

ODPIS

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 czerwca 2010 r.

Sąd Okręgowy w Bydgoszczy II Wydział Cywilny Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SO Piotr Starosta

Sędzia SO Bogumił Goraj

Sędzia SO Wojciech Borodziuk

Protokolant Urszula Wiśniak

po rozpoznaniu w dniu 10 czerwca 2010 r. w Bydgoszczy

na rozprawie

**z odwołania Mariusz Popeny prowadzącego działalność gospodarczą
pod firmą PHU „ZBAR” w Łodzi**

przeciwko zamawiającemu **Jednostce Wojskowej Nr 4246 w Bydgoszczy**

przy udziale **Koncesjonowanej Agencji Ochrony i Usług Detektywistycznych
„ARON” sp. z o.o. w Osielsku**

na skutek skargi wniesionej przez Mariusza Popenę

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 12 marca 2010 r. sygn. akt. KIO/UZP 119/10

I. uchyła zaskarżony wyrok i umarza postępowanie w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego;

II. zasądza od zamawiającego na rzecz skarżącego kwotę 9844 zł / dziewięć tysięcy osiemset czterdzieści cztery / tytułem zwrotu kosztów postępowania.

Na oryginale właściwe podpisy

II Ca 199/10

Uzasadnienie

Jednostka Wojskowa Nr 4246 Oddział Zabezpieczenia Centrum Szkolenia Sił Połączonych Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego w Bydgoszczy (dalej zamawiający) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługę ochrony osób i mienia w kompleksie 1165 obejmującym obiekty Centrum Szkolenia Sił Połączonych NATO Joint Force Training Centre (JFTC) i Oddziału Zabezpieczenia Joint Force Training Centre (OZ JFTC) przy ul. Szubińskiej w Bydgoszczy. Zamawiający w toku postępowania wybrał ofertę firmy Koncesjonowana Agencja Ochrony i Usług Detektywistycznych „ARON” Sp. z o.o. w Osielsku.

Zgłaszający swój udział w przetargu wykonawca Mariusz Popenda prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PHU „ZBAR” Mariusz Popenda w Łodzi złożył protest od tego rozstrzygnięcia, a po oddaleniu protestu złożył odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie.

Do sprawy po stronie zamawiającego przystąpiła Koncesjonowana Agencja Ochrony i Usług Detektywistycznych „ARON” sp. z o.o. w Osielsku.

Wyrokiem z dnia 12 marca 2010 r. wydanym w sprawie KIO/UZP 119/10 Krajowa Izba Odwoławcza w Warszawie oddaliła odwołanie, zaliczyła na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4.444,00 zł z wpisu uiszczanego przez odwołującego i nakazała zwrócić odwołującemu resztę wpisu w wysokości 10.556,00 zł. Uzasadniając swoje rozstrzygnięcie KIO stwierdziła, że odwołanie należy rozpoznać w oparciu o stan prawny sprzed wejścia w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o

zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw oraz że odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż ewentualne uwzględnienie zarzutów spowoduje odrzucenie oferty wybranego oferenta i odwołujący się, jako jedyny uczestnik postępowania będzie miał możliwość uzyskania zamówienia. Jednakże KIO uznała zarzuty podniesione w odwołaniu za bezzasadne. Analizując poszczególne zarzuty KIO stwierdziła, że brak jest podstaw, aby do wykonania zamówienia potrzebne było co najmniej 13 osób posiadających poświadczenie bezpieczeństwa „NATO SECRET”, gdyż w rozdziale 3.3 siwz zamawiający określił, iż z ogólnej liczby 12,5 osób niezbędnych do wykonania usługi w czasie jednej zmiany, 5 osób winno posiadać poświadczenie bezpieczeństwa o klauzuli „NATO SECRET”. W punkcie 3.2 lit c oraz w pkt 3.12 siwz zamawiający ustalił godziny wykonywania zamówienia, wskazał również, że zamówienie realizowane będzie w systemie dwuzmianowym, jednak nie dokonał podziału wskazanych godzin na zmiany. Wśród warunków udziału w postępowaniu zamawiający ustalił, w pkt 10.1.3 ppkt 1.2 siwz wymóg dysponowania osobami posiadającymi kwalifikacje do wykonania zamówienia legitymującymi się m. in. poświadczeniem bezpieczeństwa o klauzuli minimum „NATO SECRET”. W pkt 11.3.4 siwz zamawiający wymagał złożenia stosownego wykazu. KIO uznała, że z tych postanowień wynika, iż minimalną liczbę, pozwalającą na uznanie, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia spełnia wymagania zamawiającego w zakresie potencjału osobowego stanowi 10 osób. Wykaz złożony przez przystępującego wraz z ofertą bezspornie wskazuje wymaganą liczbę osób. Dlatego Izba zarzut odwołania (rozpatrywany w granicach zarzutów protestu) uznała za chybiony oraz stwierdziła, że prezentowany w proteście i odwołaniu pogląd o konieczności zatrudnienia pracowników ochrony na podstawie umowy o

