

Sygn. akt: KIO 776/15

POSTANOWIENIE
z dnia 28 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w Warszawie w dniu 28 kwietnia 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 kwietnia 2015 r. przez **wykonawcę Impel Security Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Muzeum Narodowe w Warszawie, Al. Jerozolimskie 3**

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze,**
- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Impel Security Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118 kwoty 13 500zł. 00 gr. (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą 90% uiszczanego wpisu.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na ochronę oraz dozór ekspozycji w Muzeum Narodowym w Warszawie i jego oddziałach wraz ze sprzątnięciem pomieszczeń muzealnych zostało wszczęte przez zamawiającego Skarb Państwa – Muzeum Narodowe w Warszawie, Al. Jerozolimskie 3 ogłoszeniem o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 kwietnia 2015r. za numerem 2015/S 067-119967.

W dniu 14 kwietnia 2015r. drogą elektroniczną odwołanie wniósł wykonawca Impel Security Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118 – dalej odwołujący. Odwołanie zostało opatrzone bezpiecznym podpisem cyfrowym weryfikowanym za pomocą ważnego certyfikatu pochodzącym od pełnomocnika odwołującego działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 14 kwietnia 2015r. udzielonego przez prokurenta samoistnego ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 14 kwietnia 2015r. drogą elektroniczną.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późna. zm. poz. 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915 i 1146, 1232 oraz z 2015 r. poz. 349 – dalej ustawy) przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy formułowaniu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz opisie sposób oceniania ich spełnienia oraz przy żądaniu dokumentów na potwierdzenie ich spełnienia,
- 2) art. 22 ust 1 pkt. 2, 3, 4 w związku z art. 25 ust. 1 ustawy przez zaniechanie prawidłowego określenia warunków udziału w postępowaniu oraz opisu ich spełnienia,
- 3) art. 22 ust. 4 ustawy przez wprowadzenie warunków udziału w postępowaniu oraz opisu ich spełnienia na poziomie nieproporcjonalnym do opisu przedmiotu zamówienia,
- 4) art. 36 ust 1 pkt 5 i 6 ustawy w związku z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 19 lutego 2013 r.), jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, przez wadliwe opisanie warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów żądanych na potwierdzenie ich spełnienia oraz sposób ich oceny przez zamawiającego,

5) art. 142 ust. 5 ustawy przez zaniechanie przez zamawiającego ustalenia w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji kwestionowanych przez odwołującego postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie i brzmieniu zaproponowanym przez odwołującego w odwołaniu.

Odwołujący oświadczył, iż ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ obecne postanowienia specyfikacji uniemożliwiają mu złożenie oferty i ubieganie się tym samym o przedmiotowe zamówienie.

W ocenie odwołującego postanowienia ogłoszenia oraz siwz są wadliwe, ograniczają uczciwą i swobodną konkurencję oraz preferują ograniczony krąg podmiotów kosztem pozostałych. Postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia naruszają przepis ustawy prawo zamówień publicznych.

Odwołujący nie zgodził się z takimi postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz siwz.

Odwołujący wskazał na naruszenie przez zamawiającego przepisu art 22 ust 4 ustawy w związku z art. 7 ust 1 ustawy w zakresie postawienia warunków udziału w postępowaniu w sposób ograniczający konkurencję i równe traktowanie wykonawców, podnosząc, że zamawiający wymaga w Rozdziale IX ust. 1 lit b) siwz na potwierdzenie posiadania wiedzy i doświadczenia, by wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zrealizował co najmniej 2 usługi odpowiadające swoim rodzajem (**ochrona fizyczna muzeum i dozór ekspozycji**) i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów, czy usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Za usługę odpowiadającą swoją wartością przedmiotowi zamówienia, zamawiający rozumie wykazanie się przez wykonawcę wykonaniem lub wykonywaniem 2 usług o wartości co najmniej 4.000.000,00 zł brutto każda usługa za okres kolejnych 12 miesięcy w okresie trzech lat przed terminem składania ofert.;

Z uzyskanych przez odwołującego informacji wynika, że na terenie Polski wymagane przez zamawiającego usługi (zważywszy na charakter i wartość usługi w skali rocznej) - zrealizował i nadal realizuje wyłącznie jeden wykonawca, tj. firma ZAMEK, która obecnie realizuje na rzecz zamawiającego przedmiotową usługę (co zresztą czyni nieprzerwanie od 1998 r.). Wykonawca ten realizuje kontrakty na rzecz Muzeum Narodowego i Muzeum w Wilanowie tj. jedyne usługi na terenie Polski - ustalone przez odwołującego - jako spełniające wymagania zamawiającego.

