

WYROK
z dnia 24 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierżędzki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 czerwca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Stekop S.A. w Warszawie** oraz **Poczta Polska S.A. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową nr 1158 w Łasku**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Ekotrade sp. z o.o. w Warszawie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia oświadczeń celem potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, o którym mowa w pkt 5.3.2.3 SIWZ, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,
2. kosztami postępowania obciąża **Jednostkę Wojskową nr 1158 w Łasku** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Stekop S.A. w Warszawie** oraz **Poczta Polska S.A. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Jednostki Wojskowej nr 1158 w Łasku** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Stekop S.A. w Warszawie** oraz **Poczta Polska S.A. w Warszawie** kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 **Sieradzu**.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Jednostka Wojskowa nr 1158 w Łasku - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „ochrona fizyczna jednostki przez SUFO”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 kwietnia 2014 r. 2014/S 075-130035.

W dniu 28 maja 2014 r. zamawiający zawiadomił wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Stekop S.A. w Warszawie** oraz **Poczta Polska S.A. w Warszawie**, zwanych dalej „odwołującym”, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Ekotrade sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „wykonawcą Ekotrade”.

W dniu 6 czerwca 2014 r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

- 1) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Ekotrade,
- 2) zaniechania czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Ekotrade sp. z o.o. z powodu:
 - a) niewykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej i ekonomicznej,
 - b) niewykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
- 2) art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty niezgodnie z przepisami ustawy,
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w stosunku do wykonawcy Ekotrade w warunkach, w których wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Ekotrade jako oferty najkorzystniejszej,

3

-
- 2) powtórzenia czynności oceny ofert,
 - 3) dokonania czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Ekotrade i uznania jej za odrzuconą.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że wykonawca Ekotrade załączył do złożonej oferty polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, która nie spełnia wymagań określonych przez zamawiającego, o których mowa w pkt 5.4.2 i 6.6.2. SIWZ oraz w odpowiedzi z dnia 28 kwietnia 2014 r., jakiej zamawiający udzielił na jedno z pytań zadane przez wykonawcę. Tym samym wykonawca Ekotrade nie wykazał warunku udziału w postępowaniu, w postaci znajdowania się w odpowiedniej sytuacji finansowej i ekonomicznej. Z załączonej polisy wynika, że suma ubezpieczenia wynosi 10.000.000,00 zł, jednak w ramach polisy zostały wprowadzone podlimity. Polisa wprost wskazuje na następujące limity:

- 1) szkody poniesione przez pracowników - 4.000.000,00 zł,
- 2) szkody powstałe w związku z wykonywaniem czynności, prac lub usług przez podwykonawcę - 5.000.000,00 zł,
- 3) szkody w rzeczach znajdujących się w pieczy, pod dozorem lub kontrolą ubezpieczającego - 1.000.000,00 zł,
- 4) szkody w nieruchomościach, z których ubezpieczający korzystał na podstawie umowy najmu, dzierżawy, użyczenia, leasingu lub innej umowy o podobnym charakterze - 10.000,00 zł,
- 5) szkody w ruchomościach, z których ubezpieczający korzystał na podstawie umowy najmu, dzierżawy, użyczenia, leasingu lub innej umowy o podobnym charakterze,
- 6) czyste szkody majątkowe - 1.000.000,00 zł,
- 7) wartości pieniężne - 500.000,00 zł.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniami SIWZ polisa z podlimitami na kwoty niższe niż 8.000.000,00 zł nie spełnia wymagań zamawiającego.

Odwołujący podniósł ponadto, że w świetle art. 21 ust. 4 pkt 1 ustawy o ochronie informacji niejawnych, upoważnienia do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone” udzielone niektórym pracownikom, wskazanym przez wykonawcę Ekotrade do realizacji zamówienia, są nieważne. Upoważnienia te powinny zostać udzielone przez kierownika jednostki organizacyjnej, natomiast część upoważnień złożonych przez wykonawcę Ekotrade wraz z ofertą została podpisana przez prokurenta wykonawcy Ekotrade, który w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 14 ww. ustawy nie jest kierownikiem jednostki organizacyjnej. Sytuacja taka dotyczyła następujących pracowników:

- 1) G.B.,
- 2) A.F.,

4

- 3) K.B.K.,
- 4) S.J.,
- 5) G.J.K.,
- 6) J. W. M.,
- 7) K. M. T.,
- 8) P.P.W..

Zgodnie z powołanym przepisem za kierownika jednostki organizacyjnej nie może być uznany prokurent przedsiębiorcy. Z definicji kierownika jednostki organizacyjnej zostali bowiem w sposób wyraźny wyłączeni pełnomocnicy przedsiębiorcy - „z wyłączeniem pełnomocników ustanowionych przez ten organ lub jednostkę”.

Odwołujący podniósł również, że zamawiający nie określił jednoznacznie, jaka minimalna liczba pracowników jest niezbędna dla prawidłowego wykonania zamówienia. Jak wskazano w pkt 5.3.2.5. SIWZ wykonawca miał sam określić niezbędną ilość godzin ochrony. Wskazał, że wykonawca określając liczbę pracowników, którzy będą realizować zamówienie, musiał uwzględnić następujące warunki wskazane przez zamawiającego:

- 1) realizacja zamówienia jedynie przez pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę,
- 2) pkt 3.5. SIWZ — „ochrona fizyczna realizowana będzie całodobowo we wszystkie dni tygodnia w systemie zmianowym w godzinach od 09.00 do 09.00 dnia następnego”,
- 3) pkt 5.3.2.1. SIWZ — „zamówienie powinno być realizowane przez co najmniej 12 pracowników ochrony na zmianie (9 pracowników ochrony + 2 pracowników ochrony w dni robocze w wymiarze 12 godzin + 1 pracownik ochrony w dni robocze w wymiarze 8 godzin — jak opisano w pkt. 3.5,6 i 3.5.7 SIWZ), w tym 1 dowódca ochrony”,
- 4) pkt 3.15. SIWZ — „Zamawiający zastrzega sobie prawo żądania od Wykonawcy wystawienia w razie potrzeb dodatkowego posterunku doraźnego w systemie całodobowym (maksymalnie 42 doby w czasie trwania umowy) w dowolnym miejscu wskazanym przez Dowódcę JW1551 w ramach zawartej umowy,
- 5) odpowiedź Zamawiającego z dnia 28 kwietnia 2014 r. na pytanie wykonawcy - Pytanie: „czy Zamawiający wymaga, aby wszystkie godziny realizacji usługi ochrony były przepracowane w ramach umowy o pracę”; Odpowiedź Zamawiającego: „Tak. ”,
- 6) § 6 pkt. 1.3.11. załącznika nr 4 do SIWZ - Wzór umowy - Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w przypadku „wykonywania zadań ochronnych przez pracownika ochrony powyżej 24 godzin w ciągu kolejnych dwóch dób”.

