

WYROK
z dnia 12 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Małgorzata Rakowska
Dagmara Gałczewska – Romek

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Mariusza Popendę, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PHU „ZBAR”, 94-214 Łódź, ul. Krakowska 60** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jednostka Wojskowa Nr 4246, 85-915 Bydgoszcz, ul. Szubińska 2** protestu z dnia 21 grudnia 2009r.

przy udziale **Koncesjonowanej Agencji Ochrony i Usług Detektywistycznych „ARON” Sp. z o. o. w Osielsku, 86-031 Osielsko, ul. Polna 12** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża Mariusza Popendę, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PHU „ZBAR”, 94-214 Łódź, ul. Krakowska 60 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Mariusza Popendę, prowadzącego**

działalność gospodarczą pod firmą PHU „ZBAR”, 94-214 Łódź, ul. Krakowska 60;

- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Mariusza Popendę, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PHU „ZBAR”, 94-214 Łódź, ul. Krakowska 60.**

Uzasadnienie

Zamawiający - Jednostka Wojskowa Nr 4246 Oddział Zabezpieczenia Centrum Szkolenia Sił Połączonych Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego w Bydgoszczy - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługę ochrony osób i mienia w kompleksie 1165 obejmującym obiekty Centrum Szkolenia Sił Połączonych NATO - Joint Force Training Centre (JFTC) i Oddziału Zabezpieczenia Joint Force Training Centre (OZ JFTC) przy ul. Szubińskiej 2 w Bydgoszczy.

14 grudnia 2009r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Koncesjonowaną Agencję Ochrony i Usług Detektywistycznych „ARON” Sp. z o. o. z siedzibą w Osielsku.

Wobec dokonanego wyboru Mariusz Popena prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PHU „ZBAR” z siedzibą w Łodzi wniósł odwołanie poprzedzone protestem. Odwołujący się zarzucił zamawiającemu złamanie zasady uczciwej konkurencji oraz prawdy obiektywnej, obrazę art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt. 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 1-3 oraz niezastosowanie obligatoryjnej sankcji przewidzianej w art. 89 pkt. 1 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp”. Wniósł o uchylenie decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty,

przy jednoczesnym odrzuceniu oferty uznanej za najkorzystniejszą oraz o ponowne rozpatrzenie ważnych z punktu formalnego ofert pozostałych podmiotów biorących udział w niniejszym postępowaniu.

Odwolujący się alternatywnie wniósł o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w sytuacji potwierdzenia, iż postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Ponadto o dopuszczenie dowodu z: załączonych

do odwołania dokumentów na okoliczności wskazane w treści odwołania, z zeznań świadków na okoliczność przedmiotu i warunków realizacji zamówienia oraz z przesłuchania stron. W uzasadnieniu odwołujący się wywiódł, że zgodnie z treścią oferty „ARON” Sp. z o. o. - z załączonego wykazu osób wynika brak dostatecznych zasobów ludzkich pozwalających na rzetelną realizację przedmiotu zamówienia. Wykonawca w wykazie, wskazał na 10 osób z poświadczeniami bezpieczeństwa „NATO SECRET” (w tym 2 osoby nadzorujące - kontrolujące, nie wymagane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej: „siwz” pkt 3.3 oraz 8 osób realizujących zadania wynikające z opisu przedmiotu zamówienia). W treści późniejszych wyjaśnień złożonych Zamawiającemu, firma „ARON” potwierdziła złożony wcześniej wykaz oraz wskazała, iż realizacja zadania będzie przedstawiać się następująco: co do zadania SIWZ 3.2 a,b - 6 osób oraz zadania 3.2 c - 2 osoby - razem 8 osób). Odwołujący się podniósł, że uwzględniając regulacje kodeksu pracy odnoszące się do czasu pracy, realizacja zamówienia wymaga minimum 13 osób zdolnych do realizacji zadania. Odwołujący się zarzucił również brak świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego II-go stopnia. Wywiódł, że postawienie wymogu posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, świadczy o przewidywanym dostępie do informacji niejawnych stanowiących tajemnicę państwową, a skoro zamawiający postawił również wymóg posiadania kancelarii tajnej, to znaczy, że w kancelarii tej mogą być przyjmowane, rejestrowane i przechowywane dokumenty niejawne stanowiące tajemnicę państwową. Powyższe powoduje konieczność dysponowania, co najmniej świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego II-go stopnia.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych, odpowiednio: protest w dniu 22 grudnia 2009 r., odwołanie 12 stycznia 2010 r. za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego. Zamawiający otrzymał kopię odwołania z zachowaniem terminu ustawowego wynikającego z art. 184 ust. 2 zd. 1 *in fine* Pzp.