Odwołujący wniósł o modyfikację postanowień siwz w następującym brzmieniu:

Zamawiający wymaga na potwierdzenie posiadania wiedzy i doświadczenia, by wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie- zrealizował co najmniej 2 usługi **ochrony obiektów użyteczności publicznej** i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów, czy usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Za usługę odpowiadającą swoją wartością przedmiotowi zamówienia, zamawiający rozumie wykazanie się przez wykonawcę wykonaniem lub wykonywaniem 2 usług o wartości co najmniej 4.000.000,00 zł brutto każda usługa za okres kolejnych 12 miesięcy w okresie trzech lat przed terminem składania ofert.

W rozdziale IX ust. 1 lit. c) siwz w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia zamawiający wymaga, by wykonawca dysponował na potrzeby realizacji zamówienia:

- co najmniej 60 pracownikami ochrony wpisanymi na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej - posiadających legitymację osoby dopuszczonej do posiadania broni obiektowej i mających co najmniej dwuletnie doświadczenie pracownika ochrom fizycznej w Muzeum.
 - co najmniej 15 pracownikami ochrony posiadającymi poświadczenie bezpieczeństwa upoważniające do dostępu do informacji niejawniej z klauzulą „Poufne”;
 - co najmniej 12 osobami tworzącymi grupę konwojową
- przy czym jedna osoba może spełniać więcej niż jedno wymaganie zamawiającego,
- na potrzeby dozoru ekspozycji - minimum 90 osób posiadających co najmniej dwuletnie doświadczenie na stanowisku dozoru ekspozycji w Muzeum, w tym jedna osoba posługująca się biegle językiem angielskim i 10 osób posługujących się językiem angielskim w stopniu komunikatywnym. Co najmniej 30 osób musi posiadać zaświadczenie o odbyciu szkolenia Echokast lub równoważnego.

Powyższy opis warunku udziału w postępowaniu jest, w ocenie odwołującego, dyskryminujący, gdyż zamawiający wymaga w sposób nadmierny i nieuzasadniony doświadczenia personelu w zakresie ochrony fizycznej w Muzeum oraz doświadczenia na stanowisku dozoru ekspozycji w Muzeum.

Podobnie rzecz się ma z wymogiem dysponowania co najmniej 30 osobami, które muszą posiadać zaświadczenie o odbyciu szkolenia Echocast lub równoważnego.

Z ustaleń odwołującego wynika, że koordynatorem projektu Echocast było Muzeum w Wilanowie, gdzie świadczyła i świadczy do dziś usługę firma „Zamek” - czyli de facto szkoleniu podlegali wyłącznie pracownicy wykonawcy świadczącego usługę.

Zamawiający na dodatek nie opisał, jakie szkolenia uważać będzie za równoważne.

Odwołujący na poparcie swoich tez odwołał się do wydruku treści zawartych w poniższych linkach do informacji o szkoleniu:

<http://www.wilanow-palac.art.pl/echocasthtml>

<http://mckJaakow.pl/artvku/echocast>

Mając powyższe na uwadze zdaniem odwołującego, jest oczywistym, że wyłącznie wykonawca „Zamek” jest w stanie spełnić wymagania zamawiającego.

Oczywistym jest, że dostępność do zamówień publicznych należy oceniać przez pryzmat obszaru UE, jednakże, zdaniem odwołującego, należy pamiętać, że usługa ochrony jest usługą niepriorytetową, a więc z definicji mającą mniej kluczowe znaczenie dla wewnątrzunijnej swobody przepływu towarów, usług.

Odwołujący wniósł o usunięcie wymogu dotyczącego doświadczenia personelu w zakresie ochrony fizycznej w Muzeum oraz doświadczenia na stanowisku dozoru ekspozycji w Muzeum oraz potwierdzania przed terminem składania ofert obowiązku odbycia szkolenia Echocast – przy jednoczesnym pozostawieniu wymogu dotyczącego posiadania przez personel legitymacji osoby dopuszczonej do posiadania broni obiektowej, posiadania poświadczenia bezpieczeństwa oraz legitymacji pracownika kwalifikowanego.

