

Sygn. akt KIO/UZP 1925/09

WYROK
z dnia 19 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Członkowie: Anna Packo

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 lutego 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **SOLID SECURITY spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 02 – 676 Warszawa, ul. Postępu 17** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 01 – 161 Warszawa, ul. Obozowa 43** protestu z dnia **10 grudnia 2009 r.**

przy udziale **Agencji Ochrony KOWALCZYK spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, 05 - 300 Mińsk Mazowiecki, ul. Tuwima 1** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża SOLID SECURITY spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 02 – 676 Warszawa, ul. Postępu 17 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **SOLID SECURITY spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością**.
- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10.556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **SOLID SECURITY spółki z ograniczoną odpowiedzialnością**.

Uzasadnienie

Zamawiający - Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Sp. z o. o., ul. Obozowa 43 01-161 Warszawa – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego wybór podmiotu obsługującego usługę kompleksowej ochrony osób i mienia Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m. st. Warszawie Sp. z o. o.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

Pismem z dnia 9 grudnia 2009 roku wykonawca Solid Security Sp. z o. o., ul. Postępu 17, 02-676 Warszawa wniósł protest na czynności zamawiającego podjęte w niniejszym postępowaniu. Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp i wniósł o:

- unieważnienie czynności odrzucenia oferty protestującego,
- ponowne dokonanie czynności oceny ofert i dokonanie czynności wyboru oferty protestującego jako oferty najkorzystniejszej.

Protestujący podniósł, że zamawiający w SIWZ sformułował następujące wymogi dotyczące przedmiotu zamówienia i realizacji umowy: „W ramach świadczenia kompleksowej usługi z zakresu ochrony osób i mienia (...) wykonawca zobowiązany jest do wykonywania przedmiotu zamówienia zgodnie z przepisami ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (Dz. U. z 2005 r. Nr 145, poz. 1221 z późn. zmianami)”. Ponadto w SIWZ znajdował się zapis dotyczący podwykonawstwa w brzmieniu: „Zamawiający dopuszcza możliwość powierzenia części zamówienia podwykonawcy lub podwykonawcom, z zastrzeżeniem że powierzenie to nie może dotyczyć ochrony fizycznej osób i mienia”. Dla wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu zapis taki został zinterpretowany jednoznacznie i w sposób właściwy. Potwierdzeniem tego jest sam fakt zamiaru powierzenia części zamówienia przez wykonawców wykluczonych z postępowania i wykonawców, których oferty zostały odrzucone, podwykonawcom (poza ochroną osób i mienia z zakresu punktów od 1 do 17 części II SIWZ - opis przedmiotu zamówienia). Sama specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera liczne sformułowania potwierdzające możliwość powierzenia podwykonawcom części zamówienia dotyczących m.in. konwojowania wartości pieniężnych.

Po pierwsze, w załączniku nr 2 do Formularza oferty (Oświadczenie potwierdzające dysponowanie potencjałem technicznym niezbędnym do wykonania zamówienia) zamawiający w pkt 2 żądał wskazanie „Formy użytkowania” pojazdów m.in. z przeznaczeniem przewozu wartości pieniężnych, dopuszczając jednocześnie podwykonawstwo jako jedną z trzech form użytkowania (tj. sposobu świadczenia usługi).

Jeżeli więc zamawiający dopuścił takie rozwiązanie, to nie mógł po upływie terminu składania ofert odrzucić oferty wykonawcy, który wskazał właśnie taką formę realizacji usługi konwojowania wartości pieniężnych.

Po drugie zamawiający w „Zawiadomieniu o wyborze oferty”, odrzucając ofertę protestującego, powołuje się na art. 3 pkt 1 ustawy o ochronie osób i mienia, próbując dowodzić, że żadne z usług wymienionych w art. 3 pkt 1 nie mogą zostać powierzone podwykonawcy, gdyż są to usługi ochrony fizycznej osób i mienia, co do których zamawiający zastrzegł zakaz powierzenia podwykonawcom. Protestujący zauważył w tym miejscu, że art. 3 pkt 1 ustawy o ochronie osób i mienia wskazuje 3 formy bezpośredniej ochrony fizycznej:

- a) stałej lub doraźnej,
- b) polegającej na stałym dozorcze sygnałów przesyłanych, gromadzonych i przetwarzanych w elektronicznych urządzeniach i systemach alarmowych,
- c) polegającej na konwojowaniu wartości pieniężnych oraz innych przedmiotów wartościowych lub niebezpiecznych.

