

WYROK
z dnia 2 czerwca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Emil Kuriata
Luiza Łamejko

Protokolant: Dorota Witek

po rozpoznaniu na posiedzeniu/ rozprawie* w dniu /w dniach* 2 czerwca w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: „GRUPA KOMANDOS: Profesjonalna Szkoleniowo Ochronna Agencja Związku Polskich Spadochroniarzy „KOMANDOS” Sp. z o.o., „KOMANDOS – PODLASIE Sp. z o.o., 00-363 Warszawa, ul. Nowy Świat 54/56** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Bank Gospodarstwa Krajowego, 00-955 Warszawa, Al. Jerozolimskie 7** protestu /protestów * z dnia 5 maja 2008 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: GRUPA KOMANDOS, 00-363 Warszawa, ul. Nowy Świat 54/56** i nakazuje:

-
- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064.zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: „GRUPA KOMANDOS: Ochronna Polskich Profesjonalna Szkoleniowo Agencja Związku Spadochroniarzy „KOMANDOS” Sp. z o.o., „KOMANDOS – PODLASIE Sp. z o.o., 00-363 Warszawa, ul. Nowy Świat 54/56,**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty 00zł 00 gr (słownie: xxx zł) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
 - 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
 - 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na **Konsorcjum: „GRUPA KOMANDOS: Ochronna Polskich Profesjonalna Szkoleniowo Agencja Związku Spadochroniarzy „KOMANDOS” Sp. z o.o., „KOMANDOS – PODLASIE Sp. z o.o., 00-363 Warszawa, ul. Nowy Świat 54/56**

Uzasadnienie

Zamawiający – Bank Gospodarstwa Krajowego, prowadzi w trybie negocjacji bez ogłoszenia, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Stałą ochronę fizyczną, monitoring sygnałów systemu Sygnalizacji Włamania i Napadu w obiektach Banku Gospodarstwa Krajowego, przyjazd grupy interwencyjnej, konwojowanie wartości pieniężnych oraz deponowanie kluczy od drzwi wejściowych do jednostek organizacyjnych”. Zamawiający wszczął postępowanie dnia 3 kwietnia 2008 r., przy czym zaproszenie do negocjacji przekazał Odwołującemu się dnia 9 kwietnia 2008 r.

Protest dotyczący Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) został wniesiony pisemnie, dnia 5 maja 2008 r. Odwołujący się zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej ustawą Pzp:

1. naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nie wyczerpujący zakresu zleczanych usług oraz opisany za pomocą określeń sprzecznych z przywołanymi w opisie przepisami,
2. naruszenie przepisu art. 36 ust. 5 poprzez sformułowanie zapisów dotyczących podwykonawców w sposób sprzeczny z tym przepisem.

Ponadto Odwołujący się zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (Dz. U. z 2005 r., Nr 145, poz. 1221), zwanej dalej ustawą o ochronie:

1. naruszenie przepisu art. 15 poprzez odstąpienie od warunku posiadania przez Wykonawcę koncesji Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji (MSWiA) na działalność gospodarczą w zakresie usług ochrony osób i mienia realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego,
2. naruszenie przepisu art. 3 pkt 1 poprzez zakwalifikowanie usługi deponowania kluczy do drzwi wejściowych do jednostek organizacyjnych Zamawiającego jako usługi bezpośredniej ochrony fizycznej w rozumieniu tejże ustawy,
3. naruszenie przepisów art. 26 pkt 1 ppkt 4 oraz art. 27 pkt 1 ppkt 2 poprzez nadanie uprawnień do kontroli i kierowania pracownikami wykonawcy osobom nie posiadającym licencji pracownika ochrony fizycznej.

Zdaniem Odwołującego się Zamawiający naruszył również przepis § 5 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 14 października 1998 r. w sprawie szczegółowych zasad i wymagań, jakim powinna odpowiadać ochrona wartości pieniężnych przechowywanych i transportowanych przez przedsiębiorców i inne jednostki organizacyjne (Dz. U. z 1998 r., Nr 129, poz. 858), zwanego dalej Rozporządzeniem, poprzez zobowiązanie do szczególnego przestrzegania przepisów Wykonawcy Rozporządzenia bez stworzenia organizacyjnych warunków do realizacji wskazanego przepisu.