W rozdziale IX ust 1 lit d) siwz w zakresie oceny sytuacji ekonomicznej i finansowej, zamawiający wymaga aby wykonawca posiadał opłaconą polisę lub inny dokument potwierdzający posiadanie ubezpieczenia w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 3.000.000,00 zł (w zakresie ochrony, dozoru ekspozycji oraz sprzątnia).

Odwołujący stwierdził, iż dokonane przez zamawiającego doprecyzowanie treści polisy, aby dotyczyła również dozoru ekspozycji, ogranicza konkurencję w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o usunięcie treści „(w zakresie ochrony, dozoru ekspozycji oraz sprzątnia)”.

Odwołujący wskazał także na naruszenie art. 142 ust 5 ustawy przez nieopisanie przez zamawiającego zasad dokonywania zmian wysokości wynagrodzenia umownego. Odwołujący zarzucił, iż zamawiający w sposób ogólnikowy, kopiując wyłącznie przepis art 142 ust 5 ustawy, uregulował w siwz kwestię waloryzacji.

Zamawiający zgodnie z Rozdziałem XXIV siwz wskazał, że dopuszczalne są zmiany umowy w następujących przypadkach:

- a) zmiany minimalnego wynagrodzenia za prace ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października o minimalnym wynagrodzeniu z za pracę,
 - b) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne,
- o ile zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Wzorzec umowy także nie rozszerza powyższej problematyki.

Odwołujący podniósł, że wskazane regulacje nie realizują dyspozycji przepisu art. 142 ust. 5 ustawy, gdyż:

- 1) zmiana wysokości wynagrodzenia wykonawcy jest nieobowiązkowa - uzależniona od zgodnej woli stron, podczas gdy na mocy przywołanego wyżej przepisu ustawy waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy jest obligatoryjna;
- 2) zamawiający zaniechał ustalenia wprost zasad wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy;
- 3) zamawiający w postanowieniach umownych zaniechał wskazania terminu wejścia w życie znowelizowanych przepisów prawa - jako terminu, od którego będzie obowiązywało wynagrodzenia wykonawcy w zmienionej wysokości.

Odwołujący wskazał, że przepis art. 142 ust. 5 ustawy wprowadza obowiązek waloryzacji wynagrodzenia, a nie uprawnienie dla stron, które miałyby charakter uznaniowy. W rezultacie zamawiający nie może określać zasad waloryzacji w sposób fakultatywny przez stosowanie zwrotów typu „wynagrodzenie może ulec zmianie”; „wynagrodzenie może być waloryzowane”; „waloryzacja może nastąpić”; „zmiana jest dopuszczalna” lub równoważnych.

Przepis art. 142 ust 5 ustawy nakłada na zamawiającego obowiązek ustalenia w umowie „zasad wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy”. Tym samym zamawiający jest zobligowany określić w umowie szereg warunków i reguł, według których dokonywana będzie zmiana waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy. Zamawiający w ww. opisie dopuszczalnych zmian do umowy nie zawarł żadnych regulacji dot. rzeczonych zasad wprowadzania odpowiednich zmian w zakresie odpowiadającym treści przepisu art. 142 ust. 5 ustawy. Na podstawie postanowień umownych zmiana taka będzie dokonywana w oparciu o wnioski wykonawcy po przeprowadzeniu negocjacji. Zasady prowadzenia tychże negocjacji nie zostały przez zamawiającego opisane co uniemożliwia prawidłową kalkulację ceny ofertowej. Z daleko idącej ostrożności odwołujący zaznaczył również, że „mechanizmem waloryzacji” wynagrodzenia wykonawcy nie są, w świetle art. 142 ust 5 ustawy negocjacje. Zgodnie z przywołanym przepisem art. 142 ust. 5, wykonawca w chwili składania oferty powinien mieć pewność, że obliczenie jego ceny wykonane zostało z uwzględnieniem wszystkich ryzyk rynkowych. Negocjacje takiej pewności nie gwarantują, gdyż dopiero po ich zakończeniu, a więc w czasie realizacji umowy, wykonawca uzyska wiedzę o ostatecznej wysokości kosztów, które zobowiązany będzie ponieść w związku z realizacją zamówienia.