Zamawiający oddalił protest 4 stycznia 2010 r. W uzasadnieniu wskazał, że warunek podmiotowy wskazany pkt 3.3 siwz określa wymaganą ilość pracowników dla zapewnienia ochrony w obiekcie, z tym, że składający ofertę winien uwzględnić, że zamówienie będzie wykonywane w systemie podbiadu doby na dwie zmiany oraz przy zachowaniu godzin pracy, o których mowa w pkt 3.12 siwz. Zamawiający powołał również wyjaśnienia uzyskane w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Uznał różnie, że osoby zatrudnione u innych („pierwotnych”) pracodawców, mogą zostać wskazane przez uczestnika postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego w wykazie osób o określonych uprawnieniach, którymi

w przyszłości będzie się posługiwał wykonawca przy realizacji zamówienia. Wskazał nadto, że art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi o dysponowaniu osobami, a nie o posiadaniu pracowników oraz, że wykaz osób jest dokumentem potwierdzającym spełnienie warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Wykonawca, załączając wykaz określonych osób, nie deklaruje (co do zasady), że te właśnie osoby będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, lecz wykazuje, że spełnia warunek udziału w postępowaniu polegający na dysponowaniu osobami zdolnymi do realizacji zamówienia. W odniesieniu do drugiego z podniesionych zarzutów zamawiający wywiódł, że określił warunek posiadania przez wykonawcę aktualnego świadectwa bezpieczeństwa . przemysłowego oraz kancelarii tajnej. Koncesjonowana Agencja Ochrony i Usług Detektywistycznych „ARON” Sp. z o. o. złożyła wymagane dokumenty, tj. świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego 3 stopnia oraz oświadczenie o posiadaniu kancelarii tajnej.

Koncesjonowana Agencję Ochrony i Usług Detektywistycznych „ARON” Sp. z o. o. przystąpiła do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, uczestnicząc wcześniej w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Po ustaleniu, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba przeprowadziła rozprawę, w czasie której strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego (przystępujący) podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny sprzed wejścia w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), zgodnie z art. 4 przywołanej ustawy nowelizującej.

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust.1 Pzp. Potwierdzenie zarzutów odwołania spowoduje konieczność odrzucenia oferty przystępującego i odwołujący się, jako jedyny uczestnik postępowania, będzie miał możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie potwierdził się zarzut, że w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia winni przedstawić w wykazie co najmniej 13 osób posiadających poświadczenie bezpieczeństwa osobowego „NATO SECRET”.

W rozdziale 3.3. siwz zamawiający ustalił, że z ogólnej liczby 12,5 osób niezbędnych do wykonania usługi w czasie jednej zmiany, 5 osób winno posiadać poświadczenie bezpieczeństwa o klauzuli min. „NATO SECRET”. W pkt 3.2 lit. c oraz w pkt 3.12 siwz zamawiający ustalił godziny wykonywania zamówienia, wskazał również, że zamówienie realizowane będzie w systemie dwuzmianowym, jednak nie dokonał podziału wskazanych godzin na zmiany. Wśród warunków udziału w postępowaniu zamawiający ustalił, w pkt 10.1.3 ppkt 1.2) siwz wymóg dysponowania osobami posiadającymi kwalifikacje do wykonania zamówienia legitymującymi się m. in. poświadczenie bezpieczeństwa o klauzuli min. „NATO SECRET”. W pkt 11.3.4 siwz zamawiający wymagał złożenia stosownego wykazu.