Odwołujący wywiódł, że wykonawca Ekotrade w złożonym wraz z ofertą wykazie osób i podmiotów, które będą realizować zamówienie, wskazał, że zamówienie będzie

5

realizowane przez 24 pracowników. Liczba pracowników wyznaczona przez wykonawcę jest niewystarczająca dla prawidłowej realizacji zamówienia.

Odwołujący argumentował, że biorąc pod uwagę normy czasu pracy, do pracy bezpośrednio na posterunkach należałoby wskazać co najmniej 44 pracowników. Zgodnie z zapisami SIWZ, zamówienie powinno być realizowane przez co najmniej 12 pracowników na zmianie, a ochrona świadczona całodobowo w systemie zmianowym. W związku z tym, gdyby 24 pracowników miało realizować całe zamówienie, każdy z nich musiałby pracować codziennie po 12 godzin albo pracować co dwa dni po 24 godziny przez 7 dni w tygodniu - bez możliwości urlopów i zwolnień lekarskich. Taki system pracy byłby niewątpliwie sprzeczny z przepisami prawa pracy określającymi normy czasu pracy na 40 godzin tygodniowo. Nie jest więc możliwe zapewnienie prawidłowej realizacji zamówienia, przy dysponowaniu jedynie 24 pracownikami. Zdaniem odwołującego potwierdza to wyliczenie czasu, którzy musieliby przepracować pracownicy, zgodnie z przedstawionym w odwołaniu wzorem:

- 24 osoby wskazane w wykazie miałyby do przepracowania w ramach całego przedmiotu zamówienia 218.176 godzin, wyliczone zgodnie z poniższym:

- realizacja zamówienia od 01.07.2014 godz.00.00 do 02.01.2017 godz. 14.00,
- liczba dni w okresie 916, liczba dni pracujących - 634,
- liczba pracowników:
 - 9 osób całodobowo we wszystkie dni tygodnia,
 - 2 osoby w godzinach 5.00 - 17.00 w dni pracujące,
 - 1 osoba w godzinach 7.30 - 15.30 w dni pracujące,
- liczba godzin w trakcie realizacji zamówienia:
 - 9 osób x 24 godzin x 916 dni + 9 osób x 14 dni = 197982
 - 2 osoby x 12 godzin x 634 dni + 2 osoby x 9 dni = 15234
 - 1 osoba x 8 godzin x 634 dni + 6,5 dnia = 5078,5
- łącznie-ok. 218.176 godzin,
- czas pracy przypadający na jednego pracownika w okresie realizacji zamówienia - ok. 9.091 godzin (218.176 godzin : 24 osoby = 9.091 godzin),
- norma czasu pracy na jednego pracownika w okresie realizacji zamówienia (ok. 30 miesięcy), zgodnie z przepisami prawa pracy - 5072 godzin (634 dni pracujące x 8 godzin),
- norma czasu pracy łącznie na wszystkich pracowników w okresie realizacji zamówienia (ok. 30 miesięcy), zgodnie z przepisami prawa pracy - 121.728 godzin (5072 godz. x 24 = 121.728 godz.),
- liczba nadgodzin w okresie realizacji zamówienia - 96.448 godzin (218.176 godzin - 121.728 godzin),

6

-
- liczba nadgodzin przypadająca na jednego pracownika w okresie realizacji zamówienia - ok. 4018 godzin (96.448 godzin : 24 = 4019 godzin),
 - nadgodziny przypadające na jednego pracownika w jednym miesiącu realizacji zamówienia - ok. 134 godziny (4.019 : 30 miesięcy = 134 godziny).

Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem odwołującego, wykonawca Ekotrade nie wykazał, że dysponuje liczbą pracowników wystarczającą dla należytej i zgodnej z przepisami prawa realizacji zamówienia.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, zgłosił przystąpienie wykonawca Ekotrade sp. z o.o. w Warszawie.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, odpowiedzi na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ, ofertę złożoną przez wykonawcę Ekotrade, pismo zamawiającego zawierające rozstrzygnięcie postępowania datowane na 28 maja 2014 r., odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie z 11 czerwca 2014 r., pisma procesowe odwołującego i zgłaszającego przystąpienie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. Do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło wprawdzie zgłoszenie przystąpienia do postępowania po stronie zamawiającego wykonawcy Ekotrade sp. z o.o. w Warszawie, jednakże wniesione po terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Stosownie do przywoływanego przepisu *Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*

W myśl § 7 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. nr 48, poz. 280 ze

7

zm.), z wyjątkiem wniesienia odwołania i zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę korespondencja w sprawie odwoławczej kierowana przez strony i uczestników postępowania odwoławczego do Izby, a także korespondencja kierowana przez Izbę może być przesyłana faksem lub drogą elektroniczną. W przypadku korespondencji przesyłanej faksem lub drogą elektroniczną domniemywa się, że dzień przesłania korespondencji faksem lub drogą elektroniczną jest dniem doręczenia, jeżeli korespondencja została przesłana niezwłocznie również w formie pisemnej.

Jak wynikało z dokumentacji postępowania przesłanej przez zamawiającego, zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przesłał wykonawcy Ekotrade w dniu 6 czerwca 2013 r., w taki sposób, że ten zapoznał się z jego treścią. Okoliczność ta została potwierdzona przez samego zgłaszającego przystąpienie w zgłoszeniu przystąpienia i na posiedzeniu. Tym samym z ww. chwilą rozpoczął bieg terminu na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego. Trzydniowy termin na zgłoszenie przystąpienia upłynął wykonawcy w dniu 9 czerwca 2014 r.