W związku z powyższym, odwołujący, a także każdy z wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie publiczne, wbrew wykładni przepisu art. 142 ust. 5 ustawy oraz sprzecznie z jego celem, nie uzyskał pewności, że:

- 1) wysokość jego wynagrodzenia ulegnie modyfikacji - zmiana, zgodnie z postanowieniami umowy, jest dopuszczalna, a nie obligatoryjna, jak obliguje ustawa;

2) odpowiednio do wzrostu obciążeń publicznoprawnych wzrośnie wynagrodzenie wykonawcy - zgodnie z umową wysokość ewentualnego wzrostu ustalona zostanie w wyniku negocjacji.

Zmiana do przedmiotowej umowy w ww. zakresach uzależniona jest od wyniku negocjacji. Postanowienie takie jest niezgodne z obowiązującą ustawą. Zgodnie z przepisem art 142 ust 5 ustawy wysokość waloryzacji powinna być wprost zależna od wzrostu obciążeń publicznoprawnych wykonawcy z tytułów, o których mowa powyżej.

Ponadto odwołujący wskazał, że zawarte w treści siwz postanowienia nie realizują dyspozycji przepisu art. 142 ust 5 ustawy, w zakresie dotyczącym zasad wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia, gdyż nie został opisany:

- 1) termin, od którego będzie obowiązywało zwaloryzowane wynagrodzenie;
- 2) o jaką wartość lub wielkość waloryzacja będzie dokonywana;
- 3) jaki będzie mechanizm waloryzowania wynagrodzenia wykonawcy przewidziany w zawartej umowie;

Odwołujący podkreślił, iż ww. działania zamawiającego stają w sprzeczności z celem nowelizacji przepisu art. 142 ustawy. Uzasadnieniem nowelizacji przywołanego przepisu art. 142 ustawy Prawo zamówień publicznych było m.in., że: „w praktyce zamawiających właściwie nieobecne było włączanie do wzorów umów tzw. klauzul waloryzacyjnych. Przygotowana przez zamawiających treść wzorów (projektów) umów, nie pozwalała na uwzględnienie w ostatecznych rozliczeniach nawet znacznych, niezależnych od wykonawców, zmian kosztów wykonania zamówienia, zwłaszcza dotyczących zmian wysokości obciążeń publicznoprawnych. W efekcie, przy niewysokich marżach, pozornie niewielka zmiana np. podatku od towarów i usług (VAT) powodowała utratę marży, a w konsekwencji prowadziła do pogorszenia sytuacji finansowej przedsiębiorcy. Powyższe prowadziło do znacznego ograniczania przez przedsiębiorców kosztów wykonania zamówienia. Wyżej wskazane sytuacje odnosiły się przede wszystkim do umów wieloletnich, w trakcie trwania których wykonawcy byli zaskakiwani zmianami ciężarów publicznoprawnych oraz kosztami określanymi przez przepisy prawa. Ponadto, skutki dotyczące zmian wynagrodzenia odczuwają także pracownicy, przy czym jednocześnie zamawiający są narażeni na pogorszenie jakości wykonywanego zamówienia, np. przez zastąpienie materiałów potrzebnych do wykonania zamówienia materiałami tańszymi, które zazwyczaj są materiałami niższej jakości. Zniwelowanie powyższych działań może nastąpić dzięki wprowadzeniu zasady obowiązku wprowadzania do umów zapisów dotyczących odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia w ściśle określonych przypadkach”.

Odwołujący zaznaczył, ww. działania zamawiającego stają także w sprzeczności, ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w wyroku z dnia 9 marca 2015 r. (KIO 346/15), zgodnie, z którym: „(...) wymienione w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp stawki podatku

VAT, kwoty minimalnego wynagrodzenia oraz zasady i stawki obowiązujące w ubezpieczeniach społecznych i zdrowotnych są regulowane przez akty prawne o charakterze bezwzględnie obowiązującym. Oznacza to, że wykonawcy nie mają żadnego wpływu na ich wysokość i muszą je uwzględniać również przy kalkulowaniu ceny oferty. Dokonywanie w tym zakresie zmian przez ustawodawcę może zatem wpłynąć na koszt wykonania zamówienia przez wykonawcę. Celem wskazanego przepisu jest możliwość uniknięcia przez wykonawcę negatywnych dla niego skutków legislacyjnych.