Jeżeli zamawiający nie dopuszczał możliwości powierzenia zamówienia podwykonawcom w powyższym zakresie, to nie wiadomo, na jakiej podstawie dopuścił monitorowanie sygnałów alarmowych (usługa wymieniona w art. 3 pkt 1 b ustawy o ochronie osób i mienia) jako część zamówienia, która może być powierzona podwykonawcy - odpowiedź zamawiającego z dnia 08.10.2009 r. Dla wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu zapis taki jest jednoznaczny i równoznaczny z informacją, że zakaz powierzenia części zamówienia podwykonawcom dotyczy wyłącznie usługi wymienionej w art. 3 pkt 1a ustawy o ochronie osób i mienia, natomiast monitorowanie sygnałów alarmowych i konwojowanie wartości pieniężnych może być powierzone podwykonawcom. Należy podkreślić, że odpowiedź zamawiającego udzielona w dniu 08.10.2009 r. była następstwem zapytania jednego z wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ i udzielona została w trybie art. 38 ust. 2 ustawy, tj. bez zmiany SIWZ, warunków udziału w postępowaniu, czy zmiany dotyczącej części zamówienia, którą wykonawcy mogą powierzyć podwykonawcom.

Protestujący podniósł, że zamawiający jest niekonsekwentny w swoim działaniu, bowiem opisując przedmiot zamówienia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części II przedmiotu zamówienia wyraźnie wyodrębnił 17 punktów opisu przedmiotu zamówienia, zaznaczając, iż w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi ochrona mienia obiektów zamawiającego, która ma być realizowana w formie stałej ochrony fizycznej. Zamawiający zatem wyraźnie wyodrębnił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w 17 punktach opisu przedmiotu zamówienia ochronę osób i mienia, która ma być realizowana w formie stałej ochrony fizycznej, jednocześnie wyodrębniając 3 punkty w ramach opisu

przedmiotu zamówienia, w tym także konwojowanie wartości pieniężnych. Tym samym należy zauważyć, iż zamawiający poprzez opis przedmiotu zamówienia wprowadził wykonawców w błąd. Protestujący podkreślił, iż taki opis przedmiotu zamówienia godzi w racjonalność działania zamawiającego. Należy bowiem pamiętać, iż interpretując specyfikację przedmiotu zamówienia wykonawcy zakładają, iż dane postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie jest umiejscowione przypadkowo, ale wynika z racjonalnych działań i założeń. Wobec powyższego wyodrębnienie konwojowania wartości pieniężnych i umieszczenie tej usługi w pkt 20 części II opisu przedmiotu zamówienia wykonawcy interpretowali jako wyłączenie z zakresu ochrony osób i mienia w kontekście stałej ochrony fizycznej, a tym samym jako dopuszczalność podwykonawstwa w zakresie konwojowania wartości pieniężnych.

Protestujący podkreślił, iż powyższe potwierdza zachowanie wykonawców w przedmiotowym postępowaniu. W postępowaniu tym bowiem oferty złożyło 8 podmiotów - wykonawców, którzy są profesjonalistami i działają na rynku dotyczącym kompleksowej ochrony osób i mienia od wielu lat. Natomiast 7 z nich zostało wykluczonych z postępowania z uwagi na dopuszczenie podwykonawstwa w sposób, który zgodnie z ich wiedzą o rynku dotyczącym zarówno zamówień publicznych, jak i ochrony osób i mienia do tej pory był dopuszczalny i interpretowali w taki właśnie sposób. Zachowanie 7 profesjonalnych podmiotów, którzy interpretują wyrażenie „ochrona fizyczna osób i mienia” w ten sam sposób nie może świadczyć zatem o ich mylnym przekonaniu, szczególnie biorąc pod uwagę ich profesjonalizm i ciągłą bytność na rynku zamówień publicznych w obrębie ochrony osób i mienia. Powyższe sugeruje, iż to zamawiający nadinterpretował zakres wyłączenia podwykonawstwa i sformułował specyfikację istotnych warunków zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niejasny dla wykonawców. W przedmiotowym postępowaniu mamy bowiem do czynienia z definicją pojęcia zamawiającego *contra* definicji pojęcia 7 wykonawców.