Odwołujący się podnosi, iż Zamawiający nie ujął w przedmiocie zamówienia usług technicznych polegających na montażu elektronicznych urządzeń sygnalizujących zagrożenie (nadajniki radiowe) i ich konserwacji. Usługi, o których mowa w części XV ustęp 4 pkt 2 SIWZ oraz w § 2 ust. 24 załącznika nr 6 do SIWZ (projekt umowy) nie mieszczą się w przedmiocie bezpośredniej ochrony fizycznej, gdyż zgodnie z art. 3 pkt 2 lit. a ustawy o ochronie stanowią odrębną, zdefiniowaną ustawowo formę ochrony osób i mienia.

Konsekwencją braku w przedmiocie umowy usług zabezpieczenia technicznego jest naruszenie kolejnego przepisu prawa przez Zamawiającego poprzez odstąpienie od warunku

posiadania przez wykonawcę koncesji Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji (MSWiA) na działalność gospodarczą w zakresie usług ochrony osób i mienia realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego. Zgodnie z art. 15 pkt 1 i 2 ustawy o ochronie koncesja ta jest wymagana do czynności zleconych przez Zamawiającego w jednostkach organizacyjnych objętych ochroną obowiązkową. Zamawiający w zakresie warunków posiadania uprawnień określonych w części VI ust. 2 SIWZ nie wprowadził wymogu posiadania koncesji w zakresie usług technicznych, która jest odrębną od koncesji na usługi w formie bezpośredniej ochrony fizycznej, tym samym dopuszczając do przystąpienia do zamówienia wykonawców nie posiadających stosownych uprawnień.

Ponadto Zamawiający zaliczył, niezgodnie z art. 3 ustawy o ochronie, deponowanie kluczy do drzwi wejściowych do jednostek organizacyjnych do form bezpośredniej ochrony fizycznej (§1 ust. 1 pkt 2 i 4 oraz w § 3 ust. 1 i 2 załącznika nr 6 do SIWZ) i nakazał podmiotowi, który będzie realizował usługę, aby posiadał aktualną koncesję MSWiA na świadczenie usług ochrony (§ 3 pkt 1 i 2 załącznika nr 6 do SIWZ). Zapis ten jest błędny, ponieważ ustawa o ochronie, wymieniając wprost w art. 3 formy bezpośredniej ochrony fizycznej, nie uwzględnia w nich depozytu kluczy.

Odwołujący się wskazuje, że Zamawiający posługuje się pojęciem „monitoring”, który nie jest zdefiniowany w ustawie o ochronie, ani też nie został zdefiniowany w treści umowy.

Zamawiający, w załączniku nr 6 do SIWZ w § 5 ust. 7 upoważnia koordynatorów usługi do podejmowania decyzji w sprawach realizacji usług, a w § 6 ust. 2 przyznaje prawo

koordynatorom usług bezpośredniej kontroli (toku pracy pracowników) zgodności świadczonych usług z wymaganiami określonymi w szczegółowych warunkach ich realizacji. Prawo takowej kontroli mają posiadać koordynatorzy usług oraz kierownicy jednostek organizacyjnych. Fakt kontroli wraz z uwagami ma być odnotowywany w książce pełnienia służby (ust. 1 pkt 1 ppkt j załącznika nr 1 do Umowy). Ponadto, zgodnie z powoływanym załącznikiem nr 1 do Umowy, kierownik jednostki organizacyjnej lub upoważniona przez niego osoba są upoważnieni do wydawania doraźnych zadań i poleceń związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa i ochrony mienia. Nie sposób nie zauważyć, że podejmowanie decyzji, bezpośrednia kontrola, wydawanie poleceń są atrybutami kierowania. Niezależnie, czy czynności te będą dotyczyły jakości usług, czy też szczegółowych warunków realizacji, to przedmiotem ich będzie ochrona osób i mienia realizowana przez Specjalistyczną Uzbrojoną Formację Ochronną. Zgodnie z ustawą o ochronie osoby nadzorujące, kontrolujące i kierujące pracownikami ochrony muszą posiadać uprawnienia wynikające z posiadanej licencji pracownika ochrony fizycznej (art. 26 i 27) - w przypadku przedmiotowego zamówienia - drugiego stopnia. Zamawiający, żądając bezwzględnie od osób kontrolujących ze strony Wykonawcy uprawnień wynikających z licencji drugiego

4

stopnia, nie wprowadził tegoż obowiązku na żadnym szczeblu organizacyjnym dla osób ze strony Zamawiającego, nie zapisując tegoż w umowie, ani też nie podając faktu posiadania licencji drugiego stopnia przez osoby imiennie wskazane przez Zamawiającego w załączniku nr 9 do Umowy, jako osoby uprawnione do koordynacji usług. Zdaniem Odwołującego się, brak wymogu posiadania licencji pracownika ochrony fizycznej przez pracowników Zamawiającego mających prawo wpływać na merytoryczne czynności pracownika ochrony lub wiążąco decydować w sprawach realizacji usług, stanowi niebezpieczny precedens poddania kontroli usług ochrony osobom nie posiadającym ustawowych kompetencji zawodowych (licencji drugiego stopnia pracownika ochrony fizycznej).