Wskazać w tym miejscu należy, że dla zachowania terminu zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego znaczenie ma data doręczenia zgłoszenia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w jednej z form wskazanych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i § 5 rozporządzenia.

Izba nie mogła wziąć zatem pod uwagę zgłoszenia przesłanego Izbie 6 czerwca 2014 r. w formie faksu. Forma taka nie została dopuszczona w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i została wykluczona w świetle §7 rozporządzenia.

Jedynie zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, które dotarło do Izby w prawidłowej formie tj. formie pisemnej, zostało wniesione dopiero w dniu 10 czerwca 2014 roku (prezentata Krajowej Izby Odwoławczej na zgłoszeniu przystąpienia z adnotacją o wpływie pisma). Wprawdzie pismo ze zgłoszeniem przystąpienia zostało nadane na pocztę w dniu 6 czerwca 2014 r. (stempel na kopercie), jednakże ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych wyraźnie nie łączy żadnych skutków z nadaniem zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w placówce pocztowej operatora wyznaczonego, inaczej niż w przypadku innych pism (por. przykładowo przepis art. 198b ust. 2 ustawy Pzp, który ze złożeniem skargi na orzeczenie Izby w takiej placówce łączy skutki wniesienia skargi do sądu). A zatem z nadaniem zgłoszenia przystąpienia w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w dniu 6 czerwca 2014 r. nie można było łączyć skutków wniesienia pisma do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Powyższe stanowisko jest ugruntowane i prezentowane jednolicie w orzecznictwie Izby. Prawidłowość tego stanowiska, na tle analogicznych przepisów ustawy Pzp dotyczących wniesienia odwołania, potwierdza

8

również uchwała Sądu Najwyższego z 7 lutego 2014 r., sygn. akt II CZP 90/13, w której stwierdził, że nie ma znaczenia dla zachowania terminu do wniesienia odwołania okoliczność, kiedy pismo z odwołaniem zostanie złożone w placówce operatora wyznaczonego.

Izba stwierdziła, że wobec otrzymania w dniu 6 czerwca 2014 roku kopii odwołania wraz z wezwaniem do udziału w postępowaniu odwoławczym, wniesione w dniu 10 czerwca 2014 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę Ekotrade zostało wniesione z uchybieniem ustawowego 3 - dniowego terminu do jego wniesienia i skutkuje niedopuszczeniem do udziału w postępowaniu odwoławczym zgłaszającego przystąpienie. W konsekwencji wykonawca ten nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Niezachowanie terminu dla zgłoszenia przystąpienia skutkowało wygaśnięciem prawa do wniesienia tego środka ochrony prawnej, gdyż termin określony w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp ma charakter terminu zawitego i nie podlega przywróceniu.

Stwierdzono zatem, że w terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp żaden wykonawca nie zgłosił Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Podzielono tym samym, wielokrotnie wyrażany w orzecznictwie Izby pogląd, iż *Brak skutecznego, tj. zgodnego z art. 185 ust. 2 p.z.p., zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego należy traktować jako brak przystąpienia w terminie opisanego w art. 186 ust. 2 ustawy. Tym samym w przedmiotowym*

postępowaniu odwoławczym nie brał udziału żaden wykonawca przystępujący po stronie zamawiającego (tak m.in. postanowienie KIO z dnia 6 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 348/10).

W dalszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została – w świetle kryteriów oceny ofert – została sklasyfikowana przez zamawiającego na drugiej pozycji, za ofertą wybraną jako najkorzystniejsza. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy zaniechał

9

wykluczenia z postępowania wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu wykonania tej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty potwierdziły się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym sprawy.

1. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Ekotrade z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, o którym mowa w pkt 5.4.2 i 6.6.2 SIWZ

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest ochrona fizyczna przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne kompleksu wojskowego nr 2617 w Sieradzu, budynku przy ul. Sienkiewicza nr 6 w Sieradzu oraz budynku przy ul. Kościuszki nr 19 w Sieradzu (pkt 3.1. SIWZ, w dokumentacji przesłanej przez zamawiającego).

Ustalono nadto, że zamawiający zgodnie z art. 22 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp opisał w SIWZ warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, jaki musieli wykazać wykonawcy aby ubiegać się o zamówienie. Zamawiający wskazał w pkt 5.4.2. SIWZ, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy przedstawią opłaconą polisę na kwotę 8 000 000,00 zł, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. W pkt 6.6.2. SIWZ wskazano, że w celu potwierdzenia, że wykonawca znajduje się w odpowiedniej sytuacji finansowej i ekonomicznej, do oferty należy dołączyć *opłaconą polisę na kwotę min. 8 000 000,00 zł, (na wszystkie zdarzenia, jeżeli nie wynika to z polisy, dowód wpłaty składki) w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Zamawiający nie dopuszcza polisy z podlimitami na pojedyncze zdarzenia na niższe kwoty.*

Ustalono także, że wykonawca Ekotrade celem potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu złożył wraz z ofertą polisę dobrowolnego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej nr 908201086315/OC/MMW, wystawioną przez Warta S.A. w Warszawie 24 marca 2014 r. Zgodnie z treścią tej polisy, przedmiotem ubezpieczenia objęta jest odpowiedzialność

10

cywilna za szkody osobowe i rzeczowe wyrządzone osobom trzecim z tytułu prowadzenia działalności objętej ubezpieczeniem lub posiadaniem mienia. Jako działalność objętą ubezpieczeniem wymieniono: ochronę fizyczną osób i mienia, konwojowanie wartości

pieniężnych i przedmiotów wartościowych, monitoring z udziałem patroli interwencyjnych, monitoring ppoż, ochronę imprez masowych, usługi porządkowe – sprzątanie budynków i innych obiektów, usługi „złotej rączki”.

Jako sumę ubezpieczenia wskazano kwotę 10.000.000 PLN za jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia.

