

WYROK

z dnia 12 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams
Członkowie: Małgorzata Rakowska
Ewa Sikorska

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 grudnia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **27 listopada 2014 r.** przez wykonawcę **Stekop S.A., z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

prowadzonym przez zamawiającego **Jednostkę Wojskową 5701**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje **zamawiającemu Jednostce Wojskowej 5701** zmianę ogłoszenia o zamówienia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „**SIWZ**”) w następujący sposób:

- a) Załącznik nr 3 do SIWZ „Ogólne warunki umowy” - §4 ust. 2 - wskazanie, że termin realizacji obowiązku przedłożenia przez wykonawcę uwierzytelnionej kopii protokołu potwierdzającego spełnienie wymagań dla magazynów broni oraz sposobu zabezpieczenia broni i amunicji nastąpi „*nie później niż w terminie 30 dni od dnia podpisania umowy*”.

b) Rozdział VIII, pkt 8 „Termin realizacji zamówienia” – określenie terminu wykonania zamówienia od dnia 30.01.2015 r.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego tj. **Jednostkę Wojskową 5701** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Stekop S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od zamawiającego **Jednostki Wojskowej 5701** na rzecz odwołującego **Stekop S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosowanie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gorzowie Wielkopolskim**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

W dniu 27 listopada 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołane wykonawcy Stekop S.A. (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Jednostce Wojskowej nr 5701 (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie:

- a) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, w szczególności poprzez wprowadzenie różnych kryteriów oceny ofert dla wykonawców składających oferty w postępowaniu, w zależności od liczby części zamówienia, na które składają oferty, a także poprzez wprowadzenie nierealnych (niemożliwych do zachowania) terminów realizacji obowiązków umownych, których może dochować jedynie wykonawca obecnie świadczący na rzecz Zamawiającego usługi ochrony osób i mienia;
- b) art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do opisu przedmiotu zamówienia oraz wprowadzenie różnych kryteriów oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców;
- c) art. 89 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do treści SIWZ niewymienionej w tym artykule przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy;
- d) art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 387 § 1 kodeksu cywilnego poprzez zastosowanie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „**SIWZ**”) oraz projekcie umowy niemożliwych do zachowania terminów wykonania obowiązków umownych przez wykonawcę, w postaci wprowadzenia zbyt krótkich terminów;
- e) art. 142 ust. 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wprowadzenia do projektu umowy postanowień o zasadach zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, w przypadku zmiany: (i) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3 - 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę; (ii) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia

społeczne lub zdrowotne - jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę;

- f) art. 180 ust. 2 ustawy Pzp poprzez błędne wskazanie, że ma on zastosowanie w niniejszym postępowaniu, w sytuacji, gdy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy., tj. przekracza kwotę 134 000 euro.

Odwołujący zaskarżył następujące postanowienie SIWZ:

1. pkt 7 na stronie 14 SIWZ w zakresie określenia terminu zamontowania i uruchomienia elektronicznego systemu kontroli pracy wartowników;
2. pkt 8 na stronie 14 SIWZ w zakresie określenia terminu zamontowania urządzeń sygnalizacyjnych alarmujących o napadzie na pracownika ochrony z jednoczesnym powiadomieniem Grupy Interwencyjnej;
3. pkt 9 na stronie 14 SIWZ w zakresie określenia terminu zamontowania zestawu nadzoru wizyjnego;
4. pkt 6 na stronie 29 SIWZ w zakresie określenia terminu zamontowania elektronicznego systemu kontroli pracy wartowników;
5. pkt 7 na stronie 29 SIWZ w zakresie określenia terminu zamontowania urządzeń sygnalizacyjnych alarmujących o napadzie na pracownika ochrony z jednoczesnym powiadomieniem Grupy Interwencyjnej;
6. pkt 8 na stronie 29 SIWZ w zakresie określenia terminu zamontowania zestawu nadzoru wizyjnego;
7. pkt 7 na stronie 40 SIWZ w zakresie określenia terminu zamontowania elektronicznego systemu kontroli pracy wartowników;
8. pkt 8 na stronie 40 SIWZ w zakresie określenia terminu zamontowania urządzeń sygnalizacyjnych alarmujących o napadzie na pracownika ochrony z jednoczesnym powiadomieniem Grupy Interwencyjnej;
9. pkt 9 na stronie 40 SIWZ w zakresie określenia terminu zamontowania zestawu nadzoru wizyjnego;

10. rozdział VIII SIWZ (str. 46) w zakresie określenia terminu rozpoczęcia realizacji przedmiotu zamówienia;
 11. pkt 9.2. SIWZ (str. 47) w zakresie opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, w przypadku, gdy wykonawca składa ofertę na więcej niż jedną część zamówienia;
 12. pkt 9.4. lit. a SIWZ (str. 48) w zakresie określenia terminu przedłożenia Zamawiającemu wykazu wszystkich pracowników ochrony przewidzianych do ochrony poszczególnych obiektów wraz z dokumentami zaświadczającymi o ich uprawnieniach zgodnie z wymaganiami SIWZ;
 13. pkt 3 na stronie 51 SIWZ w zakresie opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, w przypadku, gdy wykonawca składa ofertę na więcej niż jedną część zamówienia;
 14. pkt 5 lit. a) na stronie 52 SIWZ w zakresie określenia terminu przedłożenia Zamawiającemu wykazu wszystkich pracowników ochrony przewidzianych do ochrony poszczególnych obiektów wraz z dokumentami zaświadczającymi o ich uprawnieniach zgodnie z wymaganiami SIWZ;
 15. pkt 16.9. na stronie 60 SIWZ w zakresie wprowadzenia dodatkowej, niewynikającej z przepisów prawa przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy w przypadku zastosowania przez wykonawcę stawki podatku VAT niezgodnego z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowym;
 16. pkt 18.3. lit. b) na stronie 61 SIWZ w zakresie naruszającego zasadę równego traktowania wykonawców, opisu sposobu oceny kryterium oceny ofert w postaci wiedzy i doświadczenia wykonawcy;
 17. pkt 23 ppkt 4 na stronie 64 SIWZ w zakresie sprzecznego z przepisami prawa zamówień publicznych opisu czynności Zamawiającego, od których wykonawcom przysługuje odwołanie w niniejszym postępowaniu.
- II. Załącznik nr 3 do SIWZ - Ogólne Warunki Umowy (dalej jako projekt umowy):

1. pkt 16 wymagania dla zadania nr 1 (str. 88 SIWZ) w zakresie określenia nierealnego (niemożliwego do zachowania) terminu zamontowania i uruchomienia elektronicznego systemu kontroli pracy wartowników;
2. pkt 17 wymagania dla zadania nr 1 (str. 88 SIWZ) w zakresie określenia nierealnego (niemożliwego do zachowania) terminu zamontowania urządzeń sygnalizacyjnych alarmujących o napadzie na pracownika ochrony z jednoczesnym powiadomieniem Grupy Interwencyjnej;
3. pkt 18 wymagania dla zadania nr 1 (str. 88 SIWZ) w zakresie określenia nierealnego (niemożliwego do zachowania) terminu zamontowania zestawu nadzoru wizyjnego;
4. pkt 14 wymagania dla zadania nr 2 (str. 102 SIWZ) w zakresie określenia nierealnego (niemożliwego do zachowania) terminu zamontowania elektronicznego systemu kontroli pracy wartowników;
5. pkt 15 wymagania dla zadania nr 2 (str. 103 SIWZ) w zakresie określenia nierealnego (niemożliwego do zachowania) terminu zamontowania urządzeń sygnalizacyjnych alarmujących o napadzie na pracownika ochrony z jednoczesnym powiadomieniem Grupy Interwencyjnej;
6. pkt 16 wymagania dla zadania nr 2 (str. 103 SIWZ) w zakresie określenia nierealnego (niemożliwego do zachowania) terminu zamontowania zestawu nadzoru wizyjnego;
7. pkt 7 wymagania dla zadania nr 3 (str. 114 SIWZ) w zakresie określenia nierealnego (niemożliwego do zachowania) terminu zamontowania elektronicznego systemu kontroli pracy wartowników;
8. pkt 8 wymagania dla zadania nr 3 (str. 114 SIWZ) w zakresie określenia nierealnego (niemożliwego do zachowania) terminu zamontowania urządzeń sygnalizacyjnych alarmujących o napadzie na pracownika ochrony z jednoczesnym powiadomieniem Grupy Interwencyjnej;
9. pkt 9 wymagania dla zadania nr 3 (str. 114 SIWZ) w zakresie określenia nierealnego (niemożliwego do zachowania) terminu zamontowania zestawu nadzoru wizyjnego;

