiadają określonych kwalifikacji i uprawnień, a co więcej mogą takiego poświadczenia nie uzyskać, co będzie wymuszało rozwiązanie stosunku zobowiązaniowego;
2. naruszenia art. 7 ust. 1 w z w. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i art. 22 ust. 4 ustawy Pzp przez postawienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób nadmierny, nieproporcjonalny i nieuzasadniony przedmiotem zamówienia tj. żądanie, aby osoby wykonujące zadania na rzecz Zamawiającego tj. Dowódcy Zmian i osoby kierowane na stanowisko przełożonego

posiadał poświadczenie bezpieczeństwa uprawniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli poufnej i „Confidential UE/UE Confidential”, podczas gdy osoby te w związku z realizacją przedmiotu zamówienia nie będą miały żadnego dostępu do informacji, które wymagałyby posiadania żądanych uprawnień;

3. naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1, 2, 3 i 4 i art. 22 ust. 4 w zw. z art. 29 ust. 1 w zw. z art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez postawienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności oraz warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz w sposób nieprecyzyjny i niezrozumiały co uniemożliwia złożenie prawidłowej oferty tj.:

1) żądanie przedstawienia informacji o dotychczasowej działalności, w tym dokumentów finansowych za ostatnie 3 lata oraz za rok 2015,

2) żądania wskazania deklarowanego terminu, w którym zostaną zatrudnieni pracownicy spełniający wymagania dotyczące osób dokonujących kontroli bezpieczeństwa w ruchu lotniczym w liczbie niezbędnej do wykonywania zadań,

3) żądania udokumentowania możliwości spełnienia warunków organizacyjnych

zapewnienia kontroli niezbędnych dla prawidłowego, niezakłóconego wykonywania bezpieczeństwa w ruchu lotniczym w zakresie liczby pracowników ochrony posiadających odpowiednie poświadczenie bezpieczeństwa oraz kwalifikacje, którzy mają wykonywać te zadania

przy jednoczesnym braku określenia, jakie dokumenty Wykonawca winien przedstawić na potwierdzenie spełnienia tych wymagań a także braku opisu przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający złożenie odpowiednich deklaracji;

4. naruszenia art. 7 ust 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 22 ust. 4 ustawy Pzp przez sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia tj. uznanie, że potwierdzeniem posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia będzie wykazanie się usługami świadczonymi w obiekcie użyteczności publicznej o kubaturze minimum 30000 m³ podczas, gdy kubatura obiektu nie ma żadnego znaczenia dla charakteru świadczonej usługi i oceny nabytego doświadczenia, a tak postawiony warunek preferuje podmioty, które świadczyły usługę w obiektach, w których taką kubaturę można wykluczyć

5. naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 22 ust 4 ustawy Pzp przez sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. przyjęcie, że w przypadku ubiegania się o zamówienie na obie części wartość usług, o których mowa w literach a i b winny wynosić minimum 2 000 000 PLN netto każda, co

powoduje, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu są nierówno traktowani i wykonawcy biorący udział w obu częściach zamówienia muszą spełnić wyższe kryteria niż ci, którzy biorą w postępowaniu na jedną część

6. naruszenie art. 7 w zw. z art. 48 ust. 2 pkt 8a i 51 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez ustanowienie dyskryminacyjnego warunku przyznawania punktów wobec wykonawców, którzy zamierzają ubiegać się o obie części zamówienia oraz w sposób powodujący brak możliwości porównania złożonych wniosków i przyznania właściwej punktacji, tj. żądanie, aby w przypadku ubiegania się o zamówienie na obie części wartość usług, o których mowa w literach a) oraz b) winny wynosić minimum 2 000 000 PLN netto każda, co powoduje, że wykonawca chcący ubiegać się o dwie części zamówienia musi de facto wykazać się innym doświadczeniem niż wykonawca startujący tylko na jedną część zamówienia, co prowadzi do nieporównywalności ofert i braku możliwości przyznania punktów, a tym samym do braku możliwości zakwalifikowania wykonawców do kolejnego etapu postępowania;

7. naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 i 2, 2a w zw. z art. 48 ust. 2 pkt 10 ustawy Pzp w zw. z art. 58 KC, przez przyjęcie, że jednym z dwóch kryteriów oceny ofert o wadze 10% będzie usługa kontroli bezpieczeństwa lub ochrony osób i mienia, świadczonych nieprzerwanie przez okres co najmniej 24 miesięcy na lotnisku użytku publicznego co powoduje, że wobec tak ogólnie postawionego warunku, każdy podmiot świadczący usługi w

zakresie ochrony lotnisk jest w stanie spełnić wymagania Zamawiającego i uzyskać maksymalną ilość punktów, a w związku z tym, kryterium to jest jedynie pozorne i jedynym kryterium ofert pozostaje cena, co jest niezgodne z dyspozycją art. 91 ustawy Pzp, a ponadto opis ten powoduje, że Wykonawca może uzyskać punkty za świadczenie usług w ogóle nie związanych z przedmiotem zamówienia.

Podnosząc powyższe zarzuty Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie stosownych zmian i uzupełnień w treści ogłoszenia w sposób opisany w uzasadnieniu każdego zarzutu.

Wykazując interesu w złożeniu odwołania, Odwołujący podniósł, że zamierza złożyć wniosek o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu i będzie starał się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Pozostawienie postanowień ogłoszenia w dotychczasowym brzmieniu może uniemożliwić skuteczne ubieganie się o udzielenie zamówienia przez Wykonawcę, a ponadto w związku z bezwzględną nieważnością niektórych postanowień kontynuowanie postępowania może oznaczać konieczność jego unieważnienia na późniejszym etapie, przez co Odwołujący również utraci możliwość uzyskania tego zamówienia. Ponadto kwestionowane postanowienia są tak niejasne i niejednoznaczne, że Wykonawca ma uzasadnione obawy, że może przygotować wniosek, który zostanie odrzucony. Wskazać przy tym należy, że zgodnie z dyspozycją art. 38 ustawy Pzp, Wykonawcy mogą zwrócić się jedynie o wyjaśnienie treści Specyfikacji Istotnych

6

Warunków Zamówienia co oznacza, że jedyną drogą zakwestionowania postanowień ogłoszenia jest wniesienie odwołania.

W uzasadnieniu wskazano, że Zamawiający podzielił zamówienie na dwie części:

1) Część 1 - polegająca na świadczeniu usługi kontroli bezpieczeństwa i kontroli dostępu na rzecz Spółki Mazowiecki Port Lotniczy Warszawa - Modlin Sp. z o.o. W ramach Części 1, wykonawca zobowiązany będzie do prowadzenia kontroli bezpieczeństwa w lotnictwie cywilnym, w szczególności w zakresie kontroli osób, bagażu, ładunków, poczty, zaopatrzenia pokładowego i zaopatrzenia portu lotniczego oraz kontroli dostępu.

Wymienione czynności muszą być wykonywane na podstawie i zgodnie z obowiązującymi przepisami dotyczącymi ochrony lotnictwa cywilnego oraz wewnętrznymi przepisami Zamawiającego, dotyczy to w szczególności Programu ochrony lotniska i Planu ochrony lotniska, a także zgodnie z przepisami dotyczącymi ochrony osób i mienia. Przez kontrolę bezpieczeństwa rozumie się określone, w krajowych i unijnych regulacjach prawnych, czynności wykonywane wobec pasażera, jego bagażu kabinowego, bagażu rejestrowanego oraz ładunków i przesyłek, w celu określenia prawnej możliwości ich dopuszczenia do przewozu.

2) Część 2 - polegająca na świadczeniu usługi ochrony osób i mienia oraz kontroli dostępu na rzecz Spółki Mazowiecki Port Lotniczy Warszawa-Modlin Sp. z o.o. W ramach Części 2, wykonawca zobowiązany będzie do świadczenia usług ochrony osób i mienia na rzecz Spółki Mazowiecki Port Lotniczy Warszawa-Modlin Sp. z o.o. oraz kontroli dostępu. Wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia, dla danej Części, usługi ochrony osób i mienia polegają na całodobowym działaniu, mającym na celu zapewnienie bezpieczeństwa życia, zdrowia i nietykalności osobistej oraz działaniu zapobiegającemu przestępstwom i wykroczeniom przeciwko mieniu, a także przeciwdziałaniu powstania szkody wynikającej z tych zdarzeń oraz niedopuszczeniu do wstępu osób nieuprawnionych na teren chroniony, na zasadach określonych w Ustawie z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia oraz w Ustawie z dnia 03 lipca 2002 r. Prawo lotnicze oraz w umowie. Wymienione czynności muszą być wykonywane na podstawie i zgodnie z obowiązującymi przepisami dotyczącymi ochrony lotnictwa cywilnego oraz wewnętrznymi przepisami Zamawiającego, dotyczy to w szczególności Programu ochrony lotniska i Planu ochrony lotniska, a także zgodnie z przepisami dotyczącymi ochrony osób i mienia.

W Sekcji II.1.5) Zamawiający zażądał, aby Wykonawca od dnia 01.07.2016 r., posiadał świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego trzeciego stopnia potwierdzające zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „poufne” i „Confidentiel UE/UE Confidential”, a osoby wykonujące zadania na rzecz Zamawiającego tj. Dowódcy Zmian i osoby kierowane na stanowisko przełożonego w rozumieniu przepisu pkt. 4.1.2.11 załącznika do Rozporządzenia (UE) nr 185/2010 posiadały poświadczenie bezpieczeństwa

7

uprawniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „poufne” i „Confidential UE/UE Confidential”.

W sekcji III.2.1 Zamawiający zawarł m.in. następujące wymagania w zakresie posiadanych uprawnień, posiadania wiedzy i doświadczenia, potencjału osobowego i zdolności ekonomicznej:

„12. Na potwierdzenie spełniania warunków określonych w pkt 2 ogłoszenia, wykonawcy składają poniższe dokumenty i oświadczenia:

1) przedstawić informację o dotychczasowej działalności, w tym dokumenty finansowe za ostatnie 3 lata oraz za rok 2015, (...)

7) wskazać deklarowany termin, w którym zostaną zatrudnieni pracownicy spełniający wymagania dotyczące osób dokonujących kontroli bezpieczeństwa w ruchu lotniczym w liczbie niezbędnej do wykonywania zadań, termin ten nie może być późniejszy niż 31.08.2015 r., (...)

10) udokumentować możliwość spełnienia warunków organizacyjnych niezbędnych dla zapewnienia prawidłowego, niezakłóconego wykonywania kontroli bezpieczeństwa w ruchu lotniczym w zakresie liczby pracowników ochrony posiadających odpowiednie poświadczenia bezpieczeństwa oraz kwalifikacje, którzy mają wykonywać te zadania, (...).”

W sekcji III.2.3) Zamawiający określił warunki w zakresie wiedzy i doświadczenia, które muszą spełnić Wykonawcy chcąc ubiegać się o zamówienie. Zamawiający zażądał, aby przypadku ubiegania się o zamówienie Wykonawca wykazał się:

1) Część 1 zamówienia:

wykonał (lub wykonuje) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co najmniej 3 usługi z zakresu ochrony osób i mienia, świadczone w obiektach podlegających obowiązkowej ochronie, zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 22.08.1997 r. o ochronie osób i mienia, przy czym okres każdego kontraktu nie może być krótszy niż 24 miesiące, w tym:

a) minimum 1 (jedna) z wykazanych usług musi dotyczyć zapewnienia w trybie 24h na dobę przez 7 dni w tygodniu usługi ochrony osób i mienia w formie bezpośredniej ochrony fizycznej w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 22.08.1997 r. o ochronie osób i mienia, w obiekcie użyteczności publicznej o kubaturze minimum 30 000 m³ i o wartości minimum 1000 000,00 PLN netto,

oraz

b) minimum 2 (dwie) z wykazanych usług muszą dotyczyć zapewnienia w trybie 24h na dobę przez 7 dni w tygodniu usługi ochrony osób i mienia w formie bezpośredniej ochrony fizycznej w rozumieniu przepisów art. 5 ustawy z dnia 22.08.1997 r. o ochronie osób i mienia, obszarów, obiektów lub urzędzeń podlegających obowiązkowej ochronie o wartości minimum 1000 000,00 PLN netto każda.