Zamawiający w § 2 ust. 3 pkt 3 załącznika nr 6 do SIWZ zobowiązał Wykonawcę do szczególnego przestrzegania przepisów Rozporządzenia. Zgodnie z § 5 Rozporządzenia należy zapewnić ochronę fizyczną obiektu bankowego objętego ochroną obowiązkową w przypadku awarii systemu alarmowego po godzinach pracy przez co najmniej dwóch pracowników ochrony, w tym jednego z bronią. Umowa, ani szczegółowe zapisy realizacji usługi nie przewidują takiej sytuacji, a przyjęty tryb tworzenia posterunku doraźnego nie jest dostosowany do potrzeb nagłych. Tym samym Zamawiający nakazując wykonawcy szczególne stosowanie się do wskazanych przepisów - nie daje mu możliwości ich realizacji.

Instytucja podwykonawstwa została uregulowana w art. 356 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z tym przepisem wierzyciel (zamawiający) może żądać osobistego świadczenia dłużnika (wykonawcy) tylko wtedy, gdy wynika to z treści czynności prawnej, z ustawy albo z właściwości świadczenia. Z powyższego przepisu wynika, iż co do zasady wykonawca, który realizuje zamówienie publiczne nie musi wykonywać zobowiązania wynikającego z umowy o zamówienie publiczne osobiście i może korzystać przy wykonywaniu zobowiązań z pomocy osób trzecich (podwykonawców). Zgodnie z treścią art. 36 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający zobowiązany jest zażądać wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom. Zgodnie z art. 36 ust 5 ustawy Pzp zamawiający może określić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która część zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom. Oznacza to, że poza częścią zamówienia, w stosunku do której Zamawiający wykluczył w SIWZ podwykonawstwo, wszelkie inne działania związane z realizacją usługi mogą być zlecane podwykonawcom bez dodatkowej zgody Zamawiającego, wyłącznie w drodze wskazania ich w ofercie. Zamawiający w treści § 3 ust.1 i 2 załącznika nr 6 do SIWZ dotyczącym podwykonawstwa zawarł zapis sprzeczny z treścią art. 36 ust. 5 ustawy Pzp, poprzez przyznanie prawa Zamawiającemu do określania jakie czynności można powierzyć podwykonawcom i to za dodatkową jego zgodą, w miejsce wskazania jakiej części zamówienia nie można powierzyć podwykonawcom. Zatem Zamawiający zamiast stworzenia zamkniętego katalogu usług lub

5

czynności w stosunku do których wykluczył podwykonawstwo, stworzył zamknięty katalog usług i czynności, w stosunku do których dopuszcza podwykonawstwo. Taki zapis przeczy

zasadzie instytucji podwykonawstwa i znacznie ogranicza możliwości realizacji usługi, ponieważ jeżeli podwykonawstwo zgodnie z projektem umowy jest dopuszczalne tylko w zakresie załóg interwencyjnych i przechowywania kluczy — to wyłącza to możliwość wykonania przez podzlecenie wszystkich innych elementów usługi. Zapis w powoływanym załączniku nr 6 nie koresponduje ponadto z zapisem w części XIV SIWZ, gdzie Zamawiający stworzył zamknięte katalogi, zarówno części usług, których nie można powierzyć podwykonawcom, jak i usług, które można powierzyć podwykonawcom.

Odwołujący wniósł o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Dnia 8 maja 2008 r. do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpiło Konsorcjum firm, którego liderem jest Konsalnet S.A., wnosząc o oddalenie protestu. Przystępujący podniósł, iż zgodnie z art. 15 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przygotowuje i przeprowadza Zamawiający w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zamawiający może żądać od wykonawców wyłączanie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.

Zamawiający rozstrzygnął protest dnia 13 maja 2008 r., w ten sposób że, odrzucił protest jako wniesiony po terminie w zakresie zarzutów dotyczących warunków udziału w postępowaniu a oddalił w pozostałym zakresie.