Określono w polisie również podlimity na jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia w następującym zakresie:

- 1) klauzula 1 – szkody poniesione przez pracowników – 4.000.000,00 zł,
- 2) klauzula 4 – szkody powstałe w związku z wykonywaniem czynności, prac lub usług przez podwykonawcę - 5.000.000,00 zł,
- 3) klauzula 6 - szkody w rzeczach znajdujących się w pieczy, pod dozorem lub kontrolą ubezpieczającego - 1.000.000,00 zł,
- 4) klauzula 9 - szkody w nieruchomościach, z których ubezpieczający korzystał na podstawie umowy najmu, dzierżawy, użyczenia, leasingu lub innej umowy o podobnym charakterze - 10.000.000,00 zł,
- 5) klauzula 10 - szkody w ruchomościach, z których ubezpieczający korzystał na podstawie umowy najmu, dzierżawy, użyczenia, leasingu lub innej umowy o podobnym charakterze - 4.000.000,00 zł,
- 6) czyste szkody majątkowe - 1.000.000,00 zł,
- 7) wartości pieniężne - 500.000,00 zł.

Zarzut nie jest zasadny.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę Izba stwierdziła, że wykonawca Ekotrade wykazał fakt posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej prowadzonej działalności, w zakresie związanym z przedmiotem zamówienia na kwotę wymaganą przez zamawiającego, bez sublimitów.

Zgodnie z wielokrotnie wyrażanym w orzecznictwie Izby poglądem, dla spełnienia takiego warunku, jaki zamawiający opisał w SIWZ, wystarcza wykazanie ubezpieczenia prowadzonej działalności od odpowiedzialności cywilnej, w takim zakresie, który jest związany z przedmiotem zamówienia. Zaprezentowany pogląd wynika stąd, że polisa ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej składana przez wykonawcę w postępowaniu służy wykazaniu warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy. Nie powinna być utożsamiana z ubezpieczeniem konkretnego

11

kontraktu, z czym mógłby wiązać się obowiązek ubezpieczenia OC od wszelkich ryzyk, jakie łączą się z wykonywaniem danej umowy. Powyższe prowadzi do wniosku, że generalnie zamawiający badając składane przez wykonawców polisy, nie jest uprawniony do oceniania stosowanych przez ubezpieczycieli klauzul dotyczących wariantów ubezpieczenia, franszyz czy sublimitów (por. wyroki Izby: z dnia 30.11.2010 r. sygn. akt KIO 2512/10; z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt: KIO 753/11, KIO 758/11; z dnia 11 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO 2801/10; z dnia 21 maja 2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 814/10; z dnia 15.07.2010 r., sygn. akt: KIO 1395/10; z dnia 6 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 605/11; z dnia 9 marca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 216/09, KIO/UZP 223/09). Można co najwyżej postawić tezę, że zamawiający jest uprawniony do ostrożnego badania wyłączeń i podlimitów dotyczących zdarzeń kluczowych z punktu widzenia prowadzonej przez wykonawcę działalności, a jednocześnie związanej z przedmiotem zamówienia.

Podkreślić jednocześnie należy, że odwołujący błędnie odczytał postanowienia pkt 5.4.2. i 6.6.2. SIWZ. W świetle postawionego warunku, wykonawca nie miał obowiązku wykazania posiadania ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, która odnosiłaby się do całego przedmiotu zamówienia. Wystarczającym było wszak wykazanie faktu posiadania ubezpieczenia OC w zakresie jedynie tej działalności gospodarczej, która z tym przedmiotem zamówienia się wiązała.

W rozpoznawanej sprawie przedmiotem zamówienia była usługa w zakresie ochrony fizycznej jednostek zamawiającego przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne (pkt 3 SIWZ). Zatem ubezpieczeniem OC na wymaganą przez zamawiającego sumę 8.000.000 zł (bez podlimitów) powinna być objęta działalność gospodarcza wykonawcy, polegająca na świadczeniu usług ochroniarskich. Analiza treści polisy, jaką wykonawca Ekotrade złożył wraz z ofertą, prowadziła do jednoznacznego wniosku, że wykonawca ten legitymuje się

ubezpieczeniem OC na kwotę 10.000.000 zł. Przedmiotem ubezpieczenia objęta była odpowiedzialność cywilna za szkody osobowe i rzeczowe wyrządzone osobom trzecim z tytułu prowadzenia działalności objętej ubezpieczeniem lub posiadaniem mienia. Jako działalność objętą ubezpieczeniem wymieniono: ochronę fizyczną osób i mienia, konwojowanie wartości pieniężnych i przedmiotów wartościowych, monitoring z udziałem patroli interwencyjnych, czyli podstawowy przedmiot zamówienia. Zakres ubezpieczonej działalności odnosił się zatem do podstawowego przedmiotu zamówienia, jakim była usługa ochrony osób i mienia.

Fakt istnienia podlimitów dotyczących ryzyk, spośród których kilka wykazywało związek z przedmiotem zamówienia, (jak choćby szkód poniesionych przez pracowników czy szkód powstałych w związku z wykonywaniem czynności, prac lub usług przez podwykonawcę), jest jednak bez znaczenia, z powodów które wyżej omówiono.

12

2. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Ekotrade z powodu nie wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami, które posiadają poświadczenie bezpieczeństwa lub pisemne upoważnienie kierownika jednostki do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone” (pkt 5.3.2.3. SIWZ)

Ustalono, że zamawiający, stosownie do art. 22 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, opisał w SIWZ warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jaki muszą wykazać wykonawcy, aby ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się tacy wykonawcy, którzy:

5.3.2. przedstawią wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia (kserokopie dokumentów potwierdzających kwalifikacje i uprawnienia) niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami;

5.3.2.1. zamówienie powinno być realizowane przez co najmniej 12 pracowników ochrony na zmianie (9 pracowników ochrony + 2 pracowników ochrony w dni robocze w wymiarze 12 godzin + 1 pracownik ochrony w dni robocze w wymiarze 8 godzin – jak opisano w pkt. 3.5.6 i 3.5.7 SIWZ), w tym 1 dowódca ochrony;

5.3.2.3. pracownicy wskazani do realizacji zamówienia zobowiązani są posiadać poświadczenie bezpieczeństwa osobowego lub pisemne upoważnienie, o którym mowa w art. 21 ust. 4 pkt 1 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. Nr 182, poz. 1228) – nie dotyczy to patrolu interwencyjnego do ochrony magazynu Wykonawcy jeżeli zatrudniony jest jako podwykonawca zewnętrzny);

W pkt 6.5.2. SIWZ wskazano, że w celu potwierdzenia, że wykonawca dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, do oferty należy dołączyć wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia (kserokopie dokumentów potwierdzających kwalifikacje i uprawnienia) niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami – załącznik nr 6 do SIWZ.