10. § 3 ust. 1 (str. 116 SIWZ) w zakresie określenia nierealnego (niemożliwego do zachowania) terminu opracowania i przedłożenia Zamawiającemu instrukcji ochrony obiektów;
11. § 4 ust. 2 (str. 120-121 SIWZ) w zakresie określenia nierealnego (niemożliwego do zachowania) terminu dokonania odbioru magazynu broni i przekazania Zamawiającemu uwierzytelnionej kopii protokołu stwierdzającego spełnienie wymagań dla magazynu broni oraz sposobu zabezpieczenia broni i amunicji,
12. § 4 ust. 4 (str. 121 SIWZ) w zakresie określenia nierealnego (niemożliwego do zachowania) terminu przekazania Zamawiającemu wykazu pracowników, którzy będą świadczyć usługę ochrony;
13. § 10 ust. 1 (str. 128 SIWZ) w zakresie określenia czasu, na jaki zostaje zawarta umowa o udzielenie zamówienia publicznego;
14. § 12 ust. 1 i 2 (str. 130 SIWZ) w zakresie braku postanowień o zasadach zmiany wysokości wynagrodzenia w przypadku:
 - a) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę;
 - b) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne,
 - jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę,
15. § 14 ust. 2 pkt 2 lit. e i t w zakresie określenia dwukrotnie kary umownej za ten sam przypadek nienależytego wykonania zobowiązania, tj. za opóźnienie w dokonaniu wymiany umundurowania pracownika ochrony na nowy.

Odwołujący wniósł o dokonanie następujących zmian w treści SIWZ:

- I. Zmianę zapisu rozdział VIII SIWZ (str. 46) poprzez nadanie mu następującej treści:
„termin wykonania zamówienia od dnia 30 stycznia 2015 r. godz. 9:00 do dnia 30 stycznia 2017 r. godz. 9:00”, ewentualnie zmianę
1. pkt 7 na stronie 14 SIWZ poprzez wskazanie terminu realizacji obowiązku jako „nie później niż w terminie 21 dni od dnia podpisania umowy”;

2. pkt 8 na stronie 14 SIWZ poprzez wskazanie terminu realizacji obowiązku jako „nie później niż w terminie 21 dni od dnia podpisania umowy”,
3. pkt 9 na stronie 14 SIWZ poprzez wskazanie terminu realizacji obowiązku jako „nie później niż w terminie 21 dni od dnia podpisania umowy”;
4. pkt 6 na stronie 29 SIWZ poprzez wskazanie terminu realizacji obowiązku jako „nie później niż w terminie 21 dni od dnia podpisania umowy”;
5. pkt 7 na stronie 29 SIWZ poprzez wskazanie terminu realizacji obowiązku jako „nie później niż w terminie 21 dni od dnia podpisania umowy”;
6. pkt 8 na stronie 29 SIWZ poprzez wskazanie terminu realizacji obowiązku jako „nie później niż w terminie 21 dni od dnia podpisania umowy”;
7. pkt 7 na stronie 40 SI WZ poprzez wskazanie terminu realizacji obowiązku jako „nie później niż w terminie 21 dni od dnia podpisania umowy”;
8. pkt 8 na stronie 40 SIWZ poprzez wskazanie terminu realizacji obowiązku jako „nie później niż w terminie 21 dni od dnia podpisania umowy”;
9. pkt 9 na stronie 40 SIWZ poprzez wskazanie terminu realizacji obowiązku jako „nie później niż w terminie 21 dni od dnia podpisania umowy”;
10. pkt 9.4. lit. a) SIWZ (str. 48) poprzez wskazanie terminu realizacji obowiązku jako „nie później niż w terminie 21 dni od dnia podpisania umowy”;
11. pkt 5 lit. a) na stronie 52 SIWZ poprzez wskazanie terminu realizacji obowiązku jako „nie później niż w terminie 21 dni od dnia podpisania umowy”.

Ponadto Odwołujący wniósł o dokonania zmiany treści SIWZ w zakresie:

1. Zmiany pkt 9.2. SIWZ (str. 47) poprzez wykreślenie zapisu „W przypadku składania oferty na więcej niż jedną część, Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże dowody należytego wykonania co najmniej dwóch usług, z której każda z nich będzie opiewała na minimum sumą poszczególnych części. W przypadku składania oferty na trzy części, Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże dowody należytego wykonania co najmniej dwóch usług, z której każda z nich będzie opiewała na kwotę minimum 8 500 000,00 zł brutto” oraz zastąpienie go zapisem: W przypadku składania oferty na więcej niż jedną część, Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże dowody należytego wykonania co najmniej takiej liczby usług, która stanowi sumę usług wymaganych dla każdego z zadań, na które wykonawca składa ofertę, usługi będą opiewały na minimum kwoty określone powyżej, np. w przypadku, gdy wykonawca będzie brał udział w postępowaniu w zakresie wszystkich, trzech części zamówienia, to zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykaże

- się realizacją co najmniej 6 usług, z których dwie będą opiewały co najmniej na kwotę 2 000 000 zł brutto, dwie będą opiewały co najmniej na kwotę 3 500 000 zł brutto oraz dwie usługi będą opiewały na co najmniej kwotę 3 000 000 zł brutto”;
2. pkt 3 na stronie 51 SIWZ poprzez „ W przypadku składania oferty na więcej niż jedną część, Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże dowody należytego wykonania co najmniej dwóch usług, z której każda z nich będzie opiewała na minimum sumę poszczególnych części. W przypadku składania oferty na trzy części. Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże dowody należytego wykonania co najmniej dwóch usług, z której każda z nich będzie opiewała na kwotę minimum 8 500 000,00 zł brutto” oraz zastąpienie go zapisem: „W przypadku składania oferty na więcej niż jedną część, Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże dowody należytego wykonania co najmniej takiej liczby usług, która stanowi sumę usług wymaganych dla każdego z zadań, na które wykonawca składa ofertę, usługi będą opiewały na minimum kwoty określone powyżej, np. w przypadku, gdy wykonawca będzie brał udział w postępowaniu w zakresie wszystkich, trzech części zamówienia, to zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykaże się realizacją co najmniej 6 usług, z których dwie będą opiewały co najmniej na kwotę 20 000 zł brutto, dwie będą opiewały co najmniej na kwotę 3 500 000 zł brutto oraz dwie usługi będą opiewały na co najmniej kwotę 3 000 000 zł brutto”;
 3. pkt 16.9. na stronie 60 SIWZ poprzez jego wykreślenie;
 4. pkt 18.3. lit. b) na stronie 61 SIWZ poprzez wykreślenie zapisu „w przypadku składania oferty na więcej niż jedną część, Wykonawca wykaże dowody należytego wykonania usług, z której każda z nich będzie opiewała na minimum sumę poszczególnych części. W przypadku składania oferty na trzy części, Wykonawca wykaże dowody należytego wykonania usług, z której każda z nich będzie opiewała na kwotę minimum 8 500 000,00 zł brutto”;
 5. pkt 23 ppkt 4 na stronie 64 SIWZ poprzez jego wykreślenie.