Zamawiający podnosi, iż przekazał Odwołującemu się zaproszenie do negocjacji dnia 9 kwietnia 2008 r., które zawierało m.in. opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, opis przedmiotu zamówienia. Zatem należy uznać, że w tym dniu Odwołujący się powziął wiadomość o treści postawionego warunku, w związku z powyższym termin do wniesienia protestu dotyczącego przedmiotowej kwestii upłynął dnia 16 kwietnia 2008 r.

Zdaniem Zamawiającego chybiony jest zarzut zaniechania żądania posiadania koncesji w zakresie usług ochrony osób i mienia realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego. Odwołujący się bowiem błędnie ustalił, iż przedmiotem zamówienia jest usługa montażu nadajników radiowych. Tymczasem przedmiotem zamówienia jest monitoring (stały dozór) sygnałów przesyłanych, gromadzonych i przetwarzanych w elektronicznych urządzeniach i systemach alarmowych, który jest jednym z elementów bezpośredniej ochrony fizycznej w

6

rozumieniu art. 3 ustawy o ochronie. Nadajnik, który wskazuje Zamawiający nie jest ani systemem, ani urządzeniem sygnalizującym zagrożenie osób i mienia, jest natomiast wyłącznie elementem transmisyjnym, stanowiącym narzędzie wykonawcy służące do przesyłania sygnałów pomiędzy istniejącymi w obiektach Zamawiającego systemami alarmowymi, sygnalizującymi zagrożenie chronionych osób i mienia a stacją monitorowania wykonawcy w ramach usługi monitoringu. Podłączenia nadajnika dokonuje konserwator systemu alarmowego, posiadający wymaganą koncesję MSWiA. Zamawiający nadmienia, iż zawarł umowę, której przedmiotem jest usługa m.in. konserwacji systemów alarmowych Zamawiającego, zatem podłączenia nadajnika dokona strona przedmiotowej umowy. Montaż nadajnika, polegający na dostarczeniu i wykonaniu mocowania do podłoża, nie wymaga od wykonawcy posiadania koncesji MSWiA na działalność gospodarczą w zakresie ochrony osób i mienia realizowanej w formie zabezpieczenia technicznego, ponieważ czynność montażu nadajnika nie jest związana ani z ingerencją w istniejący w obiekcie Zamawiającego system alarmowy, ani z koniecznością instalacji systemu alarmowego.

Zamawiający podkreśla, że deponowanie kluczy nie jest wprost ujęte w ustawie o ochronie, jednakże wpisuje się w treść art. 3 tej ustawy, jako ochrona osób i mienia. Zamawiający mając na uwadze potrzeby związane z bezpieczeństwem banku, zawarł w projekcie umowy postanowienia doprecyzowujące usługę ochrony osób i mienia w formie bezpośredniej ochrony fizycznej o postanowienia dotyczące deponowania kluczy.

W § 6 ust. 1 projektu umowy Zamawiający zawarł postanowienia dotyczące nadania prawa do dokonywania bezpośredniej kontroli zgodności świadczonych przez wykonawcę usług z zawartą umową, zaś w § 6 ust. 2 wskazał osoby, które ze strony Zamawiającego posiadają prawo do dokonywania kontroli jakości realizacji usług. Ponadto w § 5 ust. 7 projektu umowy określił zadania dla koordynatorów usług w celu bieżącej koordynacji

realizacji umowy. Tym samym Zamawiający wyznaczył osoby, które ze strony Zamawiającego będą odpowiedzialne za realizację umowy. Kompetencje osób z ramienia Zamawiającego oraz zakres kontroli zawarty w powyższych postanowieniach nie dotyczą zakresu kierowania pracownikami ochrony ani kontroli określonych w ustawie o ochronie i nie wchodzą w obszar odpowiedzialności Komendanta Głównego Policji, o którym mowa w rozdziale 7 ustawy o ochronie. Zamiarem Zamawiającego jest dokonywanie bezpośredniej kontroli zgodności świadczonych usług z warunkami umowy. Zakres tych zadań nie wyczerpuje znamion „organizowania i kierowania zespołami pracowników ochrony fizycznej”, określonych w art. 27 ust. 1 ustawy o ochronie, co powoduje, że wymienione osoby nie muszą posiadać licencji pracownika ochrony drugiego stopnia.