W SIWZ, w rozdziale dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia, znalazły się m.in. następujące postanowienia:

13

3.10. Wykonawca zobowiązuje się przekazać Zamawiającemu (do JW 1158, JW 1551) do dnia 15.07.2014 r. potwierdzone za zgodność kopie umów o pracę pracowników ochrony wyznaczonych do realizacji zamówienia. Z chwilą zatrudnienia każdego nowego pracownika ochrony (przed wprowadzeniem na obiekt) Wykonawca zobowiązuje się przekazać Zamawiającemu (do JW 1158, JW 1551) potwierdzoną za zgodność kopię umowy o pracę tego pracownika.

3.12. Wszyscy pracownicy ochrony przed przystąpieniem do realizacji zadań zobowiązani są odbyć przeszkolenie przeprowadzone przez pełnomocnika ds. ochrony informacji niejawnych JW 1551 w zakresie ochrony informacji niejawnych oraz uzyskać upoważnienie do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone”, a każdy dowódca ochrony oraz inspektor nadzoru (szef ochrony) zobowiązani są przedstawić poświadczenie bezpieczeństwa upoważniające do dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą co najmniej „poufne” oraz odbyć szkolenie u pełnomocnika ds. ochrony informacji niejawnych JW 1551 w zakresie ochrony informacji niejawnych oraz specyfiki pełnienia służby.

W dniu 7 maja 2014. Zamawiający, w odpowiedzi na wniosek nr 22 dot. wyjaśnienia treści SIWZ o treści: „Na jakiej podstawie Zamawiający wymaga by wykonawca załączył do oferty dokumenty pracowników określone w pkt. 5.3.2. siwz? Powyższy wymóg przekracza par. 1 ust. 1 pkt.7 rozporządzenia PRM w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być skład. Z treści cytowanego powyżej rozporządzenia Zamawiający może żądać jedynie wykazu osób zgodnie z par. 1 ust. 1 pkt. 6 oraz oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyły w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. Rozporządzenie nie przewiduje prawa żądania dokumentów potwierdzających posiadanie uprawnień, wobec powyższego wnosimy o wykreślenie żądanych dokumentów w siwz”, udzielił odpowiedzi:

„Zgodnie z przywołanym Rozporządzeniem, Wykonawca do oferty załącza „wykaz osób...” i oświadczenie, natomiast zgodnie z § 1 ust. 10 wzoru umowy „Wykonawca zobowiązuje się przekazać Zamawiającemu (do JW 1158, JW 1551) do dnia 15.07.2014 r. potwierdzone za zgodność kopie umów o pracę pracowników ochrony wyznaczonych do realizacji zamówienia. Z chwilą zatrudnienia każdego nowego pracownika ochrony (przed wprowadzeniem na obiekt) Wykonawca zobowiązuje się przekazać Zamawiającemu (do JW 1158, JW 1551) potwierdzoną za zgodność kopię umowy o pracę tego pracownika” oraz

”§ 2 ust. 11 wzoru umowy „Nie później niż do dnia 20.06.2014 r. Wykonawca przedłoży Dowódcy JW 1551 wykaz personelu, który będzie wykonywać zamówienie lub będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, celem akceptacji. Do wykazu muszą być

14

dołączone kserokopie dokumentów potwierdzających posiadanie kwalifikacji niezbędnych do wykonania zamówienia (legitymacja kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej, legitymacja osoby dopuszczonej do posiadania broni, dokument upoważniający do dostępu do informacji niejawnych, uprawnienie do pracy na wysokości – w szczególności stosowne zaświadczenie o przeszkoleniu w zakresie bhp oraz aktualne orzeczenie lekarskie o braku przeciwwskazań do pracy na wysokości), a także zaświadczenie o wpisie na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej w zakresie dotyczącym ww. personelu, wydane przez uprawnione organy Policji”.

Ustalono nadto, że celem potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wykonawca Ekotrade złożył wraz z ofertą wykaz osób, w którym wskazał na dysponowanie 24 osobami.

W wykazie tym zostały m.in. wymienione następujące osoby:

- 1) G. B., posiadający upoważnienie do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone” nr 1/ELo/2013/ZS
- 2) A. F., posiadający upoważnienie do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone” nr 114/2012,
- 3) K. B. K., posiadający upoważnienie do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone” nr 109/2012,
- 4) S. J., posiadający upoważnienie do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone” nr 11/ELo/2013/ZS,
- 5) G. J. K., posiadający upoważnienie do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone” nr 06/Elo/2014/ZS,
- 6) J. W. M., posiadający upoważnienie do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone” nr 15/Elo/2013/ZS,
- 7) K. M. T., posiadający upoważnienie do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone” nr 110/2012,

8) P. P. W., posiadający upoważnienie do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone” 14/Elo/2013/ZS.

Wykonawca Ekotrade załączył również do oferty ww. pisemne upoważnienia wydane na podstawie art. 21 ust. 4 pkt 1 ustawy z 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. Nr 182, poz. 1228). Upoważnienia te zostały podpisane przez Panią M. C. -D., będącą prokurentem samoistnym wykonawcy Ekotrade oraz dyrektorem przedstawicielstwa tego wykonawcy w Łodzi.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie.

15

W ocenie Izby, zamawiający sformułował w pkt 5.3.2.3. SIWZ warunek udziału w postępowaniu, zgodnie z którym należało wykazać fakt dysponowania osobami, które posiadają poświadczenie bezpieczeństwa lub pisemne upoważnienie, o którym mowa w art. 21 ust. 4 pkt 1 ustawy z 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych.

Nie ulega wątpliwości, że na gruncie ustawy Pzp spełnienie warunków udziału w postępowaniu wykonawcy wykazują na moment upływu terminu składania ofert. Powyższe wynika jednoznacznie z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp. Zgodnie natomiast z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający wyklucza z udziału w z postępowaniu wykonawcę, który nie wykazał takich warunków. Czynności takiej zamawiający obowiązany jest dokonać, po uprzednim wyczerpaniu procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, tj. po wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, z których wynikałoby spełnienie warunku. Co istotne, jak wynika z art. 26 ust. 3 zd. 2 ustawy Pzp, uzupełniane w wyniku powyższego wezwania oświadczenia lub dokumenty mają potwierdzać spełnienie warunku nie później niż na dzień upływu terminu składania ofert.

