

POSTANOWIENIE
z dnia 26 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w Warszawie w dniu 26 września 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2016r. przez **wykonawcę Poczta Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Rodziny Hiszpańskich 8** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **ZOO Wrocław spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Wróblewskiego 1/5**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawcy Poczta Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Rodziny Hiszpańskich 8** kwoty 13 500zł. 00 gr. (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą 90% uiszczonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

1

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi ochrony osób, zwierząt i mienia na terenie Wrocławskiego Ogrodu Zoologicznego oraz konwojowania wartości pieniężnych ZOO Wrocław sp. z o.o. zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2016/S 168-301998 z 1 września 2016r. W dniu 12 września 2016r. odwołanie wniosła Poczta Polska SA - odwołujący. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 5 stycznia 2016r. udzielonego przez prezesa i członka zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 12 września 2016r. Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że naruszył następujące przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020 – dalej ustawy):

- 1) art. 29 ust. 1 oraz 2 ustawy przez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;
- 2) art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy w zw. z art. 2 pkt 6 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia przez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w sposób prowadzący do nierównego traktowania wykonawców i naruszenia zasady uczciwej konkurencji;
- 3) art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1b w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w sposób prowadzący do nierównego traktowania wykonawców i naruszenia zasady uczciwej konkurencji;
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy przez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 5) inne wskazane w uzasadnieniu odwołania.

Wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści siwz w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wskazał, że jest legitymowany do wniesienia odwołania, stosownie do wymagań określonych w art. 179 ust. 1 ustawy, jako wykonawca zainteresowany udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i uzyskaniem tego zamówienia. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, a sam odwołujący może ponieść szkodę, gdyż

2

utrudniona jest wycena, a w rezultacie złożenie konkurencyjnej oferty oraz wykonywanie przyszłej umowy. Oznacza to, że odwołujący może ponieść szkodę nie uzyskując zamówienia z powodów dyskryminujących i niemożliwych do przyjęcia, ze względu na niezgodność z prawem, postanowień ogłoszenia, a także siwz.

Co do opisanego przedmiotu zamówienia w sposób naruszający art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, to odwołujący wskazał, że zgodnie z rozdz. III siwz przedmiotem zamówienia jest świadczenie na rzecz zamawiającego usługi całodobowej ochrony osób, zwierząt i mienia polegającej na bezpośredniej ochronie fizycznej w rozumieniu ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (tekst jednolity. Dz.U. z 2014 r., poz. 1099, Dz.U. z 2015 r. poz. 1505 oraz z 2016r. poz. 65 i poz. 904) oraz ochrona wartości pieniężnych podczas transportu, o której mowa w rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 7 września 2010 r. w sprawie wymagań, jakim powinna odpowiadać ochrona wartości pieniężnych przechowywanych i transportowanych przez przedsiębiorców i inne jednostki organizacyjne (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 793). Szczegółowy sposób sprawowania ochrony reguluje Załącznik nr 1 do siwz „Regulamin i zakres obowiązków służby ochrony w ZOO Wrocław Sp. z o.o.”. Miejscem wykonania zamówienia jest teren ZOO Wrocław Sp. z o.o., na którym znajdują się wybiegi i obiekty stałe dla zwierząt oraz budynki przeznaczone na biura i zaplecza gospodarcze. Z uwagi na fakt, że zakres przedmiotu zamówienia będzie świadczony na specyficznym terenie obiektu użyteczności publicznej, gdzie jednorazowo może przebywać duża grupa ludzi, w tym osoby nieletnie, niepełnosprawne oraz w podeszłym wieku, zatrudnione osoby wykonawcy muszą charakteryzować się wysoką kulturą osobistą, posiadać zdolności psychofizyczne do pracy w bezpośrednim kontakcie z dużą liczbą osób oraz posiadać umiejętności udzielania pierwszej pomocy przedmedycznej. W związku z tym wykonawca musi posiadać i przedłożyć najpóźniej przed podpisaniem umowy o udzielenie niniejszego zamówienia kopie certyfikatu OHSAS 18001:2007 lub PN-N-18001:2004 lub inny równoważny certyfikat w zakresie zarządzania bezpieczeństwem i higieną pracy.