8

2) Część 2 zamówienia:

wykonał (lub wykonuje) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co najmniej 3 usługi z zakresu ochrony osób i mienia, świadczone w obiektach podlegających obowiązkowej ochronie, zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 22.08.1997 r. o ochronie osób i mienia, przy czym okres każdego kontraktu nie może być krótszy niż 24 miesiące, w tym:

a) minimum 1 (jedna) z wykazanych usług musi dotyczyć zapewnienia w trybie 24h na dobę przez 7 dni w tygodniu usługi ochrony osób i mienia w formie bezpośredniej ochrony fizycznej w rozumieniu przepisów

ustawy z dnia 22.08.1997 r. o ochronie osób i mienia, w obiekcie użyteczności publicznej o kubaturze minimum 30 000 m³ i o wartości minimum 1000 000,00 PLN netto,

oraz

b) minimum 2 (dwie) z wykazanych usług muszą dotyczyć zapewnienia w trybie 24h na dobę przez 7 dni w tygodniu usługi ochrony osób i mienia w formie bezpośredniej ochrony fizycznej w rozumieniu przepisów art. 5 ustawy z dnia 22.08.1997 r. o ochronie osób i mienia, obszarów, obiektów lub urzędzeń podlegających obowiązkowej ochronie o wartości minimum 1000 000,00 PLN netto każda.

W przypadku ubiegania się o zamówienie na obie części wartość usług, o których mowa w literach a oraz b winny wynosić minimum 2 000 000 PLN netto każda.

Ponadto w Sekcji VI.3 Zamawiający wskazał, że jeżeli liczba Wykonawców, którzy

spełniają warunki udziału w postępowaniu, dla części zamówienia, będzie mniejsza niż 20 lub równa 20. Zamawiający zaprosi do składania ofert, na taką część, wszystkich Wykonawców spełniających te warunki. Jeżeli liczba Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dla części będzie większa niż 20. Zamawiający zaprosi do składania ofert na taką część Wykonawców, których wnioski otrzymają najwyższe oceny spełniania warunków udziału. Zamawiający zastosuje kwalifikacje w postaci przyznania każdemu Wykonawcy po 1 pkt za każde zrealizowane należycie zamówienie spełniające wymogi określone w pkt III.2.3).1 przy czym punktowane będą usługi o wartości co najmniej 1 000 000 zł netto.

Zamawiający zaprosi do złożenia oferty Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu oraz otrzymali w kolejności najwyższą ilość punktów przyznawanych na wyżej wymienionych zasadach. W przypadku równej ilości punktów o kolejności decydować będzie łączna wartość wykazanych usług spełniających wymogi określone w pkt III.2.3).1 niniejszego Ogłoszenia. Przy ocenie stopnia spełniania warunku doświadczenia zamawiający uwzględni bez doświadczeń wyłącznie doświadczenia wykonawcy udostępnianych w oparciu o art. 26 ust 2b ustawy "

9

Jednocześnie w Sekcji IV.2 Zamawiający wskazał na kryteria udzielenia zamówienia. Zgodnie z postanowieniami tam wskazanymi, kryteriami oceny ofert będą: 1) cena z wagą 90, 2) usługi kontroli bezpieczeństwa lub ochrony osób i mienia, świadczone nieprzerwanie przez okres co najmniej 24 miesięcy na lotnisku użytku publicznego.

W ocenie Odwołującego opis warunków udziału w postępowaniu, jak również kryteria oceny ofert są nieprecyzyjne, dyskryminujące Wykonawców oraz niezgodne z przepisami ustawy Pzp.

Ad. zarzutu 1

Postawiony warunek narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. Wskazać bowiem należy, że do dalszego etapu postępowania, a być może nawet zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zostanie dopuszczony podmiot, który nie spełnia określonych przez Zamawiającego wymagań, a Zamawiający w tym zakresie będzie opierał się jedynie na deklaracji Wykonawcy. Tak postawiony warunek doprowadził w konsekwencji do braku żądania potwierdzenia spełnienia tego warunku odpowiednimi dokumentami.

Całkowicie niezrozumiałym jest również, żądanie spełnienia takiego warunku najpóźniej na dzień 01.07.2016r. tj. kilka miesięcy po planowanym rozpoczęciu usługi co z jednej strony mogłoby sugerować, że albo wymaganie to nie jest istotne z punktu widzenia Zamawiającego albo na obecnym etapie, któryś z potencjalnych Wykonawców nie posiada wymaganego uprawnienia, a Zamawiający - naruszając zasadę równego traktowania wykonawców - stara się stworzyć warunki, które umożliwią takiemu wykonawcy wzięcie udziału w postępowaniu.

Znamiennym jest również fakt, że warunek ten w tym kształcie jest nieweryfikowalny i może oznaczać, że w skrajnym przypadku umowa zostanie zawarta z podmiotem, który takiego poświadczenia nie uzyska nawet w deklarowanym terminie.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosi o uwzględnienie tego zarzutu i nakazanie Zamawiającemu określenie tego warunku w ten sposób, że każdy Wykonawca musi posiadać świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego trzeciego stopnia potwierdzające zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli poufnej i „Confidential UE/UE Confidential” najpóźniej na dzień upływu terminu do składania wniosków, co Wykonawca ma potwierdzić przedkładając stosowne dokumenty.

Ad. Zarzutu 2

Zgodnie z dyspozycją art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazuje, że ani Dowódcy zmian, ani osoby kierowane na stanowisko przełożonego nie będą miały dostępu do informacji wymagających posiadania

10

poświadczenia bezpieczeństwa uprawniającego do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „Poufne” i „Confidential UE/UE Confidential”. Uznać więc należy, że to wymaganie

jest nadmierne, nie związane w żaden sposób z przedmiotem zamówienia oraz ograniczające dostęp Wykonawców do uzyskania zamówienia.
Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o nakazanie wykreślenia tego warunku.
Ad. zarzutu 3

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający przekopiował warunki określone w art. 22a ustawy o ochronie osób i mienia, zapominając o tym, że ustawa Pzp nakłada na Zamawiających obowiązki w zakresie dokładności i jasności w opisie przedmiotu zamówienia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący nie kwestionuje prawa Zamawiającego sektorowego do żądania innych, niż określone w przepisach wykonawczych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale powinien je jednoznacznie opisać.

Tymczasem Zamawiający zażądał m.in. przedstawienia informacji o dotychczasowej działalności, w tym dokumentów finansowych za ostatnie 3 lata oraz za rok 2015, nie określając jakie informacje oraz jakie dokumenty winien przedstawić Wykonawca, co powoduje, że Wykonawca nie wie, jakie dokumenty winien złożyć, aby nie został wykluczony z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Ponadto Zamawiający zażądał wskazania deklarowanego terminu, w którym zostaną zatrudnieni pracownicy spełniający wymagania dotyczące osób dokonujących kontroli bezpieczeństwa w ruchu lotniczym w liczbie niezbędnej do wykonywania zadań, przy czym z zamieszczonego opisu przedmiotu zamówienia nie wynika szczegółowy zakres usługi oraz nie da się wyliczyć na podstawie danych tam zamieszczonych ilości osób niezbędnych do realizacji zamówienia. Oznacza to, że na obecnym etapie deklaracje składane na potwierdzenie spełniania tego warunku będą jedynie „pustymi” deklaracjami, których jedynym zadaniem będzie formalne potwierdzenie spełniania warunku. Pozostawienie takiego opisu spowoduje, że do postępowania mogą zostać dopuszczone podmioty, które nie będą faktycznie dysponowały odpowiednią ilością osób, a z uwagi na ograniczoną ilość podmiotów dopuszczonych do drugiego etapu, mogą zająć miejsce podmiotu, który faktycznie ten warunek spełnia.

Dodatkowo Zamawiający zażądał udokumentowania możliwości spełnienia warunków organizacyjnych niezbędnych dla zapewnienia prawidłowego, niezakłóconego wykonywania kontroli bezpieczeństwa w ruchu lotniczym w zakresie liczby pracowników ochrony posiadających odpowiednie poświadczenie bezpieczeństwa oraz kwalifikacje, którzy mają wykonywać te zadania przy jednoczesnym braku określenia, jakie dokumenty Wykonawca winien przedstawić na potwierdzenie spełnienia tego wymagania, a ponadto dając ogólny opis przedmiotu zamówienia nie dał Wykonawcom żadnych podstaw do wyliczenia

11

odpowiednich danych w tym zakresie. Powyższe oznacza, że również w tym przypadku wszystkie deklaracje będą jedynie pustymi deklaracjami mającymi na celu formalne spełnienie postawionego warunku.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie zarzutu i nakazanie Zamawiającemu dokonania uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia o dane umożliwiające dokonanie oceny ilości niezbędnych osób oraz określenie warunków organizacyjnych do realizacji zamówienia, a także zawarcia wykazu dokumentów, które Wykonawca winien przedłożyć na potwierdzenie spełniania wskazanych warunków udziału w postępowaniu.

Ad. zarzutu 4

Odwołujący wskazuje, że dla oceny kwalifikacji Wykonawcy, jego wiedzy i doświadczenia w zakresie związanym z przedmiotem zamówienia nie ma żadnego znaczenia więcej taki warunek kubatura chronionego obiektu. Co dyskryminuje Wykonawców, którzy wykonują usługę w obiektach podlegających obowiązkowej ochronie, ale które to obiekty nie są obiektami kubaturowymi.

Reasumując uznać należy, że przedmiotowy opis spełniania warunku udziału w postępowaniu nie jest związany z przedmiotem zamówienia lub jest co najmniej nadmierny, a także nie odzwierciedla de facto wiedzy i doświadczenia Wykonawcy niezbędnego do realizacji zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie zarzutu i nakazanie Zamawiającemu wykreślenie warunku dotyczącego kubatury obiektu.

Ad. zarzutu 5

Zamawiający podzielił zamówienie na dwie części dopuszczając możliwość składania

ofert na obie części zamówienia. Nie zmienia to jednak faktu, że obie części zamówienia należy traktować jako odrębne zamówienia i każdy Wykonawca winien być oceniany przez pryzmat poszczególnych części.

Nie bez znaczenia jest fakt, że na obecnym etapie kształtuje się jedynie grono potencjalnych Wykonawców, co nie oznacza, że Wykonawca, który dzisiaj zadeklaruje chęć uzyskania obu części zamówienia, faktycznie - po opublikowaniu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - zdecyduje się na złożenie oferty tylko na jedną część zamówienia. Pozostawienie warunku w takim kształcie jak obecnie spowoduje, że Wykonawca taki musi wykazać się wyższymi kwalifikacjami, niż Wykonawca, który od samego początku zdecyduje się na udział tylko w jednej części zamówienia.

Może się również okazać, że Wykonawca złoży nawet oferty na dwie części, ale np. w jednej części oferta zostanie odrzucona bądź inny Wykonawca złoży ofertę korzystniejszą. Nie zmienia to jednak faktu, że będzie on musiał się wykazać znacznie trudniejszymi i innymi usługami niż jego konkurenci startujący tylko na jedną część.

12

Oczywistym jest, że usług o wartości 2 mln złotych jest mniej na rynku, a w związku z tym taki warunek ogranicza konkurencję i nierówno traktuje Wykonawców biorących udział w tym postępowaniu.

Odwolujący wnosi o uwzględnienie zarzutu i dokonanie wykreślenia z treści ogłoszenia postanowienia że w przypadku ubiegania się o zamówienie na obie części wartości usług, o których mowa w literach a) oraz b) winny wynosić minimum 2 000 000 PLN netto.