Jak wynika z powyższych przepisów, obowiązkiem zamawiającego jest zbadanie i ocena oświadczeń i dokumentów, jakie wykonawcy składają celem potwierdzenia warunku, w toku czynności badania ofert. Biorąc powyższe pod uwagę, za niezasadne należało uznać stanowisko zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, że jakoby nie miał on obowiązku zbadania ważności pisemnych upoważnień do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone”, gdyż powinna to uczynić ABW jako Krajowa Władza Bezpieczeństwa w rozumieniu ustawy o ochronie informacji niejawnych. Podkreślić należy, że powołana ustawa zniósła obowiązek prowadzenia postępowania sprawdzającego wobec osób, które mają uzyskać dostęp do informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone”. W myśl ww. ustawy, dostęp do informacji niejawnych o takiej klauzuli, uzależniony jest nie od stanowiska Krajowej Władzy Bezpieczeństwa, lecz od decyzji kierownika jednostki organizacyjnej, który podejmuje ją na własne ryzyko i na własną odpowiedzialność.

Niezasadne jest również stanowisko zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, który wywodził, iż to na etapie wykonywania umowy, pracownicy wykonawcy, którzy nie posiadają poświadczenia bezpieczeństwa, przed dopuszczeniem do wykonywania zleconych prac, zostaną poddani postępowaniu sprawdzającemu w celu otrzymania stosownego pisemnego upoważnienia do dostępu do informacji o klauzuli „zastrzeżone”. Zamawiający powołał się przy tym na postanowienia pkt 3.11. i 3.12 SIWZ dotyczące opisu przedmiotu zamówienia. W postanowieniach tych rzeczywiście przewidziano obowiązek odbycia przez wszystkich pracowników ochrony szkolenia przeprowadzonego przez pełnomocnika ds. ochrony informacji niejawnych JW. 1551 oraz uzyskania upoważnienia do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone”. Powyższe nie zmieniało jednak faktu, że

16

niezależnie od powołanych postanowień, w SIWZ opisano warunek udziału w pkt 5.3.2.3 SIWZ.

Skoro intencją zamawiającego było to, aby pracownicy wykonawcy, dopiero na późniejszym etapie uzyskali pisemne upoważnienia, to nie powinien jednocześnie opisywać w SIWZ w pkt 5.3.2.3. warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z którym takie pisemne upoważnienie musieli posiadać nie później niż na dzień upływu terminu składania ofert. Izba wskazuje, że sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, jest odstępowanie na etapie badania ofert od oceny spełnienia warunku, który został w SIWZ opisany i którego treść nie była przez wykonawców kwestionowana w terminie wynikającym z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Z momentem upływu terminu

składania ofert treść SIWZ stała się ostateczna i wiąże nie tylko wykonawców, ale i zamawiającego.

Izba dostrzega również, że istotnie wykonawcy nie mieli obowiązku załączania do ofert pisemnych upoważnień. Świadczyła o tym jednoznacznie odpowiedź na pytanie nr 22, jakiej zamawiający udzielił w dniu 7 maja 2014 r. Wystarczało zatem złożenie jedynie stosownych oświadczeń. Jednakże, pomimo braku takiego obowiązku, wykonawca Ekotrade nie tylko złożył wykaz osób, w którym wskazał na posiadane przez niektórych pracowników upoważnienia, podając ich numer, ale i załączył do niego dokumenty upoważnień. Analiza zaś upoważnień dla 8 wyżej wymienionych pracowników wykonawcy Ekotrade prowadziła do wniosku, że dokumenty te nie są prawidłowe. Podkreślić należy, że upoważnienia zostały podpisane przez prokurenta wykonawcy Ekotrade sp. z o.o. W świetle art. 21 ust. 4 pkt 1 ustawy o ochronie informacji niejawnych, udzielenie upoważnienia do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone” jest czynnością zastrzeżoną dla kierownika jednostki organizacyjnej. W piśmiennictwie wskazuje się, że decyzję taką podejmuje on „samodzielnie i na własne ryzyko” (por. Ustawa o ochronie informacji niejawnych. Komentarz. Stanisław Hoc, wyd.1, LexisNexis, Warszawa 2010, s. 149). Co istotne, ustawa w art. 2 pkt 14, zawiera definicję legalną pojęcia „kierownik jednostki organizacyjnej”. Wynika z niej, że kierownikiem tym, w przypadku spółki z o.o. jest *członek jednoosobowego zarządu lub innego jednoosobowego organu zarządzającego, a jeżeli organ jest wieloosobowy - cały organ albo członek lub członkowie tego organu wyznaczeni co najmniej uchwałą zarządu do pełnienia funkcji kierownika przedsiębiorcy, z wyłączeniem pełnomocników ustanowionych przez ten organ lub jednostkę (...)*. Jak wynika z powyższego, w spółkach kapitałowych, w których funkcjonuje zarząd wieloosobowy, istnieje jedynie możliwość upoważnienia jednego członka zarządu do pełnienia funkcji kierownika jednostki organizacyjnej w rozumieniu ustawy. Nie ulega zaś wątpliwości, w prokurent nie jest członkiem zarządu, a zatem nie może być do takich czynności zastrzeżonych dla kierownika jednostki upoważniony. Na powyższe wskazują również interpretacje ustawy zamieszczone na stronach internetowych ABW, które

17

powoływał odwołujący (por. <http://www.bip.abw.gov.pl/bip/informacje-niejawne-1/nadzor-nad-systemem-oc/bezpieczenstwo-osobowe/146,BEZPIECZENSTWO-OSOBOWE.html>). Zgodnie z tą interpretacją, upoważnienie do dostępu do informacji o klauzuli „zastrzeżone” powinno zawierać m.in. pieczętę i podpis kierownika jednostki organizacyjnej.