Odwołujący wskazał, że nie tylko certyfikat w zakresie zarządzania bezpieczeństwem i higieną pracy uwiarygodnia wprowadzenie u wykonawcy szczegółowych procedur dotyczących bhp. Podkreślił, że jest obiektywnie zdolny do wykonania zamówienia w sposób należyty. Odwołujący świadczy usługi ochrony dla licznych podmiotów z sektora publicznego i prywatnego, w tym dla podmiotów z sektora, w którym działalność prowadzi również zamawiający. Odwołujący, będąc dużym przedsiębiorcą, nie spełnia wymogu zawartego w rozdz. III pkt 3 siwz, bowiem nie posiada certyfikatu OHSAS 18001:2007 lub PN-N-18001:2004 lub innego równoważnego w zakresie zarządzania bezpieczeństwem i higieną. Poczta Polska dokonuje wszelakich starań, aby w każdym procesie pracy zapewnić bezpieczne i higieniczne warunki pracy, zgodnie z przepisami prawa powszechnie

3

obowiązującego i przyjętymi dobrymi praktykami. W tym celu zostały opracowane i obowiązują wewnętrzne regulacje prawne dot. konkretnych zagadnień bhp. Określanie opisu przedmiotu zamówienia przez żądanie posiadania konkretnych certyfikatów ma negatywny wpływ na postępowanie, gdyż można posiadać pewne kwalifikacje niezależnie od tego czy zostały potwierdzone uzyskaniem certyfikatem czy odbytym szkoleniem bądź wprowadzeniem wewnętrznych procedur. Niewątpliwie, nieposiadanie przez wykonawców, zdolnych do wykonania zamówienia, certyfikatów nie prowadzi do pozyskania wiedzy mniejszej lub niewystarczającej. Nie ma też, zdaniem odwołującego, żadnej okoliczności, która uzasadniałaby opisanie minimalnych wymogów, jakie musi

posiadać wykonawca, tylko i wyłącznie przez wskazanie konkretnych certyfikatów. Zatem zdaniem odwołującego wskazanie konkretnych certyfikatów ogranicza możliwość ubiegania się o zamówienie wykonawcom posiadającym stosowne umiejętności oraz wiedzę i doświadczenie ale niepotwierdzonych certyfikatami wymienionymi przez zamawiającego. Na ograniczenie uczciwej konkurencji przez żądanie ww. dokumentów wskazują niewątpliwie poniższe okoliczności. Po pierwsze fakt, że wdrożenie systemu zarządzania bhp jest dobrowolne i uzależnione jest od decyzji pracodawcy i środków finansowych, które trzeba przeznaczyć na ten cel, co spowodowałoby niewątpliwie poniesienie niewspółmiernie wysokich kosztów. Ponadto, żądanie powyższych dokumentów uniemożliwia złożenie ważnej niepodlegającej odrzuceniu oferty przez podmioty, które wprowadziły wewnętrzne procedury bhp.

Ww. postanowienia są, w ocenie odwołującego, wadliwe i niekonkurencyjne, utrudniają złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami ustawy oferty. Dlatego postawienie ww. wymogu, jest nadmierne i niepotrzebne, a przy tym rażąco narusza zasady uczciwej konkurencji, gdyż eliminuje z udziału w postępowaniu wykonawcę, który jest w stanie należycie wykonać zamówienia. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji, określonej w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, zdaniem odwołującego, zachodzi m.in. w sytuacji, gdy zamawiający opisze przedmiot zamówienia przez zbyt nie dookreślenie przedmiotu powodujące, bez uzasadnienia, wskazanie na konkretny produkt. Naruszenie to polega również na dookreśleniu opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym, ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb zamawiającego. Tak wyrok KIO z dnia 23 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1447/10

Zamawiający nie może naruszać konkurencji i ograniczać dostępu do zamówienia ponad miarę, tzn. wyjść poza niezbędne minimum uzasadnione rodzajem i zakresem przedmiotu zamówienia. Powyższe oznacza, że rygorystyczne wymagania w zakresie żądania ww. certyfikatów, nie są, w ocenie odwołującego, proporcjonalne, a tym samym naruszają zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy.

4

Obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia oraz określenie jego zakresu. Swoboda zamawiającego przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia doznaje jednak ograniczeń ustawowych, a przede wszystkim nie może godzić w cele przepisów ustawy implementujących normy prawa unijnego. W świetle preambuły do Dyrektywy 2004/24/UE celem europejskich zamówień publicznych jest zapewnienie niedyskryminującego dostępu wykonawców do tych zamówień. Stąd też czynności zamawiającego polegające na ukształtowaniu wymagań w oparciu o żądanie konkretnych certyfikatów dyskryminują w sposób nieuzasadniony innych wykonawców godząc w zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy oraz ponownie przywołaną w art. 29 ust. 2 ustawy. Naruszeniem art. 29 ust. 2 ustawy jest już takie opisanie przedmiotu zamówienia, które mogło utrudnić uczciwą konkurencję, niekoniecznie zaś ją realnie utrudniło.