pracę jest chybiony prawnie oraz pozbawiony oparcia w treści siwz. Powołała się na przepis art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp, który stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną

wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawia zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. Z brzmienia tego przepisu KIO wyprowadziła wniosek, że podstawa prawna na jakiej wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia dysponuje osobami niezbędnymi do wykonania zamówienia nie ma znaczenia dla wykazania spełnienia warunku, gdyż ustawodawca formułując normę art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp wyszedł naprzeciw realiom gospodarczym uznając, że osobę fizyczną może łączyć z pracodawcą zarówno więź obligacyjna (cywilnoprawna), jak i stosunek mający źródło w przepisach prawa pracy. Ponadto Izba stwierdziła, że z użycia w siwz pojęć „pracownik” i „zatrudnienie” nie należy wywodzić wymagania zamawiającego ujęcia w wykazie potwierdzającym potencjał osobowy wykonawcy wyłącznie osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę albowiem z racji różnorodnych podstaw prawnych powiązania danej osoby z pracodawcą, pojęcia te, zgodnie z potocznym rozumieniem omawianych pojęć, obejmują odpowiednio wszystkie, zgodne z prawem, podstawy zatrudnienia oraz oznaczają osoby świadczące pracę lub usługi na rzecz pracodawcy. Dalej KIO prezentowała stanowisko, że z użycia w siwz pojęć „pracownik” i „zatrudnienie” nie należy wywodzić wymagania zamawiającego ujęcia w wykazie potwierdzającym potencjał osobowy wykonawcy wyłącznie osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, gdyż pojęcia te należy rozumieć zgodnie z potocznym rozumieniem tych pojęć, które obejmuje wszystkie zgodne z prawem podstawy zatrudnienia oraz oznaczają osoby świadczące

pracę lub usługi na rzecz pracodawcy. Także pogląd odwołującego o konieczności realizacji zamówienia w systemie trzymianowym Izba uznała za bezzasadny, gdyż z postanowień siwz wynika, że realizacja zamówienia będzie w systemie dwuzmianowym i wskazała, że wykaz osób jest dokumentem o charakterze podmiotowym potwierdzającym spełnienie warunków udziału w postępowaniu, który odnosi się do posiadanego potencjału osobowego, lecz nieuzasadnione jest przyjęcie twierdzenia, że wybrany wykonawca będzie realizował zamówienie wyłącznie przy udziale osób wskazanych w wykazie. Następnie KIO stwierdziła, że postanowienia siwz oraz wywodzone w oparciu o nie wyliczenia ilości przepracowanych godzin w celu ustalenia ilości osób niezbędnych do realizacji zamówienia, dokonywane przez strony wskazują nie tylko na możliwość różnej interpretacji postanowień siwz, ale także na ewentualną możliwość indywidualnego kształtowania liczby osób niezbędnych do prawidłowego wykonywania usługi. Okoliczność, iż odwołujący w złożonym przez niego wykazie osób przedstawił większą liczbę osób posiadających poświadczenie bezpieczeństwa osobowego „NATO SECRET”, zdaniem Izby, nie miała znaczenia dla oceny zarzutu braku odpowiedniej ilości osób posiadających takie poświadczenie, gdyż ta okoliczność świadczy jedynie o tym, że odwołujący posiadał potencjał przewyższający wymagania zamawiającego.