Myli się również zamawiający, który w odpowiedzi na odwołanie wywodził, że pod pojęciem kierownika jednostki organizacyjnej, o którym mowa w art. 21 ust. 4 pkt 1 ustawy o ochronie informacji niejawnych, nie kryje się kierownik przedsiębiorcy, który ubiega się o zamówienie w jednostce, w której istnieje stanowisko lub prace, związane z dostępem danej osoby do informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone”. Przeczą temu m.in. interpretacje ustawy zamieszczone na ww. stronach internetowych ABW. Na stronach tych znajduje się m.in. odpowiedź na pytanie: „kto wydaje upoważnienie do klauzuli „zastrzeżone” w przypadku prac lub zadań zleconych?”. Agencja w odpowiedzi na ww. pytanie wskazuje, że „Art. 21 ust. 4 pkt 1 ustawy nie wskazuje wprost, czy to kierownik jednostki organizacyjnej zlecającej wykonanie prac lub zadań zleconych jest uprawniony do wydania pisemnego upoważnienia do klauzuli „zastrzeżone”. W opinii Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego jest dopuszczalnym, a nawet bardziej zasadnym, aby to kierownik przedsiębiorcy przyjmującego zlecenie wykonania prac lub zadań samodzielnie upoważniał podległych pracowników do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone” w jednostce zlecającej wykonanie umowy, związanej z dostępem do informacji niejawnych o tej klauzuli tajności”.

Biorąc powyższe pod uwagę, należało dojść do wniosku, że wykonawca Ekotrade nie wykazał warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.3.2.3. SIWZ. Nie wykazał bowiem, aby dysponował wymaganą przez zamawiającego liczbą pracowników, posiadających poświadczenie bezpieczeństwa lub pisemne upoważnienie kierownika jednostki organizacyjnej, o którym mowa w art. 21 ust 4 pkt 1 ustawy o ochronie informacji niejawnych.

Jednakże powyższe okoliczności nie obligowały zamawiającego do wykluczenia wykonawcy Ekotrade z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Czynność wykluczenia w tym trybie musi być bowiem poprzedzona procedurą, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zatem żądanie wykluczenia wykonawcy z postępowania należało uznać za przedwczesne. W tej sytuacji Izba, będąc związana jedynie zarzutem, a

nie żądaniem ani proponowaną kwalifikacją prawną uznała, że zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy Ekotrade do uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie ww. warunku w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wobec powyższego, Izba nakazała zamawiającemu wykonanie w postępowaniu czynności wezwania wykonawcy Ekotrade do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów celem potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.3.2.3. SIWZ

18

3. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Ekotrade z powodu wskazania w wykazie takiej liczby pracowników, która nie wystarcza do wykonania zamówienia

Ustalono, że zamawiający, stosownie do art. 22 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, opisał w SIWZ warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jaki muszą wykazać wykonawcy, aby ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się tacy wykonawcy, którzy:

5.3.2. przedstawia wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia (kserokopie dokumentów potwierdzających kwalifikacje i uprawnienia) niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami;

5.3.2.1. zamówienie powinno być realizowane przez co najmniej 12 pracowników ochrony na zmianie (9 pracowników ochrony + 2 pracowników ochrony w dni robocze w wymiarze 12 godzin + 1 pracownik ochrony w dni robocze w wymiarze 8 godzin – jak opisano w pkt. 3.5.6 i 3.5.7 SIWZ), w tym 1 dowódca ochrony;

5.3.2.5. Wykonawca sam określa niezbędną ilość godzin ochrony, w zależności od swoich możliwości i sposobu, w jaki planuje sprawować ochronę; Zamawiający w pkt 5.3.2.1 SIWZ określił jedynie sposób obliczenia minimalnej ilości pracowników ochrony w poszczególnych miejscach, która powinna sprawować ochronę w danym czasie i miejscu z podziałem na wykonywaną funkcję; dlatego też Zamawiający nie ogranicza ilości pracowników sprawujących ochronę i tym samym godzin ochrony, a określa jedynie minimum, jakie musi być zapewnione w stosunku do planowanej liczby posterunków i patrol.

W pkt 6.5.2. SIWZ wskazano, że w celu potwierdzenia, że Wykonawca dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, do oferty należy dołączyć wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia (kserokopie dokumentów potwierdzających kwalifikacje i uprawnienia) niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami – załącznik nr 6 do SIWZ.

W SIWZ, w rozdziale dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia, znalazły się m.in. następujące postanowienia:

19

3.8. Wszyscy pracownicy ochrony wyznaczeni do realizacji zamówienia muszą być zatrudnieni z zachowaniem wymogów działu szóstego Ustawy z dnia 26.06.1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 1998 r. Nr 21, poz. 94 z późn. zm.).

3.9. Wszyscy pracownicy ochrony wyznaczeni do realizacji zamówienia muszą być pracownikami zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę na podstawie art. 22 w związku z art. 29 z wyłączeniem § 5, Ustawy z dnia 26.06.1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 1998 r. Nr 21, poz. 94 z późn. zm.) oraz stanowić stały oddział wydzielony do ochrony obiektów wskazanych w specyfikacji, zgodnie z wykazem osób, które będą wykonywać zamówienie.

3.10. Wykonawca zobowiązuje się przekazać Zamawiającemu (do JW 1158, JW 1551) do dnia 15.07.2014 r. potwierdzone za zgodność kopie umów o pracę pracowników ochrony wyznaczonych do realizacji zamówienia. Z chwilą zatrudnienia każdego nowego pracownika ochrony (przed wprowadzeniem na obiekt) Wykonawca zobowiązuje się przekazać Zamawiającemu (do JW 1158, JW 1551) potwierdzoną za zgodność kopię umowy o pracę

tego pracownika.

3.15. Zamawiający zastrzega sobie prawo żądania od Wykonawcy wystawienia w razie potrzeb dodatkowego posterunku doraźnego w systemie całodobowym (maksymalnie 42 doby w czasie trwania umowy) w dowolnym miejscu wskazanym przez Dowódcę JW 1551 w ramach zawartej umowy.

W dniu 28 kwietnia 2014 r., w odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ w brzmieniu: „Zamawiający w pkt. 3.8; 3.9; 3. nakłada na Wykonawcę obowiązek zatrudnienia pracowników realizujących zadanie w ramach umowy o pracę. W związku z powyższym proszę o udzielenie odpowiedzi na pytania: Czy Zamawiający wymaga, aby wszystkie godziny realizacji usługi ochrony były przepracowane w ramach umowy o pracę?”, zamawiający udzielił odpowiedzi: „Tak”.