Zamawiający naruszył zatem zakaz określony w art. 29 ust. 2 ustawy, gdy w opisie przedmiotu zamówienia zawarł wymagania co do posiadanych certyfikatów, które nie były uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, a jednocześnie utrudniają złożenie oferty wykonawcom posiadającym wewnętrzne procedury regulujące kwestie bhp. Zamawiający, zdaniem odwołującego, winien dopuścić każdą wewnętrzną procedurę w zakresie zarządzania bezpieczeństwem i higieną pracy lub w ogóle zrezygnować z wymogu, skoro postawione warunki udziału w postępowaniu są wystarczające do stwierdzenia wiarygodności oraz profesjonalizmu wykonawców. W związku z powyższym odwołujący wniósł o modyfikację rozdz. III pkt 3 siwz przez wykreślenie żądania przedłożenia certyfikatu OHSAS 18001:2007 lub PN-N-18001:2004 lub innego równoważnego w zakresie zarządzania bezpieczeństwem i higieną.

Ewentualnie o wprowadzenie zapisu, że za równoważny certyfikat uznane będą wprowadzone u wykonawcy wewnętrzne regulacje prawne dot. zagadnień bhp. Odnosnie zarzutu określenia warunku udziału w postępowaniu w sposób naruszający art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 2 pkt 6 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia, to zgodnie z rozdz. V pkt 4 lit. c) siwz wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności technicznej i zawodowej, jeżeli wykaże, że dysponuje trzydziestoma pracownikami ochrony, w tym co najmniej ośmioma posiadającymi licencję pracownika ochrony min I

stopnia, czterema pracownikami brygady mobilnej i czterema pracownikami konwoju. Wymóg dotyczący dysponowania osobami posiadającymi licencję pracownika ochrony min I stopnia jest, w ocenie odwołującego, niezgodny z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa.

Zgodnie z art. 2 pkt 6 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (Dz. U. Z 2016 r. poz. 1432) pracownikiem ochrony jest osoba wpisana na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej lub kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia

5

technicznego, i wykonująca zadania ochrony w ramach wewnętrznej służby ochrony albo na rzecz przedsiębiorcy, który uzyskał koncesję na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia, lub osoba wykonująca zadania ochrony, w zakresie niewymagającym wpisu na te listy, na rzecz przedsiębiorcy, który uzyskał koncesję na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia.

Przepis art. 26 ww. ustawy określa czynności; do wykonywania których niezbędne jest posiadanie przez osoby realizujące zadania w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia wpisu na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, a także wymagania, które są stawiane osobom ubiegającym się o wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony. Odwołujący nadmienił, że zastępujący uprzednio obowiązujące licencje wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej ma potwierdzać stosowne przygotowanie, umiejętności, wiedzę i kompetencje pracownika ochrony.

Zgodnie z ustawą z dnia 13 czerwca 2013 r. o zmianie ustaw regulujących wykonywanie niektórych zawodów (Dz. U. z 2013 r., poz. 829), która weszła w życie 1 stycznia 2014 r., osoby, które chcą wykonywać zawód kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej, nie muszą ubiegać się o licencję pierwszego i drugiego stopnia, ani przystępować do egzaminów na licencję pracownika ochrony fizycznej.

Zamiast licencji, kwalifikowani pracownicy ochrony fizycznej i kwalifikowani pracownicy zabezpieczenia technicznego zostaną wpisani na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej i kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego, która jest prowadzona przez Komendanta Głównego Policji w systemie teleinformatycznym.

Wprowadzania danych podlegających wpisowi dokonują komendanci wojewódzcy Policji właściwi ze względu na miejsce zamieszkania osoby, której wpisywane dane dotyczą (zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy o ochronie osób i mienia).

Sposób oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz zakres żądanych dokumentów należy do zamawiającego, przy czym granicę swobody zamawiającego wyznacza zasada uczciwej konkurencji wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy ustanawiająca obowiązek takiego kształtowania warunków, aby nie dyskryminować podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia poprzez wprowadzanie warunków nadmiernych. Ocenę zasadności takiego warunku i jego zgodności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców należy zatem rozpatrywać w kontekście jego adekwatności do przedmiotu zamówienia, tj. warunek musi zagwarantować należyte wykonanie zamówienia, przy jednoczesnym zachowaniu nie dyskryminującego charakteru, winien mieć na celu ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia, a nadto nie może prowadzić do faworyzowania jednych i tym samym dyskryminacji innych wykonawców.