II. Projekt umowy

1. Zmianę zapisu § 10 ust. 1 oraz nadanie mu następującej treści: „umowa zostaje zawarta na czas określony od dnia 30.01.2015 r. do dnia 30.01.2017 r.”, ewentualnie

- a) zmianę zapisu § 10 ust. 1 oraz nadanie mu następującej treści „umowa zostaje zawarta na czas określony od dnia 30.12.2014 r. do dnia 30.12.2016 r.”
- b) zmianę pkt 16 wymagania dla zadania nr 1 (str. 88 SIWZ) poprzez wskazanie terminu realizacji obowiązku jako „nie później niż w terminie 21 dni od dnia podpisania umowy”;
- c) zmianę pkt 17 wymagania dla zadania nr 1 (str. 88 SIWZ) poprzez wskazanie terminu realizacji obowiązku jako „nie później niż w terminie 21 dni od dnia podpisania umowy”;
- d) zmianę pkt 18 wymagania dla zadania nr 1 (str. 88 SIWZ) poprzez wskazanie terminu realizacji obowiązku jako „nie później niż w terminie 21 dni od dnia podpisania umowy”;
- e) zmianę pkt 14 wymagania dla zadania nr 2 (str. 102 SIWZ) poprzez wskazanie terminu realizacji obowiązku jako „nie później niż w terminie 21 dni od dnia podpisania umowy”;
- f) zmianę pkt 15 wymagania dla zadania nr 2 (str. 103 SIWZ) poprzez wskazanie terminu realizacji obowiązku jako „nie później niż w terminie 21 dni od dnia podpisania umowy”;
- g) zmianę pkt 16 wymagania dla zadania nr 2 (str. 103 SIWZ) poprzez wskazanie terminu realizacji obowiązku jako „nie później niż w terminie 21 dni od dnia podpisania umowy”;
- h) zmianę pkt 7 wymagania dla zadania nr 3 (str. 114 SIWZ) poprzez wskazanie terminu realizacji obowiązku jako „nie później niż w terminie 21 dni od dnia podpisania umowy”;
- i) zmianę pkt 8 wymagania dla zadania nr 3 (str. 114 SIWZ) poprzez wskazanie terminu realizacji obowiązku jako „nie później niż w terminie 21 dni od dnia podpisania umowy”;
- j) zmianę pkt 9 wymagania dla zadania nr 3 (str. 114 SIWZ) poprzez wskazanie terminu realizacji obowiązku jako „nie później niż w terminie 21 dni od dnia podpisania umowy”;
- k) § 3 ust. 1 (str. 116 SIWZ) poprzez wskazanie terminu realizacji obowiązku jako „nie później niż w terminie 21 dni od dnia podpisania umowy”;
- l) §4 ust. 2 (str. 120-121 SIWZ) poprzez wskazanie terminu realizacji obowiązku jako „nie później niż w terminie 30 dni od dnia podpisania umowy”;
- m) §4 ust. 4 (str. 121 SIWZ) poprzez wskazanie terminu realizacji obowiązku jako „nie później niż w terminie 21 dni od dnia podpisania umowy.”

Ponadto Odwołujący wniósł o zmianę Projektu umowy w zakresie:

1. § 12 ust. 1 i 2 (str. 130 SIWZ) poprzez dodanie postanowień o zasadach zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku:
 - a) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę;
 - b) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne,- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.
2. § 14 ust. 2 pkt 2 lit. e poprzez jego wykreślenie.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów, Odwołujący wskazał, że „termin wykonania zamówienia od 30 grudnia 2014 r. godz. 09.00 do 30 grudnia 2016 r. godz. 09:00”. Identyczny zapis znalazł się w ogłoszeniu o zamówieniu. Natomiast w § 10 ust. 1 projektu umowy (str. 128 SIWZ) Zamawiający wskazał, że „umowa zostaje zawarta na czas określony od dnia 30.04.2014 r. godz. 09:00 do dnia 30.04.2017 r. godz. 09:00”, co oznacza, że zostały wskazane dwa różne terminy realizacji zamówienia. Odwołujący wniósł o zmianę zapisu § 10 ust. 1 projektu umowy (str. 128 SIWZ) i wskazanie prawidłowego terminu realizacji zamówienia.

Termin rozpoczęcia realizacji usługi

Odwołujący wskazał, że zgodnie z SIWZ Zamawiający wskazał termin rozpoczęcia realizacji zamówienia na dzień 30 grudnia 2014 r. od godziny 9:00 (przynajmniej taka wola Zamawiającego wynika z zapisów SIWZ, z uwagi na wskazanie w SIWZ dwóch, różnych terminów realizacji zamówienia). Wskazuję, że rozpoczęcie realizacji przedmiotu zamówienia w wymaganym przez Zamawiającego terminie, nie jest możliwe. Zamawiający opublikował SIWZ w niniejszym postępowaniu dnia 17 listopada 2014 r. Zgodnie z Rozdziałem 15 pkt 15.1. SIWZ (strona 59 SIWZ) termin składania ofert wyznaczono na dzień 10 grudnia 2014 r. Natomiast termin rozpoczęcia realizacji zamówienia został wyznaczony na dzień 30 grudnia 2014 r. W związku z powyższym, nawet jeżeli przyjmujemy, że już w dniu otwarcia ofert (czyli 10 grudnia 2014 r.) Zamawiający dokona wyboru oferty najkorzystniejszej, to zawarcie umowy o udzielenie przedmiotowego zamówienia (w braku wnoszenia środków zaskarżenia) może nastąpić najwcześniej dnia 21 grudnia 2014 r. Odwołujący wskazał, że z praktyki wynika jednak, że zawarcie umowy nawet w tym terminie nie będzie możliwe. Założenie, że już w dniu otwarcia ofert Zamawiający dokona wyboru oferty najkorzystniejszej, jest założeniem czysto

teoretycznym. Należy bowiem uwzględnić czas, jakiego potrzebuje Zamawiający na dokonanie oceny złożonych ofert, czas na ewentualne wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów (w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy) oraz czas na ewentualne wezwanie wykonawców do złożenia wyjaśnień (w trybie art. 26 ust. 4). Ponadto należy założyć, że wykonawcy mogą skorzystać z przysługującego im prawa wniesienia odwołania od czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej. W przypadku złożenia przez wykonawcę odwołania od wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwagi na czas niezbędny dla jego rozstrzygnięcia, rozpoczęcie realizacji umowy w dniu 30 grudnia 2014 r. nie będzie w ogóle możliwe.

W ocenie Odwołującego, jeżeli nawet wybór oferty najkorzystniejszej nastąpi już w dniu otwarcia ofert, tj. 10 grudnia 2014 r., to termin złożenia odwołania przez wykonawców upłynie dnia 20 grudnia 2014 r. Zgodnie z art. 189 ust. 1 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznaje odwołanie w terminie 15 dni od dnia doręczenia jej Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej. W związku z powyższym, w przypadku wniesienia odwołania przez wykonawcę od wyboru oferty najkorzystniejszej, nawet jeżeli wybór nastąpi w pierwszym możliwym terminie (w dniu otwarcia ofert), to rozstrzygnięcie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania może nastąpić dopiero w dniu 4 stycznia 2015 r., czyli po upływie wyznaczonego przez Zamawiającego terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia.

W ocenie Odwołującego, z powyższego jednoznacznie wynika, że Zamawiający przewidział zbyt krótki czas na rozstrzygnięcie przedmiotowego postępowania. Wskazuję, że niedoszacowanie przez Zamawiającego czasu, jaki jest mu niezbędny do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie może rodzić negatywnych konsekwencji dla wykonawców. Określenie realnych terminów realizacji zamówienia jest szczególnie istotne dla wykonawcy, gdyż Zamawiający przewidział surowe konsekwencje w stosunku do wykonawcy z tytułu nieterminowego podjęcia i realizacji przedmiotu zamówienia (kary umowne, prawo wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym, możliwość dochodzenia odszkodowania przewyższające wartość zastrzeżonych kar umownych).