Ponadto usługa konwojowania wartości pieniężnych jest usługą procentowo mało istotną w stosunku do całości przedmiotu zamówienia. Działanie zamawiającego spowoduje, iż w praktycznie prawie całe zamówienie będzie musiało być zrealizowane siłami wykonawcy, bez udziału podwykonawców. Takie działanie zamawiającego jest niezrozumiałe, jeśli nawet celem zamawiającego jest, aby usługa została wykonywana przed podmiot działający profesjonalnie i by nie doszło do sytuacji, że podwykonawca nie może wykonywać usług, które są przedmiotem zamówienia. Należy podkreślić, iż konwojowanie wartości pieniężnych musi być wykonywane w oparciu o udzieloną koncesję wydaną na podstawie przepisów ustawy o ochronie osób i mienia. Podmiot któremu zlecone zostanie podwykonawstwo w zakresie konwojowania wartości pieniężnych nie może z mocy samego prawa dokonywać konwojowania działając w sprzeczności z ustawą z dnia 22 sierpnia 1997 roku o ochronie osób i mienia.

Poza tym sama usługa konwojowania wartości pieniężnych czy konserwacja systemów SSWiN i CCTV w porównaniu z ochroną fizyczną osób i mienia jest usługą wartościowo i ilościowo nieporównywalną oraz marginalną w przedmiotowym postępowaniu.

Jeżeli zamawiający podtrzymałby interpretację dotyczącą „ochrony fizycznej” przedstawioną w „Zawiadomieniu o wyborze oferty”, nie jest jasne, czy w świetle rozstrzygnięcia protestu wniesionego w przedmiotowym postępowaniu i modyfikacji warunków udziału w postępowaniu (rozstrzygnięcie protestu z dnia 16.10.2009 r.), potencjalny wykonawca, który zrealizował lub realizuje w okresie ostatnich trzech lat tylko i wyłącznie usługę konwojowania wartości pieniężnych na rzecz zamawiającego (o charakterze przemysłowym) i o wartości 2.000.000,00 PLN netto w skali roku spełnia warunki udziału w postępowaniu, czy w związku z wymaganiami i warunkami postawionymi przez zamawiającego oraz w świetle art. 22 ustawy wykonawca taki posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie w realizacji usług wartościowo i rodzajowo porównywalnych z przedmiotem zamówienia czy też nie.

Na koniec protestujący podniósł, że trudno zgodzić się z zachowaniem zamawiającego, który po upływie terminu składania ofert próbuje zdefiniować pojęcie „ochrona fizyczna” rozpoczynając rozważania od potocznego rozumienia tego pojęcia. Otóż potocznie rozumiane i upowszechnione pojęcie słowa „ochrona fizyczna”, zwłaszcza w sytuacjach, gdzie przedmiot zamówienia składa się z kilku form ochrony określonych w art. 3 ustawy o ochronie osób i mienia, to usługa świadczona przez pracowników ochrony fizycznej na stanowiskach/posterunkach przypisanych do konkretnych obiektów. W przedmiotowym postępowaniu usługa ta ma być realizowana na 17 obiektach zamawiającego. Pozostałe części zamówienia to konserwacja systemów SSWiN i CCTV oraz konwojowanie - tak zresztą zostały nazwane przez zamawiającego powyższe części zarówno w opisie przedmiotu zamówienia, jak i formularzu cenowym, tak też potocznie usługi te są nazywane i właśnie w takim sensie zostały zinterpretowane poszczególne części przez wykonawców.