KIO uznała także za bezzasadny zarzut dotyczący braku po stronie przystępującego posiadania pracownika z odpowiednim stopniem świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego. Zwróciła uwagę, że zamawiający w pkt 10 ust. 1 ppkt 2 lit. 2 siwz nie zawarł wymagania co do stopnia tego świadectwa. Dlatego Izba uznała, że świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego dowolnego stopnia odpowiada wymaganiom zamawiającego, a wywodzona przez odwołującego z postanowienia pkt 10 ust. 1 ppkt 3 siwz konieczność posiadania świadectwa bezpieczeństwa przynajmniej II stopnia

nie jest zasadna. Izba dała wiarę stanowisku zamawiającego, że zakres przedmiotu zamówienia nie wiąże się z koniecznością przekazywania, przechowywania oraz przetwarzania informacji stanowiących tajemnicę państwową o klauzuli „NATO SECRET”, do których wykonawca może ewentualnie uzyskać dostęp w czasie realizacji zamówienia, lecz wynika z

hipotetycznej możliwości przekazania wykonawcy dokumentów objętych klauzulą zastrzeżone.

Izba podkreśliła, że postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się z zachowaniem zasady pisemności wynikającej z art. 9 ust. 1 Pzp, a realizacja tej zasady sprzyja zachowaniu poszanowaniu zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Pisemność postępowania wymaga uwewnętrznienia przez zamawiającego swoich wymagań w dokumentach postępowania, w szczególności w ogłoszeniu o zamówieniu oraz siwz. Zamawiający jest zobligowany do przestrzegania ustalonych przez siebie wymagań skierowanych do wykonawców biorących udział w postępowaniu, co ma na celu wyeliminowanie możliwości podjęcia przez niego decyzji o charakterze arbitralnym. Realizacji tego celu służy oparcie się przede wszystkim na literalnych postanowieniach siwz. Ewentualne informacje uzyskane ustnie przez przedstawicieli wykonawcy nie mają znaczenia dla oceny czynności zamawiającego, w tym oceny, spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z przywołanych przyczyn Izba odmówiła przeprowadzenia dowodów z zeznań świadków oraz przesłuchania stron, uznając je za zbędne dla wydania orzeczenia oraz mogące spowodować zwłokę w postępowaniu. Dlatego przyjęła, że argumentacja odwołującego się oparta o brak jednoznaczności postanowień siwz (inaczej interpretował je odwołujący się i przystępujący) w istocie uzasadnia prawidłowość oceny dokonanej przez zamawiającego, gdyż możliwość rozbieżnych interpretacji postanowień siwz nie może obciążać wykonawców, którzy złożyli oferty działając w zaufaniu do jej literalnych sformułowań. Izba podkreśliła także, że odwołujący nie skorzystał z możliwości uzyskania wyjaśnień co do treści siwz, a dopiero po przegraniu przetargu, podnosi, że postanowienia siwz są niejasne.

Dodatkowo KIO zauważyła, że ustawa Prawo zamówień publicznych odróżnia ofertę od dokumentów i oświadczeń składanych wraz z ofertą celem potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (arg. z art. 44 Pzp), czynność oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu od czynności badania i oceny (arg. z art. 20 ust. 1 Pzp) oraz że skutkiem ewentualnego potwierdzenia podnoszonych zarzutów odwołania byłoby nakazanie wykluczenia przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp i uznanie złożonej przez niego oferty za odrzuconą ex lege na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp, nie zaś, jak żąda odwołujący się, odrzucenie oferty, a odnosząc się do alternatywnego wniosku odwołującego się o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp stwierdziła, że de lege lata żądaniu takiemu nie można uczynić zadość oraz że jest to wniosek nieuzasadniony.