Wyznaczony termin rozpoczęcia wykonywania przedmiotu zamówienia, określonym przez Zamawiającego, nie jest terminem realnym, w którym wykonawca może przystąpić do realizacji przedmiotu umowy z uwagi na szereg obowiązków wykonawcy, których musi on dopełnić przed przystąpieniem do realizacji umowy, a których realizacji wykonawca nie będzie w stanie przyspieszyć (terminy przewidziane dla właściwych organów). Powyższe dotyczy w szczególności, niżej przedstawionych obowiązków wykonawcy, których musi dopełnić przed rozpoczęciem realizacji umowy.

1. Obowiązek zorganizowania magazynu broni na terenie jednostek wojskowych

Odwołujący wskazał, że w SIWZ obowiązkiem wykonawcy przed realizacją przedmiotu zamówienia będzie zorganizowanie magazynu broni. Zamawiający potwierdza to między innymi w następujących zapisach SIWZ:

- 1) rozdział III pkt 1 Zadanie nr 1 ppkt 1 tiret 3 SIWZ (str. 4), str. 16 SIWZ, str. 30 SIWZ, str. 78 SIWZ, str. 89 SIWZ, str. 104 SIWZ — dowódca ochrony musi posiadać „legitymacją osoby dopuszczonej do posiadania broni oraz upoważniającą do zarządzania magazynem broń”;
- 2) rozdział III pkt 1 Zadanie nr 1 ppkt 1 (str. 5), str. 31 SIWZ, str. 79 SIWZ, str. 105 SIWZ - „ochrania magazyn broni SUFO znajdujący się w pomieszczeniach wartowni”;
- 3) pkt 13 lit. g) SIWZ (str. 45) - “wykonać na własny koszt prace dostosowujące pomieszczenia magazynów broni na wartowniach, do obowiązujących przepisów MSWiA odnośnie organizacji magazynów broni (jeżeli uzna, że już istniejący stan nie spełnia w/w wymagań)”;
- 4) pkt 15 lit. e) SIWZ (str. 46) - pomieszczenie na magazyn broni będzie udostępnione do przechowywania broni Wykonawcy. Przystosowanie oraz zabezpieczenie miejsca na magazyn broni odpowiadającego określonym wymagom spoczywa na Wykonawcy”;
- 5) § 4 ust. 2 projektu umowy (st. 120 SIWZ) „na wykonawcy ciąży obowiązek spełnienia wymagań technicznych organizowanego magazynu uzbrojenia dla potrzeb służby ochronnej, wraz z odbiorem technicznym, przez właściwą Komendę Wojewódzką Policji. Uwierzytelnioną kopię protokołu, (wystawionego przez upoważnionego przez Komendanta Wojewódzkiego Policji funkcjonariusz) stwierdzającego spełnienie wymagań dla magazynu broni oraz sposobu zabezpieczenia broni i amunicji, określonych w Rozporządzeniu Ministra Spraw wewnętrznych i Administracji z dnia 21 października 2011 r. w sprawie zasad uzbrojenia SUFO i warunków przechowywania oraz ewidencjonowania broni i amunicji (Dz. U. nr 245, poz. 1462 z późn. zm.) prześle Zamawiającemu przed terminem rozpoczęcia świadczenia usług ochronnych.

W związku z wyżej wskazanymi zapisami SIWZ wykonawca przed realizacją zamówienia zobowiązany będzie do zorganizowania magazynu broni, w którym ta broń będzie przechowywana. Odwołujący podkreślił, że zorganizowanie magazynu broni w terminie

określonym przez Zamawiającego nie jest możliwe. Najwcześniejszy możliwy termin podpisania umowy będzie to dzień 21 grudnia 2014 r. Natomiast termin rozpoczęcia realizacji umowy natomiast jest to dzień 30 grudnia 2014 r. od godz. 9:00. W związku z tym, wykonawca będzie miał najwyżej 8 dni na zorganizowanie magazynu broni, a bardzo prawdopodobnym jest, że będzie to termin krótszy. Zorganizowanie magazynu broni w ciągu 8 dni nie będzie możliwe, dla żadnego z wykonawców, poza wykonawcą obecnie realizującym zamówienie. Stawianie natomiast jednego z wykonawców w sytuacji uprzywilejowanej, w której tylko ten wykonawca będzie zdolny do terminowej realizacji zamówienia, stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

W przypadku magazynu broni, na wykonawcy spoczywa obowiązek zgłoszenia faktu zorganizowania magazynu do właściwej Komendy Policji. Obowiązek ten wynika z postanowień § 9 rozporządzenia Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 6 sierpnia 1998 r. w sprawie zasad uzbrojenia specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych i warunków przechowywania broni i amunicji (Dz. U. nr 113 poz. 730, z zm.), zgodnie z którym przedsiębiorca pisemnie zawiadamia organ Policji, który wydał pozwolenie na broń, o miejscu przechowywania poszczególnych egzemplarzy broni, o której mowa w § 2, oraz o każdej zmianie stałego miejsca ich przechowywania, w terminie 5 dni od dnia jej przekazania do magazynu lub pomieszczenia, o którym mowa w § 11 ust. 3. Z kolei z § 8 ust. 1 Rozporządzenia wynika, że broń i amunicję, będące w posiadaniu specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych przechowuje się w magazynie broni.

Wykonawca zobowiązany więc będzie w pierwszej kolejności do zorganizowania magazynu broni, a następnie do zgłoszenia gotowości odebrania magazynu przez właściwy organ policji, który wydał pozwolenie na broń. Termin 8 dni nie jest więc terminem wystarczającym na dokonanie tych czynności. Właściwy organ policji na wydanie decyzji administracyjnej ma 30 dni.

Na marginesie zaznaczyć należy, że pracownik specjalistycznej uzbrojonej formacji ochronnej może być uzbrojony i rozbrojony tylko na terenie magazynu broni, tj. przekazywanie broni przez pracowników kończących służbę ich następcom poza magazynem broni byłoby niedopuszczalne. Zgodnie bowiem z § 14 ust. 1 Rozporządzenia broń i amunicja, stanowiące uzbrojenie specjalistycznej uzbrojonej formacji ochronnej podlegają ewidencjonowaniu w książce stanu uzbrojenia, która zgodnie z § 14 ust. 3 przechowywana jest w magazynie broni. Tym samym, jeżeli magazyn broni zlokalizowany byłby poza terenem Jednostki Wojskowej to faktycznie w celu prawidłowego wypełnienia obowiązku w umownych wykonawca byłby zobowiązany do zakupu dwukrotnie większej ilości broni niż ilość wynikająca z umowy (jeden

„komplet” broni byłby w posiadaniu pracowników na terenie Jednostki Wojskowej, a drugi - w magazynie broni, gdzie kolejna zmiana pracowników byłaby uzbrajana).

Odwołujący wskazał, że wykonawca nie jest uprawniony do dowolnego, tj. oderwanego od obowiązujących go przepisów, dysponowania bronią, aby za wszelką cenę zapewnić wypełnianie warunków wynikających z umowy zawartej z Zamawiającym. Zgodnie z art. 29 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji, świadectwo broni może być wydane „przedsiębiorcom, którzy uzyskali koncesje na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia, jeżeli broń jest im niezbędna w zakresie i formach określonych w koncesji. Z uwagi na przytoczony przepis, uzyskanie świadectwa broni przez wykonawcę, będzie możliwe jeżeli wykaże, że broń jest mu niezbędna do prowadzenia działalności, w tym wykonawca zobowiązany będzie do wykazania ilości niezbędnej broni. Aby uzyskać świadectwo broni, wykonawca zobowiązany będzie więc przedstawić umowę podpisaną z Zamawiającym, która będzie dowodem, że broń jest wykonawcy niezbędna do świadczenia usług ochrony, co jest warunkiem uzyskania pozwolenia na broń „na świadectwo”.