Zamawiający znaczenie słowa „ochrona fizyczna” zdefiniował w sposób niewłaściwy i odmienny od jego znaczenia potocznego i powszechnie przyjętego oraz od interpretacji wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu. Na zamawiającym spoczywa obowiązek precyzyjnego i jednoznacznego opisanie warunków zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wprawdzie potencjalni wykonawcy mają możliwość zwrócić się w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp o jej wyjaśnienie w przypadku, gdy uznają, że jej treść budzi wątpliwości, to jednak w przedmiotowym postępowaniu pytania z zakresu powierzenia części zamówienia dotyczącego m.in. konwojowania wartości pieniężnych nie pojawiły się, gdyż wykonawcy jednoznacznie, na bazie swojego doświadczenia, ogólnej praktyki i powszechności użytych sformułowań, dokonali interpretacji

dotyczącej podwykonawstwa w tym zakresie. Powstałe na tle nieprecyzyjności myśli zamawiającego wątpliwości rozstrzygane powinny być na korzyść wykonawcy.

Wskazując na powyższe protestujący zażądał unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, dokonania czynności oceny ofert i dokonania czynności wyboru oferty protestującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 15 grudnia 2009 roku zamawiający oddalił protest. W uzasadnieniu wskazał, że oddala protest z powodów formalnych. Treść uzasadnienia zawarta w złożonym proteście nie jest związana z zarzutami stawianymi zamawiającemu. Protestujący zarzucił bowiem zamawiającemu nierówne traktowanie wykonawców, odrzucenie oferty, której treść jest zgodna z SIWZ oraz wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą. W uzasadnieniu zaś głównym motywem są w istocie zarzuty wobec SIWZ, a termin na wnoszenie protestów na treść specyfikacji upłynął już dawno. O nierównym traktowaniu wykonawców w uzasadnieniu protestu nie ma ani słowa, podobnie jak o wyborze oferty, która nie jest najkorzystniejszą. Art. 180 ust 8 ustawy Pzp określa, jakie wymagania formalne musi spełniać protest. Z tego przepisu wynika wprost, że protest musi zawierać zwięzłe przytoczenie zarzutów oraz okoliczności faktycznych i prawnych. W złożonym proteście zabrakło przytoczenia okoliczności faktycznych i prawnych potwierdzających stawiane zarzuty.

Zamawiający stwierdził, że pomimo odrzucenia protestu ustosunkował się do merytorycznych zarzutów protestu.

Zamawiający kształtując w SIWZ warunki udziału w postępowaniu, opis przedmiotu zamówienia oraz warunki dopuszczenia podwykonawstwa dążył do uzyskania takiej sytuacji, w której dopuszczony byłby udział podwykonawców jedynie w zakresie elementów wsparcia technicznego całego projektu, zaś pozostałe elementy ochrony fizycznej, z uwagi na specyfikę tych elementów przedmiotu zamówienia musiałyby świadczyć wykonawca osobiście. Stąd zapis w SIWZ mówiący o tym, że „Zamawiający dopuszcza możliwość powierzenia części zamówienia podwykonawcy lub podwykonawcom, z zastrzeżeniem, że powierzenie to nie może dotyczyć ochrony fizycznej osób i mienia”. Zamawiający zawarł monitorowanie systemów alarmowych w opisie przedmiotu zamówienia (Część II SIWZ pkt 18) we fragmencie poświęconym konserwacji instalacji sygnalizacji systemów włamania i napadu. Monitoring nie został wyodrębniony jako oddzielny punkt opisu przedmiotu zamówienia, co świadczy o tym, że z punktu widzenia funkcjonowania u zamawiającego systemu ochrony spółki, monitorowanie jest elementem wsparcia technicznego ochrony fizycznej, nie zaś niezależnym elementem systemu ochrony. W trakcie przetargu wpłynęło do zamawiającego pytanie od jednego z wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu, dotyczące możliwości zlecenia podwykonawstwa w zakresie monitorowania