Dlatego Izba na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp oddaliła odwołanie, a kosztami na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp - stosownie do wyników postępowania odwoławczego- obciążyła odwołującego.

Skargę na ten wyrok złożył odwołujący, który zarzucił Krajowej Izbie Odwoławczej, że wydając zaskarżony wyrok:

1/ dokonała sprzecznych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału, a w konsekwencji naruszyła przez błędną ich wykładnię i niewłaściwe zastosowanie - następujące przepisy ustawy: art. 188 ust. 1, 3, 4, 6 i 7 pzp, poprzez bezpodstawne pominięcie dowodu z dokumentu oświadczenia Zbigniewa Wilkońskiego, złożonego do akt sprawy na

rozprawie w dniu 9 marca 2010 roku; odmowę przeprowadzenia dowodów z przesłuchania świadków - bezpodstawnie przyjmując, iż są bez znaczenia i „mogą spowodować zwłokę w postępowaniu”; niepowołanie biegłego w sytuacji braku wiedzy specjalnej z zakresu

wymogów związanych z kancelarią tajną, a w konsekwencji przyznanie racji twierdzeniom strony zamawiającej bez odniesienia się do zarzutów wykonawcy w tym zakresie; art. 190 ust. 1 i 2 pzp, poprzez zamknięcie rozprawy przed przeprowadzeniem wszystkich dowodów i dostatecznym wyjaśnieniem sprawy - a w konsekwencji, wydanie wyroku w oparciu o błędnie ustalony stan rzeczy; art. 191 ust. 1, 1a i 2 pzp, poprzez błędne ustalenie, iż nie zostały naruszone przepisy prawa, które miały istotny wpływ na wynik postępowania, a w konsekwencji nie uwzględnienie odwołania i formalne umożliwienie zawarcia nieważnej umowy; art. 192 ust. 2 pzp poprzez błędną ocenę mocy i wiarygodności przedstawionych dowodów - bez wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału; niewskazanie przyczyn dla których KIO odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej dowodom powołanym przez wykonawcę, w szczególności dowodom z przesłuchania świadków, oświadczenia Zbigniewa Wilkońskiego, dowodu z dokumentów korespondencji między zamawiającym a przystępującym, powołanych na okoliczności mające istotne znaczenie w sprawie, nierozpatrzenie i brak oceny wszystkich zarzutów wykonawcy zawartych w pismach znajdujących się w aktach sprawy; art. 9 ust. 1 pzp w zw. z art. 27 pzp i art. 36 ust. 1 pkt 7 pzp oraz art. 73 i 74 kodeksu cywilnego poprzez przyjęcie, iż osobowy wniosek dowodowy nie ma znaczenia w świetle zasady pisemności wynikającego z pzp.

2/ naruszyła obowiązujące przepisy prawa przez sprzeczność istotnych ustaleń KIO z treścią zebranego w sprawie materiału - a w konsekwencji

niezastosowała art. 7 ust. 1 i 3 pzp, poprzez przyjęcie iż zamawiający nie naruszył zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zaś przystępujący został wybrany zgodnie z przepisami ustawy pzp, art. 24 ust. 1 pkt. 10 pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1-3 oraz art. 89 pkt. 1 ust 2 pzp poprzez ustalenie, iż przystępujący nie podlegał wykluczeniu przez zamawiającego z postępowania (i w konsekwencji uznaniu ex lege jego oferty za odrzuconą), ani też odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ - polegające na uznaniu, iż wymóg posiadania kancelarii tajnej nie jest związany z posiadaniem świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego minimum drugiego stopnia - a w konsekwencji przystępujący posiada uprawnienia do wykonywania czynności objętych zamówieniem; uznaniu iż wskazanie przez przystępującego ośmiu osób z klauzulą NATO SECRET realizujących zadania wynikające z opisu przedmiotu zamówienia stanowi wymagane postanowieniami SIWZ minimum osób zdolnych do wykonania zamówienia; uznaniu iż realizacja zamówienia może następować w systemie dwóch zmian osobowych, a w wyniku powyższego umożliwienie zawarcia między zamawiającym i przystępującym umowy obciążonej wadą nieważności; uznaniu, iż wykaz osób stanowiący integralną część oferty przystępującego odpowiada treści SIWZ i jako taki nie wypełnia przesłanek odrzucenia oferty przez zamawiającego; art. 191 ust. 1a w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 pzp poprzez stwierdzenie braku naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania skutkującego uwzględnieniem odwołania - a w konsekwencji umożliwienie zawarcia nieważnej umowy na podstawie oferty wybranej z naruszeniem przepisów oraz w postępowaniu o udzieleniu zamówienia, w którym doszło do naruszenia przepisów ustawy pzp.