Z postanowień zawartych w siwz wynika, że minimalną liczbę, pozwalającą na uznanie, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia spełnia wymagania zamawiającego w zakresie potencjału osobowego, stanowi 10 osób. Wykaz złożony przez przystępującego wraz z ofertą bezspornie wskazuje wymaganą liczbę osób. Już choćby z tego powodu zarzut odwołania (rozpatrywany w granicach zarzutów protestu) uznać należy za chybiony.

Prezentowany w proteście i odwołaniu pogląd o konieczności zatrudnienia pracowników ochrony na podstawie umowy o pracę jest chybiony prawnie oraz pozbawiony oparcia w treści siwz.

Po pierwsze: zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawiają zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. Z brzmienia przywołanego przepisu wynika, że podstawa prawna na jakiej wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia dysponuje osobami niezbędnymi do wykonania zamówienia nie ma znaczenia dla wykazania spełniania warunku. Ustawodawca formułując normę art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp wyszedł naprzeciw realiom gospodarczym – osobę fizyczną może łączyć z pracodawcą zarówno więź obligacyjna (cywilnoprawna), jak i stosunek mający źródło w przepisach prawa pracy.

Po drugie: z użycia w siwz pojęć „pracownik” i „zatrudnienie” nie należy wywodzić wymagania zamawiającego ujęcia w wykazie potwierdzającym potencjał osobowy wykonawcy wyłącznie osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. W ocenie Izby, z racji różnorodnych podstaw prawnych powiązania danej osoby z pracodawcą, pojęcia te,

zgodnie z potocznym rozumieniem omawianych pojęć, obejmują odpowiednio wszystkie, zgodne z prawem, podstawy zatrudnienia oraz oznaczają osoby świadczące pracę lub usługi na rzecz pracodawcy.

Pogląd odwołującego się o realizacji zamówienia w systemie trzymianowym pozbawiony jest oparcia w treści siwz, stanowiącej wprost o systemie dwuzmianowym.

Podkreślić należy, że wykaz osób stanowi dokument o charakterze podmiotowym, potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu, odnoszący się do posiadanego potencjału osobowego. jest przyjęcie Nieuzasadnione zatem przez

odwołującego się, że przystępujący będzie realizował zamówienie wyłącznie przy udziale osób wskazanych w wykazie.

Iżba zważyła również, że postanowienia siwz, jak i wywodzone w oparciu o nie wyliczenia ilości przepracowanych godzin w celu ustalenia ilości osób niezbędnych do realizacji zamówienia, dokonywane przez odwołującego się, zamawiającego oraz przystępującego, wskazują nie tylko na możliwość różnej interpretacji postanowień siwz, ale też na ewentualną możliwość indywidualnego kształtowania liczby osób niezbędnych do prawidłowego wykonywania usługi w czasie realizacji zamówienia. Dlatego też powołana przez odwołującego się korespondencja między zamawiającym a przystępującym nie potwierdza słuszności zarzutu.

Fakt, że odwołujący się przedstawił w złożonym przez siebie wykazie większą liczbę osób posiadających poświadczenie bezpieczeństwa osobowego „NATO SECRET” nie ma znaczenia dla oceny podnoszonego zarzutu. Jakość spełniania warunków udziału w postępowaniu, to że odwołujący się wykazał potencjał osobowy przewyższający ustalone w siwz wymagania zamawiającego, nie ma znaczenia w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego. Jakość spełnienia warunku udziału w postępowaniu pozbawiona jest, z wyłączeniem wyjątków wynikających z przepisów, doniosłości na etapie oceny ofert.