sygnałów alarmowych. Zamawiający po przeanalizowaniu zapisów SIWZ oraz zapisów ustawy o ochronie osób i mienia postanowił świadomie wyłączyć art. 3 pkt 1b tej ustawy spod zastrzeżenia dotyczącego podwykonawstwa z uwagi na stosowane u zamawiającego rozwiązania organizacyjne dotyczące klasyfikowania monitoringu jako elementu wsparcia technicznego ochrony fizycznej. Takie wyjaśnienie treści SIWZ dało wykonawcom szersze możliwości udziału w postępowaniu, więc nie może stanowić ograniczenia ich praw i nie może stać się ono powodem zarzutów w zakresie ograniczania konkurencji i łamania zasad zachowania uczciwej konkurencji. W części I SIWZ (Instrukcja dla Wykonawców) w pkt. 9 pkt. 2b ppkt C i D zamawiający wymagał, aby wykonawca spełniał warunek dysponowania potencjałem technicznym zapewniającym wykonanie zamówienia w postaci min. 4 pojazdów interwencyjnych oraz minimum 1 pojazdu do przewozu wartości pieniężnych spełniającego wymagania § 7 Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 14 października 1998 r. w sprawie zasad i wymagań, jakim powinna odpowiadać ochrona wartości pieniężnych przechowywanych i transportowanych przez przedsiębiorców i inne jednostki organizacyjne. Oświadczenie potwierdzające spełnienie warunku dysponowania potencjałem technicznym stanowiło załącznik do Formularza ofertowego i odnosiło się wprost do postawionego warunku. Warunek ten dotyczył potencjału technicznego (czyli pojazdów jako takich), nie zaś, jak błędnie wywodzi protestujący, usługi konwojowania. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dn. 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.) stanowi w § 1 ust 2 pkt 3 o dysponowaniu przez wykonawcę potencjałem technicznym, zakłada więc, że wykonawca nie musi posiadać na własność tego potencjału. Dlatego zamawiający, celem zapewnienia przejrzystości i czytelności w/w oświadczenia oraz ułatwienia wykonawcom poprawnego wypełnienia tego dokumentu zaproponował pewne możliwości realizacji dysponowania potencjałem technicznym. Nie jest to jednak tożsame z dopuszczeniem zlecenia podwykonawcom całej usługi konwojowania. Należy rozróżnić pojęcie potencjału technicznego od podwykonawstwa. Wykonawca może dysponować użyczonymi pojazdami, którymi osobiście będzie świadczył usługę. Szczególnie, że konwojowanie zakłada nie tylko dysponowanie odpowiednimi pojazdami, ale również odpowiednio wyszkolonymi i wyposażonymi ludźmi. Następnie protestujący dowodzi, że zamawiający był rzekomo niekonsekwentny w swoich działaniach czym wprowadził wykonawców w błąd. Jest to zarzut chybiony, gdyż zamawiający opisał przedmiot zamówienia zgodnie ze stanem faktycznym oraz stosowanym u zamawiającego sposobem klasyfikowania monitoringu jako elementu wsparcia technicznego ochrony fizycznej (element konserwacji instalacji sygnalizacji systemów włamania i napadu). Jednocześnie był w tym opisie konsekwentny. Wyodrębnionych bowiem zostało 17 punktów, które zawierały opis usługi ochrony