Podnosząc te zarzuty odwołujący domagał się uwzględnienia skargi i zmiany zaskarżonego wyroku w całości poprzez uwzględnienie odwołania i uwzględnienie zarzutów i żądań odwołującego oraz o zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego przed Urzędem Zamówień Publicznych oraz kosztów postępowania przed Sądem - według przedstawionych i opłaconych

rachunków.

Ponadto odwołujący domagał się: przeprowadzenia dowodu z dokumentu - umowy nr 6/2009 z dnia 29.12.2009 roku - na okoliczność faktu istnienia wymogu 3 zmian osobowych dla realizacji przedmiotowego zamówienia, mimo braku jego „literalnego” zapisu w treści SIWZ, (w tym na okoliczności wynikające z cyklu trzech zmian - wymogu minimum osób z poświadczeniem bezpieczeństwa osobowego o klauzuli NATO SECRET dla realizacji zamówienia oraz na okoliczność zaistnienia po stronie przystępującego przesłanek zawartych w art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp. oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. zaznaczając, iż w przedmiocie dowodów powołanych w skardze obowiązują zapisy ustawy pzp z wyłączeniem zastrzonych rygorów wynikających z postanowień k.p.c. w tym zakresie - art. 196 ust. 1 w zw. z art. 194 ust. 2 pzp wyłącza art. 368 § 1 pkt 4. Z ostrożności skarżący wskazał, iż powołanie dowodu stało się możliwe dopiero na etapie postępowania przed Sądem, wywołanym niniejszą skargą z uwagi na późniejsze podpisanie umowy i na tym też etapie wynikła potrzeba jego powołania, w sytuacji pominięcia milczeniem złożonego do akt dowodu z dokumentu, jak również odmówienia przez KIO przeprowadzenia wnioskowanych dowodów osobowych, przeprowadzenia dowodu na okoliczność przedmiotu i warunków realizacji zamówienia, z zeznań świadków w osobach: Ryszarda Szczepanika, Zbigniewa Wilkońskiego,

Andrzeja Kuśmierskiego, majora Jarosława Komasińskiego odpowiedzialnego za kontakt z wykonawcami w sprawach merytorycznych, Waldemara Swierczyńskiego - odpowiedzialnego za kontakt z wykonawcami w sprawach merytorycznych, dopuszczenia dowodu z przesłuchania stron. Odwołujący podniósł, że potrzeba powołania powyżej wskazanych dowodów osobowych jest nadal aktualna w sytuacji bezpodstawnej odmowy ich przeprowadzenia na etapie postępowania odwoławczego. Wnosił także o zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „ochrony osób i mienia w kompleksie 1165 obejmującym obiekty Centrum Szkolenia Sił Połączonych NATO - Joint Force Training Centre (JFTC) i Oddziału Zabezpieczenia Joint Force Training Centre (OZ JFTC) przy ul. Szubińskiej 2 w Bydgoszczy” (nr sprawy: 006/OZ/PO/2009) i zobowiązanie KIO do przedłożenia protokołu postępowania odwoławczego - sygn. akt KIO/UZP 119/10 zwięźzonego zaskarżonym wyrokiem.