Zgodnie z § 5 Rozporządzenia, w razie wystąpienia niesprawności systemów alarmowych, trwającej dłużej niż 12 godzin, liczbę posterunków bezpośredniego dozoru

7

budynków i pomieszczeń zwiększa się do czasu usunięcia niesprawności o co najmniej jednoosobowy posterunek doraźny lub poza godzinami pracy chronionej, posterunek doraźny tworzy co najmniej dwóch pracowników ochrony. Obowiązek zapewnienia ochrony dotyczy „przedsiębiorców kierowników jednostek organizacyjnych”, czyli Zamawiającego i niezapewnienie ww. ochrony obciąża odpowiedzialnością wyłącznie jego. W § 2 ust. 20-22 projektu umowy Zamawiający określił jednak zasady doraźnego zwiększenia ochrony. Ponadto postanowienia projektu umowy zapewniają Zamawiającemu dozór obiektu w sytuacji usterki systemu przez grupę interwencyjną w ramach usługi monitoringu. Oba te warunki zapewniają skuteczną ochronę doraźną obiektu w sytuacjach awaryjnych, stąd zarzut Odwołującego jest chybiony.

W ocenie Zamawiającego sposób określenia dopuszczalnego podwykonawstwa związanego z realizacją przedmiotowego zamówienia nie stoi w sprzeczności z ustawą i Kodeksem cywilnym.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący się i wniósł dnia 19 maja 2008 r. odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście. Ponadto zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 180 ust. 7 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, iż protest został złożony z uchybieniem terminu, tj. po określonym siedmiodniowym terminie od dnia, w którym wykonawca powziął lub mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Odwołujący się nie podziela argumentacji Zamawiającego, iż protest jest spóźniony, ponieważ informacje o okolicznościach stanowiących podstawę do jego wniesienia Odwołujący się mógł powziąć z zaproszenia do negocjacji. Odwołujący się podnosi, iż protest dotyczył nie tylko warunków udziału w postępowaniu, ale także innych wymogów zawartych w SIWZ. Zdaniem Odwołującego się, dopiero przedstawienie ostatecznej wersji SIWZ rozpoczęło siedmiodniowy bieg terminu do wniesienia protestu. Przyjęcie stanowiska głoszonego przez Zamawiającego jest nie do przyjęcia również z tego powodu, iż w istocie uniemożliwiłoby Odwołującemu się złożenie protestu na postanowienia SIWZ.

Odwołujący się wskazuje, że Zamawiający w projekcie umowy sam w sposób konkretny i precyzyjny zapisał, że w ramach zamówienia wykonawcy zobowiązani są do zamontowania w jednostkach organizacyjnych Zamawiającego na własny koszt własnych nadajników do przekazywania sygnałów z elektronicznych systemów alarmowych do alarmowego centrum odbiorczego, w sposób indywidualny i rozróżnialny (§ 2 pkt. 25 projektu umowy). Zamawiający w żadnym dokumencie związanym z zamówieniem nie określił, że usługa „montażu” lub „zamontowania” polega wyłącznie na „dostarczeniu i wykonaniu mocowania

8

do podłoża”, a także tego, iż podłączeniem do systemu alarmowego zajmą się jego wyspecjalizowane służby. Odwołujący się zwraca ponadto uwagę, że nadajnik radiowy przesyłający sygnały zagrożenia należy traktować jako urządzenia elektroniczne stanowiące element określonego systemu – systemu transmisji alarmu, co potwierdził sam Zamawiający wskazując w załączniku nr 10 rodzaj transmitowanych sygnałów. Ponadto, jak wynika z treści § 4 pkt 5 projektu umowy, Zamawiający zlecił okresową konserwację tych urządzeń. W przypadku realizacji czynności zabezpieczenia technicznego, podmiot je wykonujący

powinien posiadać koncesję „techniczną”, a pracownicy licencję pracownika zabezpieczenia technicznego.

Zdaniem Odwołującego się, Zamawiający nie wziął pod uwagę, że wykonawca bezpośrednią ochronę fizyczną realizuje w granicach chronionych obiektów i obszarów, z wyjątkiem usług konwojowania i dozoru sygnałów alarmowych, których elementem oddalonym od obiektu jest Centrum Monitorowania Alarmów. Depozyt kluczy nie jest usługą realizowaną na obszarze chronionym, polega bowiem na odpłatnym przechowywaniu poza obiektem na czas oznaczony przekazanej rzeczy ruchomej. W ocenie Odwołującego się depozyt kluczy może być przedmiotem umowy, ale nie zgadza się z zaliczeniem go do ustawowych form bezpośredniej ochrony fizycznej. Ma to znaczenie dla odpowiedzialności wykonawcy, który powinien ponosić odpowiedzialność jako przechowawca, a nie z tytułu realizacji bezpośredniej ochrony fizycznej.