Nie potwierdził się również zarzut dotyczący stopnia świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego. Przede wszystkim zamawiający nie postawił w pkt 10. 1 ppkt 2) tiret 2 siwz wymagania, co do stopnia świadectwa. Uznać zatem należy, że każde świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego dowolnego stopnia odpowiada wymaganiom zamawiającego. Chybione jest wywodzenie konieczności złożenia świadectwa co najmniej II stopnia w oparciu o konieczność posiadania kancelarii tajnej wynikający z pkt 10.1.3. siwz. Badając podniesiony zarzut Iżba dała wiarę stanowisku zamawiającego i przystępującego. Zakres przedmiotu zamówienia nie wiąże się z koniecznością przekazywania, przechowywania oraz przetwarzania informacji stanowiących tajemnicę państwową o

klauzuli „NATO SECRET”, do których dostęp może ewentualnie uzyskać wykonawca w czasie wykonywania zamówienia. Wynika natomiast z hipotetycznej możliwości przekazania wykonawcy dokumentów objętych klauzulą zastrzeżone. Przywołane twierdzenia pozostały niezaprzeczone przez odwołującego się.

Interpretacja postanowień siwz prezentowana przez odwołującego się pozbawiona jest oparcia w jej treści oraz nieuzasadniona zakresem przedmiotu zamówienia.

Postanowienie o udzielenie zamówienia prowadzi się z zachowaniem zasady pisemności wynikającej z art. 9 ust. 1 Pzp. Realizacja tej zasady sprzyja zachowaniu poszanowaniu zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Pisemność postępowania wymaga uzewnętrznienia przez zamawiającego swoich wymagań w dokumentach postępowania, w szczególności w ogłoszeniu o zamówieniu oraz siwz. Zamawiający jest zobligowany do przestrzegania ustalonych przez siebie wymagań skierowanych do wykonawców biorących udział w postępowaniu, co ma na celu wyeliminowanie możliwości podjęcia przez niego decyzji o charakterze arbitralnym. Realizacji tego celu służy oparcie się przede wszystkim na literalnych postanowieniach siwz. Ewentualne informacje uzyskane ustnie przez przedstawicieli wykonawcy nie mają znaczenia dla oceny czynności zamawiającego, w tym oceny, spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z przywołanych przyczyn Iżba odmówiła przeprowadzenia dowodów z zeznań świadków oraz przesłuchania stron, uznając je za zbędne dla wydania orzeczenia oraz mogące spowodować zwłokę w postępowaniu.

Z powyższych przyczyn argumentacja odwołującego się oparta o brak jednoznaczności postanowień siwz (inaczej interpretował je odwołujący się i przystępujący) w istocie uzasadnia prawidłowość oceny dokonanej przez zamawiającego. Możliwość rozbieżnych interpretacji postanowień siwz nie może obciążać wykonawców, którzy złożyli oferty działając w zaufaniu do jej literalnych sformułowań.

Iżba ocenia, że odwołujący się nie skorzystał przed terminem otwarcia ofert z możliwości uzyskania wyjaśnień treści siwz, a obecnie wobec uznania za najkorzystniejszą oferty złożonej przez konkurenta, podejmuje próbą narzucenia własnej interpretacji postanowień siwz, która nie ma oparcia w jej literalnym brzmieniu.

Na marginesie podnieść należy, że ustawa Prawo zamówień publicznych odróżnia ofertę od dokumentów i oświadczeń składanych wraz z ofertą celem potwierdzenia spełniania przez

wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (arg. z art. 44 Pzp), czynność oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu od czynności badania i oceny (arg. z art. 20 ust. 1 Pzp). Skutkiem ewentualnego potwierdzenia podnoszonych zarzutów odwołania

byłoby nakazanie wykluczenia przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz uznanie złożonej przez niego oferty za odrzuconą *ex lege* na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp, nie zaś, jak żąda odwołujący się, odrzucenie oferty.

Odnosząc się do alternatywnego wniosku odwołującego się o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp stwierdzić należy, że *de lege lata* żądaniu takiemu nie można uczynić zadość, a nadto Izba uznaje je za nieuzasadnione.

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp oddaliła odwołanie, orzekając o kosztach na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp – stosownie do wyników postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....