Ad. zarzutu 6

Przedmiotowy zarzut pozostaje w bezpośrednim związku z zarzutem wskazanym powyżej przy czym odnosi się do etapu przyznawania przez Zamawiającego punktów dotyczących kwalifikacji Wykonawców do drugiego etapu.

Zwrócić należy bowiem uwagę, że Wykonawcy startujący na obie części zamówienia będą musieli wykazać się usługami o wartości 2 miliony złotych każda, natomiast Wykonawcy startujący tylko na jedną część - 1 milion złotych. Jednocześnie „Zamawiający zastosuje kwalifikacje w postaci przyznania każdemu Wykonawcy do 1 pkt za każde zrealizowane najeźycie zamówienie spełniające wymogi określone w pkt III.2.3.1.1. przy czym punktowane będą usługi o wartości co najmniej 1 000 000 zł netto co oznacza, że punkty będą przyznawane do pierwsze tylko za usługi na jedną część zamówienia. Wykonawcy zgłaszający udział w obu częściach będą zmuszeni wykazać się innymi i wyższymi kwalifikacjami. W przypadku gdy Wykonawca zdecyduje się na udział tylko w drugiej części i Wykonawców takich będzie więcej niż 20. Zamawiający nie będzie miał możliwości przyznania odpowiedniej punktacji i porównania wniosków, gdyż odnosi się do wszystkich usług czyli na część pierwszą i drugą część w sposób oczywisty Wykonawcy startujący tylko na jedną część nie będą mogli spełnić.

Powyższe w sposób jednoznaczny przesądza o zasadności zarzutu. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o uwzględnienie zarzutu i zmianę postanowień dotyczących kwalifikacji Wykonawców do dalszego etapu odnosząc przyznawanie punktów odrębnie dla każdej części zamówienia z uwzględnieniem obowiązku zniesienia warunku dotyczącego usług na kwotę 2 milionów złotych dla Wykonawców ubiegających się o dwie części zamówienia.

Ad. zarzutu 7

Zgodnie z postanowieniami art. 91 ustawy Pzp, Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia. w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji. Kryterium ceny może być zastosowane jako jedyne

13

kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, z zastrzeżeniem art. 76 ust. 2, a w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, jeżeli dodatkowo wykażą w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie

przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w Sekcji IV.2 wskazał na kryteria udzielenia zamówienia. Zgodnie z postanowieniami tam wskazanymi, kryteriami oceny ofert będą: 1) cena z wagą 90, 2) usługi kontroli bezpieczeństwa lub ochrony osób i mienia, świadczone nieprzerwanie przez okres co najmniej 24 miesiące na lotnisku użytku publicznego z wagą 10.

Bezspornym jest, że w przedmiotowym postępowaniu, z uwagi na charakter przedmiotu zamówienia, Zamawiający był zobowiązany do wprowadzenia innego niż cena, kryterium oceny ofert. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie sprostął temu obowiązkowi, a jedynie pozornie wprowadził drugie kryterium, które wobec zastosowanego opisu powoduje, że i tak jedynym kryterium oceny ofert będzie cena.

Zwrócić bowiem należy uwagę, że Zamawiający przyzna 10 punktów za wykazanie się chociażby jedną usługą kontroli bezpieczeństwa lub ochrony osób mienia świadczone przez okres co najmniej przez 24 miesiące na lotnisku użytku publicznego co oznacza w skrajnym przypadku, że nawet usługa polegająca na świadczeniu ochrony jakiegokolwiek punktu sprzedaży znajdującego się na lotnisku użytku publicznego przez 1 osobę przez 24 miesiące będzie powodowało przyznanie punktów, co będzie prowadziło do nierównego traktowania wykonawców a także będzie oznaczało przyznawanie punktów niezgodnie z intencją Zamawiającego, którą było punktowanie podmiotów bardziej doświadczonych. Co więcej Zamawiający wcale nie wymaga nawet, aby była to ochrona osobowa, a więc możliwym jest uznanie za spełniającą wymogi świadczenie usługi poprzez środki techniczne. Uprzedzając ewentualny zarzut ze strony Zamawiającego, że kryterium to zostanie uszczegółowione na późniejszym etapie, to wskazać należy że będzie to niemożliwe, gdyż kryteria te muszą być tożsame.

Takie działanie jest sprzeczne z postanowieniami art. 91 ust. 2a ustawy Pzp i wobec dyspozycji art. 58 kc postanowienia ogłoszenia w tym zakresie należałoby uznać za nieważne.

Odwołujący uważa, że przyznanie temu kryterium wagi 10, jest naruszeniem dyspozycji art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, gdyż tak mała waga, przy takich niskich wymaganiach powoduje, że wszyscy Wykonawcy z łatwością uzyskają maksymalną punktację w tym zakresie. Dodatkowo, w ocenie Odwołującego, pozacenowe kryterium oceny ofert winno być ustanowione na takim poziomie, aby realnie wpływało na ocenę ofert.

14

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie tego zarzutu i dokonanie poprawy postanowień ogłoszenia w ten sposób, że Zamawiający w sposób szczegółowy, zgodny z przedmiotem zamówienia, określi kryterium oceny ofert i nada im odpowiednią wagę, która realnie wpływa na wynik postępowania.

Mając na uwadze wskazane zarzuty Odwołujący wnosił jak na wstępie.

Sygn. akt KIO 888/15

W dniu 30 kwietnia 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie złożył wykonawca STEKOP Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie.

Odwołujący kwestionuje ogłoszenie o zamówieniu w następującym zakresie:

- 1) sekcja II pkt 1 II.1.5) „Krótki opis zamówienia lub zakupu w zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w postaci posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności,
- 2) sekcja III pkt III.2.3) „Kwalifikacje techniczne” pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu w zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, ograniczający konkurencję oraz uniemożliwiający ubieganie się o udzielenie zamówienia przez wykonawców, którzy są zdolni do jego realizacji,
- 3) sekcja VI pkt VI.3) informacje dodatkowe” w zakresie naruszającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, opisu sposobu dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucono naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez:

a) dokonanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do opisu przedmiotu zamówienia, naruszający uczciwą konkurencję oraz uniemożliwiający ubieganie się o udzielenie zamówienia przez wykonawców, którzy są zdolni do jego realizacji, tj. w zakresie, w jakim wykonawca musi wykazać się w każdej z części zamówienia:

- realizacją co najmniej 3 usług odpowiadających przedmiotowi udzielanego zamówienia, podczas gdy do wykazania doświadczenia niezbędnego do realizacji przedmiotowego zamówienia wystarczające jest wykazanie się realizacją 1 usługi odpowiadającej przedmiotowi zamówienia,
- realizacją usług na obiektach podlegających obowiązkowej ochronie, zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia, podczas gdy fakt podlegania lub

15

nie obowiązkowej ochronie obiektów nie wpływa na zakres i charakter świadczonych usług i zakres zdobywanego doświadczenia,

- realizacją usług (kontraktów), których termin realizacji nie może być krótszy niż 24 miesiące, podczas gdy wykazanie się realizacją usług o wartości odpowiadającej wymaganiom Zamawiającego, jednak o krótszym terminie realizacji lub usług świadczonych na rzecz tego samego zamawiającego jednak na podstawie kilku (a nie jak wymaga Zamawiający - na podstawie jednego) następujących po sobie kontraktów, jest równoznaczne z posiadaniem doświadczenia w realizacji usług odpowiadających przedmiotowi udzielanego zamówienia,
- realizacją co najmniej 1 usługi, w obiektach użyteczności publicznej o kubaturze nie mniejszej niż 30 000 m³, podczas gdy kubatura obiektów, w których są świadczone usługi ochrony osób i mienia, nie ma istotnego wpływu na zakres świadczenia oraz nie wpływa na zakres zdobytego przez wykonawcę doświadczenia;

b) prowadzenie postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz zasadę równego traktowania wykonawców, a także zasadę udzielenia zamówienia wykonawcy posiadającemu uprawnienia pozwalające na należyłą realizację zamówienia, tj. poprzez wymaganie, aby dopiero od dnia 1 lipca 2016 r. wykonawca posiadał świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego trzeciego stopnia potwierdzające zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „poufne” i „Confidentiel UE/UE Confidential”, a osoby wykonujące zadania na rzecz Zamawiającego - dowódcy zmian i osoby kierowane na stanowisko przełożonego posiadały poświadczenie bezpieczeństwa uprawniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „poufne” i „Confidentiel UE/UE Confidential”,

c) poprzez wprowadzenie różnych kryteriów sposobu dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu;

2) art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób umożliwiający udział w postępowaniu wykonawcom, którzy w dniu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie posiadają wszystkich wymaganych uprawnień, niezbędnych do należytej realizacji zamówienia, tj. poprzez określenie wymagania, aby dopiero od dnia 1 lipca 2016 r. wykonawca posiadał świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego trzeciego stopnia potwierdzające zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „poufne” i „Confidentiel UE/UE Confidential”, a osoby wykonujące zadania na rzecz Zamawiającego - dowódcy zmian i osoby kierowane na stanowisko przełożonego posiadały poświadczenie bezpieczeństwa uprawniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „poufne” i „Confidentiel UE/UE Confidential”,

16

3) art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez dokonanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do opisu przedmiotu zamówienia, naruszający uczciwą konkurencję oraz uniemożliwiający ubieganie się o udzielenie zamówienia przez wykonawców, którzy są zdolni do jego realizacji, tj. w zakresie, w jakim wykonawca musi wykazać się w każdej z części zamówienia:

- a) realizacją co najmniej 3 usług odpowiadających przedmiotowi udzielanego zamówienia, podczas gdy do wykazania doświadczenia niezbędnego do realizacji przedmiotowego zamówienia wystarczające jest wykazanie się realizacją 1 usługi odpowiadającej przedmiotowi zamówienia,
 - b) realizacją usług na obiektach podlegających obowiązkowej ochronie, zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia, podczas gdy fakt podlegania lub nie - obowiązkowej ochronie obiektów nie wpływa na zakres świadczonych usług i zakres zdobywanego doświadczenia,
 - c) realizacją usług (kontraktów), których termin realizacji nie może być krótszy niż 24 miesiące, podczas gdy wykazanie się realizacją usług o wartości odpowiadającej wymaganiom Zamawiającego, jednak o krótszym terminie realizacji lub usług świadczonych na rzecz tego samego zamawiającego jednak na podstawie kilku (a nie jak wymaga Zamawiający - na podstawie jednego) następujących po sobie kontraktów, jest równoznaczne z posiadaniem doświadczenia w realizacji usług odpowiadających przedmiotowi udzielanego zamówienia,
 - d) realizacją co najmniej 1 usługi, w obiektach użyteczności publicznej o kubaturze nie mniejszej niż 30 000 m³, podczas gdy kubatura obiektów, w których są świadczone usługi ochrony osób i mienia, nie ma istotnego wpływu na zakres świadczenia oraz nie wpływa na zakres zdobytego przez wykonawcę doświadczenia;
- 4) art. 48 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp poprzez wprowadzenie dyskryminacyjnego i nierównego dla wszystkich wykonawców sposobu dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu,
- 4) art. 51 ust.2 Ustawy poprzez wprowadzenie dyskryminacyjnego i nierównego dla wszystkich wykonawców sposobu dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu.

Wskazując na powyższe zarzuty wnoszono o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu w zakresie:

17

1. Sekcja II pkt 1 II. 1.5) „Krótki opis zamówienia lub zakupu” poprzez nadanie mu następującej treści: „Uwaga: Zamawiający wymaga, aby Wykonawca, posiadał na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego trzeciego stopnia potwierdzające zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „poufne” i „Confidential UE/UE Confidential”, a osoby wykonujące zadania na rzecz Zamawiającego tj. Dowódcy Zmian i osoby kierowane na stanowisko przełożonego w rozumieniu przepisu pkt. 4.1.2.11 załącznika do Rozporządzenia (UE) nr 185/2010 posiadały poświadczenie bezpieczeństwa uprawniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „poufne” i „Confidential UE/UEConfidential”.