Odwołujący się podkreśla, że zgodnie z załącznikiem nr 1 do Umowy (ust. 1 pkt 1 ppkt j) kierownik jednostki organizacyjnej lub upoważniona przez niego osoba są upoważnieni do wydawania doraźnych zadań i poleceń związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa i ochrony mienia. Wykonawca nie wnosi zastrzeżeń co do samej kontroli i prawa do kontroli, zastrzeżenia dotyczą wyłącznie braku formalnych kwalifikacji do kontroli i wydawania poleceń, związanych bezpośrednio z ochroną osób i mienia w takim zakresie w jakim uczynił to Zamawiający.

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania oraz przedłożonych dowodów i po wysłuchaniu stron na rozprawie, skład orzekający lzby ustalił i zważył, co następuje:

Posiadanie interesu prawnego warunkuje możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej. Przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż należy wykazać interes prawny w uzyskaniu zamówienia, który doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Zatem istnienie interesu prawnego musi być

9

oceniane w konkretnym postępowaniu, zaś zaistnienie uszczerbku czy też sama możliwość zaistnienia uszczerbku, orzecznictwo oraz większość doktryny łączy z utratą możliwości ubiegania się o zamówienie bądź jego uzyskania. W badanym stanie faktycznym Odwołujący się formułując żądanie unieważnienia postępowania zmierza do sytuacji, w której Zamawiający nie udzieli zamówienia, a biorąc pod uwagę etap postępowania, Odwołujący się nie będzie miał możliwości ubiegania się o to zamówienie i w konsekwencji jego uzyskania. Ponadto skoro interes prawny należy odnosić do konkretnego postępowania to nie może być oceniany pod kątem ewentualnego i niepewnego udziału Odwołującego się w przyszłym postępowaniu o przedmiotowe zamówienie publiczne. Skład orzekający Krajowej lzby Odwoławczej biorąc powyższe pod uwagę stoi na stanowisku, że Odwołujący się interesu prawnego nie posiada. Sam Odwołujący się w treści odwołania wskazuje, że „Gdyby Zamawiający nie naruszył wyżej wskazanych przepisów Ustawy oferta Konsorcjum ubiegającego się o udzielenie zamówienia mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Wykonawca ma interes prawny we wniesieniu odwołania, jako uczestnik postępowania zainteresowany złożeniem oferty, a w przypadku uznania jej jako najkorzystniejszej, zawarciem umowy”. Zatem Odwołujący się upatruje swój interes prawny we wniesieniu środków ochrony prawnej w tym, że w przypadku jego uwzględnienia będzie mógł złożyć ofertę, tymczasem ze względu na żądanie unieważnienia postępowania nie będzie to możliwe, w tym konkretnym postępowaniu.

Zdaniem Krajowej lzby Odwoławczej zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia. W ocenie składu orzekającego, Zamawiający wypełnił dyspozycję powoływanego przepisu, opisując przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Zgodnie z § 2 ust. 24 projektu umowy „Wykonawca zobowiązuje się do zamontowania w jednostkach organizacyjnych Zamawiającego na własny koszt własnych nadajników do przekazywania sygnałów elektronicznych systemów alarmowych do alarmowego centrum odbiorczego, w sposób indywidualny i odróżnialny.(...) Wykaz sygnałów alarmowych stanowi załącznik nr 10”. Natomiast w części XV ust. 4 pkt 2 SIWZ, Zamawiający zapisał, iż monitoring obejmuje m.in. koszt dzierżawy i okresową konserwację nadajników. W świetle przytoczonych zapisów nie można podzielić stanowiska

Odwolującego się, że czynności te stanowią ochronę osób i mienia realizowaną w formie zabezpieczenia technicznego, polegającego na montażu elektronicznych urządzeń i systemów alarmowych sygnalizujących zagrożenie chronionych osób i mienia, oraz eksploatacji, konserwacji i naprawach w miejscach ich zainstalowania, w rozumieniu art. 3 pkt 2 lit. a ustawy o ochronie. Przytoczone postanowienia dotyczą jedynie montażu i konserwacji nadajnika a nie urządzeń i systemów alarmowych sygnalizujących zagrożenie. Nadajnik służy przekazywaniu sygnałów z systemu alarmowego do alarmowego centrum

