

Sygn. akt KIO/UZP 929/09

**WYROK**  
**z dnia 31 lipca 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Andrzej Niwicki**

**Członkowie:** **Lubomira Matczuk-Mazuś**  
**Marzena Teresa Ordysińska**

**Protokolant:** **Łukasz Sierakowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie w dniu **29 lipca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Agencja Ochrony Kowalczyk Sp. j., 05-300 Mińsk Mazowiecki, ul. Tuwima 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala, 02-390 Warszawa, ul. Grójecka 186** protestu z dnia **16 czerwca 2009 r.**

~~przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX – po stronie zamawiającego\*~~

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Agencja Ochrony Kowalczyk Sp. j., 05-300 Mińsk Mazowiecki, ul. Tuwima 1**

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 uiszczanego przez **Agencja Ochrony Kowalczyk Sp. j., 05-300 Mińsk Mazowiecki, ul. Tuwima 1**
  
- 2) 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 **Agencja Ochrony Kowalczyk Sp. j., 05-300 Mińsk Mazowiecki, ul. Tuwima 1**

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

Odwołujący Agencja Ochrony „Kowalczyk” sp. j. uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na ochronę fizyczną osób i mienia w obiektach zajmowanych przez Centralę Narodowego Funduszu Zdrowia przy ul. Grójeckiej 186 w Warszawie oraz przy ul. Koszykowej 78 w Warszawie złożył protest wobec wyboru do realizacji zamówienia oferty firmy G4S Security sp. z o. o. wnosząc o zaliczenie jako spełniające warunek posiadania odpowiedniego doświadczenia wykonanych zamówień w Mazowieckim Urzędzie Wojewódzkim w Warszawie i w Narodowym Funduszu Zdrowia Centrala w Warszawie oraz wniósł o ponowne przeanalizowanie obu ofert pod kątem oceny kryterium „doświadczenie” o wadze 40% i ponowne przeliczenie punktów w tym kryterium.

Zamawiający uznał protest w części dotyczącej zaliczenia, jako spełniającego warunek posiadania odpowiedniego doświadczenia w wykonywaniu zamówienia w Mazowieckim Urzędzie Wojewódzkim w Warszawie.

Uznał również protest w części dotyczącej ponownego przeanalizowania obu ofert pod kątem oceny kryterium „doświadczenie” i ponownego przeliczenia punktów do tego kryterium.

Uzasadniając stanowisko Zamawiający powołał pkt. 3.2 SIWZ, zgodnie z którym jednym z warunków udziału w postępowaniu było wykonanie przez wykonawcę co najmniej 4 usług, w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania, polegających na ochronie pomieszczeń biurowych (w tym pokoje, drogi ewakuacyjne) o łącznej pow. nie mniejszej niż 5 tysięcy m<sup>2</sup> (pomieszczenia powinny być zlokalizowane w jednym budynku – przez budynek rozumie się także budynki połączone łącznikami, tunelami, etc.), których wartość nie będzie mniejsza niż kwota 500 000 PLN brutto każda, w skali roku, z podaniem ich

wartości, przedmiotu, daty wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należycie. Na potwierdzenie spełniania tego warunku wykonawca, zgodnie z pkt 3.5.7 SIWZ, miał przedstawić wykaz co najmniej 4 wykonanych zamówień w ciągu ostatnich trzech lat tj. usług polegających na ochronie obiektów publicznych, gdzie powierzchnia biurowa ochranianego obiektu wynosi nie mniej niż 5 tys. m<sup>2</sup> z podaniem przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów o należytych wykonaniu. Za usługę wykonaną zamawiający uznaje także usługę świadczoną na podstawie umowy zawartej na czas nieokreślony lub umowy wieloletniej trwającej co najmniej rok. Za datę wykonania zamówienia przyjmuje się wskazany miesiąc i rok.