poszczególnych obiektów zamawiającego realizowanej w formie stałej ochrony fizycznej. Ponadto zdefiniowano konwojowanie oraz konserwację SSWiN oraz CCTV. W kolejnym odrębnym punkcie opisano ogólne wymagania dotyczące realizacji umowy. Zgodnie z sugestiami protestującego zamawiający powinien był włączyć konwojowanie do punktów opisujących stałą ochronę fizyczną, co byłoby o tyle, niezrozumiałe, że usługa konwojowania ma zupełnie odmienny charakter niż stała ochrona fizyczna, nie dotyczy obiektów a osób i wartości pieniężnych, a ponadto nie jest świadczona w sposób ciągły a jedynie okresowy. Z argumentów użytych przez protestującego wynika jego oczekiwanie co do tego, by każdy opis przedmiotu zamówienia był sporządzony w taki sam sposób, po to by wykonawcy nie musieli poddawać czytanego tekstu żadnym analizom. Wykonawcy zaś działając jako podmioty profesjonalne powinni mieć świadomość tego, że nie zawsze rozwiązania zastosowane w jednym przetargu sprawdzą się w innym wobec odmiennych warunków zdefiniowanych przez różnych zamawiających. Dalsze dywagacje protestującego na temat wartości usługi konwojowania czy konserwacji systemów SSWiN i CCTV są w ocenie zamawiającego niezrozumiałe. Wartość tych usług w stosunku do wartości całego przedmiotu zamówienia nie ma żadnego znaczenia w świetle wyboru oferty najkorzystniejszej, jakiej dokonał zamawiający. Jednocześnie zamawiający zwraca uwagę na fakt, iż Protestujący w tej części swoich rozważań przyjął za ich podstawę stworzoną przez siebie karykaturę warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia zawodowego wykonawców. Warunek zawarty w SIWZ brzmiał: „(...) Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał: maksimum 4 usługi (umowy na ochronę osób i mienia obiektów o charakterze przemysłowym) o łącznej wartości nie mniejszej niż 2 000 000,00 PLN netto w skali roku, w tym 1 usługę o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 PLN netto zł w skali roku”. Protestujący zaś dywaguje na temat usług „konwojowania wartości pieniężnych.... (o charakterze przemysłowym)”. Zamawiający nie rozumie jak odnieść przemysłowy charakter obiektu do usługi konwojowania.

Pismem z dnia 28 grudnia 2009 roku protestujący wykonawca złożył odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W uzasadnieniu podtrzymał zarzuty, argumenty i wnioski wskazane w proteście.

Izba ustaliła, co następuje:

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający stwierdził, iż dopuszcza możliwość powierzenia części zamówienia podwykonawcy lub podwykonawcom, z zastrzeżeniem, że powierzenie to nie może dotyczyć ochrony fizycznej osób i mienia.

Następnie, pismem z dnia 8 października 2009 roku zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców dopuścił monitorowanie sygnałów

alarmowych (usługa wymieniona w art. 3 pkt 1 b ustawy o ochronie osób i mienia) jako część zamówienia, która może być powierzona podwykonawcy.

Odwołujący się w złożonej przez siebie ofercie zawarł informację, iż usługę konwojowania wartości pieniężnych zamierza powierzyć podwykonawcy. Z tego względu oferta odwołującego się została odrzucona przez zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego się, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron i przystępującego złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odrzucenie oferty odwołującego się uniemożliwia mu bowiem uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Aktem prawnym o znaczeniu podstawowym dla niniejszego postępowania jest ustawa z dnia 22 sierpnia 1997 roku o ochronie osób i mienia (Dz. U. z 2005 roku Nr 145, poz. 1221 ze zmianami). Wynika to zarówno ze specyfiki zamawianej usługi, jaki i z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdzie zawarte zostało następujące postanowienie „W ramach świadczenia kompleksowej usługi z zakresu ochrony osób i mienia (...) wykonawca zobowiązany jest do wykonywania przedmiotu zamówienia zgodnie z przepisami ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia.”

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawarł zapis dotyczący podwykonawstwa w brzmieniu: „Zamawiający dopuszcza możliwość powierzenia części zamówienia podwykonawcy lub podwykonawcom, z zastrzeżeniem że powierzenie to nie może dotyczyć ochrony fizycznej osób i mienia.

Ustawa o ochronie osób i mienia w art. 3 pkt 1 wskazuje 3 formy bezpośredniej ochrony fizycznej:

- a) stałej lub doraźnej,
- b) polegającej na stałym dozorcze sygnałów przesyłanych, gromadzonych i przetwarzanych w elektronicznych urządzeniach i systemach alarmowych,
- c) polegającej na konwojowaniu wartości pieniężnych oraz innych przedmiotów wartościowych lub niebezpiecznych.

