

Sygn. akt: KIO/UZP 1017/09

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 13 sierpnia 2009r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Członkowie: Anna Packo**  
**Dagmara Gałczewska-Romek**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 13 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **G4S Security Sp. z o.o., 00-838 Warszawa, ul. Prosta 69** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jednostka Wojskowa 2414, 00-909 Warszawa, ul. Żwirki i Wigury 9-13** protestu z dnia 14 lipca 2009 r.

**orzeka:**

**1. Odrzuca odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **G4S Security Sp. z o.o., 00-838 Warszawa, ul. Prosta 69**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **G4S Security Sp. z o.o., 00-838 Warszawa, ul. Prosta 69,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **G4S Security Sp. z o.o., 00-838 Warszawa, ul. Prosta 69** na rzecz **Jednostki Wojskowej 2414, 00-909 Warszawa, ul. Żwirki i Wigury 9-13** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **G4S Security Sp. z o.o., 00-838 Warszawa, ul. Prosta 69.**

### **U z a s a d n i e n i e**

I. W dniu 5.06.2009 r. Jednostka Wojskowa 2414, ul. Żwirki i Wigury 9/13, 00-909 Warszawa (zwana dalej Zamawiającym), ogłosiła postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na wykonanie usługi w zakresie ochrony osób i mienia świadczonej przez specjalistyczną uzbrojoną formację ochronną (SUFO) w kompleksie wojskowym KK-44 w Warszawie i w tym samym dniu zamieściła Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

Wartość zamówienia oszacowano na 216 065 euro.

W dniu 21.07.2009 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych) G4S Security Sp. z o.o., ul. Prosta 69, 00-838 Warszawa (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie w związku z odrzuceniem przez Zamawiającego złożonego przez niego protestu.

W proteście, a następnie w odwołaniu, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych przez modyfikację treści SIWZ w sposób naruszający zasady równego traktowania wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu, i wskazał, że Zamawiający w odpowiedzi nr 1 na pytania wykonawców w piśmie z dnia 9 lipca 2009 r. zmodyfikował treść SIWZ poprzez rozszerzenie kręgu osób, które muszą legitymować się poświadczeniem bezpieczeństwa, upoważniającym do dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „zastrzeżone” do wszystkich członków zarządu, którzy są uprawnieni do reprezentowania podmiotu.

Zamawiający odrzucił protest, bowiem stwierdził, że został wniesiony z uchybieniem terminu – w ocenie Zamawiającego, w związku z odpowiedziami na pytania wykonawców, pierwotny warunek określony w SIWZ nie uległ zmianie, a więc termin do złożenia protestu w tym zakresie biegł od dnia opublikowania SIWZ.

II. Skład orzekający uznał, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, ponieważ protest został wniesiony z uchybieniem terminu.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

1. W załączniku nr 1 do SIWZ zatytułowanym, zgodnie ze spisem załączników, „Opis przedmiotu zamówienia”, Zamawiający kolejno opisuje „Miejsce wykonania zamówienia” (część I załącznika nr 1 do SIWZ), „Rozkład czasu pracy posterunków” (część II), „Zakres obowiązków i sposób działania specjalistycznej uzbrojonej formacji ochronnej” (część III) oraz warunki przeprowadzenia wizji lokalnej (część IV).

W części III, wskazującej na przyszłe wymogi co do działania specjalistycznej uzbrojonej formacji ochronnej, Zamawiający opisuje w pierwszej kolejności obowiązki wykonawcy podczas realizacji umowy, dalej uszczegóławia warunki, które winni spełniać dowódcy zmian oraz wartownicy, a także precyzuje wymogi wobec „organu uprawnionego do reprezentacji podmiotu”. Wymogi te nie zostały określone w zamkniętym katalogu warunków udziału w postępowaniu, w rozdziale V SIWZ, zatytułowanym „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” oraz w punkcie III.2.1 ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2009/S 106-153445, nie stanowią więc warunków, których potwierdzenie (bądź niepotwierdzenie) będzie miało wpływ na decyzję Zamawiającego o ewentualnym wykluczeniu wykonawcy z postępowania.

2. Zamawiający w części III załącznika nr 1 do SIWZ w pierwotnym brzmieniu określił „Zakres obowiązków i sposób działania specjalistycznej uzbrojonej formacji ochronnej”, a mianowicie, między innymi oczekiwaniami, wskazał, iż:

„Zarząd/Dyrekcja/Kierownictwo (organ uprawniony do reprezentowania podmiotu), spełniający następujące warunki:

- przedstawienie poświadczenia bezpieczeństwa upoważniającego do dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą, co najmniej ZASTRZEŻONE;

- przedstawienie zaświadczenia stwierdzające odbycie przeszkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych.”