10

odbiorczego, nie stanowi urządzenia sygnalizującego, ale transmituje sygnał przez to urządzenie generowany. Co więcej, montaż nadajnika nie będzie wiązał się z jakąkolwiek ingerencją w system alarmowy i nie będzie obejmował ewentualnie konserwacji tego systemu. Zatem za prawidłowe należy uznać działanie Zamawiającego, który zaliczył przedmiotowe czynności do ochrony osób i mienia realizowanej w formie bezpośredniej ochrony fizycznej polegającej na stałym dozorze sygnałów przesyłanych, gromadzonych i przetwarzanych w elektronicznych urządzeniach i systemach alarmowych, zgodnie z art. 3 pkt 1 lit b ustawy o ochronie. Należy zauważyć, że przedmiotem zamówienia jest m.in. ochrona osób i mienia polegająca na stałym dozorze sygnałów przesyłanych, gromadzonych i przetwarzanych w elektronicznych urządzeniach i systemach alarmowych, zatem wymaganie dotyczące montażu nadajnika, który jest niezbędny do przekazywania sygnałów a więc w konsekwencji umożliwia świadczenie przedmiotowej usługi jest jak najbardziej uzasadnione i ściśle związane z przedmiotem zamówienia. Obowiązek konserwacji przedmiotowego nadajnika również nie budzi zastrzeżeń, biorąc pod uwagę konieczność stałego dozoru sygnałów alarmowych.

Zaś posługiwanie się pojęciem „monitoring” nie uzasadnia twierdzenia, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą niedostatecznie zrozumiałych i dokładnych określeń. Pojęcie to jest powszechnie używane w obrocie, tym bardziej w obrocie gospodarczym związanym z ochroną osób i mienia. Ponadto należy zauważyć, że jeżeli Odwołujący się miał jakiegokolwiek wątpliwości mógł zwrócić się do Zamawiającego, na podstawie przepisu art. 38 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści SIWZ.

W tym stanie rzeczy nie potwierdził się również zarzut naruszenia przepisu art. 15 ustawy o ochronie. Konsekwencją bowiem nie zaliczenia czynności montażu nadajników do ochrony w formie zabezpieczenia technicznego jest brak obowiązku żądania przez Zamawiającego koncesji MSWiA na działalność gospodarczą realizowaną w tym zakresie.

W ocenie składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej nie potwierdził się również zarzut naruszenia przepisu art. 3 pkt 1 ustawy o ochronie. Powoływany przepis stanowi, iż ochrona osób i mienia realizowana jest w formie bezpośredniej ochrony fizycznej, przy czym różne są postacie tej bezpośredniej ochrony fizycznej (stała lub doraźna), może również polegać na stałym dozorze sygnałów przesyłanych, gromadzonych i przetwarzanych w elektronicznych urządzeniach i systemach alarmowych, jak i na konwojowaniu wartości pieniężnych oraz innych przedmiotów wartościowych i niebezpiecznych. Wymienione czynności bezwzględnie należy zaliczyć do ochrony osób i mienia realizowanej w formie bezpośredniej ochrony fizycznej. Jednakże, w ocenie składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej, usługa deponowania kluczy może być również zaliczona przez

11

Zamawiającego do tej formy ochrony. Ustawodawca bowiem, w art. 3 pkt 1 ustawy o ochronie określił te czynności, które w każdych warunkach, niezależnie od rodzaju obszaru, obiektu i urządzenia podlegających obowiązkowej ochronie zawsze będą stanowić ochronę osób i mienia z zakresu bezpośredniej ochrony fizycznej. Zatem żądanie Zamawiającego realizowania ochrony mienia – deponowania kluczy w sposób odpowiadający bezpośredniej ochronie fizycznej, zgodnie z jej rygorem, znajduje oparcie w przepisach prawa i uwzględnia rodzaj działalności Zamawiającego. Powyższe wymagania Zamawiającego nie pozostają również w sprzeczności z przepisami ustawy o ochronie, zgodnie z którymi wewnętrzne służby ochrony w szczególności zapewniają ochronę mienia w granicach chronionych obszarów i obiektów, ale również wykonują inne zadania wynikające z planu ochrony

jednostki (art. 8 ust. 1) a plan ochrony powinien uwzględniać m.in. charakter produkcji lub rodzaj działalności jednostki (art. 7 ust. 2 pkt 1). Posłużenie się przez ustawodawcę sformułowaniem „w szczególności” daje możliwość powierzenia służbom ochrony innych zadań, również poza granicami chronionych obszarów i obiektów.