W toku postępowania skarżący złożył pismo procesowe, w którym domagał się nakazania unieważnienia czynności wyboru oferty Aron sp. z o.o. w Osieksku, nakazania odrzucenia oferty tej spółki, nakazanie ponownej oceny ofert pod względem formalny oraz złożył żądanie alternatywne, w którym domagał się uchylenia zaskarżonego wyroku i umorzenia postępowania o udzieleniu zamówienia.

Zamawiający domagał się oddalenia skargi, oddalenia wniosków dowodowych zawartych w skardze oraz zasądzenia od skarżącego kosztów postępowania skargowego według norm przepisanych.

Przystępujący wykonawca domagał się oddalenia skargi, oddalenia wniosków dowodowych złożonych w skardze oraz o zasądzenie od skarżącego kosztów postępowania.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga jest uzasadniona. W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że w sprawie mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655 ze zm.) w wersji sprzed nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. (Dz. U. z 2009 r. nr 223, poz. 1778) - zwanej dalej pzp- gdyż przepis art. 4 ust. 1 ustawy nowelizującej stanowi, że *do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do protestów, odwołań i skarg dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe.*

Sąd Okręgowy w pierwszej kolejności pragnie stwierdzić, iż podziela pogląd Sądu Najwyższego zawarty w uchwale z dnia 27 stycznia 2005 r., wydanej w sprawie III CZP 78/04 (OSNC 2005, z. 12, poz. 202), że w wypadku stwierdzenia z urzędu okoliczności objętej art. 93 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177 ze zm.) zespół arbitrów unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia. Sąd okręgowy, w razie stwierdzenia z urzędu okoliczności objętej tym przepisem, uchyla orzeczenie zespołu arbitrów i unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia. Skoro skarżący w piśmie z dnia 10 czerwca 2010 r. podniósł zarzut nieważności postępowania o udzielenie zamówienia oparty na przepisie art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp, to zasadność tego zarzutu należało rozpoznać bez badania, czy został on zgłoszony w terminie oraz czy był podnoszony w proteście i w odwołaniu. Sąd Okręgowy uznał, że zasadność tego zarzutu należało zbadać w pierwszej kolejności, gdyż jego uwzględnienie powodowało konieczność umorzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Zdaniem Sądu odwoławczego jest to zarzut uzasadniony. Celem ustawy jest doprowadzenie do stanu, w którym środki publiczne będą wydawane najefektywniej. Realizacji tego celu służą zasady postępowania o udzielenie zamówienia: zasada prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1 pzp), jawności (art. 8 ust. 1 pzp) i pisemności (art. 9 pzp). Z zasad tych wynika wymóg przejrzystego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, a w szczególności wymóg precyzyjnego sformułowania warunków, które musi spełnić potencjalny wykonawca. Zamawiający ma prawo i obowiązek takiego sformułowania warunków uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia, których spełnienie doprowadzi do realizacji jego potrzeb, lecz sformułowania siwz-u powinny być precyzyjne, aby uniemożliwić ich różną, odmienną interpretację. Nieostre, nieprecyzyjne sformułowania siwz mogą prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Z przepisu art. 29 ust. 1 pzp wynika, że *przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.* TL przepisu tego należy wyprowadzić wniosek, że dla wszystkich wykonawców opis przedmiotu zamówienia musi być zrozumiały i powinni go rozumieć w taki sam sposób (tak też KIO w wyroku z dnia 20 sierpnia 2009 r. wydanym w sprawie KIO/UZP 1033/09 - LEX nr 513964). Z drugiej strony *Dokładne opisanie przedmiotu zamówienia umożliwia wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ceny oferty, bez narażenia się na ewentualne straty* (tak KIO w wyroku z dnia 17 grudnia 2008 r. wydanym w sprawie KIO/UZP 1406/08 - LEX nr 485642).