Zamawiający zobowiązany zatem jest do zapewnienia równowagi między jego interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego a

6

interesem potencjalnych wykonawców, których nie wolno w drodze wprowadzenia nadmiernych i nieadekwatnych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu (np. wyrok SO w Świdnicy z dnia 20 grudnia 2005r., sygn. akt Ca 584/05).

W związku z powyższym odwołujący wniósł o modyfikację rozdz. V pkt 4 lit. c) siwz przez modyfikację zapisu w następujący sposób:

dysponuje trzydziestoma pracownikami ochrony, w tym co najmniej ośmioma posiadającymi wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony, czterema pracownikami brygady mobilnej i czterema pracownikami konwoju.

Co do warunku udziału w postępowaniu w sposób naruszającego art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy, to odwołujący podniósł, że zgodnie z rozdz. V pkt 4 lit. c) siwz wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności technicznej i zawodowej,

jeżeli wykaze, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonał z należytą starannością minimum trzy umowy polegające na ochronie fizycznej obiektów użyteczności publicznej o powierzchni co najmniej 10 ha na terenie, których organizowane są imprezy masowe i jednorazowo może przebywać co najmniej 10 tys. osób, o wartości nie mniejszej niż 500 tys. złotych netto każda, realizowane przez okres minimum 12 miesięcy. Jak słusznie podkreśla KIO w wyroku z dnia 28 września 2011 r. (sygn. akt KIO 1949/11, KIO 1954/11: Obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej. Tylko bowiem bilans tych dwóch czynników zapewnia efektywne wydawanie środków publicznych. Zamawiający nie ma możliwości określenia swoich minimalnych wymagań w inny sposób jak tylko w taki sposób, aby zminimalizować ryzyko udzielenia zamówienia wykonawcy niezdolnemu do jego wykonania. W takim duchu wypowiada się na ten temat doktryna i orzecznictwo, w tym KIO. Każdemu zamawiającemu przysługuje przy tym uprawnienie do sprecyzowania tych warunków tak, aby zamówienie zostało udzielone wykonawcy, który nie tylko przedstawił najkorzystniejszą przedmiotowo ofertę z punktu widzenia kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej, lecz jest także podmiotem zdolnym do jego wykonania z uwagi na cechowanie się odpowiednią wiarygodnością, (wyrok KIO z dnia 16 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 662/12). Wymagania zamawiającego muszą być adekwatne do przedmiotu zamówienia - ani zbyt wysokie, gdyż mogłyby utrudniać uczciwą konkurencję, ani zbyt niskie, gdyż przez selekcję przeszkliły wykonawcy niezdolni do realizacji zamówienia. Potwierdza to wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 2765/11. Proporcjonalność warunku należy oceniać przez pryzmat rynku właściwego — odbiorców usług opisanych przez zamawiającego odpowiadających przedmiotowi zamówienia (a więc usług ochrony zoo) istnieje na rynku ograniczona liczba.

A.

7

Postawienie więc, zdaniem odwołującego, warunku w zakresie jednorazowego przebywania co najmniej 10 tys. osób czy organizacji imprez masowych nie służy sprawdzeniu jakiejkolwiek umiejętności wykonawcy. Bez wątpienia bowiem porównywalne jest doświadczenia polegające na prawidłowym wykonywaniu usług ochrony obiektu o danej powierzchni w określonym przez zamawiającego czasie z wykonaniem usług ochrony obiektów na terenie, którym organizowane są imprezy masowe i jednorazowo może przebywać co najmniej 10 tys. osób. Tym bardziej odwołujący wskazał, że imprezy masowe nie są usługami ciągłymi, a liczba osób przebywających jednorazowo w danym miejscu zależy od wielu czynników zewnętrznych, na które wykonawca na ogół nie ma wpływu. Przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu należy interpretować również przez pryzmat praktyki wypracowanej przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości na gruncie stosowania prawa UE. Przykładowo wskazać można orzeczenie ETS z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie C-448/01 EVN AG I Wienstrom GmbH, gdzie zostało stwierdzone, że postawienie zbyt wygórowanego warunku udziału w postępowaniu może faworyzować duże przedsiębiorstwa, dyskryminując mniejszych dostawców, którzy mogliby z powodzeniem wykonać zamówienie. Takie ograniczenie kręgu wykonawców dopuszczonych do wzięcia udziału w postępowaniu może natomiast skutkować udaremieniem realizacji celu dyrektyw wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych, jakim jest otwarcie rynku zamówień na konkurencję. Dlatego postawienie ww. warunku, jest nadmierne i niepotrzebne, a przy tym rażąco narusza zasady uczciwej konkurencji, gdyż eliminuje z udziału w postępowaniu tych wykonawców, zwłaszcza krajowych, którzy są w stanie należycie wykonać zamówienie. Odwołujący wskazał, że w „Wynikach kontroli przeprowadzonych w 2009 r. przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczących zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej” wielokrotnie jako uchybienia wskazywano stawianie nadmiernych warunków udziału w zakresie doświadczenia wykonawców („Wyniki kontroli” dostępne są na stronie internetowej UZP www.uzp.gov.pl). Podobnie jest w niniejszym postępowaniu - wykonawca mający doświadczenie w świadczeniu usług ochrony na mniejszym obszarze byłby w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie, gdyż ma techniczną wiedzę i umiejętności do wykonywania tego typu usług, jak będące przedmiotem zamówień w ramach przedmiotowego postępowania.