Ustalono nadto, że celem potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wykonawca Ekotrade złożył wraz z ofertą wykaz osób, w którym wskazał na dysponowanie 24 osobami.

Zarzut nie jest zasadny.

Podkreślić należy, że odwołujący zakwestionował niewykazanie przez wykonawcę Ekotrade warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, czemu towarzyszył zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Jednakże w swej argumentacji, podnoszonej na poparcie zarzutu niewykazania tego warunku, powoływał nie tylko postanowienia SIWZ dotyczące treści tego warunku, lecz również postanowienia SIWZ dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, a więc regulujące

20

sposób realizacji usługi (pkt 3.5., 3.8.-3.10, 3.15 SIWZ, postanowienia wzoru umowy). Jak wynikało z powyższego, odwołujący pomylił dwie zasadniczo różne instytucje prawa zamówień publicznych, tj. oświadczenia i dokumenty składane na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu (strona podmiotowa zamówienia, art. 22 i art. 24 ustawy Pzp) oraz treść oferty, stanowiącą sposób realizacji usługi opisanej przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia (strona przedmiotowa zamówienia).

Na wstępie wyjaśnienia wymaga, że warunki udziału w postępowaniu służą wykazaniu potencjału technicznego, osobowego, finansowego, ekonomicznego oraz wiedzy i doświadczenia wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Na tej podstawie zamawiający może ocenić, czy wykonawca jest podmiotowo zdolny do wykonania zamówienia i czy daje rękojmię należytego jego wykonania. Od potencjału wykonawcy ustawa odróżnia treść oferty, która stanowi określenie sposobu, w jaki wykonawca będzie wykonywał zamówienie. Niewykazanie wymaganego potencjału (warunku udziału w postępowaniu) skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Z kolei niezgodność oferowanego świadczenia (treści oferty) z postanowieniami SIWZ skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Dostrzec należy, że warunki udziału w postępowaniu, w myśl art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, muszą być jedynie związane z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalne. Z powyższego przepisu wywodzi się, że warunki nie mogą być jedynie nieproporcjonalne tj. nadmiernie wygórowane wobec przedmiotu zamówienia bądź w ogóle z nim niezwiązane. Nie ma natomiast żadnych przeszkód, aby były ustanowione na poziomie minimalnym albo w ogóle nie opisane. Dopuszczalną jest zatem sytuacja, w której przykładowo do należytego wykonania usługi zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wymagany jest udział 44 pracowników, ale zamawiający, formułując warunek udziału w postępowaniu, uzna, że rękojmię należytego wykonania zamówienia daje wykonawca, który wykaże dysponowanie 24 osobami. Możliwe jest także sytuacja, w której zamawiający zdecyduje się w ogóle nie badać potencjału kadrowego wykonawcy. Podkreślenia wymaga również, że w myśl art. 26 ust. 2a ustawy Pzp wykonawca ma obowiązek wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu wyłącznie na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym. Z obowiązku wskazania przez zamawiającego zakresu, który podlega udowodnieniu i wyartykułowania stosownego żądania w SIWZ, wywodzi się konieczność jednoznacznego i precyzyjnego określenia warunków udziału w postępowaniu, jakie mają zostać wykazane

oraz oświadczeń i dokumentów, które służyć mają ich udowodnieniu.

W ocenie Izby, z postanowień SIWZ odnoszących się do warunku w zakresie dysponowana osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wynikał w sposób jednoznaczny

21

jedynie obowiązek wykazania dysponowania 12 pracownikami ochrony na zmianie, czyli 24 osobami (pkt 5.3.2.1 SIWZ).

Wykonawca Ekotrade wskazał w wykazie dokładnie taką liczbę pracowników, czym wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że informacja odnośnie liczby pracowników, wskazana przez wykonawcę w wykazie, przedstawiana była wyłącznie celem wykazania zdolności podmiotowej wykonawcy do wykonania zamówienia. W żaden sposób nie oznaczała, że zamówienie będzie wykonywane przez wykonawcę tylko i wyłącznie przy udziale ww. osób. Biorąc powyższe pod uwagę, wyliczenia i kalkulacje odwołującego sporządzone na podstawie postanowień SIWZ dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, żadną miarą nie dowodziły niespełnienia przez wykonawcę Ekotrade warunku udziału w postępowaniu.

Jednocześnie, w ocenie Izby postanowienie pkt 5.3.2.5 SIWZ, choć znalazło się w rozdziale SIWZ „warunki udziału w postępowaniu”, w sposób ewidentny dotyczyło sposobu realizacji usługi czyli stanowiło opis przedmiotu zamówienia. Świadczy o tym nawiązywanie do konieczności prawidłowego kalkulowania liczby godzin ochrony, liczby posterunków, jak również liczby pracowników i to niezależnie od dokonanego przez zamawiającego opisu warunku w pkt 5.3.2.1. Z powyższym korespondowały inne postanowienia SIWZ dotyczące opisu sposobu realizacji usługi, w których zamawiający jednoznacznie wskazywał, że na późniejszych etapach składane będą wykazy nowych pracowników, delegowanych do wykonywania tej konkretnej usługi (por. pkt 3.10 SIWZ).

Nawet gdyby przyjąć najbardziej niekorzystną dla wykonawcy Ekotrade interpretację postanowienia 5.3.2.5 SIWZ i uznać go za element opisu warunku, to z powodu niedookreślenia wymaganej liczby pracowników, których należało wymienić w wykazie, nie można wywodzić negatywnych konsekwencji dla wykonawcy. Wszak, w myśl art. 26 ust. 2a ustawy Pzp wykonawca miał obowiązek wykazać warunek wyłącznie na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym. Zaś zamawiający nie określił zakresu warunku podlegającego udowodnieniu, tj. w tym przypadku liczby pracowników, którymi należało dysponować.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała zarzut za chybiony.

Izba stwierdziła ponadto, że zamawiający nie naruszył przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Podkreślenia wymaga to, że udzielenie zamówienia następuje w momencie podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ponieważ zamawiający

22

nie zawarł jeszcze umowy w sprawie zamówienia publicznego, zatem nie mógł naruszyć powołanego przez odwołującego przepisu.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w analizowanej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości

3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: