

Sygn. akt: KIO 388/17

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 14 marca 2017 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 14 marca 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2017r. przez **wykonawcę DGP Security Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Jesionowa 9A** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Muzeum Śląskie w Katowicach, ul. T. Dobrowolskiego 1**

**postanawia:**

- 1. umorzyć postępowanie,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawcy DGP Security Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Jesionowa 9A kwoty 13 500 zł. 00 gr. (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy)** stanowiącą 90% uiszczzonego 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, 1250, 1265, 1579) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach.**

**Przewodniczący: .....**

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na kwalifikowaną ochronę fizyczną osób i mienia Muzeum Śląskiego w Katowicach i konwojowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 lutego 2017r. za numerem 2017/S 034-061954.

W dniu 27 lutego 2017r. DGP Security Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Jesionowa 9A – dalej odwołujący. Zgłoszenie zostało podpisane bezpiecznym podpisem elektronicznym przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 20 lutego 2017r. podpisanego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 27 lutego 2017r.

Odwołujący wniósł odwołanie od:

- 1, czynności opisu warunku zdolności zawodowej (wymaganego doświadczenia) w sposób nadmierny, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, przekraczający minimalny dopuszczalny poziom weryfikacji zdolności wykonawcy a przez to naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyraźnie preferując dotychczasowego wykonawcę kosztem pozostałych - zarzut I,
2. w przypadku nie uwzględnienia zarzutu I, od czynności opisanego przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję poprzez zaniechanie podzielenia zamówienia na dwie części a przez to utrudnianie dostępu do zamówienia wykonawcom z sektora małych i średnich przedsiębiorstw w tym Odwołującemu przy braku uzasadnienia dla utrzymania jednolitego zamówienia- zarzut II,.
3. czynności opisu warunku zdolności technicznej i zawodowej w zakresie zasobów osobowych w sposób nadmierny, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, przekraczający dopuszczalny minimalny poziom zdolności poprzez wymaganie a) aby osoby będące kwalifikowanymi pracownikami ochrony fizycznej, posiadające legitymację kwalifikowanego pracownika ochrony posiadały jednocześnie doświadczenie w obiektach użyteczności publicznej oraz b) aby część osób (6) była jednocześnie strażakami będącymi kwalifikowanymi pracownikami ochrony fizycznej i posiadającymi legitymację kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej oraz uprawnienia funkcjonariusza Państwowej Straży Pożarnej lub uprawnienia funkcjonariusza Ochotniczej Straży Pożarnej co stanowi nieuprawnione preferowanie dotychczasowego wykonawcy, który posiada osoby z takimi kwalifikacjami i doświadczeniem kosztem innych wykonawców, w tym Odwołującego - zarzut III.

Zaskarżonym czynnościom zamawiającego zarzucił naruszenie:

1. art. 138k ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (- dalej ustawy) w zw. z art. 22 ust. 1a ustawy w zw z art. 22d ust. 1 ustawy przez dokonanie opisu warunku zdolności zawodowej (wymaganego doświadczenia) w sposób nadmierny, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, przekraczający minimalny poziom zdolności a przez to naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyraźnie preferując dotychczasowego wykonawcę kosztem pozostałych, w tym Odwołującego,

2. art. 138k ustawy w zw z art. 138 m ustawy w zw. 29 ust. 2 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję przez zaniechanie podzielenia zamówienia na dwie części a przez to utrudnianie dostępu do zamówienia wykonawcom z sektora małych i średnich przedsiębiorstw w tym odwołującemu przy braku uzasadnienia dla utrzymania jednolitego zamówienia,

3. art. 138k ustawy w zw. z art. 22 ust. 1a ustawy w zw z art. 22d ust. 1 ustawy przez dokonanie opisu warunku zdolności technicznej i zawodowej w zakresie zasobów osobowych w sposób nadmierny, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, przekraczający dopuszczalny minimalny poziom zdolności przez wymaganie a) aby osoby będące kwalifikowanymi pracownikami ochrony fizycznej, posiadający legitymację kwalifikowanego pracownika ochrony posiadały jednocześnie doświadczenie w obiektach użyteczności publicznej oraz b) aby część osób (6) była jednocześnie strażakami będącymi kwalifikowanymi pracownikami ochrony fizycznej i posiadającymi legitymację kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej oraz uprawnienia funkcjonariusza Państwowej Straży Pożarnej lub uprawnienia funkcjonariusza Ochotniczej Straży Pożarnej co stanowi nieuprawnione preferowanie dotychczasowego wykonawcy, który posiada osoby z takimi kwalifikacjami i doświadczeniem, kosztem innych wykonawców, tym odwołującego.

Wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. dokonanie zmiany opisu warunku zdolności zawodowej (wymaganego doświadczenia) przez wykreślenie wymogu wykonania usługi referencyjnej w obiekcie użyteczności publicznej, pozostawiając jej pozostałe parametry,

ewentualnie:

2. dokonanie zmiany opisu warunku zdolności zawodowej (wymaganego doświadczenia) przez wprowadzenie wymogu wykazania się dwoma usługami kwalifikowanej ochrony osób i mienia, w tym jednej o dotychczasowych parametrach z pominięciem wymogu jej świadczenia w obiekcie użyteczności publicznej oraz drugiej polegającej na świadczeniu usług kwalifikowanej ochrony w obiekcie użyteczności publicznej w wymiarze przynajmniej 7 osób na zmianie.

W przypadku nie uwzględnienia zarzutu pierwszego dokonanie podziału zamówienia na dwie części i opisanie warunków udziału w sposób proporcjonalny do przedmiotu każdej z części

### III

- 1) poprzestanie na wymaganiu wykazania się wymaganą ilością osób będących kwalifikowanymi pracownikami ochrony fizycznej posiadającymi legitymację kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej bez wymogu posiadania doświadczenia w obiektach użyteczności publicznej,
- 2) poprzestanie na wymogu wykazania się osobno osobami będącymi kwalifikowanymi pracownikami ochrony fizycznej posiadającymi legitymację kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej i osobno 6 strażakami posiadającymi wskazane w opisie warunku uprawnieniami.