B.

Nadmierny i nieuzasadniony jest również warunek wykazania się realizacją 3 umów na

kwotę min 500.000 zł netto każda. Zamawiający określił bowiem zakres wymaganego doświadczenia obszarem oraz rodzajem budowli podlegającym ochronie. Bez znaczenia dla sprawdzenia umiejętności wykonawcy w zakresie usług określonego rodzaju pozostaje kwota wynagrodzenia, jaka przysługiwała mu na mocy wykonanych umów.

8

Postawienie w ostatnim elemencie warunku, dodatkowo wymogu dotyczącego wartości zrealizowanych usług, jest niepotrzebnym dublowaniem warunku dotyczącego obszaru objętego ochroną. Zasadą jest, że stawia się albo warunek ilościowy albo wartościowy w zakresie doświadczenia, gdyż są one wzajemnie zastępowalne. Obydwa bowiem wykazują, że wykonawca realizował zamówienia odpowiedniej wielkości.

Innymi słowy, zdaniem odwołującego, wynagrodzenie nie jest elementem stanowiącym o doświadczeniu wykonawcy, gdy jest ono opisane zakresem rzeczowym. Kwota wynagrodzenia zależy od wielu elementów np. sytuacji na rynku, pozycji konkurencyjnej, przeprowadzonych negocjacji, stałych kontaktów handlowych itd. - natomiast nie wpływa na doświadczenie wykonawcy w wykonywaniu dostaw.

C.

Ponadto wykazanie się, aż 3 umowami polegającymi na ochronie fizycznej jest nieuzasadnione; wystarczające będzie wykazanie się 1 umową.

Określone przez zamawiającego warunki powinny mieć na celu jedynie ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia, nie mogą natomiast prowadzić do nieuzasadnionej dyskryminacji wykonawców. Określenie warunków udziału w postępowaniu przez zamawiającego, co do zasady nie może prowadzić do wykluczenia uczestnictwa w postępowaniu wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie. Odwołujący zauważył, że ustawa stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Użyte przez ustawodawcę sformułowanie oznacza, że dostęp do zamówienia powinni mieć zapewniony wszyscy wykonawcy, którzy spełniają podstawowe wymogi potrzebne do prawidłowego wykonania zamówienia, niekoniecznie zaś wymogi wygórowane, tj. takie, których spełnienie nie jest konieczne do wykazania zdolności do realizacji zamówienia.

Odwołujący wniósł o modyfikację rozdz. V pkt 4 lit, c) siwz przez modyfikację zapisu w następujący sposób:

jednej umowy polegające na ochronie fizycznej obiektów użyteczności publicznej o powierzchni co najmniej 5 ha. realizowanej przez okres minimum 12 miesięcy.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 23 września 2016r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania z wyłączeniem zarzutu zawartego w pkt II odwołania, który zamawiający uwzględnił.

Odnosząc się do zarzutu w zakresie opisu przedmiotu zamówienia niezgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy w zakresie kwestionowanego wymogu posiadania certyfikatu, zamawiający wskazał, iż wymóg został sformułowany przez wskazanie certyfikatów OHSAS 18001:2007 lub PN-N-18001:2004 lub innego równoważnego certyfikatu w zakresie zarządzania

9

bezpieczeństwem i higieną pracy. Zamawiający dopuszcza także inne certyfikaty potwierdzające wdrożenie i stosowanie odpowiedniego systemu zarządzania BHP, nie ograniczając się (wbrew twierdzeniom odwołującego) do konkretnych certyfikatów. Odwołujący nie kwestionuje samego wymogu posiadania odpowiednich procedur z zakresu bezpieczeństwa i higieny pracy, ale kwestionuje możliwość żądania przez zamawiającego dokumentu wystawionego przez niezależny, uprawniony do tego podmiot, potwierdzającego ich posiadanie przez wykonawcę. Stoi przy tym na stanowisku, iż sama wewnętrzna regulacja prawna jest w tym przypadku wystarczająca.