Obowiązek przechowywania broni wyłącznie w ilości niezbędnej dla realizacji umowy, potwierdził sam Zamawiający. Między innymi w zapisie pkt 6 na stronie 14 SIWZ, Zamawiający wskazał, że wykonawca zobowiązuje się do przechowywania na obiekcie tylko takiej ilości broni jaka jest wymagana umową — liczba pracowników ochrony przebywająca na obiekcie”.

W ocenie Odwołującego w terminie określonym przez Zamawiającego nie będzie możliwe rozpoczęcie realizacji przedmiotu zamówienia, gdyż nie będzie możliwe uzyskanie przez wykonawcę protokołu obioru magazynu broni. Wystąpienie z wnioskiem będzie możliwe dopiero po podpisaniu umowy, a organ właściwy na wydanie decyzji ma 30 dni. W związku z powyższym, żaden wykonawca nie będzie mógł dotrzymać terminu rozpoczęcia realizacji umowy, za wyjątkiem wykonawcy, który już posiada magazyn na terenie jednostek (wykonawca obecnie realizujący przedmiot zamówienia).

Odwołujący wskazał, że Zamawiający na poziomie nierealnym ukształtował także terminy realizacji innych obowiązków wykonawcy, których wykonawca nie będzie w stanie dotrzymać nawet przy zachowaniu należytej staranności. Dotyczy to następujących terminów i obowiązków określonych w SIWZ:

- 1) pkt 7 na str. 14 SIWZ, pkt 6 na stronie 29 SIWZ, pkt 7 na str. 40 SIWZ, pkt 16 na str. 88 SIWZ (projekt umowy), pkt 14 na str. 102 SIWZ (projekt umowy), pkt 7 na str. 114 SIWZ (projekt umowy) — zamontowania i uruchomienia — nie później niż

- w dniu rozpoczęcia realizacji umowy elektronicznego systemu kontroli pracy wartowników (SEVENGUARD, ACTTVGUARD lub inne spełniające ustalone wymagania) - na realizację tego obowiązku wykonawca będzie miał najwyżej 8 dni;
- 2) pkt 8 na str. 14 SIWZ, pkt 7 na stronie 29 SIWZ, pkt 8 na str. 40 SIWZ, pkt 17 na str. 88 SIWZ (projekt umowy), pkt 15 na str. 103 SIWZ (projekt umowy), pkt 8 na str. 114, SIWZ (projekt umowy) — zamontowania nie później niż w dniu rozpoczęcia realizacji umowy urządzeń sygnalizacyjnych alarmujących o napadzie na pracowników ochrony z jednoczesnym powiadamianiem Grupy Interwencyjnej realizację tego obowiązku wykonawca będzie miał najwyżej 8 dni;
 - 3) pkt 9 na str. 14 SIWZ, pkt 8 na stronie 29 SIWZ, pkt 9 na str. 40 SIWZ, pkt 18 na str. 88 SIWZ (projekt umowy), pkt 16 na str. 103 SIWZ (projekt umowy), pkt 9 na str. 114 SIWZ (projekt umowy) - zamontowania nie później nie w dniu rozpoczęcia realizacji umowy (...) zestawu nadzoru wizyjnego CCTV w postaci..", - na realizację tego obowiązku wykonawca będzie miał najwyżej 8 dni;
 - 4) § 3 ust. 1 projektu umowy (str. 116 SIWZ) — „wykonawca zobowiązuje się w terminie 14 dni od daty podpisania umowy, nie później jednak niż 7 dni przed rozpoczęciem wykonywania zadań ochronnych opracować wraz z przedstawicielem Zamawiającego i przedstawić do akceptacji Zamawiającego „Instrukcją ochrony obiektów” zawierającą część opisową i graficzną, która zostanie opracowana zgodnie z rozporządzeniem Ministra Obrony Narodowej z dnia 19.06.1999 r. w sprawie ochrony przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne terenów komórek i jednostek organizacyjnych resortu obrony narodowej(Dz. U. z 1999r. Nr 60, poz. 647 z póź. zm.) - na realizację tego obowiązku wykonawca będzie miał najwyżej 1 dzień;
 - 5) § 4 ust. 4 projektu umowy (str. 121 SIWZ) — „wykonawca prześle Zamawiającemu, 7 dni od podpisania umowy, ale nie później niż w dniu przystąpienia do realizacji umowy wykaz pracowników, którzy będą świadczyć usługą ochrony wraz z podaniem.... na realizację tego obowiązków wykonawca może nie mieć nawet 7 dni z uwagi na fakt, że bardzo prawdopodobnym jest, że podpisanie umowy nastąpi później niż na 7 dni przed terminem przystąpienia do realizacji umowy; na realizację tego obowiązku wykonawca będzie miał najwyżej 1 dzień.

W ocenie Odwołującego wprowadzenie przez Zamawiającego terminów realizacji wyżej wskazanych obowiązków, poprzez ich określenie jako „nie później niż w dniu rozpoczęcia realizacji umowy”, w oderwaniu od terminu w jakim Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia i jaki wyznaczył na złożenie ofert i realizację zamówienia, stanowi

naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Wykonawca nie będzie w stanie wykonać nałożonych na niego treści SIWZ obowiązków w terminie. Ukształtowanie przez Zamawiającego treści SIWZ, w sposób wskazany powyżej, sprawia, że tylko wykonawca obecnie realizujący usługi ochrony osób i mienia na terenie jednostek wojskowych wskazanych w SIWZ, na których wykonywany ma być przedmiot zamówienia, bez obaw nałożenia na niego kar umownych przez Zamawiającego, może złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu.

Warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia

Odwolujący wskazał, że zgodnie z ppkt 9.2 na stronie 47 SIWZ Zamawiający wymaga, aby wykonawcy spełniali postawiony przez niego warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. „Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca złoży wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, co najmniej dwóch usług będących przedmiotem zamówienia, (usługa związana ze stałą bezpośrednią ochroną fizyczną obiektów, w zakresie tożsamym z przedmiotem zamówienia tj. ochrona terenów jednostek wojskowych lub ochrona obiektów, które podlegają obowiązkowej ochronie zgodnie z Ustawą z dnia 22 sierpnia 1997r. o ochronie osób i mienia) z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców z załączonymi dokumentami (referencjami), potwierdzającymi, że usługi te zostały wykonane należycie, oraz że każda z w/w usług: Dla zad. 1 - o wartości minimum 2 000 000 PLN; Dla zad.2 - o wartości minimum 3 500 000 PLN; Dla zad.3 - o wartości minimum 3 000 000 PLN.

W przypadku składania oferty na więcej niż jedną część, Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże dowody należytego wykonania co najmniej dwóch usług, z której każda z nich będzie opiewała na minimum sumę poszczególnych części. W przypadku składania oferty na trzy części, Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże dowody należytego wykonania co najmniej dwóch usług, z której każda z nich będzie opiewała na kwotę minimum 8 500 000,00 zł brutto.”

Zgodnie z wolą Zamawiającego, w przypadku, gdy wykonawca będzie składał ofertę na więcej niż jedną część zamówienia (zamówienie zostało podzielone na 3 części), to odpowiednio (zgodnie z wymogiem podstawowym) będzie musiał posiadać doświadczenie w postaci realizacji nadal dwóch usług, jednak wartość każdej z tych usług rośnie (suma wartości dla poszczególnych części). Wskazuję, że zapis ten znacznie utrudnia uczciwą konkurencję w przedmiotowym postępowaniu i stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Wykonawca, który będzie składał ofertę na wszystkie - trzy części zamówienia będzie zobowiązany do wykazania się realizacją dwóch usług, z których wartość każdej będzie nie niższa od 8 500 000 zł brutto. Znacznie utrudnia to uczciwą konkurencję w przedmiotowym postępowaniu i uniemożliwia wzięcie udziału w postępowaniu wykonawcom, którzy są zdolni do realizacji zamówienia. Nie ma żadnego uzasadnienia, z uwagi na które należałoby uznać, że wykonawca, który wykonał łącznie, w okresie ostatnich trzech lat, sześć usług z których: dwie usługi o wartości co najmniej 2 000 000 zł brutto, dwie usługi o wartości co najmniej 3 500 000 zł brutto oraz dwie usługi o wartości co najmniej 3 000 000 zł brutto, nie będzie w stanie do należytej realizacji zamówienia. Wprowadzenie przez Zamawiającego „sumowania” wartości usług z poszczególnych części w ramach jednej usługi, narusza uczciwą konkurencję, gdyż niewielu wykonawców jest w stanie wykazać się takim doświadczeniem.

Skoro wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, wykonał należycie co najmniej 6 usług (a nie 2 jak żąda Zamawiający), których łączna wartość wynosi 17 000 000 zł brutto (czyli wartość, której wymagał Zamawiający), to tym bardziej będzie on zdolny do wykonania jednej usługi, będącej przedmiotem niniejszego postępowania, gdyż realizacja tej usługi odbywać się będzie w czasie zbliżonym (2 lata) do okresu, z którego wykonawca może wykazywać się doświadczeniem (3 lata).

W ocenie Odwołującego przyjęte przez Zamawiającego kryterium oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu w postaci wiedzy i doświadczenia, uniemożliwiają udział w realizacji zamówienia wykonawcom, którzy są zdolni do należytej realizacji przedmiotu umowy. Ocena spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, powinna być dokonywana odrębnie w ramach każdej odrębnej części zamówienia. Warunki w zakresie wiedzy i doświadczenia powinny być dla wszystkich wykonawców jednakowe. Odwołujący wskazał, że tak postawiony warunek stoi w sprzeczności z zasadami logiki z uwagi na fakt, że w ten sam sposób (jak warunek udziału w postępowaniu) Zamawiający określił jedno z kryteriów oceny ofert. Na potrzeby zarówno oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, jak i na potrzeby oceny ofert w zakresie kryteriów oceny ofert, wykonawca będzie zobowiązany przedłożyć jeden, ten sam wykaz wykonanych i wykonywanych usług, zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ.

Kryterium oceny ofert ograniczające uczciwą konkurencję oraz wprowadzające nierówne traktowanie wykonawców

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wprowadził następujące kryteria oceny ofert: cena - 85 %, doświadczenie - 15 %. Zamawiający wskazał w pkt 18.3. lit. b na stronie 61 SIWZ, że

„kryterium doświadczenie w realizacji umów w zakresie usług stałej, bezpośredniej ochrony fizycznej obiektów wojskowych podległych MON w latach od 2011r. do 2014r. Wymagane minimalne wartości kwotowe brutto zrealizowanych umów dla poszczególnych części: część nr I - min. 2 000 000,00 zł brutto każda część nr II - min. 3 500 000,00 zł brutto każda, część nr III - min. 3 000 000,00 zł brutto każda W zakresie tego kryterium Zamawiający przyzna: a) za realizację 5 umów - 15 pkt; b) za realizację 4 umów - 10 pkt; c) za realizację 3 umów - 5 pkt; d) poniżej 3 umów - 0 pkt.

Na potwierdzenie spełnienia tego kryterium Wykonawca jest zobowiązany załączyć do oferty wykaz zrealizowanych usług świadczonych w zakresie bezpośredniej i stałej ochrony fizycznej obiektów wojskowych podległych MON w latach od 2011 r. do 2014 r. wg załącznika nr 4 do SIWZ wraz z dokumentami (referencjami) potwierdzającymi należyte wykonanie przedmiotowych usług. Z dokumentów musi wynikać data rozpoczęcia i zakończenia umowy> wartość umowy. Referencje muszą być podpisane przez osobę upoważnioną ze strony zamawiającego, dla którego usługi były świadczone. W przypadku składania oferty na więcej niż jedną część, Wykonawca wykaże dowody należytego wykonania usług, z której każda z nich będzie opiewała na minimum sumę poszczególnych części W przypadku składania oferty na trzy części, Wykonawca wykaże dowody należytego wykonania usług, z której każda z nich będzie opiewała na kwotę minimum 8 500 000,00 zł

W ocenie Odwołującego Zamawiający w taki sposób ukształtował jedno z kryteriów oceny ofert, że jest ono nierówne w zakresie poszczególnych części zamówienia dla wykonawców składających oferty na tę samą część. Zgodnie z zapisami SIWZ w zakresie kryterium oceny ofert w postaci wiedzy i doświadczenia, Zamawiający przyznaje punkcję wykonawcy w zależności od ilości wykonanych usług, spełniających wymagania SIWZ. Za wykazanie się realizacją 5 umów Zamawiający przyzna wykonawcy 15 pkt, za realizację 4 umów Zamawiający przyzna wykonawcy 10 pkt, za realizację 3 umów Zamawiający przyzna wykonawcy 5 pkt, natomiast za liczbę usług mniejszą niż 3 wykonawca nie uzyska punktów. Jednakże, w zależności od tego na ile części zamówienia wykonawca złoży ofertę, będzie on zobowiązany do wykazania się usługami o wartości odpowiadającej sumie części, na które złożył ofertę. Oznacza to, że kryterium oceny ofert będzie różne dla wykonawców ubiegających się o realizację zamówienia w zakresie jednej części.

W ocenie Odwołującego oceny oferty w zakresie kryterium oceny ofert należy dokonywać odrębnie dla każdej z części zamówienia. W związku z powyższym, w zakresie kryterium oceny ofert, nie można zastosować wprowadzonego przez Zamawiającego „sumowania”. Kryterium oceny oferty powinny być tak skonstruowane, aby wykonawcy mieli równe szanse

na uzyskanie najwyższej liczby punktów w danym kryterium oceny ofert, a tym samym aby mieli równe szanse na wybór ich oferty jako najkorzystniejszej i uzyskanie zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający różnicuje sytuację wykonawców, wprowadzając inne wartości usług, jakimi muszą się oni wykazać. Podkreślam, że ocena oferty w zakresie kryteriów oceny ofert w danej części zamówienia, powinna być oderwana od kryteriów, jakie decydują o wyborze oferty w innej części zamówienia.

Brak postanowień określających zasady zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 142 ust. 5 ustawy Pzp „umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany: (i) stawki podatku od towarów i usług; (ii) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3~ 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę; (iii) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne - jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie dopełnił obowiązku nałożonego na niego treścią art. 142 ust. 5 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał w § 12 ust. 1 projektu umowy (str. 130 SIWZ), że „Zamawiający dopuszcza zmiany podyktowane zmianą powszechnie obowiązujących przepisów prawa, w zakresie mającym wpływ na realizację umowy, w tym zmiany ustawowej stawki VAT lub rewaloryzacji wynagrodzeń. Wartość należnego wynagrodzenia zostanie skorygowana o wartość należnego podatku VAT lub rewaloryzację wynagrodzeń, zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa”. Ponadto zgodnie z zapisem w § 12 ust. 2 projektu umowy (str. 130 SIWZ) „W przypadku zmiany wysokości stawki podatku VAT, na pisemny wniosek zainteresowanej strony, dopuszcza się zmianę wartości umowy brutto w stosunku do zadania którego zmiana dotyczy”. Zamawiający nie wskazał więc, jakie będą zasady zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku innych zmian w przepisach prawnych, określonych w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający dopuszcza zmianę wynagrodzenia w przypadku „rewaloryzacji wynagrodzeń”. Wskazuję, że pojęcie rewaloryzacji wynagrodzeń nie jest tożsame ze zmianą wysokości minimalnego wynagrodzenia, czy zmianą zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości składki na ubezpieczenie społeczne lub zawodowe (zmiany te mogą być niezależne od jakiegokolwiek

waloryzacji czy rewaloryzacji). Jak wskazuje się powszechnie rewaloryzację należy rozumieć jako podparte ustawą podwyższenie nominalnej wartości pieniądza wobec kursu złota, czy przywrócenie dochodom ich realnej wartości utraconej z powodu inflacji. W związku z tym, np. zmiana wysokości minimalnego wynagrodzenia może nastąpić z samej woli ustawodawcy, nawet jeżeli inflacja nie wpływa na spadek siły nabywczej przez pieniądz. W związku z powyższym, Zamawiający nie przewidział w treści SIWZ wszystkich przesłanek pozwalających na zmianę umowy w zakresie wysokości wynagrodzenia wykonawcy, co sprzeczne jest z treścią art. 142 ust. 5 Ustawy.