### IV

Unieważnienie przedmiotowego postępowania, jeżeli rozpoznanie odwołania nie nastąpi przed upływem terminu składania ofert.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania bowiem prowadzi działalność gospodarczą w zakresie usług będących przedmiotem ww. postępowania i jest zainteresowany udziałem w postępowaniu oraz jego pozyskaniem.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, „na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, brak jest możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca może ponieść, wystarczające jest zatem wskazanie na naruszenie przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudnienia dostępu do zamówienia (...)” - wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2012 r., sygn. akt. KIO 1691/12; KIO 1704/12). Niemniej jednak odwołujący wskazał, iż w wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych wyżej przepisów jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, gdyż takie rygorystyczne i nadmierne określenie kwestionowanych warunków, niezasadnie uniemożliwia mu udział w postępowaniu.

Zarzut opisanego warunku zdolności zawodowej (wymaganego doświadczenia) w sposób nadmierny, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, przekraczający minimalny dopuszczalny poziom weryfikacji zdolności wykonawców dający rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia a przez to naruszający zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców, wyraźnie preferując dotychczasowego wykonawcę kosztem pozostałych:

Zamawiający dokonał następującego opisu warunku kwestionowanego warunku:

„ wykonał lub wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedną usługę kwalifikowanej ochrony fizycznej osób i mienia w obiektach użyteczności publicznej o zakresie obejmującym ochronę zarówno na zewnątrz jak i wewnątrz chronionych obiektów przez co najmniej 25 pracowników na jednej zmianie i o wartości co najmniej 1 000 000,00 PLN(brutto)”

Odwołujący wskazał, iż opisując warunki udziału w postępowaniu zamawiający ma obowiązek kierować się dyrektywami zawartymi w art. 22 ust. 1 a ustawy, art. 22d ust, 1 ustawy, z których wynika, iż:

zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące (...) doświadczenia wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Ponadto stosownie do art. 138k. zamawiający określa sposób przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na usługi społeczne z uwzględnieniem zasad równego traktowania i konkurencji, przejrzystości, proporcjonalności.

Co ważne, nowe brzmienia przywołanych przepisów uzasadnia twierdzenie, iż do ich interpretacji w dalszym ciągu adekwatne są dotychczas wypracowane w orzecznictwie TSUE jak i sądów krajowych wytyczne dotyczące opisu warunków udziału w kontekście proporcjonalności, z których wynika, iż celem opisu jest określenie pewnego poziomu, który obiektywnie zapewnia należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, a więc wyłonienie wykonawcy dającego taką rękomię, dbając jednocześnie o to aby niezasadnie zawyżony wymagany poziom nie doprowadził do pozbawienia możliwości ubiegania się o zamówienie podmiotów zdolnych do jego wykonania a tym samym dającym rękomię jego należytej realizacji, i tak tytułem przykładu wskazał na wyrok z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, LEX nr 84270 kontrolę Prezesa UZP znak UZP/DKUE/KN/7/12, wyrok z dnia 17 marca 2015 r., sygn. akt. KIO 412/15, W dorobku prawa wspólnotowego i orzeczeń TSUE, przymiotnik „proporcjonalny” używany jest w znaczeniu „zachowujący właściwą proporcję”. Warunek proporcjonalny więc to tyle co warunek nienadmierny. Podobnie wyrok Izby sygn. akt KIO 786/16.

Według odwołującego w obecnym stanie prawnym na mocy przywołanych przepisów zostało doprecyzowane, że weryfikacja dokonywana w ramach warunków brzegowych ma się odbywać na minimalnym poziomie zdolności stąd należy przyjąć, iż tym bardziej poziom ten nie może być utożsamiany z parametrami obecnie zlecanej usługi, tj. tożsamy z przedmiotem obecnego zamówienia bowiem przede wszystkim trzeba mieć na uwadze, że celem weryfikacji podmiotowej nie jest wyeliminowanie wszelkich ryzyka związanych z realizacją a jedynie nie dopuszczenie do ubiegania się o udzielenie zamówienia podmiotom, które nie posiadają niezbędnego doświadczenia. Odwołujący powołał także wyrok KIO z 14 lipca 2005 r. sygn. akt KIO 1393/15, jak również wyrok w sprawie sygn. akt KIO 119/12, wyrok w sprawie sygn.

akt KIO 148/12), wyrok KIO z 28 maja 2009 r KIO/UZP 641/09, KIO/UZP 646/09, LEX nr 508626, uchwały z dnia 12 sierpnia 2011 r (KIO/KU 63/11, Lex nr 969605).

Ponadto oczywistym jest, że jeśli w ramach prowadzonego postępowania mają zostać zapewnione zasady równego traktowania i realnej konkurencyjności zamawiający przed przystąpieniem do ustalenia niezbędnego poziomu doświadczenia, jakim powinni legitymować się wykonawcy ubiegający się o zamówienie powinien dokonać analizy rynku usług, które zamierza zlecić w celu ustalenia na jakim poziomie konkurencyjność w danej branży występuje i skonfrontować poczynione ustalenie z elementami zleczanych usług, które wymagają dla ich należytego wykonania dysponowania stosownym doświadczeniem zarówno w zakresie ich rodzaju jak i poziomu odstępując od weryfikacji doświadczenia w realizacji tych elementów, które może wykonać bez problemu wykonawca funkcjonujący w danej branży tak aby ustanowione warunki nie miały w istocie jedynie pozornego charakteru, doprowadzając w rzeczywistości do pozbawienia możliwości ubiegania się o zamówienie wykonawców obiektywnie zdolnych do jego realizacji, jak bowiem wskazał Sąd Okręgowy we Wrocławiu, w wyroku z dnia 27 maja 2010 r. sygn. akt. X Ga 123/10 - „przy określaniu warunków udziału w postępowaniu, zamawiający winien mieć na uwadze również cechy rynku, na którym będzie udzielać zamówienia”, Precyzyjnej analizy proporcjonalność na minimalnym poziomie ustanowionego warunku zamawiający powinien w szczególności dokonać jeśli zamierza zlecić usługę o niestandardowym na danym rynku zakresie, co ma miejsce w okolicznościach przedmiotowego postępowania.