2. Sekcja III pkt III.2.3) „Kwalifikacje techniczne” pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu poprzez nadanie mu następującej treści: „Wykonawcy powinni posiadać wiedzę i doświadczenie w zakresie wykonania usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia, tj. w przypadku ubiegania się o zamówienie na:

1) Część 1 zamówienia:

wykonał (lub wykonuje) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co najmniej 1 usługę z zakresu ochrony osób i mienia, świadczoną w obiektach podlegających obowiązkowej ochronie, zgodnie z art. 4 ust. 1 lub art. 5 ustawy z dnia 22.08.1997 r. o ochronie osób i mienia, przy czym okres każdego kontraktu nie może być krótszy niż 12 miesięcy. Wykazana usługa musi dotyczyć zapewnienia w trybie 24h na dobę przez 7 dni w tygodniu usługi ochrony osób i mienia w formie bezpośredniej ochrony fizycznej w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 22.08.1997 r. o ochronie osób i mienia, o wartości minimum 1 000 000,00 PLN netto.

2) Część 2 zamówienia:

wykonał (lub wykonuje) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co najmniej 1 usługę z zakresu ochrony osób i mienia, świadczoną w obiektach podlegających obowiązkowej ochronie, zgodnie z art. 4 ust. 1 lub art. 5 ustawy z dnia 22.08.1997 r. o ochronie osób i mienia, przy

czym okres każdego kontraktu nie może być krótszy niż 12 miesięcy. Wykazana usługa musi dotyczyć zapewnienia w trybie 24h na dobę przez 7 dni w tygodniu usługi ochrony osób i mienia w formie bezpośredniej ochrony fizycznej w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 22.08.1997 r. o ochronie osób i mienia, o wartości minimum 1 000 000,00 PLN netto.

W przypadku ubiegania się o zamówienie na obie części wartość usług, o których mowa w literach a oraz b winny wynosić minimum 2 000 000 PLN netto każda."

3. Sekcja VI pkt VI.3) „informacje dodatkowe” poprzez nadanie mu następującej treści:

„Jeżeli liczba Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, dla części zamówienia, będzie mniejsza niż 20 lub równa 20, Zamawiający zaprosi do składania ofert, na taką część, wszystkich Wykonawców spełniających te warunki. Jeżeli liczba

18

Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dla części będzie większa niż 20, Zamawiający zaprosi do składania ofert na taką część Wykonawców, których wnioski otrzymają najwyższe oceny spełniania warunków udziału. Zamawiający zastosuje kwalifikację w postaci przyznania każdemu Wykonawcy po 1 pkt za każde zrealizowane należycie zamówienie spełniające wymogi określone w pkt III.2.3).1, przy czym punktowane będą usługi o wartości co najmniej 1 000 000 zł netto. W przypadku, gdy wykonawca złoży wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na obie części zamówienia, Zamawiający przyzna wykonawcy po jednym pkt na każdą z części zamówienia, za realizację usługi o wartości co najmniej 2 000 000 zł netto oraz po 1 pkt za realizację usługi o wartości co najmniej 1 000 000 zł netto na część zamówienia, wskazaną przez Wykonawcę we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający zaprosi do złożenia oferty Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu oraz otrzymali w kolejności najwyższą ilość punktów przyznawanych wg wyżej wymienionych zasad.

W przypadku równej ilości punktów o kolejności decydować będzie łączna wartość wykazanych usług spełniających wymogi określone w pkt III.2.3).I niniejszego Ogłoszenia. Przy ocenie stopnia spełniania warunku doświadczenia zamawiający uwzględni wyłącznie doświadczenia wykonawcy bez doświadczeń udostępnianych w oparciu o art. 26 ust. 2b ustawy."

Interes prawny Odwołującego wyraża się w tym, że Wykonawca zamierza złożyć wniosek o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu, stąd posiada interes w złożeniu niniejszego odwołania w zakresie treści ogłoszenia o zamówienia. Odwołanie zostało wniesione w terminie przewidzianym art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, czyli z zachowaniem ustawowego terminu. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 30 kwietnia 2015 r. z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu w zakresie Opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia:

W Sekcji III rozdział III.2.3) „Kwalifikacje techniczne” pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający dokonał opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Wykonawcy powinni posiadać wiedzę i doświadczenie w zakresie wykonania usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia, tj. w przypadku ubiegania się o zamówienie na:

2) Część 1 zamówienia:

wykonał (lub wykonuje) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co najmniej 3 usługi z zakresu ochrony osób i mienia, świadczone w obiektach podlegających obowiązkowej ochronie,

19

zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 22.08.1997 r. o ochronie osób imienia, przy czym okres każdego kontraktu nie może być krótszy niż 24 miesiące, w tym:

a) minimum 1 (jedna) z wykazanych usług musi dotyczyć zapewnienia w trybie 24h na dobę przez 7 dni w tygodniu usługi ochrony osób i mienia w formie bezpośredniej ochrony fizycznej w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 22.08.1997 r. o ochronie osób i mienia, w obiekcie użyteczności publicznej o kubaturze minimum 30 000m³ i o wartości minimum 1 000 000,00 PLN netto,

oraz

b) minimum 2 (dwie) z wykazanych usług muszą dotyczyć zapewnienia w trybie 24h na dobę przez 7 dni w tygodniu usługi ochrony osób i mienia w formie bezpośredniej ochrony fizycznej w rozumieniu przepisów art. 5 ustawy z dnia 22.08.1997 r. o ochronie osób i mienia, obszarów, obiektów lub urządzeń podlegających obowiązkowej ochronie o wartości minimum 1 000 000,00 PLN netto każda.

3) Część 2 zamówienia:

wykonał (lub wykonuje) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co najmniej 3 usługi z zakresu ochrony osób i mienia, świadczone w obiektach podlegających obowiązkowej ochronie, zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 22.08.1997 r. o ochronie osób i mienia, przy czym okres każdego kontraktu nie może być krótszy niż 24 miesiące, w tym:

a) minimum 1 (jedna) z wykazanych usług musi dotyczyć zapewnienia w trybie 24h na dobę przez 7 dni w tygodniu usługi ochrony osób i mienia w formie bezpośredniej ochrony fizycznej w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 22.08.1997 r. o ochronie osób i mienia, w obiekcie użyteczności publicznej o kubaturze minimum 30 000m³ i o wartości minimum 1 000 000,00 PLN netto,

oraz

b) minimum 2 (dwie) z wykazanych usług muszą dotyczyć zapewnienia w trybie 24h na dobę przez 7 dni w tygodniu usługi ochrony osób i mienia w formie bezpośredniej ochrony fizycznej w rozumieniu przepisów art. 5 ustawy z dnia 22.08.1997 r. o ochronie osób i mienia, obszarów, obiektów lub urządzeń podlegających obowiązkowej ochronie o wartości minimum 1 000 000,00 PLN netto każda.

W przypadku ubiegania się o zamówienie na obie części wartość usług, o których mowa w literach a oraz b winny wynosić minimum 2 000 000 PLN netto każda.

W związku z powyższym, Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia jednakowo, dla części 1 i części 2 zamówienia.

W przypadku jednak ubiegania się przez wykonawcę o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na obie części zamówienia, wartość usług, których wykonaniem miał wykazać

20

się wykonawca, podlega sumowaniu, tj. wartość każdej usługi powinna wynieść co najmniej 2.000 000 zł.

Zamawiający dokonał opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, jakie musi posiadać wykonawca, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia - nadmiernie wygórowanym. Opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu w sposób istotny ogranicza konkurencję oraz uniemożliwia wzięcie udziału w przedmiotowym postępowaniu wykonawcom, którzy są zdolni do realizacji zamówienia. Warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia postawiony przez Zamawiającego jest wygórowany i ograniczający konkurencję w zakresie:

1) wymagania wykazania się przez wykonawców realizacją aż co najmniej 3 usług tożsamy z przedmiotem zamówienia,

2) wymagania wykazania się przez wykonawców realizacją usług (kontraktów), które były realizowane w okresie co najmniej 24 miesiące,

3) ograniczenia możliwością wykazania się realizacją usług jedynie do usług świadczonych w obiektach podlegających obowiązkowej ochronie, zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia,

4) wymagania wykazania się realizacją co najmniej 1 usługi, w obiektach użyteczności publicznej o kubaturze nie mniejszej niż 30 000 m³.

Ad. 1. Warunek wykazania się realizacją co najmniej 3 usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia

Żądanie przez Zamawiającego, aby wykonawcy wykazali się realizacją aż trzech usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia, jest wymaganiem nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia oraz wygórowanym. Dla wykazania posiadania doświadczenia pozwalającego na należyłą realizację przedmiotowego zamówienia, wystarczającym jest uprzednia realizacja jednej usługi odpowiadającej usłudze będącej przedmiotem zamówienia.

Określony przez Zamawiającego warunek w postaci konieczności wykazania się

realizacją co najmniej 3 usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia (określonych w ogłoszeniu dokładniej), jest rażąco wygórowany z uwagi na cel, jakiemu ma służyć wykazywanie się doświadczeniem i wiedzą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Podstawowym celem określania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, jest dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy dają rękojmię należytej realizacji zamówienia. Zamawiający zobowiązany jest ukształtować warunki udziału w postępowaniu w taki sposób, aby realizacja zamówienia nie została powierzona podmiotowi, który nie jest w stanie sprostać jego realizacji. Jednakże

21

Zamawiający dokonując opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu musi również kierować się zasadą określoną w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym, Zamawiający może (a właściwie powinien) dopuścić do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie, pozwalające im na prawidłową realizację zamówienia, jednak warunek określony przez Zamawiającego powinien być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Określenie przez Zamawiającego warunku w postaci konieczności wykazania się, aż co najmniej 3 usługami odpowiadającymi przedmiotowemu zamówieniu, w okresie jedynie 3 lat, utrudnia dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy posiadają doświadczenie w zakresie niezbędnym do zapewnienia prawidłowości realizacji zamówienia. Jeżeli wykonawca w okresie 3 lat przed terminem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wykonał 1 usługę odpowiadającą przedmiotowi zamówienia w sposób należyty, to z pewnością ma on wiedzę i doświadczenie niezbędne do realizacji równoważnej usługi. Wykonawca taki będzie zdolny do realizacji zamówienia, jeżeli już świadczył (w sposób należyty) usługę o zakresie świadczenia zbliżonym do usługi zrealizowanej. Zamawiający nie powinien natomiast ograniczać dostępu do możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia takim wykonawcom. Nie ma żadnych racji, które wykazywałyby, że podmiot, który wykonał jedną usługę podobną do usługi będącej przedmiotem zamówienia, jest mniej zdolny (albo w ogóle niezdolny) do realizacji zamówienia, od wykonawcy, który wykonał już 3 takie usługi. Skoro, w o okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wykonawca sprostał realizacji usługi podobnej zakresem do usługi będącej przedmiotem zamówienia, to jest zdolny do ponownej realizacji takiej usługi (przedmiotu zamówienia).

W związku z powyższym, wymóg Zamawiającego wykazania się realizacją co najmniej 3 usług odpowiadającym przedmiotowi zamówienia, jest rażąco wygórowany i uniemożliwia ubieganie się udzielenie przedmiotowego zamówienia wykonawcom, którzy są zdolni do jego realizacji.

Ad. 2. Warunek wykazania się realizacją usług, których okres realizacji nie może być krótszy niż 24 miesiące

Zgodnie z zapisem Sekcji III rozdział III.2.3) „okres każdego kontraktu nie może być krótszy niż 24 miesiące”. Wymaganie, aby każda z usług, której realizacją ma wykazać się wykonawca, ma być realizowana przez okres co najmniej 24 miesięcy, jest rażąco wygórowane.