Wskazując na cytowany powyżej przepis zasadnym jest stwierdzenie, iż zakaz powierzania wykonania zadania dotyczy form bezpośredniej ochrony fizycznej w nim

wskazanych. Wniosek taki wypływa z faktu, iż skoro ustawa o ochronie osób i mienia jest aktem prawnym mającym zasadnicze znaczenie przy realizacji usługi objętej przedmiotem zamówienia podmioty biorące udział w postępowaniu (zamawiający i wykonawcy) winni posługiwać się definicjami i pojęciami wynikającymi z tejże ustawy. W ocenie Izby niedopuszczalne jest, by w niniejszym postępowaniu w najbardziej zasadniczych sprawach dotyczących przedmiotu zamówienia, posługiwano się potocznymi pojęciami w sytuacji, gdy wskazana wyżej ustawa zawiera ich szczegółową charakterystykę.

Argumentacja odwołującego się wydaje się o tyle niezrozumiała, iż zarówno on jak i pozostali wykonawcy, którzy tak samo zrozumieli postanowienie dotyczące zakazu powierzania wykonania zamówienia podwykonawcom, są profesjonalistami w dziedzinie, w której prowadzą działalność. Wydaje się, iż powinni oni znać podstawowe akty prawne regulujące zasady prowadzenia tego rodzaju działalności i mieć świadomość, iż akty te i zawarte w nich definicje występując w obrocie powinny mieć prymat nad pojęciami funkcjonującymi w języku potocznym.

Wobec powyższego bez znaczenia pozostaje fakt, w jakim miejscu opisu przedmiotu zamówienia znalazły się usługi wskazane w art. 3 ust. 1 ustawy o ochronie osób imienia.

Wskazując na powyższe stwierdzić należy, iż zamawiający wyłączając zakaz zatrudniania podwykonawców w zakresie wskazanym w art. 3 ust. 1 lit. b ustawy o ochronie osób i mienia, dokonał modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba nie badała prawidłowości tej czynności, gdyż czynność ta nie była zaskarżona przez żadnego z wykonawców. Jednakże brak jest podstaw do stwierdzenia, iż skoro zamawiający dopuścił możliwość zatrudnienia podwykonawców w przypadku monitoringu, możliwość ta istnieje również w przypadku konwojowania środków pieniężnych. Stanowisko takie nie znajduje uzasadnienia ani w postanowieniach siwz, ani w udzielanych przez zamawiającego odpowiedziach na pytania wykonawców, ani też we wskazanej ustawie o ochronie osób i mienia.

W szczególności argumentacji odwołującego się nie uzasadnia formularz stanowiący załącznik nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdzie zamawiający wśród przykładowych form dysponowania sprzętem technicznym (samochodami) zawarł również „podwykonawstwo”. W ocenie Izby pierwszorzędne znaczenie ma tutaj postanowienie specyfikacji, w którym w sposób jasny i zrozumiały wskazano, w jakich przypadkach udział podwykonawców jest zakazany.

Zgodnie z art. 36 ust. 5 ustawy Pzp zamawiający może zastrzec w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom. Zastrzeżenie takie musi wynikać ze specyfiki przedmiotu zamówienia. O ile w ocenie wykonawcy zastrzeżenie takie w niniejszym przypadku było niezasadne,

uprawniony był do wniesienia środków ochrony prawnej na tę czynność. Żaden z wykonawców nie zaskarżył wskazanej czynności.

Izba zgadza się, iż w przypadku, gdy specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest nieprecyzyjna i stwarza możliwości różnorodnej interpretacji, wykonawcy nie powinni ponosić negatywnych tego konsekwencji i wszelkie wątpliwości należy rozstrzygać na ich korzyść. Jednakże sytuacja taka nie miała miejsca w niniejszym postępowaniu. Należy dobitnie podkreślić, iż postanowienia specyfikacji należało w tym wypadku interpretować w oparciu o przepisy ustawy o ochronie osób i mienia. Argumentacja odwołującego się oparta o potoczne rozumienie pojęć, które ustawodawca zdefiniował we wskazanym akcie prawnym, ostać się nie może.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania oraz zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a, ust. 2, ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....