W ocenie odwołującego, zamawiający naruszył ustalone i przywołane powyżej zasady zamierzając weryfikować doświadczenie wykonawców w zakresie znacznie przewyższającym nie tylko poziom minimalny ale przede wszystkim niezbędny do zweryfikowania zdolności wykonawców do należytego wykonania przedmiotu ww. zamówienia, dokonując takiego zestawienia parametrów weryfikowanego doświadczenia, które wskazuje na lekceważenie sytuacji na rynku przedmiotowych usług a tym samym obowiązku zachowania konkurencyjności, gdyż:

1. bowiem zamawiający zamierza zlecić wybranemu wykonawcy: usługi ochrony osób i mienia w obiekcie użyteczności publicznej i w takim zakresie dokonał opisu warunku zdolności zawodowych (doświadczenia),
2. wymaga wykazania się doświadczeniem w wykonaniu usługi ochrony na poziomie nawet przewyższającym zakres usług obecnie zleczanych bowiem usługa referencyjna ma obejmować świadczenie ochrony przez 25 osób na zmianie, a usługa zleczana taki zakres obejmuje jedynie na zmianie dziennej z zastrzeżeniem poniedziałku,
3. ignoruje, iż na rynku usług ochrony osób i mienia świadczonych w obiektach użyteczności publicznej usługi o zakresie 25 osób na zmianie bez wątpienia nie tylko nie stanowią usług standardowych ale wręcz stanowią drobny odsetek, są to pojedyncze usługi w

skali całego kraju zatem i możliwość nabycia takiego doświadczenia jest istotnie ograniczona, dodatkowo są one wyraźnie zdominowane przez wykonawcę obecnie świadczącego usługi ochrony na rzecz zamawiającego.

zatem odwołujący zarzucił, iż zestawienie parametru obsady 25 osób na zmianie z parametrem ich świadczenia w obiekcie użyteczności publicznej w ramach referencyjnej usługi spowodowało, iż poziom referencyjnej usługi został zrównany z usługami niezwykle rzadko zlecanymi, będącymi jednocześnie górnym pułapem tego typu usług co w oczywisty sposób nie może być traktowane jako weryfikacja minimalnego poziomu zdolności.

Odwołujący wskazał, iż w celu rzeczywistego dopuszczenia konkurencji w ramach przedmiotowego postępowania bez uszczerbku dla weryfikacji merytorycznych aspektów niezbędnego doświadczenia konieczne jest albo wykreślenie z dotychczasowego opisu warunku wymogu wykazania się doświadczeniem w obiektach użyteczności publicznej przy pozostawieniu pozostałych parametrów referencyjnej usługi albo wymaganie wykazanie się dwoma usługami kwalifikowanej ochrony osób i mienia, w tym jednej o dotychczasowych parametrach z pominięciem wymogu jej świadczenia w obiekcie użyteczności publicznej oraz drugiej polegającej na świadczeniu usług ochrony w obiekcie użyteczności publicznej w wymiarze przynajmniej 7 osób na zmianie.

Formułując zarzut nadmierności, nieproporcjonalności obecnego opisu warunku doświadczenia odwołujący opierając się na posiadanym wieloletnim doświadczeniu w zakresie wykonywania usług ochrony w różnym zakresie w bardzo szerokim spektrum obiektów na terenie całego kraju, w tym obiektów użyteczności publicznej po przeanalizowaniu rynku usług ochrony zleczanych w obiektach użyteczności publicznej, postanowień opisu przedmiotu w/w zamówienia uważa, dla należytego wykonania zleczanych usług wystarczającym byłoby zweryfikowanie doświadczenia kandydatów w zakresie usług ochrony osób i mienia zorganizowanej przez świadczenie usługi z udziałem 25 osób na zmianie bez wskazywania, iż mają być one świadczone w obiekcie użyteczności publicznej, gdyż już sam fakt takiego rozmiaru usługi szereguje taką usługę w górnym przedziale zleczanych usług ochrony, i bez wątplenia, w ocenie odwołującego, potwierdza, iż wykonawca, który wykonał ją należycie daje rękojmię należytej realizacji usług będących przedmiotem w/w zamówienia.

Z opisu kwestionowanego warunku wynika, iż zamawiający uznał, że zdolny do wykonania przedmiotu w/w zamówienie będzie jedynie wykonawca, który wykonał w okresie referencyjnym usługę ochrony osób i mienia świadczoną przez 25 osób na zmianie o wartości 1.000.000 zł brutto w bliżej nieokreślonym obiekcie użyteczności publicznej, skoro zamawiający nie określił rodzaju/ów preferowanych budynków użyteczności, a więc charakteru działalności prowadzonej w chronionym obiekcie należy przyjąć, iż w rzeczywistości jedynym obiektywnym, a przy tym takim samym dla wszystkich wykonawców miernikiem doświadczenia wykonawcy będzie posiadanie wiedzy i doświadczenia w zakresie

zorganizowania, koordynowania i nadzoru nad usług ochrony przez wskazaną ilość osób bowiem pozostawiona wykonawcom dowolność we wskazaniu obiektu użyteczności może według odwołującego oznaczać, że wykazywane doświadczenie charakterystycznego dla danego obiektu po pierwsze może być zupełnie nieporównywalne zatem nie oznacza jednakowego dla wszystkich wykonawców poziomu doświadczenia a co ważniejsze może okazać się nieprzydatne dla oceny zdolności do wykonania tego przedmiotu zamówienia, w konsekwencji wykonawca który świadczył usługę ochrony w jakimkolwiek obiekcie w konsekwencji nie będzie mniej właściwy od wykonawcy, który będzie się legitymował usługą w zakresie referencyjnego rodzaju obiektu. Wskazując na brak przydatności w kontekście badanej zdolności doświadczenia w zakresie ochrony w jakimkolwiek obiekcie użyteczności publicznej odwołujący podniósł, iż zgodnie z przepisem par. 3 pkt. 5 rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych jakimi powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie z dnia 17.07.15 r. (t.j. Dz.U. 2015 poz. 1422) do budynków użyteczności publicznej - zalicza się również budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, szkolnictwa wyższego, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, zatem budynki o bardzo odległej specyfice prowadzonej w nich działalności co oznacza, iż doświadczenie takie pomimo istotnego ograniczenia konkurencji nie będzie oznaczało wyboru wykonawcy bardziej odpowiedniego do realizacji od tego, który usług w takim obiekcie nie świadczył.