Zgodnie z powyższym zapisem ogłoszenia o zamówieniu, wykonawcy na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, będą mogli wskazywać jedynie

22

usługi świadczone na podstawie umów (kontraktów), które zostały zawarte na co najmniej 24 miesiące. Tak wygórowane wymaganie Zamawiającego, nie jest niczym uzasadnione. Za doświadczenie tożsame z doświadczeniem w realizacji jednej usługi, o określonej wartości, świadczonej przez okres 24 miesięcy, należy uznać również:

1) świadczenie jednocześnie, w ciągu 24 miesięcy, usług na rzecz kilku podmiotów, których łączna wartość odpowiada wartości wymaganej przez Zamawiającego.; wykazanie się realizacją usług, odpowiadających okresem i wartością wymaganiami Zamawiającego, na rzecz kilku, a nie jednego podmiotu, wskazuje takie samo doświadczenie jakoby usługi te łącznie były realizowane na rzecz jednego podmiotu - zaangażowanie (osobowe, organizacyjne oraz techniczne) w ich realizację jest podobne, a nawet

zaangażowanie w realizacji kilku usług może być większe z uwagi logistykę oraz konieczność organizacji pracy w kilku miejscach. Natomiast w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wskazał wprost, że okres i wartość usługi ma wynikać z jednego kontraktu, co stanowi ograniczenie nieuzasadnione.

2) świadczenie usług na rzecz jednego odbiorcy, jednak na podstawie kilku następujących po sobie umów, gdzie zachodzi ciągłość realizacji zamówienia co najmniej przez 24 miesiące, o łącznej wartości odpowiadającej wymaganiom Zamawiającego; realizacja usługi w okresie następujących po sobie 24 miesięcy, na rzecz innego podmiotu, jednak na podstawie odrębnych umów, stanowiących kontynuację współpracy, jest tożsama z realizowaniem tej usługi na podstawie jednej umowy, obejmującej cały okres świadczenia usług. Sytuacja, w której współpraca jest kontynuowana na podstawie następujących po sobie umów, jest częsta w przypadku umów zawieranych w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wprost ograniczył usługi, którymi może wykazywać się wykonawca, jedynie do usług na podstawie jednego kontraktu. Warunek wprowadzony przez Zamawiającego rażąco ogranicza możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawcom, którzy są zdolni do realizacji zamówienia.

Sam Zamawiający dokonał podziału zamówienia na części, w związku z czym, nawet po udzieleniu zamówienia na obie części temu samemu wykonawcy, zostaną podpisane dwie odrębne umowy.

3) świadczenie usługi odpowiadającej wartością wymaganiom Zamawiającego, jednak świadczonej w okresie krótszym niż 24 miesiące; jeżeli wykonawca jest zdolny do realizacji zamówienia o wartości spełniającej wymagania Zamawiającego w okresie krótszym niż 24 miesiące, to tym bardziej jest zdolny do realizacji takiego zakresu usług, w dłuższym czasie. Realizacja usługi o tożsamej wartości, w krótkim okresie, wymaga większego jednoczesnego zaangażowania zasobów osobowych oraz majątkowych wykonawcy. Wykonawca jest więc

23

zdolny do zrealizowania takiej usługi w dłuższym czasie, gdzie jednoczesne zaangażowanie zasobów jest znacznie niższe.

Usługi ochrony osób i mienia na dużych obiektach realizowane są głównie w ramach umów zawieranych w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dotychczasową praktyką Zamawiających w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych na ochronę osób i mienia, w szczególności na obiektach podlegających obowiązkowej ochronie, było udzielanie zamówień na realizację usług w okresie krótszym niż 24 miesiące - zazwyczaj był to okres 12 miesięcy. W związku z powyższym, część wykonawców (w tym Odwołujący), pomimo posiadania szerokiego doświadczenia w świadczeniu usług podobnych do usług będących przedmiotem niniejszego postępowania, w zakresie oraz wartości nawet znacznie wyższych, od zakresu przedmiotowego zamówienia, nie będą mogli ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, gdyż realizowali te usługi w okresie krótszym niż 24 miesiące.

Na podkreślenie zasługuje również fakt, że Zamawiający wymagając wykazania się realizacją co najmniej 3 usług, których okres realizacji wynosi co najmniej 24 miesiące, w okresie ostatnich 3 lat (czyli 24 miesięcy) od dnia składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, powoduje, że wykonawca w rzeczywistości musi wykazać się jednoczesnym realizowaniem kilku usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia. Nie jest bowiem w inny sposób możliwa realizacja tych usług (3x24 miesiące = 72 miesiące) w okresie 3 lat (36 miesięcy), jak poprzez jednoczesne realizowanie co najmniej 2 usług.

Wskazany wymóg Zamawiającego, w zakresie okresu realizacji każdej usługi, jest wygórowany i wykraczający poza konieczność określenia warunku w sposób umożliwiający udzielenie zamówienia wykonawcy, który jest zdolny do jego realizacji. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 15 grudnia 2011 r. „(...) wymóg zachowania proporcjonalności opisu wobec przedmiotu zamówienia oznacza zakaz formułowania przez Zamawiającego warunków zbytnio wygórowanych, nadmiernie rygorystycznych w stosunku do przedmiotu zamówienia i daleko wykraczających poza poziom zapewniający możliwość właściwej realizacji zamówienia przez wykonawców (np. poprzez wymaganie doświadczenia w zakresie realizacji zamówień o znacznie wyższej wartości niż wartość zamówienia udzielanego lub wymagania od wykonawców posiadania środków finansowych, zdolności kredytowej lub ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej o wartości znacznie wyższej niż

wymagana do wykonania zamówienia”.

Ad.3. Warunek wykazania się realizacją usług na obiektach podlegających obowiązkowej ochronie

Zgodnie z zapisem Sekcji III rozdział III.2.3) „Kwalifikacje techniczne” pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający wymaga, aby wszystkie usługi wskazywane przez wykonawców na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, były świadczone

24

w obiektach podlegających obowiązkowej ochronie, zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia. Zamawiający, ograniczył więc znacznie zakres usług, które mogą być wskazywane przez wykonawców we wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Wymóg wprowadzony przez Zamawiającego, nie ma uzasadnienia oraz stanowi przejaw ograniczenia konkurencji. Zamawiający wprowadził przedmiotowe ograniczenie w oderwaniu od zakresu oraz charakteru świadczonych usług. Usługi świadczone na obiektach, które nie podlegają obowiązkowej ochronie albo na obiektach wymienionych w art. 4 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (czyli obiektach podlegających obowiązkowej ochronie, jednak do świadczenia usług tej ochrony nie stosuje się przepisów ustawy o ochronie osób i mienia), jeżeli odpowiadają przedmiotowi zamówienia - zakresem i rozmiarem świadczonych usług, zasadami świadczenia usługi, wielkością zasobów zaangażowanych do ich realizacji - wykazują posiadanie wiedzy i doświadczenia do realizacji takich usług również w obiektach podlegających obowiązkowej ochronie. Fakt podlegania danego obiektu obowiązkowej ochronie, bądź nie podlegania, nie wpływa istotnie na zakres świadczonych usług i sposób wykonywania zamówienia.

W związku z powyższym, Zamawiający nie może od wykonawców wymagać, aby wykazywali się realizacją usług identycznych, do usług świadczonych na jego obiektach, jeżeli utrudnia to dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy są zdolni do realizacji zamówienia. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia - a nie identyczny, jak przedmiot zamówienia, gdyż opis przedmiotu zamówienia stanowi odrębną kategorię. Powyższe zostało potwierdzone w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej, między innymi: 1) w wyroku z dnia 30 listopada 2014 r. - „Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1 (m.in. posiadania wiedzy i doświadczenia), powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia”. Ustawodawca dozwala do żądania wykazania wykonania nie takiego samego przedmiotu, ale jedynie wykazania wykonania przedmiotu związanego z przedmiotem zamówienia; 2) w wyroku z dnia 14 listopada 2014 r. - „Tym samym niewłaściwym jest wymaganie doświadczenia w realizacji zamówienia tożsamesego z tym, które opisane zostało w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ. Jak to stanowi art. 22 ust. 5 ustawy P.z.p. warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia służyć mają weryfikacji zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia, nie stanowią jednak elementu opisu przedmiotu zamówienia. Przedmiot zamówienia i jego opis może stanowić dla nich punkt odniesienia w celu zbadania, czy nie zostały przez Zamawiającego określone w sposób nadmiernie rygorystyczny - zbadania, czy są, jak to stanowi powołany art. 22 ust. 4 ustawy P.z.p., do niego proporcjonalne” ,

25

3) w wyroku z dnia 14 sierpnia 2014 r. - Niewłaściwym jest wymaganie doświadczenia w realizacji zamówienia tożsamesego z tym opisanym w SIWZ. Jak to stanowi art. 22 ust. 5 p.z.p. warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia służyć mają weryfikacji zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia, nie stanowią jednak elementu opisu przedmiotu zamówienia. Przedmiot zamówienia i jego opis może stanowić dla nich punkt odniesienia w celu zbadania, czy nie zostały przez zamawiającego określone w sposób nadmiernie rygorystyczny - zbadania, czy są, jak to stanowi powołany art. 22 ust. 4 p.z.p., do niego proporcjonalne” .

W związku z powyższym, wprowadzenie przez Zamawiającego wymagania, zgodnie z którym do udziału w postępowaniu zostaną dopuszczeni jedynie wykonawcy, którzy posiadają doświadczenie w realizacji usług na obiektach podlegających obowiązkowej ochronie, nie jest uzasadnione, w szczególności w celu wyłonienia zdolnego do realizacji

zamówienia. Świadczenie podobnych usług, na obiektach niepodlegających obowiązkowej ochronie, świadczy o posiadaniu przez wykonawcę stosownego doświadczenia.

Ad. 4. Warunek wykazania się realizacją usługi w obiektach użyteczności publicznej o kubaturze nie mniejszej niż 30 000 m³.

Zgodnie z zapisem Sekcji III rozdział III.2.3) „Kwalifikacje techniczne” pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający wymaga, aby co najmniej 1 z 3 usług wykazywanych przez wykonawców, na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, była świadczona na obiekcie użyteczności publicznej o kubaturze minimum 30.000 m³. Wymóg Zamawiającego jest nadmiernie wygórowany.

Świadczenie usług ochrony osób i mienia na obiektach użyteczności publicznej o tak dużej kubaturze jest rzadkością. Wprowadzenie takiego wymogu w znacznym stopniu ogranicza grono wykonawców, którzy mogą ubiegać się o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Ponadto kubatura obiektu, na którym są świadczone usługi nie musi mieć (i nie ma) wpływu na zakres i sposób realizacji usług.

Wymóg wprowadzony przez Zamawiającego, jest nieuzasadniony w szczególności z uwagi na fakt, że usługi ochrony osób i mienia są często świadczone na obiektach o dużej powierzchni, wykonawca świadczy usługi wymagające dużego zaangażowania, jednak kubatura obiektów, w których są świadczone usługi jest niewielka, natomiast duża jest powierzchnia terenów ochraniających (znajdująca się poza budynkami).

W związku z powyższym niewłaściwym jest wymaganie przez Zamawiającego, aby wykonawcy wykazali się realizacją usługi identycznej, do usługi będącej przedmiotem zamówienia. Wymaganie, aby usługa świadczona była na obiekcie użyteczności publicznej o kubaturze 30.000 m³, nie jest w przedmiotowym postępowaniu uzasadnione, w szczególności z uwagi na charakter świadczonych usług.