3. W zakresie wymogu co do organu reprezentującego wykonawcę pojawiły się wątpliwości na etapie składania pytań do SIWZ. Zamawiający dwukrotnie udzielał wyjaśnień w tej kwestii:

- po raz pierwszy w dniu 7.07.2009 r. odpowiadając na pytanie nr 5, sformułowane następująco „Czy wymóg posiadania przez zarząd poświadczeń bezpieczeństwa o klauzuli „zastrzeżone” dotyczy tylko osoby podpisującej umowę?” Zamawiający udzielił odpowiedzi „Przedstawienie poświadczenia bezpieczeństwa upoważniającego do dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą, co najmniej ZASTRZEŻONE dotyczy wszystkich członków zarządu, którzy są uprawnieni do reprezentowania podmiotu.”;

- po raz drugi w dniu 9.07.2009 w odpowiedzi na pytanie nr 1 o treści „Odnosząc się do odpowiedzi nr 5 prosimy o wyjaśnienie na jakiej podstawie Zamawiający wymaga, by każda z osób wchodzących w skład Zarządu posiadała wymagane poświadczenie bezpieczeństwa, a nie osoba, która podpisuje z Zamawiającym umowę. Powyższy wymóg może być postawiony wobec osoby, która będzie miała bezpośredni udział w zamówieniu, a nie wobec osób, które nie będą uczestniczyły”, Zamawiający udzielił odpowiedzi, iż „Każda osoba wchodząca w skład Zarządu może mieć dostęp do dokumentów dotyczących ochrony kompleksu wojskowego KK - 44. Dokumenty te oznaczone są klauzulą „zastrzeżone”. W związku z powyższym wyżej wymienione osoby winni posiadać stosowne poświadczenie bezpieczeństwa.”

4. W związku z powyższymi wyjaśnieniami do treści SIWZ Odwołujący w dniu 14.07.2009 r. złożył protest, który został przez Zamawiającego odrzucony jako wniesiony po terminie (Zamawiający stwierdził, że warunek był niezmienny od początku jego ustalenia w pierwotnej treści SIWZ), w konsekwencji czego Odwołujący w dniu 21.07.2009 wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień odwołanie, przekazując jednocześnie kopię odwołania Zamawiającemu.

W tak ustalonym stanie faktycznym, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej stwierdził, że odpowiedzi Zamawiającego z dn. 7 lipca i 9 lipca w żaden sposób nie zmodyfikowały pierwotnego brzmienia SIWZ.

Pierwotnie Zamawiający wymagał przedstawienia poświadczenia bezpieczeństwa od „organu uprawnionego do reprezentacji podmiotu”, następnie – w odpowiedziach z dnia 7 i 9 lipca - od wszystkich osób wchodzących w jego skład. Nie ulega wątpliwości, że poświadczenie bezpieczeństwa jest wydawane imiennie, osobie fizycznej, po przeprowadzeniu postępowania sprawdzającego, a nie „organowi”. Wydaje się, że zadający

pytania (nr 5, na które zamawiający odpowiedział w dniu 7 lipca, i nr 1, na które Zamawiający odpowiedział w dniu 9 lipca) również nie mieli wątpliwości, że poświadczenie bezpieczeństwa nie może dotyczyć „organu”, ale wyłącznie osób wchodzących w jego skład; z pytania nr 5 wynika jedynie wątpliwość pytającego, czy poświadczenie jest wymagane od wszystkich członków organu, czy też wyłącznie od tych, którzy będą podpisywali umowę. Zamawiający na tak postawione pytanie odpowiedział, że określony przez niego wymóg w części III załącznika nr 1 do SIWZ dotyczy wszystkich członków organu. Takiej odpowiedzi nie można uznać za „rozszerzenie kręgu osób, które muszą legitymować się poświadczeniem bezpieczeństwa upoważniającego do dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „zastrzeżone” do wszystkich członków zarządu, którzy są uprawnieni do reprezentowania podmiotu”, jak twierdził Odwołujący w odwołaniu, bowiem już pierwotnie wymóg Zamawiającego odnosił się do wszystkich osób wchodzących w skład organu. Wobec powyższego, twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający odpowiedziami na pytania zmodyfikował wymóg pierwotnie określony w SIWZ jest nieuprawnione.

Ze względu na tak ustalone okoliczności, skład orzekający stwierdził, że termin na oprotestowanie wymogu zawartego w części III załącznika nr 1 do SIWZ biegł od dnia zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego, a zatem protest złożony w dniu 14.07.2009 r. był protestem złożonym po terminie, w związku z czym odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 184 ust. 4 pkt 4 Prawa zamówień publicznych.

Ponieważ Izba ustaliła, że odwołanie podlega odrzuceniu, nie odnosiła się merytorycznie do zarzutu podniesionego przez Odwołującego, na marginesie należy jednak zauważyć, że wymogi opisane w załączniku nr 1 do SIWZ, stanowiącym opis przedmiotu zamówienia, stanowią wymogi co do realizacji przyszłej umowy i na tym, późniejszym etapie, powinny być badane i jako takie nie mogą mieć wpływu na ewentualną decyzję Zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Uwzględniono koszty wynagrodzenia Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), bowiem jest to maksymalna kwota, określona przez par. 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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. z 2007r., Nr 128, poz. 886).

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 niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....