Ponadto odwołujący uważa, że opis przedmiotu zamówienia nie zawiera on czynności, których nie byłby w stanie wykonać podmiot, który w swojej dotychczasowej praktyce zawodowej w ogóle nie świadczył usług ochrony w obiektach użyteczności publicznej bądź tak jak odwołujący świadczył ale w obiektach o mniejszej obsadzie zmianowej, za takim wnioskiem przemawiałby również fakt, iż zamawiający nie sprecyzował ani w warunku, ani co ważniejsze w ustanowionym kryterium pozacenowym szczególnie pożądanym elementów ochrony obiektów użyteczności, które byłyby szczególnie ważne/cenne/przydatne/determinujące dla należytego świadczenia zlecanych usług.

Odwołujący nie kwestionuje prawa zamawiającego do nabycia usług o oczekiwanej jakości i standardzie a tym samym dokonania weryfikacji (za pomocą warunków udziału w postępowaniu) doświadczenia wykonawców w zakresie pozwalającym na wyeliminowanie wykonawców, których doświadczenie nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia wskazuje jedynie za pomocą argumentów wskazanych w niniejszym odwołaniu, iż planowany zakres weryfikacji znacznie przekracza cel opisu warunku jednocześnie z góry eliminując, bez obiektywnego uzasadnienia, wielu wykonawców, w tym odwołującego, świadczących w zakresie prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej usługi objęte przedmiotem ww.



zamówienia, a więc obiektywnie zdolnych do jego wykonania jacy będą mogli ubiegać się o przedmiotowe zamówienie.

Praktyka zawężania oceny doświadczenia wykonawców do usług świadczonych w obiektach użyteczności publicznej została negatywnie oceniona w ugruntowanym już orzecznictwie Izby, i tak tytułem przykładu: w sprawie kontroli UZP/DKUE/KN/47/11.

Jeżeli zamawiający uważa, pomimo braku wyraźnych postanowień w tym zakresie w treści udostępnionych dokumentów, że są jakieś konkretne elementy ochrony obiektów użyteczności publicznej, które warto by szczególnie premiować w doświadczeniu wykonawcy to nie powinien tego czynić w ramach warunków brzegowych (udziału w postępowaniu) warunkujących możliwość ubiegania się o zamówienie, ale ewentualnie w zakresie pozacenowego kryterium, którego celem jest premiowanie tych parametrów oferowanego świadczenia, które nie tyle warunkują w ogóle zdolność do należytego wykonania ale powodują merytoryczną przewagę wykonawcy posiadającego doświadczenie w określonych obiektach nad tymi, którzy takiego doświadczenia nie posiadają.

Niemniej jednak z ostrożności odwołujący wskazał, iż jeżeli są jakiegokolwiek cechy wykonywania usług ochrony w obiektach użyteczności publicznej, które obiektywnie czynią wykonawców posiadających takie doświadczenie bardziej zdolnymi do realizacji przedmiotu w/w zamówienia zasadnym wydaje się w świetle wytycznych w/w przepisów dokonanie zmiany obecnego opisu warunku doświadczenia przez wymaganie dwóch usług o parametrach wskazanych w żądania niniejszego odwołania. Co dla odwołującego ważne referencyjna usługa w obiekcie użyteczności publicznej nie może jednak obejmować obowiązku jej wykonywania przy obsadzie 25 osób na zmianie nie tylko z powodu ograniczonej konkurencyjności na rynku tego typu usług, ale przede wszystkim dlatego, iż taki poziom jest nadmierny wobec zakresu zlecanej usługi bowiem zgodnie z postanowieniami opisu przedmiotu w/w zamówienia obsada taka będzie obowiązywała jedynie w dzień, z zastrzeżeniem poniedziałku natomiast w porze nocnej usługa będzie świadczona przez 11 pracowników co oznacza, że w istocie jedynie 50 % usługi będzie wykonywane obsadą, która obecnie zamawiający uczynił niezbędnym minimum do weryfikacji zdolności.

W ocenie odwołującego nieproporcjonalność kwestionowanego warunku dostrzega sam zamawiający bowiem w rozdziale IV, pkt. 3 lit. a siwz, wskazał, iż „Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy”, co oznacza, że pomimo ustanowienia tak restrykcyjnego warunku udziału w postępowaniu w rzeczywistości usługi będące przedmiotem zamówienia mogą być w zależności od swobodnej decyzji wykonawcy, wykonywane przez podmiot posiadający znacznie mniejsze doświadczenie albo nawet zupełnie go pozbawiony. Odwołujący wskazał, iż jeżeli zamawiający uważa, że należycie przedmiot zamówienia może wykonać jedynie podmiot posiadający opisane doświadczenie to celowym zarówno z punktu widzenia oczekiwanej jakości przyszłych usług jak i zachowania konkurencyjności wydaje się

aby zamawiający korzystając z uprawnienia przewidzianego w art. 36a ust. 2 pkt. 1 ustawy zastrzegł do osobistego wykonania przez wykonawcę wykonanie kluczowych części przedmiotu zamówienia.