26

Podsumowując zarzuty odwołania dotyczące opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, Odwołujący wskazał, że Odwołujący w konsorcjum z Poczta Polska Spółką Akcyjną z siedzibą w Warszawie obecnie świadczy usługi na rzecz Zamawiającego, na podstawie umowy zawartej w wyniku postępowania o udzielenie tożsamesgo zamówienia przeprowadzonego w 2012 r. Odwołujący w konsorcjum realizuje na rzecz Zamawiającego usługi o wartości zbliżonej do wartości przedmiotowego zamówienia oraz o identycznym okresie realizacji. Konsorcjum niewątpliwie posiada doświadczenie, które pozwoli mu na należyłą realizację tożsamesgo zamówienia w przyszłości. Jednak warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, zostały ukształtowane w taki sposób, że nawet konsorcjum - podmiot realizujący już identyczne usługi, nie może ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

W poprzednio prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia na świadczenie usług tożsamy z przedmiotem niniejszego zamówienia na rzecz Zamawiającego, warunki udziału w postępowaniu zostały przez Zamawiającego określone na poziomie znacznie mniej rygorystycznym, który pozwolił na wyłonienie wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia. W postępowaniu (przetargu nieograniczonym) prowadzonym przez Zamawiającego w 2012 roku, Zamawiający wymagał od wykonawców wykazania się wiedzą i doświadczeniem w następującym zakresie: posiada wiedzę i doświadczenie w zakresie wykonywania usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia tj. wykonał (lub wykonuje) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, co najmniej 3 usługi z zakresu ochrony osób i mienia, świadczone w obiektach podlegających obowiązkowej ochronie zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia;”.

W tym przypadku nie wystąpiła nadzwyczajna zmiana okoliczności, czy też zmiana zakresu zamówienia, które uzasadniałyby zaistnienie konieczności tak rażącego zaostrzenia warunków udziału w postępowaniu. Tym samym nie ma uzasadnienia dla tak rażącego ograniczenia możliwości ubiegania się o zamówienie przez wykonawców.

Podkreślono także, że zestawienie wszystkich warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia, jakie postawił zamawiający, powoduje, iż niewielu wykonawców jest w stanie spełnić łącznie te wymagania i ubiegać się o udział w przedmiotowym postępowaniu. Opis sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu dokonany przez Zamawiającego w sposób rażąco ogranicza konkurencję i uniemożliwia ubieganie się o udzielenie zamówienia przez wykonawców zdolnych do jego realizacji.

W zakresie zarzutu „Opis sposobu dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert” wskazano, że usługi, których realizacją wykażą się wykonawcy we wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu będą podstawą przyznawania wykonawcom punktów, których liczba będzie decydować o zaproszeniu

27

wykonawcy do składania ofert, w przypadku, gdy liczba wykonawców, którzy spełnią warunki udziału w postępowaniu będzie wyższa niż 20.

Zgodnie z zapisem Sekcji VI pkt VI.3) ogłoszenia o zamówieniu „Jeżeli liczba Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, dla części zamówienia, będzie mniejsza niż 20 lub równa 20, Zamawiający zaprosi do składania ofert, na taką część, wszystkich Wykonawców spełniających te warunki. Jeżeli liczba Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dla części będzie większa niż 20, Zamawiający zaprosi do składania ofert na taką część Wykonawców, których wnioski otrzymają najwyższe oceny spełniania warunków udziału. Zamawiający zastosuje kwalifikację w postaci przyznania każdemu Wykonawcy po 1 pkt za każde zrealizowane należycie zamówienie spełniające wymogi określone w pkt III. 2.3). 1, przy czym punktowane będą usługi o wartości co najmniej 1 000 000 zł netto. Zamawiający zaprosi do złożenia oferty Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu oraz otrzymali w kolejności najwyższą ilość punktów przyznawanych wg wyżej wymienionych zasad. W przypadku równej ilości punktów o kolejności decydować będzie łączna wartość wykazanych usług spełniających wymogi określone w pkt III 2.3). 1 niniejszego Ogłoszenia. Przy ocenie stopnia spełniania warunku doświadczenia zamawiający uwzględni wyłącznie doświadczenia wykonawcy bez doświadczeń udostępnianych w oparciu o art. 26 ust. 2b ustawy”.

Zamawiający wskazał w Sekcji III pkt III.2.3) „Kwalifikacje techniczne” pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu, że w przypadku, gdy wykonawca składa wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w zakresie jednej części zamówienia, to musi się wykazać realizacją co najmniej 3 usług o wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł, natomiast jeżeli wykonawca składa wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w zakresie obu części zamówienia, to musi się wykazać realizacją co najmniej 3 usług o wartości nie niższej niż 2 000.000 zł. Jednocześnie, Zamawiający wskazał, że w przypadku, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie wyższa niż 20, to Zamawiający przyzna wykonawcom punkty za realizację usług, których liczba będzie decydować o zaproszeniu wykonawcy do składania ofert.

Zapis dotyczący przyznawania wykonawcom punktów za świadczone usługi jest jednak nieprecyzyjny i wprowadza nierówne traktowanie wykonawców, z uwagi na liczbę części zamówienia, o które się ubiegają. Zamawiający nie wskazał zasad przyznawania punktów wykonawcom, którzy składają wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na obie części zamówienia i wykażą się realizacją usług o wartości nie niższej niż 2.000.000. zł. W szczególności Zamawiający nie wskazał, czy wykonawcy otrzymają za realizację jednej usługi o wartości 2.000.000,00 zł, po 1 pkt w każdej części zamówienia.

Ponadto, takie określenie zasad przyznawania punktów, powoduje, że wykonawcy są różnie traktowani, w zależności od liczby części zamówienia, na które składają wnioski

28

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wykonawcy, którzy złożą wniosek na obie części zamówienia, będą mogli wskazywać we wniosku jedynie usługi o wartości nie niższej niż 2.000.000 zł, podczas gdy pozostali wykonawcy, konkurujący z nimi w danej części zamówienia, będą mogli wykazywać się realizacją usług o wartości 1.000.000,00 zł.

W związku z powyższym, zapis Sekcji VI pkt VI.3) ogłoszenia o zamówieniu narusza zasadę równego traktowania wykonawców. Wykonawcy składający wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na obie części zamówienia, nie będą mogli otrzymać punktów za realizację usług o wartości 1.000.000,00 zł, podczas gdy ich konkurencji w zakresie danej części otrzymają 1 punkt za realizację takich usług. W związku z tym zasadny jest wniosek o nakazanie Zamawiającemu zmiany zapisu Sekcji VI pkt VI.3) ogłoszenia o zamówieniu.

W zakresie zarzutu dotyczącego warunku w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania działalności objętej przedmiotem zamówienia

Zgodnie z zapisem Sekcji II pkt 1 II. 1.5) „Krótki opis zamówienia lub zakupu”

ogłoszenia o zamówieniu „Uwaga: Zamawiający wymaga, aby Wykonawca od dnia 01.07.2016 r., posiadał świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego trzeciego stopnia potwierdzające zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „poufne ” i „Confidentiel UEJUE Confidential”, a osoby wykonujące zadania na rzecz Zamawiającego tj. Dowódcy Zmian i osoby kierowane na stanowisko przełożonego w rozumieniu przepisu pkt. 4.1.2.11 załącznika do Rozporządzenia (UE) nr 185/2010 posiadały poświadczenie bezpieczeństwa uprawniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „poufne ” i „ Confidentiel UEJUE Confidential”.

Zamawiający z niezasadnionych względów dopuścił, aby wykonawcy składający wnioski o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu, nie posiadali na dzień składania wniosków wszystkich uprawnień, których posiadanie jest niezbędne do należytej realizacji zamówienia. Zamawiający wymaga, aby wykonawcy posiadali część uprawnień od dnia 1 lipca 2016 r. Powyższy zapis stanowi naruszenie zasady, że do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dopuszcza się wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu, w tym warunki w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności.

Ukształtowanie przez Zamawiającego warunku jak wyżej, powoduje, że do dnia 1 lipca 2016 r. zamówienie będzie realizował podmiot nieposiadający wszystkich wymaganych uprawnień. Ponadto zobowiązanie wykonawcy do uzyskania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, nie powoduje, że podmiot ten jest zdolny do jego uzyskania. Jeżeli świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego nie zostanie wykonawcy wydane do dnia 1 lipca 2016 r., to umowę zawartą z Zamawiającym będzie realizował podmiot niezdolny do jej realizacji w pełnym zakresie.

29

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosil jak na wstępie.

Zamawiający przedstawiając szczegółową argumentację pisemną i ustną wnosil o oddalenie obu odwołań w całości.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu, dokumentów złożonych przez Strony i Uczestnika postępowania włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron oraz Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowano odwołania na rozprawę.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania przez obu Odwołujących określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez Odwołujących interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Sporządzenie przez Zamawiającego opisu sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny ofert w sposób, który może naruszać uczciwą konkurencję lub uniemożliwiać wykonawcy złożenie ważnej oferty może prowadzić do pozbawienia wykonawcy możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając Go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody. Także sformułowanie zapisów ogłoszenia o zamówieniu w sposób niezgodny z przepisami Pzp stanowi o dopuszczalności korzystania przez wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu ze środków ochrony prawnej i możliwości poniesienia szkody.

Do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 888/15 skuteczne zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie.

Jednocześnie Izba postanowiła nie dopuścić jako Przystępującego po stronie Zamawiającego wykonawcę zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 874/15 Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie. Wykonawca składając zgłoszenie przystąpienia do Prezesa KIO nie załączył do niego dowodów przekazania kopii zgłoszenia stronie odwołującej i zamawiającej. Wykonawca skutecznie zawiadomiony o terminie posiedzenia i rozprawy przed Izbą, na posiedzenie się nie stawił, a tym samym nie

był w stanie wykazać i przedstawić dowodu przeciwnego, że stanowisko Odwołującego Konsalnet jest nieprawidłowe.

Ustalono, że Odwołujący prawidłowo przedstawili w odwołaniach stan faktyczny, w tym prawidłowo przytoczono brzmienie warunków udziału w postępowaniu i ustalonych kryteriów oceny ofert, a także pozostałych kwestionowanych zapisów ogłoszenia o zamówieniu, które stanowią wymagania dla wykonawcy zainteresowanego postępowaniem.

Z uwag natury ogólnej, które znajdują zastosowanie do obu wniesionych odwołań, zauważyć należy, że zadaniem konstruowanego warunku udziału, a także ustalanych kryteriów oceny ofert oraz wymagań tworzonych do ustalenia listy wykonawców, którzy przejdą do następnego etapu postępowania dwustopniowego jest zapewnienie prawidłowej realizacji zamówienia. Istota wymagań polega na zapewnieniu poprawnej realizacji danego zamówienia, co gwarantuje wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Zweryfikowaniu zdolności danego wykonawcy do realizacji zamówienia w sposób prawidłowy służy ocena wcześniejszych doświadczeń wykonawcy na polu zawodowym, zdobytych przy wykonywaniu zamówień podobnych, zbliżonych lub tożsamy z przedmiotem zamówienia. Takie opisanie wymogów udziału nie oznacza naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co jednocześnie nie oznacza, że opis spełniania warunku udziału w postępowaniu musi pozwalać na udział w tym postępowaniu każdemu wykonawcy działającemu na rynku, czy w danej branży.

Krajowa Izba Odwoławcza wyraża pogląd, iż to Zamawiający jest gospodarzem prowadzonego przez siebie postępowania, w związku z czym, dla zabezpieczenia prawidłowego jego przebiegu, zobowiązany jest do wymagania od potencjalnych wykonawców, starających się o udzielenie zamówienia publicznego spełnienia takich warunków udziału w postępowaniu, które będą adekwatne do tego przedmiotu, ale z zapewnieniem konkurencyjnych reguł postępowania. Sformułowanie odpowiednich wymogów udziału w postępowaniu wymaga wyważenia z jednej strony uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, z jednoczesnym umożliwieniem stosunkowo szerokiej grupie wykonawców dostępu do tego zamówienia. Postawiony warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia ma być bowiem miernikiem, wskazującym, że wykonawca, który w swej przeszłości zawodowej wykonywał określone zadania, zbliżone zakresem, charakterystyką do tego, które jest przedmiotem zamówienia wykona je w sposób prawidłowy. Nie oznacza to przy tym, że te zadania mają być tożsame, identyczne z przedmiotem zamówienia. Ważne raczej by były one reprezentatywne do potwierdzenia zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, by obejmowały one te elementy, które są

istotne z perspektywy ustalenia, że wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie. Także ustalone kryteria oceny ofert oraz kryteria do stworzenia tzw. „krótkiej listy wykonawców” w postępowaniach dwuetapowych powinny gwarantować wyznaczenie takich wykonawców, którzy wykażą się jak najwyższym poziomem doświadczenia zawodowego.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia, a w konsekwencji do niego powinien być proporcjonalny. Oceny zasadności warunku udziału w postępowaniu oraz jego zgodności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców należy bowiem dokonywać w kontekście jego adekwatności do przedmiotu zamówienia, tj. warunek musi zapewniać należyte wykonanie przez wykonawców zamówienia, przy jednoczesnym zachowaniu niedyskryminującego charakteru, winien mieć na celu ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia, a nadto nie może prowadzić do faworyzowania jednych i tym samym dyskryminacji innych wykonawców.