Zamawiający nie zgadza się z tym, że wystarczająca jest wewnętrzna regulacja prawna wykonawcy, a to z uwagi na specyfikę zamówienia - ochrona osób, zwierząt i mienia w obiekcie o bardzo wysokiej liczbie zwiedzających wiąże się z bardzo dużym ryzykiem. Przy czym ryzyko to dotyczy zarówno pracowników wykonawcy, jak i zamawiającego oraz osób zwiedzających, którym wykonawca jest zobowiązany zapewnić odpowiedni poziom ochrony i

bezpieczeństwa. Odpowiedzialny za bezpieczeństwo, ochronę życia i zdrowia osób przebywających w obiekcie zamawiającego (ZOO Wrocław) jest zamawiający. Ustanowienie i utrzymywanie odpowiedniego systemu zarządzania BHP zapewnia, według zamawiającego, wymagany poziom ochrony zdrowia i życia przed zagrożeniami środowiska pracy, właściwą ocenę ryzyka, odpowiedni system zapobiegawczy, a w konsekwencji gwarantuje rzetelne wykonanie zamówienia. W tym przypadku jest to szczególnie istotne, gdyż rzetelne wykonanie zamówienia jest gwarancją bezpieczeństwa osób przebywających na terenie chronionym, gwarancją ochrony ich zdrowia i życia, a tym samym minimalizuje ryzyko odpowiedzialności Zamawiającego.

Zamawiający ma prawo żądać odpowiedniego dokumentu niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli potwierdzającego spełnianie wymogów jakościowych, co wynika z § 13 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U z 2016, poz. 1126). Samo przedstawienie przez odwołującego procedury wewnętrznej, która nie podlegała weryfikacji przez podmiot niezależny nie potwierdza, zdaniem zamawiającego spełniania wymogów jakościowych. Akceptowanie stanowiska odwołującego oznaczałoby, iż to na zamawiającego przerzucony zostaje ciężar weryfikacji procedur wewnętrznych z normami, do czego zamawiający nie jest uprawniony. Nadto podmioty posiadające certyfikat są poddawane okresowym audytom i kontroli, gwarantującym utrzymanie standardów jakościowych, czego nie zapewnia przyjęta przez podmiot i nie weryfikowana przez uprawniony podmiot zewnętrzny procedura. System zarządzania bezpieczeństwem i higieną pracy OHSAS 18001:2007 obejmuje pełen zakres wymagań zgodnych z normą PN-N-18001. Norma PN-N-18001 zawiera wytyczne dotyczące systemu zarządzania zdrowiem i bezpieczeństwem. System pozwala na

10

identyfikację i analizę potencjalnych zagrożeń oraz ocenę związanego z nimi ryzyka zawodowego, które następnie wykorzystuje się jako podstawę do projektowania i planowania działań oraz programów poprawy bezpieczeństwa.

Stosowanie zasady uczciwej konkurencji, według zamawiającego nie oznacza, iż musi umożliwić wzięcie udziału w postępowaniu wszystkim wykonawcom działającym w danym segmencie rynku - w tym przypadku - w branży ochrony osób i mienia. Wymóg postawiony przez zamawiającego w SIWZ w zakresie kwestionowanych certyfikatów gwarantuje zamawiającemu utrzymanie optymalnych standardów zdrowia i bezpieczeństwa oraz eliminuje ryzyko operacyjne i zdrowotne dla wszystkich interesantów. Nie stanowi zatem nieuzasadnionego żądania posiadania określonego systemu zarządzania jakością. Wymóg został sformułowany w sposób obiektywny i jest uzasadniony zakresem zamówienia i potrzebami zamawiającego.

Na poparcie swego stanowiska zamawiający powołał stanowisko doktryny i orzecznictwa - Skubiszak-Kalinowska Halina, Udzielanie zamówień publicznych na systemy informatyczne - zagadnienia wybrane, cz. I, Zam.Pub.Dor. 2014/10/6-16; wyrok KIO z 23 maja 2016 r., KIO 671/16))