Podkreślił, że dopuszczenie podwykonawstwa w żadnym wypadku nie może być potraktowane jako złagodzenie skutków tak rygorystycznego, dyskryminującego warunku z uwagi na niewielką ilość podmiotów dysponujących wymaganym doświadczeniem, które bez wątpienia nie będą zainteresowane ani jego udostępnieniem niezbędnego doświadczenia ani wspólnym ubieganiem się o przedmiotowe zamówienie i to zarówno z powodu chęci ograniczenia sobie konkurentów w ramach przedmiotowego postępowania jak i w ramach podobnych postępowań, jakie zostaną ogłoszone w przyszłości.

Odwołujący wskazał, iż wynik poprzedniego postępowania na usługi ochrony przeprowadzone przez zamawiającego w 2015 r (znak postępowania: MŚ - ZP - EG -333-55/15), którym została złożona tylko jedna oferta powinien skłonić zamawiającego do zweryfikowania konkurencyjności rynku przedmiotowych usług i podjęcie działań w celu obniżenia poziomu weryfikacji podmiotowej. Podkreślił, że obecna zmiana warunku doświadczenia przez zmniejszenie jedynie wartości referencyjnej usługi do kwoty 1.000.000, 00zł jest działaniem jedynie pozornie zwiększającym konkurencję bowiem ograniczenie dostępu do przedmiotowego zamówienia (przejawiające się złożeniem w poprzednim postępowaniu jednej oferty) nie wynika z kwoty referencyjnej usługi ale wymogu aby była to usługa świadczona w obiekcie użyteczności publicznej w obsadzie 25 osób na zmianie.

Naruszenie w/w. zasad implikuje konsekwencje w postaci bezpodstawnego pozbawienia możliwości ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia wszystkich tych wykonawców, w tym odwołującego, którzy w dotychczasowej działalności, w tym również w okresie referencyjnym wykonywali usługi ochrony w różnego typu obiektach w tym np. podlegających obowiązkowej ochronie, o strategicznym znaczeniu dla obronności kraju jak np. Jednostki Wojskowe, obwarowane szeregiem kazuistycznych obowiązków zatem posiadają doświadczenie w świadczeniu usług ochrony organizowanych w największej występującej na rynku usług obsadzi osobowej, z użycie broni a więc w zakresie bez wątpienia pozywającym na przyjęcie, że byliby w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie jednak nie będących obiektami użyteczności publicznej co musi prowadzić do wniosku, iż w kwestionowany warunek jest oczywiście nadmierny. Ustanowiony warunek pozbawia możliwości ubiegania się o zamówienie tym doświadczonym podmiotom, m.in. odwołującemu pomimo, iż obok tak specjalistycznych usług ochrony posiadają również doświadczenie w usługach ochrony obiektów użyteczności publicznej jednak na poziomie zwykle zlecanym w tego typu instytucjach. Odwołujący podniósł, iż jak wielokrotnie wskazywała Izba celem opisu warunków udziału w postępowaniu jest określenie niezbędnego do wykonania przedmiotu danego zamówienia poziomu wiedzy i doświadczenia nie można natomiast w żadnym wypadku

warunków utożsamiać z represyjno - dyscyplinującą funkcją kar umownych i zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia, a zatem nie można określać wymaganego doświadczenia na takim poziomie aby wyeliminować wszelkie ryzyka związane z realizacją zamówienia, taki sposób opisu warunków należy poczytywać jako nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny, np. KIO z dnia 31 marca 2015 r. KIO 540/15.

Zarzut opisanego przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję poprzez zaniechanie podzielenia zamówienia na dwie części a przez to utrudnianie dostępu do zamówienia wykonawcom z sektora małych i średnich przedsiębiorstw w tym odwołującemu. Odwołujący wskazał, iż formułuje go z ostrożności, na wypadek nie uwzględnienia zarzutu pierwszego.

Zgodnie z treścią art. 138m ustawy w zw z art. 29 ust. 2 ustawy w zakresie postępowań prowadzonych w celu udzielenia zamówienia na tzw. usługi społeczne ustawodawca utrzymał obowiązek opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który nie będzie utrudniał uczciwej konkurencji.

Z opisu przedmiotu w/w zamówienia wynika, iż czynności składające się na zakres zleczanych usług mogą zostać podzielone na przykładowo dwie części bez uszczerbku dla ich jakości zatem według odwołującego nie ma obiektywnego uzasadnienia dla utrzymania jednolitego zamówienia skoro w takim kształcie o jego udzielenie mogą się ubiegać jedynie ci wykonawcy, którym uprzednio udało się pozyskać niezwykle rzadko udzielane zamówienia w zakresie opisanym w ustanowionym warunku doświadczenia. Zatem podzielenie zamówienia na części zapobiegnie dyskryminowaniu małych i średnich przedsiębiorstw, w tym odwołującego, którzy są w stanie wykonać przedmiot zamówienia a jedynie nie są w stanie wykazać się doświadczeniem na poziomie znacznie przewyższającym poziom niezbędny do zweryfikowania kompetencji do wykonania całego (obecnego) przedmiotu zamówienia. Co ważne, zgodnie z aktualnym orzecznictwem KIO, podział przedmiotu zamówienia na części w celu zwiększenia konkurencyjności jest obowiązkiem zamawiającego a nie jedynie uprawnieniem np. KIO 2124/16

Również w literaturze wskazuje się, że celowe łączenie w zamówieniu kilku dóbr, które można pozyskać oddzielnie, jeżeli w konsekwencji całość zamówienia jest poddana mniejszej konkurencji, jest działaniem utrudniającym uczciwą konkurencję. (M. Stachowiak, komentarz do art. 29 ustawy (w: ) W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych, komentarz, WKP 2012. Wskazał na wyrok KIO 1519/15 z dnia 31 lipca 2015 r

Zarzut opisanego warunku zdolności technicznej i zawodowej w zakresie zasobów osobowych w sposób nadmierny, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, przekraczający uprawnienie do weryfikowania zdolności wykonawcy jedynie na minimalnym poziomie

zdolności poprzez wymaganie a) aby osoby będące kwalifikowanymi pracownikami ochrony fizycznej, posiadające legitymację kwalifikowanego pracownika ochrony posiadały jednocześnie doświadczenie w obiektach użyteczności publicznej oraz b) aby część osób (6) była jednocześnie strażakami będącymi kwalifikowanymi pracownikami ochrony fizycznej i posiadającymi legitymację kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej oraz uprawnienia funkcjonariusza Państwowej Straży Pożarnej lub uprawnienia funkcjonariusza Ochotniczej Straży Pożarnej co stanowi nieuprawnione preferowanie dotychczasowego wykonawcy, który posiada osoby z takimi kwalifikacjami i doświadczeniem, kosztem innych wykonawców, tym Odwołującego:

W uzasadnieniu zarzutu, w pierwszej kolejności odwołujący wskazał, iż kwestionowane elementy doświadczenia i kwalifikacji wymaganych osób przede wszystkim istotnie przekraczają uprawnienie zamawiającego do weryfikowania zasobów osobowych na poziomie minimalnym, niezbędnym do należytego wykonania zamówienia, gdyż:

1) wymóg wykazania się kwalifikowanymi pracownikami ochrony fizycznej posiadającymi legitymację kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej jedynie posiadającymi doświadczenie w obiektach użyteczności publicznej narusza przepis art. 26 ustawy z dnia 22.08.1997 r o ochronie osób i mienia, który w ust. 3 precyzyjnie wskazuje jaki wymogi musi spełnić osoba ubiegająca się o uzyskanie wskazanych kwalifikacji, co ważne przepisy nie uzależnia uzyskania uprawnień od wykazania się doświadczeniem w ochronie określonego typu obiektów precyzując przy tym jednoznacznie, iż taki uprawnienia uprawniają do wykonywania ochrony w formie stałej i doraźnej, dozoru sygnałów przesyłanych, gromadzonych i przetwarzanych w elektronicznych urządzeniach i systemach alarmowych, konwojowania wartości pieniężnych oraz innych przedmiotów wartościowych lub niebezpiecznych. Czynności te mogą być wykonywane zarówno w ramach specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych, zespołów konwojujących wartości pieniężne oraz inne przedmioty wartościowe lub niebezpieczne, bezpośredniej ochrony osób, organizowania i kierowania zespołami pracowników ochrony fizycznej zatem osoby takie nawet nie posiadając doświadczenia w wymaganych w opisie warunku obiektach potwierdzają zdolność wykonawcy do wykonania umowy. Kwestionowane połączenie należy zatem uznać jako bezpodstawną dyskryminację kwalifikowanych pracowników, posiadających ustawowe uprawnienia wystarczające do realizacji przedmiotowego zamówienia a w konsekwencji wykonawców, w tym Odwołującego dysponującymi takimi pracownikami w przeważającej większości.

2) wymóg wykazania się osobami posiadającymi łącznie uprawnienia kwalifikowanego pracownika ochrony i legitymację oraz będącego strażakiem nie znajduje potwierdzenia w czynnościach składających się na przedmiot zlecanego zamówienia bowiem nie ma w jego zakresie czynności, których nie mógłby zostać wykonane przez osoby posiadające wymagane uprawnienia oddzielnie. Potwierdzeniem nieproporcjonalności tego wymogu w ocenie

odwołującego powinny być warunki ustanowione w ramach poprzedniego postępowania na usługi ochrony, przeprowadzonego w 2015 r przez zamawiającego, w których zamawiający nie uzależniał zdolności od posiadania takich uprawnień przez jedną osobę, mimo to wyłoniony wykonawca umowę wykonał, dodatkowo zostało mu udzielone zamówienie uzupełniające zatem zdaniem odwołującego należy przyjąć iż konieczność połączenia tych uprawnień jest warunkiem nadmiernym i nieproporcjonalnym.

Co ważne dla odwołującego kwestionowane doświadczenie i kwalifikacje nie tylko nie są niezbędne ale również istotnie ograniczają konkurencję bowiem mając na uwadze, standardowy poziom obsady osobowej usług ochrony w budynkach użyteczności publicznej zgromadzenie takiej ilości osób jest istotnie utrudnione co oznacza, iż w ramach warunku osobowego zamawiający niezasadnie preferuje dotychczasowego wykonawcę bowiem tylko o posiada niezbędną ilość osób z opisanym doświadczenie i kwalifikacjami co mając na uwadze wskazane powyżej naruszenia z kolei niezasadnie dyskryminuje innych wykonawców.

Odwołujący wskazał, iż podobnie jak w przypadku zasobów niezbędnych do wykazania wymaganego doświadczenia brak zastrzeżenia osobistego wykonania kluczowych części zamówienia nie oznacza zwiększenia konkurencji z w/w powodów.

Dla wykazania wpływu w/w naruszeń na wynik postępowania odwołujący wskazał, iż przepisy ustawy Prawo zamówień Publicznych zostały wprowadzone w celu wydatkowania środków publicznych zgodnie z postulatami zawartymi w przepisach ustawy z dnia 27.08.2009 r o finansach publicznych, w szczególności zgodnie z art. 44 ust. 3 pkt. 1 a i b tj. w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów natomiast ustanowienie tak rygorystycznych, dyskryminujących warunków rażąco te zasady narusza co będzie miało skutek tak jak w postępowaniu prowadzonym 2015 r w postaci uzyskania jedynie jednej oferty, co powinno skłonić zamawiającego, jako dysponenta środków publicznych do rozważenia rozsądnego ustalenia poziomu niezbędnych zasobów do realizacji zamówienia.

Działanie zamawiającego należy również traktować jako czyn nieuczciwej konkurencji polegający na długotrwałym i świadomym utrudnianiu dostępu do usług wykonawcom zdolnym do ich wykonania, nie dostrzegając negatywnego wpływu takiego działania na konkurencyjność usług ochrony na terenie całego kraju.

Zamawiający w dniu 8 marca 2017r. wniósł odpowiedź na odwołanie i żądał jego oddalenia w całości. W odniesieniu do pierwszego z postawionych zarzutów podniósł, że sposób określenia przez niego warunku zdolności zawodowej jest zgodny z art. 138k i art. 22 ust. 1a ustawy. Nakaz opisanie warunku w sposób powiązany z przedmiotem zamówienia oraz odpowiadający wielkości, charakterowi, złożoności oraz rodzajowi przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie, nie jest tożsamy

z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do realizacji zamówienia w sposób należyty. Zamawiający odwołał się do orzecznictwa KIO – wyrok KIO z dnia 17 listopada 2012r. sygn.. akt KIO 2476/12, wyrok z dnia 10 sierpnia 2016r. sygn.. akt KIO 1382/16, wyrok z dnia 5 sierpnia 2016r. sygn.. akt KIO 1300/16. Zamawiający wskazał, że jako instytucja kultury jest wpisany do rejestru instytucji kultury pod numerem RIK-M/12/99 i w szczególności gromadzi zabytki, przechowuje zbiory, a także organizuje wystawy stałe, czasowe oraz organizuje i prowadzi działalność edukacyjną skierowaną w szczególności do szkół i przedszkoli. W roku 2015 odwiedziło zamawiającego 250 916 osób. W budynkach zamawiającego jednorazowo może przebywać 1050 osób, które zwiedzają wystawy, uczestniczą w imprezach kulturalnych czy zajęciach edukacyjnych. Teren Muzeum nie jest odseparowany i w części parkowej tworzy przestrzeń publiczną, na której może przebywać dużo większa niż wewnątrz liczba osób. W obiektach zamawiającego znajdują się zbiory dóbr kultury podlegające szczególnej ochronie zgodnie z przepisami ustawy z dnia 23 lipca 2003r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (t.j. Dz.U. z 2014r. poz. 1446 ze zm.) oraz przepisami Rozporządzenia Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 2 września 2014r. w sprawie zabezpieczania zbiorów muzeum przed pożarem, kradzieżą i innym niebezpieczeństwem grożącym ich zniszczeniem lub utratą (Dz. U. z 2014r. poz. 1240)

Ten szczególny charakter zamawiającego i jego infrastruktura wyznacza sposób opisanie warunku zdolności zawodowej, gdyż wykonawca musi dawać gwarancję bezpieczeństwa osobom przebywającym w muzeum i zbiorom. Odnosząc się do żądania wykonawcy tj. wykreślenia wymogu wykonania usługi w obiekcie użyteczności publicznej, to zamawiający wskazał, że obiekty użyteczności publicznej to miejsca charakteryzujące się wspólnymi cechami tj. masowym przepływem osób, dostępem do ich wyznaczonych części w określonym czasie dla bliżej nieokreślonej liczby osób. Są to osoby w żaden sposób ze sobą nie związane czy to zawodowo czy osobiście, nie posiadające przeszkoleń w zakresie trybu i sposobu postępowania w sytuacjach ekstremalnych takich jak ewakuacja w związku z pożarem lub zamachem terrorystycznym. Zamawiający przyjął, że obiekty użyteczności publicznej to miejsca o specyfice spełniającej oczekiwania pod względem bezpieczeństwa. Zamawiający nie zawęził warunku zdolności zawodowej do obiektów instytucji kultury, co mogłoby nosić znamiona naruszenia zasady proporcjonalności. Obiekty nie pełniące funkcji publicznej np. jednostki wojskowe to specyficzne zamknięte obiekty, których personel cechuje wysoka dyscyplina i szkolenie zawodowe pozwalające nabyć cechy niezbędne do działania w sytuacjach stresowych. Personel jednostki wojskowej jest przyzwyczajony do hierarchicznego dowodzenia bądź kierowania i nawykły do sprawnego realizowania otrzymanych poleceń, co więcej wstęp do takich obiektów jest ściśle reglamentowany, co ułatwia potencjalną ewakuację. Wykonawca posiadający doświadczenie w obiektach odwołującego nie daje rękami właściwego reagowania w warunkach konieczności zarządzania sytuacją kryzysową

właściwą dla charakterystyki obiektów użyteczności publicznej. Co do żądania wykazania się dwoma usługami kwalifikowanej ochrony osób iu mienia w tym jednej o dotychczasowych parametrach z wyłączeniem wymogu świadczenia w obiekcie użyteczności publicznej oraz drugiej polegającej na świadczeniu usłu kwalifikowanej ochrony w obiekcie użyteczności publicznej w wymiarze przynajmniej 7 osób na zmianie, zamawiający podniósł, że nie zgadza się z tym żądaniem, gdyż musi zapewniać standary bezpieczeństwa adekwatne dla celu i stawiać żądania właściwe dla potencjalnych zagrożeń mogących wystąpić w okresach najwyższej frekwencji na obiektach tj. I zmiany. Obniżenie przedmiotowego parametru pozbawiałoby wagi przedmiotowej i stanowiło zaniedbanie i lekceważenie obowiązku zapewnienia właściwej ochrony. Zamawiający przewidział możliwość stałej lub doraźnej zmiany stałek ustalonej obsady (np. na czas wydarzeń kulturalnych i komercyjnych, wernnisaży czy spektakli) przy czym maksymalna liczba pracowników ochrony na jednej zmianie nie przekroczy 40 osób. Zwiększenie ilości osób może być konieczne także w porze nocnej. Wykonawca podczas realizacji zamówienia ęzie zarządzał co najmniej 100 kwalifikowanymi pracownikami ochrony fizycznej, obniżenie zatem wymagania co do ilości osób na zmianie może skutkować dopuszczeniem do realizacji zamówienia podmiotu nie mającego potrzebnego doświadczenia i może prowadzić do zagrożeń wynikających z niewłaściwej realizacji usługi. Wymóg postawiony przez zamawiającego nie może być w jego ocenie uznany za nadmierny. Wskazał w tym zakresie na wyroki Izby z dnia 24 listopada 2014r. sygn. akt KIO 2358/14, wyrok z dnia 14 marca 2014r. sygn. aakt KIO 395/14. Nie uznał za odpowiadający przedmiotowemu zamówienia stan faktyczny wynikający z kontroli UZP/DKUE/KN/47/11, gdyż tam chodziło o remont straźnicy i o wymogi dotyczące robót budowlanych.