W ofercie odwołującego Zamawiający zaliczył 6 zamówień. Nie uznał zamówień wykonywanych na rzecz Mazowieckiego Urzędu Wojewódzkiego i zamówień wykonywanych na rzecz Zamawiającego (Narodowego Funduszu Zdrowia.) W wyniku złożonych wyjaśnień dotyczących umowy zawartej z Mazowieckim Urzędem Wojewódzkim, Zamawiający postanowił uznać tę usługę jako trwającą w terminie styczeń – grudzień 2008 r.

Natomiast zamawiający nie uznał usługi wykonywanej na rzecz Narodowego Funduszu Zdrowia. Zdaniem zamawiającego usługa ta nie spełnia warunków opisanych w pkt. 3.5.7 SIWZ dotyczących powierzchni (5000 m<sup>5</sup>) oraz wartości (nie mniej niż 500.000 PLN). W rozstrzygnięciu protestu zamawiający poinformował, że w wyniku uznania części protestu, dokona ponownej oceny ofert i przeliczenia punktów w kryterium „doświadczenie”, po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu.

W odwołaniu wniesionym dnia 3 lipca 2009 r. Odwołujący wniósł o

- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- nakazanie zamawiającemu uznania jako warunku posiadania odpowiedniego doświadczenia zamówień wykonanych w Narodowym Funduszu Zdrowia Centrala w Warszawie,
- nakazanie ponownego przeliczenia punktów do kryterium doświadczenia,
- nakazanie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Uzasadniając zarzuty odwołujący wskazał, że w pkt 3.2 tiret 4 w „Opisie warunków udziału w postępowaniu oraz sposobie dokonywania oceny spełniania tych warunków przewidziano:

„ O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: wykonali co najmniej 4 usługi, w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia (...), polegających na ochronie pomieszczeń biurowych (w tym pokoje, drogi ewakuacyjne) o łącznej pow. nie mniejszej niż 5 tysięcy m<sup>2</sup> (pomieszczenia powinny być zlokalizowane w jednym budynku – przez budynek rozumie się także budynki połączone łącznikami, tunelami, etc.), których wartość nie będzie mniejsza niż kwota 500 000 PLN

brutto każda, w skali roku, z podaniem ich wartości, przedmiotu, daty wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należycie.”

Odwołujący wskazał również, że w załącznikach nr 1 i 2 do SIWZ – „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”, „Umowa” odpowiednio pkt 1.1 oraz § 1 ust. 5 stanowią:

„1.1. Narodowy Fundusz Zdrowia zajmuje pomieszczenia biurowe w dwóch budynkach przy ul. Grójeckiej o łącznej powierzchni ok. 3 358,71 m<sup>2</sup> oraz przy ul. Koszykowej 78 o łącznej powierzchni 840,01 m<sup>2</sup>.”

„§ 1.5 Usługi ochrony fizycznej osób i mienia świadczone będą w budynkach zajmowanych przez Zamawiającego, tj. : w budynku przy ul Grójeckiej 186 w Warszawie, o łącznej powierzchni ok. 3.358,71 m<sup>2</sup> oraz przy ul Koszykowej 78 w Warszawie o łącznej powierzchni 840,01 m<sup>2</sup>.”

Ponadto w pkt 2.6, 2.7 i 2.8 „Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia” przewidziano rozszerzenie przedmiotu zamówienia poprzez ustalenie dodatkowych posterunków (warunkowe) o łącznym wymiarze ok. 1000 roboczogodzin miesięcznie.

Odwołujący powołał treść § 1 ust. 2 pkt 2 rozp. Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006 r w sprawie rodzajów dokumentów(...) wskazując, że zamawiający może żądać dokumentów wskazujących na usługi odpowiadające swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że ochrania obiekty zamawiającego przy ul. Grójeckiej od kwietnia 2006 r., a dodatkowo przy ul Koszykowej od grudnia 2008 r. Z podanych okresów posiada trzy referencje o właściwym sprawowaniu ochrony. Dwa przedstawione okresy w wykazie usług w obiekcie zamawiającego nie zostały zaliczone z argumentacją zamawiającego, że ich wartość jest zbyt mała.

W ocenie odwołującego w sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia jest wykonywanie ochrony w tym samym obiekcie, trudno wykazać doświadczenie bardziej odpowiadające przepisom rozporządzenia i faktycznym potrzebom zamawiającego.

Odwołujący zakwestionował argument zamawiającego o zbyt niskiej kwocie poprzednich zamówień wyjaśniając, iż ceny usług w ciągu ostatnich trzech lat znacząco wzrosły, a kwoty kontraktów z lat 2006, 2007 i 2008 są nieadekwatne do aktualnych stawek jako znacznie niższe i nie mogą świadczyć o braku doświadczenia w ochronie tego obiektu.

Zdaniem odwołującego nieuznawanie przez zamawiającego własnych referencji przy niezmienionym w zasadzie przedmiocie zamówienia, pozostaje w sprzeczności z treścią powołanego rozporządzenia.

Odwołujący popierając odwołanie wskazał, że uznanie przez zamawiającego własnych referencji spowodowałoby przyznanie mu większej liczby punktów, a w konsekwencji wybranie go do realizacji umowy zgodnie z ofertą zawierającą najniższą cenę.

W toku rozprawy Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania podtrzymując argumentację zawartą w rozstrzygnięciu protestu.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, uwzględniając dokumentację postępowania i przedstawione przez strony stanowiska, ustaliła i zważyła, co następuje.

W ocenie składu orzekającego Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej w tym postępowaniu, gdyż uwzględnienie jego stanowiska, dałoby Odwołującemu możliwość realnego ubiegania się o udzielenie mu zamówienia publicznego.

Rozpatrując zarzut dotyczący odmowy zaliczenia przez Zamawiającego doświadczenia Odwołującego w wykonywaniu usługi na rzecz Narodowego Funduszu Zdrowia ustalono, że Odwołujący przedstawił wraz z ofertą dwa dokumenty zawierające referencje Narodowego Funduszu Zdrowia, jeden z dnia 21 maja 2007 r., drugi z dnia 6 lutego 2009 r. Zawierały one potwierdzenie należytego wykonywania usług ochrony fizycznej osób i mienia w obiektach Centrali Narodowego Funduszu Zdrowia. W obydwu dokumentach wskazano jednakową powierzchnię chronionego obiektu tj. 3.456 m<sup>2</sup>. W tym miejscu należy wskazać na pkt 3.2 SIWZ wymagany dokumentem potwierdzającym spełnienie warunku udziału w postępowaniu było przedstawienie wykazu co najmniej 4 wykonanych zamówień w ciągu ostatnich trzech lat tj. usług polegających na ochronie obiektów publicznych, gdzie powierzchnia biurowa ochranianego obiektu wynosi nie mniej niż 5.000 m<sup>2</sup> z podaniem przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów o należyтым wykonaniu. Jak wynika z powołanych wyżej dokumentów, ochrona obiektów Narodowego Funduszu Zdrowia dotyczyła mniejszej powierzchni niż wymagana postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odnosząc się do argumentów Odwołującego opartych na treści § 1 ust. 2 pkt 2 rozp. Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006 r w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 665 ze zm.) ze wskazaniem, że zamawiający może żądać dokumentów wskazujących na usługi odpowiadające swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, skład orzekający stwierdza, że warunki udziału w postępowaniu i sposób wykazania ich spełniania określa się w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, której postanowienia, w razie braku ich kwestionowania, są wiążące dla Zamawiającego i wykonawców. W sytuacji, gdy wymogi SIWZ są, jak w niniejszej sprawie, jednoznaczne, konieczne jest ich przestrzeganie bez możliwości bezpośredniego odwoływania się do przepisów powołanego rozporządzenia.

W tak ustalonym stanie faktycznym Izba uznała, że Odwołujący nie udokumentował w przedmiotowym zakresie, wymaganego doświadczenia w zakresie ochrony obiektów Narodowego Funduszu Zdrowia, z uwagi na zbyt małą powierzchnię obiektu.

W konsekwencji orzeczono, jak w sentencji

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Warszawie

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....