W zakresie zarzutu dotyczącego wymogu dysponowania osobami posiadającymi licencję pracownika ochrony min. I stopnia Zamawiający uwzględnił zarzut. Użyty termin został przytoczony błędnie przez zamawiającego zamiast terminu: „wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej”. Jak słusznie podnosi to odwołujący, wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony zastąpił uprzednio obowiązujące licencje i w tym zakresie zamawiający wadliwie sformułował zapis. Jednocześnie zamawiający wyjaśnił, iż wypełnienie warunku wpisu na listę kwalifikowanych pracowników ochrony - wobec zmiany przepisów - byłoby uznawane przez zamawiającego jako wypełnienie warunku stawianego w SIWZ, gdyż jak słusznie podnosi odwołujący wpis zastąpił licencje, które obecnie nie są stosowane.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego określenia warunków zdolności technicznej i zawodowej w sposób sprzeczny z art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1 b pkt 3 w zw. z art. 7 ustawy, to zamawiający wskazał, iż warunek ten wynika z obiektywnych potrzeb zamawiającego i jest uzasadniony. Nadto zapewnia realną możliwość weryfikacji wiarygodności wykonawcy. Nie stanowi zatem naruszenia przytoczonych przez odwołującego przepisów.

Nie zgadza się z zarzutem odwołującego, iż postawienie warunku jednorazowego przebywania co najmniej 10 tys. osób czy organizacji imprez masowych nie służy

sprawdzeniu jakiejkolwiek umiejętności wykonawcy. Liczba osób przebywających na chronionym terenie podlegającym ochronie ma zasadnicze znaczenie dla oceny doświadczenia wykonawcy i jego zdolności technicznej i zawodowej. Przedmiot zamówienia

11

obejmuje ochronę osób, zwierząt i mienia ogrodu zoologicznego we Wrocławiu. Z uwagi na podniesienie atrakcyjności turystycznej ogrodu poprzez wybudowanie i otwarcie Afrykarium w 2014 r. ruch turystyczny w ogrodzie zoologicznym we Wrocławiu kształtuje się na bardzo wysokim poziomie i plasuje wrocławski ogród zoologiczny w czołówce atrakcji turystycznych w Polsce. Zgodnie z danymi (publikowanymi także w materiałach prasowych) w 2015 r. ZOO we Wrocławiu odwiedziła rekordowa liczba zwiedzających ok. 1,8 mln osób, a zatem więcej niż Zamek Królewski na Wawelu, czy Kopalnię Soli w Wieliczce. W 2016 r. od 1 stycznia do 19 września liczba zwiedzających w ogrodzie zoologicznym wyniosła 1363.162 osób. Od 1.05.2015 r. do 3.05.2015 r. liczba odwiedzających ZOO wynosiła 52.369 osób, w dniu 15.08.2015 r. - 11.812 osób, w dniach 1.05.-3.05.2016 r. - 50.990 osób, w dniu 15.08.2016 r. - 20.669 osób, w dniach 13.08. -14.08.2016 r. -41.540 osób. Dużą część zwiedzających ogród zoologiczny stanowią dzieci.

Jako dowód zamawiający powołał:

Raport za okres od 1.01.2015 r. do 31.12.2015 r.

Raport za okres od 1.05.2015 r. do 3.05.2016 r.

Raport za dzień 15.08.2015 r.

Raport za okres od 1.01.2016 r. do 19.09.2016 r.

Raport za dzień 15.08.2016 r.

Raport za okres od 13.08.2016 r. do 14.08.2016 r.

Raport za okres od 1.05.2016 r. do 3.05.2016 r.

Powyższe liczby obrazują ruch na obszarze objętym ochroną. Tak znaczna liczba osób odwiedzających ZOO wymaga wyboru wykonawcy w zakresie usługi ochrony, który posiadać będzie odpowiednie doświadczenie. Przy czym ocena odpowiedniego doświadczenia wymaga nie tylko wykazania się stosowym doświadczeniem w zakresie ochrony określonego obszaru, ale także obszaru o natężonym ruchu osób. Należy także podkreślić, iż w ramach przedmiotu zamówienia - usługi ochrony - zamawiający powierza wykonawcy także kontrolę przepływu osób (sprawdzanie biletów wstępu i ewentualną ocenę zagrożeń). Według zamawiającego zupełnie inne są uwarunkowania ochrony obiektu o nieznacznym natężeniu ruchu od obiektu, w którym ruch jest bardzo intensywny, zaś pracownicy ochrony są zobligowani do kontroli wejścia każdej osoby. Tym samym doświadczenie w zakresie ochrony obiektów użyteczności publicznej nie jest równe doświadczeniu w ochronie obiektów cechujących się większym natężeniem ruchu turystycznego. Warunek ten jest zatem, zdaniem zamawiającego związany i. przedmiotem zamówienia i został ustalony proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia. Nie można uznać go za wygórowany. Odnosząc się do argumentu odwołującego, w którym cytuje opinię Prezesa Urzędu, to zamawiający podniósł, że opinia nie dotyczy zbliżonego stanu faktycznego, gdyż w przedmiotowej sprawie chodzi o weryfikację doświadczenia w zakresie usługi ochrony w