Wniosek taki wynika z uzasadnienia projektu ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 roku (...) W świetle powyższego proponuje się uzupełnić przepis art. 142 ustawy Pzp o nowy ust. 5 poprzez wprowadzanie obowiązku zawierania w umowach trwających powyżej 12 miesięcy zapisów dotyczących zmiany odpowiedniej wysokości wynagrodzenia, w ściśle określonych przypadkach. Zgodnie z treścią proponowanego przepisu art. 142 ust. 5 ustawy, umowa musiałaby zawierać postanowienie o odpowiedniej zmianie wysokości wynagrodzenia wykonawcy w razie zmiany:

- stawki podatku od towarów i usług;
- wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalonego na podstawie odrębnych przepisów,
- wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne.

Z art. 142 ust. 5 ustawy Pzp wynika, że wynagrodzenia wykonawcy winno zostać odpowiednio zmienione. Zmiana powinna być „adekwatna”, wynikające wprost z zaistniałej zmiany przepisów prawa. Kwota o jaką zmienione zostanie wynagrodzenia, nie powinna być ani niższa, ani wyższa niż to wynika ze zmiany przepisów prawa.

Powyższe argumenty uzasadniają również konieczność dokonania zmiany wynagrodzenia wykonawcy od dnia wejścia w życie zmian przepisów prawa. (...)”.

Mając powyższe na względzie odwołujący dodał również, iż opisanie w formularzu ofertowym w zakresie sprzątanie ceny / stawki jako niezmiennego, ryczałtowego wynagrodzenia jest niezasadne i winno zostać usunięte w świetle przepisu wymogów waloryzacji wynagrodzenia umownego wynikających z przepisu art. 142 ust. 5 ustawy.

Odwołujący wniósł o zmianę postanowień siwz w następujący sposób:

1. Strony postanawiają, iż dokonają w formie pisemnego aneksu zmiany wynagrodzenia w wypadku wystąpienia jednej ze zmian przepisów wskazanych w art. 142 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, tj. zmiany:
 - a. stawki podatku od towarów i usług,
 - b. 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,

c. zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.

2. Zmiana wysokości wynagrodzenia obowiązywać będzie od dnia wejścia w życie zmian o których mowa w ust 1.

3. W wypadku zmiany, o której mowa w ust 1 lit. a) wartość netto wynagrodzenia wykonawcy nie zmieni się, a określona w aneksie wartość brutto wynagrodzenia zostanie wyliczona na podstawie nowych przepisów.

4. W przypadku zmiany, o której mowa w ust 1 lit b) wynagrodzenie wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu wykonawcy wynikającą ze zwiększenia wynagrodzeń osób bezpośrednio wykonujących zamówienie do wysokości aktualnie obowiązującego minimalnego wynagrodzenia, z uwzględnieniem wszystkich obciążeń publicznoprawnych od kwoty wzrostu minimalnego wynagrodzenia.

5. W przypadku zmiany, o którym mowa w ust 1 lit c) wynagrodzenie wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu wykonawcy, jaką będzie on zobowiązany dodatkowo ponieść w celu uwzględnienia tej zmiany, przy zachowaniu dotychczasowej kwoty netto wynagrodzenia osób bezpośrednio wykonujących zamówienie na rzecz zamawiającego.

6. Za wyjątkiem sytuacji, o której mowa w ust 1 lit a), wprowadzenie zmian wysokości wynagrodzenia wymaga uprzedniego złożenia przez wykonawcę oświadczenia o wysokości dodatkowych kosztów wynikających z wprowadzania zmian, o których mowa w ust 1 litera b) i c).

7. Zmiany treści umowy wymagają zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności.

W dniu 22 kwietnia 2015r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. Zamawiający oświadczył, że uwzględnia zarzut dotyczący naruszenia art. 142 ust. 5 ustawy, a w pozostałej części wnosi o oddalenie odwołania jako bezzasadnego. W części uznanej zamawiający w uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie wskazał zakres uznania oraz sposób zadośćuczynienia żądaniom odwołującego. Odnosząc się do pozostałych zarzutów zamawiający stwierdził, że warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone zostały przez ustawodawcę w sposób ogólny, mający zastosowanie do wszystkich zamówień publicznych i każdorazowo wymagają ich konkretyzacji na potrzeby danego postępowania o udzielenie zamówienia. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu służy zamawiającego, jako probierz zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, zaś wykonawcy do weryfikacji prawidłowości czynności zamawiającego. Stosownie do art. 22 ust. 4 ustawy opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i

proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przepis ten wskazuje dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad ustawy uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy). „Związany z przedmiotem zamówienia” - opis warunków powinien być dokonywany przez pryzmat celu jakiemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można dokonywać zatem opisu warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu. Opis oceny spełniania warunków powinien sformułowany w sposób obiektywny podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności. „Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” - opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać, iż wykonawcy nie spełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi możliwości realizacji zamówienia publicznego. Zamawiający formułując warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu, a także opisując sposób oceny ich spełnienia miał na uwadze zasadę proporcjonalności i adekwatności stawianych warunków w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia.