Przenosząc powyższe rozważania natury ogólnej, na grunt analizowanych spraw uznano, że nie wszystkie zawarte w postępowaniu wymogi, należy uznać za spełniające cel wyznaczony przez ustawodawcę.

W zakresie żądania, aby Wykonawca od dnia 01.07.2016r. posiadał świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego trzeciego stopnia potwierdzające zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli poufne i „Confidential UE/UE Confidential” oraz żądania, aby Dowódca Zmian i osoby kierowane na stanowisko przełożonego posiadały poświadczenie bezpieczeństwa uprawniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli poufne i „Confidential UE/UE Confidential”, podczas gdy osoby te w związku z realizacją przedmiotu zamówienia nie będą miały żadnego dostępu do informacji, które wymagałyby posiadania żądanych uprawnień uznano, że Zamawiający ma prawo postawić takie wymagania.

W przypadku wymaganych dokumentów i oświadczeń, które wykonawca ma złożyć dostrzec należy, że oczekiwania te są składnikiem opisu przedmiotu zamówienia i odnoszą się do obowiązków umownych przyszłego stosunku zobowiązaniowego, który łączył będzie Zamawiającego i Wykonawcę. Nie można zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego Konsalnet, że opisane w ten sposób wymogi stanowią de facto warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający wyraźnie w ogłoszeniu zapisy te zamieścił w punkcie pt. Krótki opis zamówienia lub zakupu. Zapisy te także w sposób wyraźny odnoszą się do czynności związanych w wykonywaniem zamówienia, obowiązkami, które wykonawca

32

będzie musiał dopełnić przy podpisaniu umowy lub już w toku realizacji zamówienia. Jest to prosta sygnalizacja, że wykonawca w toku realizacji 3 letniego kontraktu zobowiązany będzie do spełnienia dodatkowych wymagań od określonej daty w postaci złożenia stosownych do okoliczności świadectw bezpieczeństwa przemysłowego dla samego wykonawcy oraz osób, które z informacjami wrażliwymi mogą mieć do czynienia. Wziąć również pod uwagę należy, że postępowanie prowadzone jest w trybie dwustopniowym, gdzie wzór umowy jest przekazywany wykonawcom na późniejszym etapie, a takie sformułowanie zapisów ogłoszenia o zamówienia, pozwala wykonawcom zainteresowanym postępowaniem lepiej się do niego przegotować i rozważyć, czy będą w stanie prawidłowo wykonać dany kontrakt. Jeżeli zaś, jak wskazywał Zamawiający obowiązek posiadania stosownych dokumentów związanych z dostępem do informacji o określonej klauzuli niejawności powstanie w dacie 1 lipca 2016 roku, to wymaganiem nadmiernym byłoby nakazywanie wykonawcom przedstawienia takich dokumentów już w dacie składania wniosków o dopuszczenie. Tym samym, po pierwsze Zamawiający nie mógł naruszyć przytoczonym opisem art. 22 ustawy Pzp, gdyż nie ustalił warunku o sugerowanym brzmieniu. Ponadto, jeżeli wykonawca gotowy jest wykazać spełnienie warunku udziału na określonym poziomie już w momencie złożenia wniosku do dopuszczenia, tym bardziej będzie gotowy wypełnić ten warunek na późniejszym etapie, co oznacza, że interes w uzyskaniu zamówienia przez danego wykonawcę nie został naruszony.

Odnosnie żądanie przedstawienia dokumentów i odpowiednich deklaracji wynikających z art. 22 ust 1a ustawy o ochronie osób i mienia za prawidłowe uznano stanowisko Zamawiającego.

W pierwszej kolejności zwrócić uwagę należy, że tak sformułowany przez wykonawcę zarzut nie wykazał naruszenia art. 29 ustawy Pzp. Ta część ogłoszenia, do której odwołanie referuje dotyczy warunków udziału w postępowaniu, nie zaś opisu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie naruszył także pozostałych wymienionych przez Odwołującego Konsalnet przepisów ustawy Pzp. Jak słusznie zauważył na rozprawie Zamawiający, w ogłoszeniu przepisano wymogi ustawowe przepisów szczególnych, to jest ustawy o ochronie osób i mienia. Jeżeli zaś ustawa o charakterze szczególnym nie precyzuje poziomu zdolności wykonawcy, to Zamawiający nie może zawęzić kręgu wskazanych w ogłoszeniu dokumentów przez wymienienie jakichkolwiek dokumentów, czy też szczegółowo określić rodzaju dokumentów, których żąda. Oznacza to, że zamawiający przyjmie każdy przedstawiony mu dokument, zawierający informacje o dotychczasowej działalności wykonawcy, jego kondycji finansowej, potwierdzający spełnianie wymagań co do liczby zatrudnionych kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej oraz aktualną sytuację wykonawcy na rynku.

33

W przypadku ustalonego warunku udziału w postępowaniu co do wykazania się usługami świadczonymi w obiekcie użyteczności publicznej o kubaturze minimum 30 000 m³ podczas, gdy zdaniem Odwołującego Konsalnet kubatura obiektu nie ma żadnego znaczenia dla charakteru świadczonej usługi i oceny nabytego doświadczenia, opowiadając się za prawidłowością działania Zamawiającego uznano za niedyskryminacją i związaną z przedmiotem zamówienia oraz w stosunku do niego proporcjonalną tę część warunku. Zauważyć należy, że kubatura obiektu, który podlegał będzie ochronie wynosi około 70 000m³. Tym samym brzmienie warunku i ustalony poziom niezbędny do spełnienia nie jest wygórowany w stosunku do przyszłej usługi. Niewątpliwie uznać również należy, że lotnisko jest specyficznym do ochrony obiektem kubaturowym o charakterze użyteczności publicznej. Kubatura danego obiektu jest cechą wyróżniającą obiekt. Wskazuje na rodzaj obiektu i skalę, która przekłada się na skalę świadczenia usługi. Wskazuje, że mamy do czynienia z obiektem zamkniętym o pewnej wielkości i specyficznych zjawiskach związanych z dużymi skupiskami ludzi. Prawidłowe wykonywanie usług ochrony musi uwzględniać oba te czynniki, a wymaganie odpowiedniej wiedzy i doświadczenia w ochronie takiego obiektu nie może być uznane za nadmierne. Ponadto warunek odnosi się do obiektów kubaturowych bez zawężania do portów lotniczych.

Co do wskazywanych możliwości naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 22 ust 4 ustawy Pzp przez sformułowanie warunku wiedzy i doświadczenia, tj. wymaganie doświadczenia w wykonywaniu usług o wartości 2 mln zł przy ubieganiu się o zamówienie na obie części zamówienia, a jedynie 1 mln zł przy ubieganiu się o zamówienie na 1 część gdyż biorąc udział w postępowaniu na obie części muszą spełnić warunki wyższe niż ci, którzy ubiegają się o jedną część zamówienia, zarzut częściowo okazał się zasadny.

Jak pokazał przebieg rozprawy, zapisy ogłoszenia o zamówieniu, a w szczególności zdanie, że w przypadku ubiegania się o zamówienie na obie części wartość usług, o których mowa w literach a i b winny wynosić minimum 2 000 000 PLN netto każda, może budzić uzasadnione wątpliwości interpretacyjne, które w późniejszym etapie mogą przełożyć się ocenę wniosków w postępowaniu.

Jeżeli intencją Zamawiającego było w przedmiotowym postępowaniu, aby ten sam kontrakt o wartości 1 mln zł nie był składany na potwierdzenie warunków w obu częściach, a Wykonawca mógł zaś wykazać spełnianie warunku udziału w postępowaniu przez ten sam kontrakt, jeżeli jego wartość wynosi 2 mln na obie części albo mogą to być również dwa kontrakty po 2 mln na obie części, to intencja ta nie do końca znalazła odzwierciedlenia w zapisach ogłoszenia. Z postanowień ogłoszenia wynika raczej, zdaniem składu

34

orzekającego Izby, że w przypadku ubiegania się o obie części zamówienia wykonawca musiałby legitymować się doświadczeniem, gdzie każdy kontrakt, który przedstawia wynosi 2 000 000 PLN netto w przypadku każdej z części. Z tych powodów Izba nakazała usunięcie z przywołanego wyżej zdania słowa „każda” i wprowadzenie zapisów, z których wynikało będzie, że Zamawiający dopuszcza spełnienie warunku udziału w postępowaniu, w ten sposób że w przypadku ubiegania się o dwie części zamówienia wartość 2 000 000 PLN netto odnosi się łącznie do obu części, a warunku nie można wykazać przez powołanie się w obu częściach na ten sam kontrakt o wartości 1 000 000 PLN netto.

Jednocześnie nie można przychylić się do stanowiska Odwołującego Konsalnet, że wykonawcy ubiegający się o obie części zamówienia mogą wykazywać się posiadaniem takiego samego doświadczenia, jak w przypadku ubiegania się o jedną część zamówienia. Niewątpliwie w ocenie Izby od wykonawcy, który chce wykonywać zamówienie (umowę) w szerszym i większym zakresie, można żądać posiadania stosownie bogatszego doświadczenia zawodowego. Innymi słowy im większe oczekiwania wykonawcy co do przyszłej umowy, tym relatywnie większe oczekiwania od jego doświadczenia. Nie jest niczym szczególnym wymaganie większego potencjału od wykonawcy, który chce realizować większy (ilościowo, zakresowo) kontrakt. Nadrzędnym celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór wiarygodnego dla Zamawiającego partnera, który zrealizuje świadczenie umowne w sposób prawidłowy. Udowodnienie zatem Zamawiającemu, że jest się zdolnym do takiej realizacji leży w szeroko pojętym interesie samego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia.

Kolejny zarzut odnosił się do etapu przyznawania przez Zamawiającego punktów dotyczących kwalifikacji Wykonawców do drugiego etapu i dotyczył punktu VI.3) ogłoszenia o zamówieniu.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, w ocenie składu orzekającego Izby, z zapisów przywołanego punktu ogłoszenia o zamówieniu wynika, że Zamawiający w procesie prekwalifikacji wykonawców do kolejnego etapu postępowania zawsze będzie przyznawał 1 punkt za usługi o wartości co najmniej 1 000 000 zł netto. Przywołanie w zdaniu punktu III.2.3).1 ogłoszenia o zamówieniu ma raczej charakter informacyjny, dotyczący treści warunku w zakresie przedmiotowym usługi. Nie oznacza to, że w przypadku, gdy wykonawca ubiega się o dwie części zamówienia, dodatkowe punkty otrzymywał będzie tylko w przypadku usług o wartości 2 000 000 zł netto. Niezależnie zatem od liczby części, o które ma zamiar ubiegać się wykonawca, punktowana będzie każda usługa zgodna z zakresem świadczenia wskazanym w ogłoszeniu [do tego odnosi się przywołanie punktu III.2.3)1.] o minimalnej wartości 1 000 000 zł netto. Tym samym zarzut ten nie zasługiwał na uwzględnienie.