Co do zarzutu zaniechania podziału zamówienia na części, to zamawiającemu trudno jest się do niego odnieść, gdyż odwołujący nie przytoczył żadnych argumentów i okoliczności na potwierdzenie, że ma miejsce opisanie przedmiotu w sposób utrudniający konkurencję, a nawet nie wskazał konkretnych propozycji podziału zamówienia na części. Odwołujący stawiając zarzut powinien w sposób dokładny i rzeczowy udowodnić teże stawianych zarzutów – tak KIO w wyroku z dnia 10 sierpnia 2016r. sygn. akt KIO 1417/16. Zamawiający ma prawo do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób najlepiej odpowiadający jego specyficznym potrzebom, a nie sytuacji jednego wykonawcy, dla którego postawione wymagania mogą stanowić źródło niedogodności tak Izba w wyroku z dnia 4 marca 2016r. sygn. akt KIO 233/16. Przepis art. 36 aa ust. 1 ustawy sofmułuje uprawnienie dla zamawiającego, a nie obowiązek, a ponadto nie ma zastosowania w przedmiotowej sprawie, gdzie przedmiotem zamówienia jest usługa społeczna. Zamawiający nie ma obowiązku takiego określenia przedmiotu zamówienia, aby zapewnić dostęp do zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku branży ochroniarskiej, co potwierdza wyrok Zespołu Arbitrów sygn. akt UZP/ZO/0-602/00 z

dnia 28 czerwca 2000r. Zamawiający podkreślił, że przedmiot zamówieniaa jest niepodzielny i polega na ochronie osób i mienia zamawiającego, a jego podział stanowi realne zagrożenie dla integralności systemu bezpieczeństwa muzeum. Zatem jedynie jeden podmiot realizujący kompleksową usługę zapewnia właściwy poziom koordynacji poszczególnych zadań ochrony i właściwy nadzór nad całością kontraktu w szczególności w sytuacjach kryzysowych. Eliminuje to konflikty w komunikacji między różnymi podmiotami, zapewnia jednolite standardy wyposażenia, umundurowania oraz jest gwarancją jakości wykonywanej usługi.

Co do ostatniego z postawionych zarzutów, to zamawiający ponownie podniósł, że jest organizatorem postępowania i postawione przez niego warunki udziału w postępowaniu uwzględniają specyfikę przedmiotu zamówienia, jej zakres i stopień złożoności. Wskazał na wyrok Izby z dnia 29 stycznia 2010r. KIO/UZP 1862/09. Wskazał na zróżnicowanie wiekowe odwiedzających, ich różną odporność psychiczną, punktowe znaczne zagęszczenie odwiedzających, co składa się na specyfikę zamawiającego nie występującą w przypadku obiektów nie będących obiektami użyteczności publicznej. Ponownie wskazał na odmienności w świadczeniu usług ochrony dla wojska i uznał, że doświadczenia te nie są adekwatne do przedmiotu zamówienia. Wskazał, że wymaga, aby co najmniej 6 osób posiadało uprawnienia funkcjonariuszaPaństwowej lub Ochotniczej Straży Pożarnej, gdyż zamówienia charakteryzuje się specyfiką przy ewakuacji osób lub innych zdarzeń o charakterze zagrożenia ppowszechnego. Doświadczenia ze szkoleń czy praktyki zawodowej lub dyżurów strażaków daje rękomię właściwego sprawowania nadzoru nad stałym i ciągłym zapewnieniem paramttrów minimalnych dla prowadzenia ewakuacji, nadzoru nad kompletnością i sprawności podręcznych i półstałych środków gaśniczych, zapewnienie nadzoru nad ciągłością i drożnością dróg ewakuacyjnych, zgodnie z Instrukcją Bezpieczeństwa Pożarowego. Zamawiający żąda, aby strażacy posiadali legitymację kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej, ponieważ plan ochrony obiektu podlegającego obowiązkowej ochronie wymaga, aby prace na obiekcie w ramach służby ochrony wykonywały wyłącznie osoby posiadające wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej. Centrala systemu pożarowego jest umiejscowiona w Centrum Monitoringu zamawiającego. W pomieszczeniu tym znajdują się inne elementy systemów ochrony technicznych, zatem wymóg wpisu wynika z art. 3 w związku z art. 26 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997r. o ochronie osób i mienia (Dz. U. z 2014 poz. 1099 ze zm.)Zamawiający należy do obiektów podlegających obowiązkowej ochronie (wpis decyzja Wojewody Śląskiego nr ZKIII.68.3.4.2016). Zamawiający zacytował przepisy ustawy o ochronie osób i mienia, na które się powołał i wywiódł, że wykonywanie stałego dozoru sygnałów przetwarzanych w systemach alarmowych na obiektach podlegających obowiązkowej ochronie może być wykonywane wyłącznie przez kwalifikowanych pracowników ochrony. To, że zamawiający nie wymagał takiego warunku w ubiegłorocznym postępowaniu wynika z tego, że dopiero ww. decyzją



wszystkie obiekty muzeum zostały objęte obowiązkową ochroną. W konsekwencji postawiony warunek jest zgodnie z art. 138k i art. 22a ust. 1 ustawy, gdyż jest proporcjonalny i ściśle związany z przedmiotem zamówienia. Zamawiający wskazał, że dopuścił podwykonawstwo, gdyż usługa będzie realizowana przez osoby, które zostały określone na minimalnym poziomie gwarantującym należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. W przypadku udziału podwykonawców, to wykonawca nadal będzie koordynował prace całej kadry ochroniarskiej i ponosił wszelką odpowiedzialność za ewentualne uchybienia w trakcie realizacji zamówienia. W dniu 10 marca 2017r. odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania, podpisane przez pełnomocnika składającego odwołanie.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

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 uiszczanego wpisu.

**Przewodniczący: .....**