Przesłanka odrzucenia oferty

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w punkcie 16.9 na stronie 60 SIWZ wskazał, że zastosowanie przez wykonawcę stawki podatku VAT od towarów i usług niezgodnego z przepisami od towarów i usług oraz podatku akcyzowym spowoduje odrzucenie oferty”. W związku z powyższym, Zamawiający wprowadził w SIWZ dodatkową, niewynikającą z Ustawy przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy.

Przesłanki odrzucenia ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostały określone w art. 89 ustawy Pzp. Przesłanki te zostały przez ustawodawcę ujęte w zamkniętym katalogu, który nie może być przez Zamawiającego dowolnie rozszerzany. W art. 89 określony został zamknięty katalog przesłanek skutkujących odrzuceniem oferty. Zamawiający dokonując oceny odrzucenia oferty, musi wskazać jako podstawę jedną z przesłanek określonych w art. 89 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, z uwagi na brak podstawy prawnej, Zamawiający nie będzie mógł odrzucić oferty wykonawcy, jeżeli zastosuje on stawkę podatku VAT inną, niż stawka wynikająca z przepisów prawa. Wskazuję, że ewentualne wskazanie przez wykonawcę stawki VAT, która w ocenie Zamawiającego będzie niezgodna z przepisami ustaw podatkowych w tym zakresie, powinna być przedmiotem wyjaśnień wykonawcy i ewentualnie

Informacja dotycząca środków ochrony prawnej

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w SIWZ na stronie 64 w punkcie 23 ppkt 4 wskazał, że Zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w niniejszym postępowaniu odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: (i) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; (ii) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; (iii) odrzucenia oferty odwołującego. Natomiast jak wskazał sam

Zamawiający W Rozdziale II punkcie 1 SIWZ (str. 2 SIWZ), przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 Ustawy, tj. powyżej 134 000 euro.

W związku z powyższym, Zamawiający błędnie określił środki ochrony prawnej przysługujące wykonawcom w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu odwołanie przysługuje wykonawcy jedynie od czynności Zamawiającego polegających na: opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia oraz odrzuceniu oferty odwołującego. Natomiast zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w postępowaniach, w których wartość szacunkowa zamówienia jest wyższa od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy, odwołanie przysługuje wykonawcy od każdej niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany. Wykonawcy przysługiwać więc będzie odwołanie również np. od: treści SIWZ, wyboru oferty najkorzystniejszej, zaniechania wykluczenia innego wykonawcy z postępowania, zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy.

Podwójna kara umowna

Odwołujący wskazał, że zgodnie § 14 ust. 2 pkt 2 lit. e projektu umowy, wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 200 zł za każdy dzień opóźnienia w dokonaniu wymiany umundurowania pracownika na nowy, zgodnie z pisemnym powiadomieniem. Ponadto zgodnie z § 14 ust. 2 pkt 2 lit. t wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości „100 zł za każdy dzień opóźnienia/zwłoki w dokonaniu wymiany umundurowania pracownika SUFO na nowe (.termin 14 dni od chwili pisemnego powiadomienia przez Zamawiającego. W związku z powyższym, Zamawiający wprowadził podwójne obciążenie karą umowną wykonawcy, który opóźni się w dokonaniu wymiany umundurowania pracownika ochrony.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej „**SWZ**”) na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu; (ii) notatką służbową z dnia

21 listopada 2014 r. w sprawie odbioru magazynu broni w garnizonach: Międzyrzecz i Wędrzyn na okoliczność ustalenia możliwego terminu odbioru powyższych magazynów broni.

Na podstawie powyższych dokumentów, Izba ustaliła, że Zamawiający – Jednostka Wojskowa Nr 5701 prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Całodobowa ochrona fizyczna osób i mienia obiektów w Wędrzynie i Międzyrzeczu”.

Izba ustaliła na podstawie SIWZ, że kwestionowane postanowienia treści SIWZ zostały przytoczone w sposób właściwy w treści odwołania Odwołującego i odpowiadają zapisom SIWZ.

Izba ustaliła, że dniu 4 grudnia 2014 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, że w dniu 28 listopada 2014 r. dokonał zmiany SIWZ, uwzględniając większość zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Odwołujący oświadczył podczas posiedzenia z udziałem stron, że wobec zmiany treści SIWZ dokonanej przez Zamawiającego podtrzymuje jedynie swój zarzut zawarty w pkt I, ppkt 10 odwołania – „Rozdział VIII SIWZ (str. 46 w zakresie określenia terminu rozpoczęcia realizacji przedmiotu zamówienia) oraz zarzut zawarty w pkt II ppkt 11 odwołania – „§4 ust. 2 (str. 120 – 121 SIWZ) w zakresie określenia nierealnego (niemożliwego do zachowania) terminu dokonania odbioru magazynu broni i przekazania Zamawiającemu uwierzytelnianej kopii protokołu stwierdzającego spełnienie wymagań dla magazynu broni oraz sposobu zabezpieczenia broni i amunicji.

Izba zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Izba stwierdziła, że w odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ, które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami Pzp oferty. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia.

W ocenie Izby odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Istota sporu pomiędzy stronami sprowadza się do rozstrzygnięcia czy wskazany przez Zamawiającego w SIWZ termin rozpoczęcia realizacji przedmiotu zamówienia oraz termin dokonania odbioru magazynów broni i przekazania Zamawiającemu uwierzytelnianej kopii protokołu stwierdzającego spełnienie wymagań dla magazynu broni oraz sposobu zabezpieczenia broni i amunicji naruszają przepisy art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności należy wskazać, termin składania ofert został wyznaczony przez Zamawiającego na dzień 15 grudnia 2014 r. Zamawiający określił w SIWZ, iż rozpoczęcie realizacji zamówienia nastąpi nie później niż w dniu 30 grudnia 2014 r. godzina 9:00. Dalej należy zaznaczyć, że zgodnie z postanowieniami SIWZ obowiązkiem wykonawcy przed przystąpieniem do realizacji przedmiotu zamówienia będzie dostosowanie magazynów broni do wymogów rozporządzenia Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 21 października 2011 r. w sprawie zasad uzbrojenia specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych i warunków przechowywania oraz ewidencjonowana bron i amunicji (Dz. U. nr 245 poz. 1462, z zm.) (dalej „**Rozporządzenie w sprawie uzbrojenia**”). W przypadku magazynów broni, na wykonawcy spoczywa obowiązek zgłoszenia faktu zorganizowania magazynu do właściwej Komendy Policji. Obowiązek ten wynika z postanowień § 9 Rozporządzenia w sprawie uzbrojenia, zgodnie z którym przedsiębiorca pisemnie zawiadamia organ Policji, który wydał pozwolenie na broń, o miejscu przechowywania poszczególnych egzemplarzy broni, o której mowa w § 2, oraz o każdej zmianie stałego miejsca ich przechowywania, w terminie 5 dni od dnia jej przekazania do magazynu lub pomieszczenia, o którym mowa w § 11 ust. 3. Z kolei z § 11 ust. 1 Rozporządzenia wskazuje na szczególne wymagania jakie musi spełniać magazyn broni, aby mógł zostać sporządzony protokół spełnienia wymagań technicznych magazynu i zabezpieczenia broni i amunicji.