35

Odnośnie zarzutu sformułowania jednego z kryteriów w taki sposób, że każdy podmiot świadczący usługi w zakresie ochrony lotnisk jest w stanie spełnić wymagania Zamawiającego i uzyskać maksymalną ilość punktów, a w związku z tym, kryterium to jest jedynie pozorne i jedynym kryterium oceny ofert pozostanie cena co jest niezgodne z dyspozycją art. 91 ustawy Pzp, ustalono, że Zamawiający przyznawał będzie wagę 10% za wykazanie się usługami kontroli bezpieczeństwa lub ochrony osób imienia, świadczonych nieprzerwanie przez okres co najmniej 24 miesięcy na lotnisku użytku publicznego.

Na rozprawie Zamawiający zauważył, że ochrona jakiegokolwiek obiektu na lotnisku jest ochroną o charakterze specyficznym i w ocenie zamawiającego prawidłowo ustalono kryterium tak, że dodatkowe punkty wykonawca przyzna za usługi ochrony świadczonej na lotniskach przez 24 miesiące. Zamawiający podkreślał także, że zgodnie z przepisami ustawy Prawo lotnicze, ochrona każdego obiektu na lotnisku odbywa się według takich samych reguł jak ochrona lotniska, ponieważ punkt ten jest składnikiem portu lotniczego.

Zauważyć jednocześnie należy, że w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazywał, że maksymalną liczbę punktów uzyska jedynie podmiot świadczący usługi w zakresie ochrony lotnisk, którego doświadczenie musi być oceniane wyżej niż doświadczenie wykonawcy, który takich usług nie wykonywał.

Zestawienie powyższych wypowiedzi oznacza, że stanowisko Zamawiającego przedstawione zostało odmiennie w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie. To zaś w ocenie Izby oznacza, że zarzuty Odwołującego Konsalnet w części uznać można za zasadne. Sposób ustalenia, a przede wszystkim opisanie dodatkowego kryterium oceny ofert budzić może wątpliwości interpretacyjne, stąd Izba nakazała doprecyzowanie tego zapisu w ten sposób, że punkt IV.2.1).2. otrzymuje brzmienie:

„2. usługi kontroli bezpieczeństwa lub ochrony osób i mienia lotniska użyteczności publicznej świadczone nieprzerwanie przez okres co najmniej 24 miesięcy. Waga 10”.

Zgodnie z ustawą z dnia 2 lipca 2002 roku (Dz. U. z 2002, nr 130, poz. 1112 ze zmianami), lotniskiem jest wydzielony obszar na lądzie, wodzie lub innej powierzchni w całości lub w części przeznaczony do wykonywania startów, lądowań i naziemnego lub nawodnego ruchu statków powietrznych, wraz ze znajdującymi się w jego granicach obiektami i urządzeniami budowlanymi o charakterze trwałym, wpisany do rejestru lotnisk (art. 2 pkt 4 ustawy). Zarządzającym lotniskiem jest podmiot, który został wpisany jako zarządzający do rejestru lotnisk cywilnych (art. 2 pkt 7 ustawy). Za port lotniczy uważa się lotnisko użytku publicznego wykorzystywane do lotów handlowych (art. 2 pkt 17 ustawy). Służbą ochrony lotniska jest wewnętrzna służba ochrony lub specjalistyczna uzbrojona formacja ochronna działająca na podstawie ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie

36

osób i mienia, realizująca zadania na rzecz ochrony lotnictwa cywilnego i podlegająca zarządzającemu lotniskiem (art. 2 pkt 21 ustawy).

Biorąc pod uwagę przywołane definicje, stwierdzić należy, że ochrona jakiegokolwiek

punktu znajdującego się na lotnisku będzie odbywała się według tych samych reguł co ochrona lotniska, tylko w sytuacji gdy punkt ten uznany będzie za obiekt lub urządzenie budowlane o charakterze trwałym i wpisany zostanie do rejestru lotnisk razem z samym lotniskiem. Być może tylko teoretycznie, ale w ocenie Izby możliwa jest więc sytuacja, że obiekt znajdujący się na lotnisku za część tego lotniska nie zostanie uznany, a tym samym nie będzie podlegał takim samym regułom ochrony jak pozostała część lotniska. Posiadanie doświadczenia w ochronie takiego obiektu nie jest wystarczające, aby wykonawca za takie usługi mógł uzyskać dodatkowe punkty i w efekcie zamówienie. Z uwagi na specyficzny rodzaj zamówienia i sam obiekt, który podlegać ma obowiązkowej ochronie, uznano, że dodatkowe punkty powinny być przyznawane za świadczenie usług ochrony na rzecz samego lotniska.

Dlatego też, aby dodatkowe kryterium oceny ofert spełniało cel wyznaczony przez ustawodawcę, konieczne jest w ocenie składu doprecyzowanie ustalonych kryteriów, tak aby zamówienie uzyskał podmiot, który wykaże, że stosownym doświadczeniem w ochronie osób i mienia lotniska dysponuje.

Z uwagi na okoliczność, że ustawa Pzp nie wskazuje na jakikolwiek obligatoryjny poziom znaczenia poszczególnych kryteriów oceny, uznano, że ustalenie tego progu na poziomie 10 % jest wystarczające do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Biorąc pod uwagę okoliczność, że potwierdziła się część zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba na podstawie art. 192 ustawy Pzp zobowiązana była odwołanie w części potwierdzonych zarzutów uwzględnić.

Sygn. akt KIO 888/15

W zakresie ustalonych w ogłoszeniu o zamówieniu wymagań:

- 1) wykazania się przez wykonawców realizacją aż co najmniej 3 usług tożsamy z przedmiotem zamówienia,
- 2) wykazania się przez wykonawców realizacją usług (kontraktów), które były realizowane w okresie co najmniej 24 miesiące,
- 3) ograniczenia możliwością wykazania się realizacją usług jedynie do usług świadczonych w obiektach podlegających obowiązkowej ochronie, zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia,
- 4) wykazania się realizacją co najmniej 1 usługi, w obiektach użyteczności publicznej o kubaturze nie mniejszej niż 30 000 m³

37

w części warunku dotyczącej konieczności wykazania się realizacją usług (kontraktów) realizowanych w okresie co najmniej 24 miesiące podzielono argumentację Odwołującego Stekop.

Jeżeli bowiem jak argumentował na rozprawie Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu w punkcie III.2.3. wyrażenia „kontrakt” nie należy utożsamiać z jedną umową, która trwa nieprzerwanie przez 24 miesiące, a w ogłoszeniu Zamawiający celowo użył sformułowania kolokwialnego „kontrakt”, przez które należy rozumieć okres wykonywania świadczenia na rzecz tego samego podmiotu, ale nie koniecznie na podstawie jednej umowy, to zapisy ogłoszenia są nieprecyzyjne i konieczne jest dookreślenie tej kwestii.

Choć trudno zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że sformułowanie „kontrakt” jest wyrażeniem języka potocznego, bo przecież łacińskie wyrażenie „contractus” oznacza nie mniej niż umowę, a więc zgodne porozumienie dwóch lub więcej stron ustalające ich wzajemne prawa lub obowiązki, jeżeli taka była intencja Zamawiającego, aby kontrakt nie oznaczał jednej umowy, to zapisy ogłoszenia w żaden sposób jej nie oddają.

Powyższe determinowało uznanie, że w warunkach dość hermetycznego rynku, gdzie dana branża obejmuje względnie niewielką ilość podmiotów, dla których tego rodzaju usługi mogą być świadczone, jest nadmiernie rygorystycznym wymaganiem doświadczenia w takim stopniu uszczegółowienia, jak wymaga tego Zamawiający, stąd nakazano zmianę odpowiednich zapisów ogłoszenia o zamówieniu.

Jednocześnie zgodzić należy się z Zamawiającym, iż wymaganie wykazania się 24 miesięcznym doświadczeniem nie jest nadmierne, co do długości tego okresu. Umowa między Zamawiającym a wybranym wykonawcą ma być realizowana w okresie 36 miesięcy, a więc warunek został ustalony proporcjonalnie i w sposób tożsamy z przedmiotem

zamówienia. Posiadanie takiego doświadczenia pozwoli zweryfikować kompetencje wykonawcy i jego możliwości organizacyjne.

Również za proporcjonalne i związane z przedmiotem zamówienia uznano pozostałe wymagania ustalone przez Zamawiającego. Zamawiający wymaga przedstawienia trzech usług, ale żadna z nich nie jest w pełni tożsama z przedmiotem zamówienia. W ogłoszeniu wskazano jedynie na ogólne cechy usług, na podstawie których należy udowodnić posiadanie stosownego doświadczenia. Ponadto zrealizowanie tylko jednej usługi nie świadczy o nabyciu doświadczenia. Dopiero wykazanie, że działania wykonawcy charakteryzują się pewną powtarzalnością stanowi, że ten ostatni nabył niezbędne umiejętności, które pozwolą mu w przeszłości realizować zbliżone przedmiotowo kontrakty.

38

Co do wymogów zakresie kubatury obiektu, Izba podtrzymuje swoje stanowisko przedstawione w uzasadnieniu odwołania o sygn. akt KIO 874/15.

W przypadku wymagań przedstawienia doświadczenia w ochronie obiektów wymienionych w art. 5 ustawy o ochronie osób i mienia, to słusznie zauważył w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, że przepis ten dotyczy szeregu specyficznych obiektów, o specyficznych wymaganiach w zakresie ich ochrony. Ochrona takich obiektów wymaga szczególnej wiedzy i doświadczenia przy tworzeniu mechanizmów kontroli i oceny zagrożeń, również o specyficznym zabarwieniu. Jednocześnie zauważyć należy, iż katalog obiektów podlegających obowiązkowej ochronie jest bardzo szeroki, a w jego zakresie mieszczą się obiekty o różnym przeznaczeniu, jak choćby banki. Nie jest to więc katalog na tyle zamknięty przedmiotowo, że odwołanie się tylko do art. 5 ustawy o ochronie osób i mienia naruszy zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji i zawęzi w znaczny sposób krąg wykonawców, którzy mogą ubiegać się o dane zamówienie.

Izba podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone we wcześniejszej części niniejszego uzasadnienia orzeczenia w sprawie o sygn. akt KIO 874/15, tam gdzie odniesiono się do wymagania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, iż zapisy ogłoszenia o zamówieniu nie naruszają przepisów ustawy Pzp.

Za niezasadne uznano stanowisko Odwołującego Stekop, w którym żąda on podniesienia wartości usług, za które przyznawane będą dodatkowe punkty dla stworzenia tzw. krótkiej listy wykonawców, którzy zakwalifikują się do następnego etapu postępowania. Jak już zauważono w uzasadnieniu niniejszego orzeczenia, w sprawie o sygn. akt KIO 874/15, Zamawiający będzie przyznawał dodatkowe punkty za każde zrealizowane należycie zamówienie o wartości usług co najmniej 1 000 000 zł netto. Żądanie podniesienia tego progu do poziomu 2 000 000 zł uznać należy za niezasadne. Jeżeli wykonawca jest w stanie wykazać spełnianie dodatkowego warunku na poziomie wyższym, to jego interes w uzyskaniu zamówienia nie został naruszony. Jednocześnie podniesienie progu może spowodować, że w gorszej sytuacji będą znajdować się wykonawcy, którzy chcą ubiegać się tylko o jedną część zamówienia. Powiązanie dodatkowego kryterium kwalifikacji z podstawowym warunkiem udziału w przypadku ubiegania się o jedną część zamówienia uznano za prawidłowe. Ocena nie będzie wówczas miała charakteru dyskryminacyjnego i nieobiektywnego. Wykonawcy, którzy ubiegali się będą nawet o dwie części zamówienia, w celu uzyskania dodatkowych punktów, będą mieli możliwość powołania się na doświadczenie na niższym poziomie wartościowym niż obowiązkowy warunek, który muszą spełnić.

39

Z uwagi na potwierdzenie się części zarzutów z odwołania, w tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41,

poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

40