W ocenie składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej nie potwierdził się również zarzut naruszenia przepisów art. 26 pkt 1 ppkt 4 oraz art. 27 pkt 1 ppkt 2 ustawy o ochronie. Zamawiający w § 5 ust. 7 projektu umowy zawarł następujące postanowienie „Do zadań koordynatorów usług należy bieżąca koordynacja realizacji umowy, w szczególności :

1. bieżące monitorowanie poziomu jakościowego świadczonych usług,
2. regularna wymiana informacji dotyczących świadczenia usług w poszczególnych jednostkach organizacyjnych Zamawiającego,
3. kontrola poprawności wystawiania faktur za poszczególne okresy rozliczeniowe”.

Zaś w § 6 ust. 2 projektu umowy zapisał, iż „Prawo kontroli jakości realizacji usług, o której mowa powyżej ze strony Zamawiającego posiadają: koordynator umowy, koordynatorzy usług, w przypadku jednostek organizacyjnych Zamawiającego dodatkowo kierownicy jednostek organizacyjnych”. Z powyższego wynika, że wbrew twierdzeniom Odwołującego się, kontrola jakości usług a więc sposobu realizacji zamówienia nie stanowi naruszenia powoływanych przepisów.

Z załącznika nr 1 ust. 1 pkt 1 ppkt j do Umowy wynika co prawda obowiązek „wykonywania innych doraźnych zadań i poleceń związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa, porządku i ochrony mienia, wydanych przez przełożonego pracowników ochrony z ramienia Wykonawcy, kierownika jednostki organizacyjnej lub upoważnionego przez niego pracownika Zamawiającego”, jednakże chodzi tu o wykonywanie doraźnych zadań i poleceń, zatem nie stanowi organizowania i kierowania zespołami pracowników ochrony fizycznej w rozumieniu art. 27 ust. 1 pkt 2 ustawy o ochronie.

12

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie potwierdził się również zarzut naruszenia § 5 pkt 2 Rozporządzenia. Zamawiający jest zobowiązany zapewnić ochronę wartości pieniężnych w sposób, który określa przedmiotowe Rozporządzenie. Skoro przedmiotem zamówienia jest m.in. konwojowanie wartości pieniężnych to musi ono się odbywać zgodnie z warunkami Rozporządzenia i świadczący usługę wykonawca zobowiązany jest to zapewnić. Na czym polega ewentualny brak stworzenia organizacyjnych warunków do realizacji powołanego przepisu Odwołujący się nie wskazał, zatem zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut naruszenia przez art. 36 ust. 5 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający może określić w SIWZ, która część zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom. Zamawiający w części XIV SIWZ określił dwa katalogi czynności, z podziałem na te, które można powierzyć podwykonawcom i te, których podwykonawcom powierzyć nie można. Taki sposób określenia instytucji podwykonawstwa nie sprzeciwia się ustawie Pzp. Jednakże w § 3 ust. 1 i 2 projektu umowy Zamawiający warunkuje możliwość powierzenia realizacji części zamówienia podwykonawcom swoją zgodą. Takie postanowienie w świetle powoływanego przepisu należy uznać za niedopuszczalne.

Zgodnie z przepisem art. 180 ust. 7 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca protest w przypadku wystąpienia przesłanek wymienionych w tym przepisie. W badanym stanie faktycznym z sytuacją taką nie mamy do czynienia, gdyż Zamawiający odrzucił jedynie część zarzutów a nie protest. Zatem Zarzut naruszenia tego przepisu należy uznać za chybiony.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej nie wystąpiły okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania z urzędu. Zamawiający nie uszczegółowił warunku dotyczącego posiadania osób zdolnych do wykonania zamówienia a jedynie postawił określone wymagania w zakresie realizacji przedmiotu umowy (§ 2 ust. 4 projektu umowy).

Wskazać jednakże należy, że Zamawiający zobowiązany był w zaproszeniu do negocjacji zawrzeć opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, zgodnie bowiem z przepisem art. 64 ust. 3 ustawy Pzp wraz z zaproszeniem do składania ofert zamawiający przekazuje SIWZ, zaś przepisu art. 36 ust. 1

pkt 5 nie stosuje się. Nieprawidłowe jest zatem odesłanie, w zaproszeniu do negocjacji, w tym zakresie do SIWZ, jednakże nie jest to wada uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

13

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok /postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

14

** niepotrzebne skreślić*

15