12

określonych obiektach i z określonym natężeniem ruchu. Wykazanie umiejętności ochrony budynków użyteczności publicznej o powierzchni co najmniej 5 ha - nie weryfikuje wystarczająco umiejętności wykonawcy niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, gdyż nie uwzględnia obiektywnych potrzeb zamawiającego (specyfiki chronionego terenu - jego obszaru, dużego rozproszenia obiektów i ruchu). Weryfikacja nie może zatem sprowadzać się do weryfikacji samej umiejętności ochrony, ale konieczne jest uwzględnienie specyficznych warunków, w jakich ochrona będzie wykonywana.

Odnosząc się do obszaru - wrocławski ogród zoologiczny zajmuje powierzchnię ok. 33 ha. Zamawiający natomiast mając na uwadze uwarunkowania rynkowe postawił wymóg ochrony obszaru o pow. 10 ha, mając na uwadze minimalny obszar warunkujący odpowiednie doświadczenie stosownie do potrzeb zamawiającego. Sugerowana przez odwołującego powierzchnia 5 ha nie jest niczym uzasadniona. Wskazanie powierzchni 10 ha nie jest zatem warunkiem wygórowanym, a ma na celu wykazanie odpowiednich umiejętności wykonawcy, niezbędnych do wykonania zamówienia - usługi ochrony na znacznym obszarze. Ocena umiejętności ochrony wymaga bowiem uwzględnienia odpowiedniego do przedmiotu

zamówienia obszaru ochrony i jego specyfiki. Obiekty o powierzchni 10 ha nie są, zdaniem zamawiającego, rzadkością zarówno na terenie Polski jak i poza jej granicami, a zatem wykazanie się ochroną obiektu o takiej powierzchni nie jest nadmiernie wygórowane. Opisane warunki w sposób dozwolony uwzględniają zatem charakter usług, są podyktowane i uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego. Tym samym nawet gdyby uznać je za ograniczające konkurencję - ograniczenie to jest oparte na realnych i proporcjonalnych powodach, które je uzasadniają i nie czynią bezprawnymi. Według zamawiającego z naruszeniem przepisów mamy do czynienia dopiero wówczas, gdy warunki są określone nieadekwatnie i nieproporcjonalnie do potrzeb zamawiającego, co nie ma miejsca w przedmiotowym przypadku. Zarzuty i wnioski przedstawione w odwołaniu w istocie zmierzają do narzucenia zamawiającemu konkretnego określenia potrzeb niezgodnie z faktycznymi uwarunkowaniami, w sposób uwzględniający uwarunkowania Odwołującego, co nie może być uznane za dopuszczalne.

Wymóg 3 umów w okresie 3 lat nie jest, zdaniem zamawiającego, nieuzasadniony.

Czynności z zakresu ochrony mają charakter czynności powtarzalnych. Doświadczenie nabywane jest właśnie w wyniku ich powtarzalności. Weryfikacja doświadczenia przez wykazanie kilku (3) podobnych usług pozwala na realną (nie fikcyjną) ocenę doświadczenia, z którym nieodzownie jest powiązana zdolność techniczna i zawodowa wykonawcy.

W zakresie wymogu wartości umów zamawiający podnosi, iż tak ustalony warunek pozwala na weryfikację zdolności technicznej wykonawcy. Wartość zamówienia jest obiektywnym miernikiem skali wykonywanych czynności (usług) i może potwierdzać, że wykonawca jest w stanie organizacyjnie podjąć wykonanie umowy o znacznym zakresie i wartości. Określona

13

przez zamawiającego wartość jest proporcjonalna do przedmiotu zamówienia. W poprzednich latach wartość wynagrodzenia kształtowała się na wyższym poziomie. Świadczenie usług ochrony w tak specyficznych warunkach wymaga odpowiedniego doświadczenia, które wykonawca mógł nabrać tylko w realizacji umów spełniających określone w SIWZ wymagania.

Na poparcie swoich twierdzeń zamawiający powołał się na wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2010 r., KIO/UZP 1862/09; wyrok KIO z dnia 28 maja 2008 r., KIO/UZP 641/09, KIO/UZO 646/09.

Na posiedzeniu z udziałem stron odwołujący złożył pisemne oświadczenie o cofnięciu odwołania.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczonego wpisu.

Przewodniczący:

14