W ocenie Izby powyższe zestawienie terminów realizacji poszczególnych obowiązków wykonawcy potwierdza nierealność harmonogramu realizacji zamówienia określonego przez Zamawiającego w SIWZ. Należy bowiem wskazać, że skoro termin składania ofert został określony na dzień 15 grudnia 2014 r., oznacza to, że wybór oferty najkorzystniejszej może nastąpić najwcześniej w tym dniu tj. 15 grudnia 2014 r. Umowa o udzielenie zamówienia publicznego (przy założeniu braku wniesienia środków zaskarżenia przez wykonawców) mogłaby być najwcześniej zawarta w dniu 26 grudnia 2014 r. Wskazać jednak należy, iż okres 25 – 26 grudnia to okres bożonarodzeniowy więc pierwszą realną datą zawarcia umowy byłby dzień 27 grudnia 2014 r. Oznaczałoby to, że wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą miałby de facto 2 – 3 dni na przygotowanie magazynów do przechowywania broni. W ocenie Izby niezasadnym jest nałożenie na wykonawcę obowiązku przygotowania magazynów broni w tak krótkim okresie. Jak słusznie wskazał Odwołujący, żaden wykonawca

nie będzie mógł wykonać powyższego obowiązku, za wyjątkiem wykonawcy, który już posiada magazyn na terenie jednostek (tj. wykonawcy, który obecnie realizujący przedmiot zamówienia).

Podczas rozprawy Zamawiający argumentował, że magazyny broni już funkcjonują i według jego wiedzy istniejące zabezpieczenia pozostaną nadal, a nowy wykonawca będzie zobowiązany jedynie do zakupu sejfów do przechowywania broni, a to może wykonać w ciągu jednego dnia. Wskazać jednak należy, że w treści SIWZ Zamawiający nałożył na wykonawcę, którego oferta zostanie wybrana następujący wymóg: „wykonać na własny koszt prace dostosowujące pomieszczenie magazynów broni na wartowniach, do obowiązujących przepisów MSWiA odnośnie organizacji magazynów broni (jeżeli uzna, że już istniejący stan nie spełnia w/w wymagań). Zamawiający nie wskazał jednak jaki stan magazynów broni zostanie przekazany wybranemu wykonawcy. Brak jest w SIWZ jakiegokolwiek informacji czy obecnie funkcjonujące zabezpieczenia systemu, sygnalizacji włamania zostaną przekazane nowemu wykonawcy czy być może elementy te będą zdemontowane przez wykonawcę obecnie wykonującego usługi. Gdyby Zamawiający w SIWZ w sposób jednoznaczny i precyzyjny wskazał, iż wykonawca, z którym zostanie podpisana umowa o udzielenie zamówienia publicznego przejmie obecne istniejące zabezpieczenia, to wówczas zasadne byłoby rozważenie czy w terminie 2 - 3 dni możliwe jest uzyskanie stosowanego protokołu potwierdzającego spełnienie wymagań technicznych. Wobec braku powyższych informacji w SIWZ Odwołujący słusznie przyjął, że przygotowanie magazynu broni, bez jakiegokolwiek wiedzy, jakie magazyny zostaną mu przekazane i z jakim wyposażeniem, nie będzie możliwe w terminie 2 - 3 dni.

Dowód przedłożony przez Zamawiającego w postaci notatki uzgodnień w sprawie odbiorów magazynów broni w garnizonach Międzyrzecz, Wędrzyn z dnia 28 listopada 2014 r. nie stanowi, w ocenie Izby, żadnego potwierdzenia, iż wykonawca z którym zostanie zawarta umowa o udzielenie zamówienia publicznego uzyska niezbędny protokół przed dniem rozpoczęcia wykonywania umowy tj. do dnia 30 grudnia 2014 r., godzina 9:00. Wskazać należy w pierwszej kolejności, iż uzgodnienia takie nie mają charakteru wiążącego i nie stanowią w ocenie Izby żadnej gwarancji dla wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa, iż protokół taki rzeczywiście zostanie sporządzony do dnia 30 grudnia 2014 r. Dalej należy zaznaczyć, że wykonawca decydując się na udział w postępowaniu przetargowym kieruje się zapisami SIWZ i na tej podstawie analizuje czy jest w stanie wykonać nałożone na niego obowiązki w terminach wskazanych w SIWZ. W przedmiotowym postępowaniu, Odwołujący słusznie wskazał, że nie jest możliwe wykonanie obowiązku przygotowania magazynów broni w terminie wskazanym przez Zamawiającego, gdyż brak jest w SIWZ jakichkolwiek informacji

jaki magazyny zostaną mu przekazany, z jakim wyposażeniem i jaka będzie skala dostosowania magazynów do obowiązujących przepisów prawa. Przedłożona notatka nie jest częścią SIWZ i nie jest wiążąca dla wykonawcy. Wskazać również należy, że zgodnie z Rozporządzeniem w sprawie uzbrojenia, protokół można sporządzić, jeżeli magazyn spełnia wymagania techniczne dotyczące sposobu zabezpieczenia broni i amunicji określone w/w rozporządzeniu. Przedłożona notatka uzgodnień wskazuje, iż proces odbioru odbędzie się nie później niż do 30.12.2014 r. W ocenie Izby, fakt, że proces odbioru odbędzie się przed wskazanym przez Zamawiającego terminem rozpoczęcia wykonywania umowy nie oznacza i nie gwarantuje, iż odbiór w tym dniu rzeczywiście nastąpi. Jeżeli wykonawca wyłoniony przez Zamawiającego nie dostosuje magazynu do wymagań Rozporządzenia w sprawie uzbrojenia chociażby z powodu zbyt krótkiego terminu, to brak będzie podstaw do sporządzenia wymaganego protokołu, a wykonawca obarczony zostaje ryzykiem zapłaty kar umownych.

Dalej Izba wskazuje, że w konsekwencji zmiany terminu przedłożenia protokołu potwierdzającego spełnienia wymagań technicznych i sposobu zabezpieczenia broni i amunicji, Izba nakazała również zmianę terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia na dzień 30 stycznia 2015 r. Wprowadzenie nowego terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia umożliwi wykonawcy, z którym zostanie podpisana umowa o udzielenie zamówienia publicznego wykonanie w realnym terminie nałożonych na niego obowiązków wynikających z SIWZ, w tym obowiązku przygotowania magazynów broni i przedłożenia protokołu obioru magazynów broni.

W ocenie Izby wprowadzenie przez Zamawiającego terminu realizacji obowiązku przygotowania magazynów broni, poprzez jego określenie jako „nie później niż w dniu rozpoczęcia realizacji umowy”, w oderwaniu od terminu w jakim Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia i jaki wyznaczył na złożenie ofert i realizację zamówienia, stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Wykonawca nie będzie w stanie wykonać nałożonych na niego treści SIWZ obowiązków w terminie. Ukształtowanie przez Zamawiającego treści SIWZ, w sposób wskazany powyżej, sprawia, że tylko wykonawca obecnie realizujący usługi ochrony osób i mienia na terenie jednostek wojskowych wskazanych w SIWZ, na których wykonywany ma być przedmiot zamówienia, bez obaw nałożenia na niego kar umownych przez Zamawiającego, może złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Działanie takie stoi w sprzeczności z zasadą prawa zamówień publicznych wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....