Należy przy tym stwierdzić, że niedokładne, nieostre sformułowania siwz mogą prowadzić do sytuacji, w której wykonawca sformułuje swoją ofertę w sposób mniej konkurencyjny i narazi się na przegranie przetargu. Przepis art. 29 ust. 2 pzp stanowi, że *przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.* Nieprecyzyjne sformułowania siwz prowadzące do możliwości przedstawienia przez wykonawcę oferty z zawyżoną ceną w wyniku analizy opisu zamówienia, prowadzą do naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Sąd Okręgowy stwierdza, że opis przedmiotu zamówienia w przedmiotowej sprawie został

sporządzony z naruszeniem tych zasad. KIO w swoim uzasadnieniu (str. 56 akt sprawy) wyraziła pogląd, że „*postanowienia siwz, jak i wywodzone w oparciu o nie wyliczenia przepracowanych godzin w celu ustalenia ilości osób niezbędnych do realizacji zamówienia, dokonywane przez odwołującego się, zamawiającego oraz przystępującego, wskazują nie tylko na możliwość różnej interpretacji postanowień siwz, ale też na ewentualną możliwość indywidualnego kształtowania liczby osób niezbędnych do prawidłowego wykonania usługi w czasie realizacji zamówienia.*” O ile możliwość indywidualnego kształtowania liczby osób niezbędnych do prawidłowego wykonania usługi jest zjawiskiem pożądanym i sprzyja konkurencji pomiędzy wykonawcami, co może prowadzić do obniżenia ceny, to możliwość różnej interpretacji postanowień siwz świadczy o naruszeniu wymogu jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia. Zdaniem Sądu Okręgowego możliwość różnej interpretacji postanowień siwz spowodowana jest wielokrotnym użyciem określenia „pracownik, pracownik ochrony fizycznej” (np. ust. 3.3; ust. 3.3. pkt 1, 2 i 3; ust. 3.5 pkt 14, 19, 20, 28 i 30; ust.3.7.; ust. 3.8.; ust. 3.13.; ust. 3.15; ust. 3.18.; ust. 3.19.; ust. 3.20. i ust. 10.1 pkt 1. 2.). Z drugiej strony zamawiający używa określenia „osoby zdolne do wykonania zamówienia” (np. ust. 10.1.pkt; ust. 10 1.). Pojęcia te wynikają z przepisów

prawa i nie są to pojęcia tożsame. Przepis art. 2 kodeksu pracy stanowi, że *Pracownikiem jest osoba zatrudniona na podstawie umowy o pracę, powołania, wyboru, mianowania lub spółdzielczej umowy o pracę.* Z kolei z przepisu art. 22 ust. 1 pkt 3 pzp wynika warunek dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Skoro zamawiający używa w siwz pojęć pracownik oraz osoby zdolne do wykonania zamówienia, to takie sformułowanie może prowadzić do wniosku, że do wykonania zamówienia potrzebne są osoby mające status pracownika. Może to także prowadzić wykonawcę do przyjęcia, że istnieje konieczność trzyznanowej organizacji pracy, a tym samym do złożenia oferty, w której cena usługi będzie zawyżona. Sąd Okręgowy stwierdza, że zamawiający może uznać, że jego potrzeby spełni wykonawca, który usługę wykona przy pomocy pracowników, lecz powinno to jednoznacznie wynikać z opisu zamówienia. Jeżeli nie ma potrzeby wykonania usługi jedynie przez osoby będące pracownikami, to taka informacja także powinna wynikać z postanowień siwz. Skoro w przedmiotowej sprawie siwz nie zawierają precyzyjnych sformułowań, to została naruszona zasada konkurencyjności i nie można zawrzeć ważnej umowy.

W tej sytuacji rozpoznawanie innych zarzutów stało się zbędne i Sąd Okręgowy na podstawie przepisów art. 198f ust. 2 pzp w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 uchylił zaskarżony wyrok i umorzył postępowanie o udzielenie zamówienia. O kosztach Sąd orzekł na podstawie przepisu art. 198f ust. 5 pzp i uznał, że zamawiający, który przegrał skargę powinien zwrócić skarżącemu wpis pobrany przez KIO w wysokości 4.444,00 zł, wynagrodzenie pełnomocnika przez KIO w wysokości 3.600,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika przez Sądem O”)kości 1.800,00 zł.

na oryginale
właściwe podpisy

SEKRETARZ SĄDOWY

multa Lorenc