W ocenie zamawiającego wszystkie postawione warunki w przedmiotowym postępowaniu, a w szczególności kwestionowane w pkt. I-III odwołania są adekwatne i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający podniósł, że odwołujący kwestionuje warunek udziału w postępowaniu określony w rozdz. IX pkt 1 lit. b) siwz. W tym zakresie zamawiający przytoczył wymaganie zawarte w siwz oraz stwierdził, że przedmiot zamówienia stanowi usługa ochrony oraz dozoru ekspozycji wraz ze sprzątnięciem. Sama szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia za usługę ochrony wraz z dozorem ekspozycji za okres 12 miesięcy przekracza wartość 6.000.000,00 zł, a co za tym idzie postawiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu jest w pełni adekwatny i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zamawiający podkreślił, że odwołujący nie wskazał żadnego uzasadnienia w zakresie ewentualnej nieadekwatności lub nieproporcjonalności przedmiotowego warunku. Jedyne uzasadnienie podniesione przez odwołującego w zakresie postawionego zarzutu stanowi twierdzenie, iż tylko jeden podmiot „firma Zamek” może spełnić przedmiotowy warunek. Zdaniem zamawiającego jest wątpliwe, czy odwołujący posiada kompletną wiedzę na temat wszystkich ewentualnych podmiotów, które mogłyby spełnić lub nie spełnić ww. warunek. Zamawiający w pełni podtrzymuje, iż ww. warunek jest całkowicie adekwatny i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

W dalszej kolejności zamawiający wskazał, że odwołujący kwestionuje warunek udziału w postępowaniu określony w rozdz. IX pkt 1 lit. c) siwz. Ponownie zamawiający przytoczył brzmienie siwz w tym zakresie i podniósł, że w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi w

szczegółności usługa ochrony oraz dozoru ekspozycji świadczona za pomocą odpowiednio wykwalifikowanych osób. Mając na uwadze specyfikę ww. usług, a w szczególności usługę dozoru ekspozycji w ramach, której osoby wskazane przez wykonawcę odpowiadają za stały kontakt z widzem, jego komfort i bezpieczeństwo, a także zachowanie nienaruszalności wszystkich obiektów muzealnych zgromadzonych w galeriach, w ocenie zamawiającego, za w pełni uzasadnione należy uznać wymaganie przez zamawiającego, aby były to osoby posiadające stosowne doświadczenie dające gwarancję należytego wykonania umowy. Za niedopuszczalną należy uznać sytuację, w której realizacja przedmiotu umowy świadczona byłaby za pośrednictwem osób nie posiadających stosownej wiedzy i doświadczenia predysponującego do należytej realizacji przedmiotowej usługi. Powyższe stanowiłoby o narażeniu na niebezpieczeństwo lub dyskomfort zwiedzających jak i stanowiłoby o zagrożeniu uszkodzenia lub zniszczenia eksponowanych obiektów. Tylko postawienie odpowiedniego warunku udziału w postępowaniu stanowi, zdaniem zamawiającego, o pewnym zabezpieczeniu przez zamawiającego uzyskania efektu w postaci realizacji usługi przez osoby kompetentne z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia. Mając to na uwadze zamawiający stwierdził, iż postawienie ww. warunku jest w pełni uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia, a w szczególności jest adekwatne i proporcjonalne.

Dalej odwołujący podniósł, iż z uwagi na fakt, iż koordynatorem projektu Echocast było Muzeum Pałac w Wilanowie, gdzie świadczy usługę „firma Zamek”, to tylko pracownicy tego podmiotu mogli zostać przeszkoleni w ww. zakresie. Tak postawiony zarzut, w ocenie zamawiającego, wskazuje na brak podstawowych informacji odwołującego o przedmiotowym szkoleniu. Bezzasadność zarzutu wynika również z dokładnej analizy informacji załączonych do treści wniesionego odwołania, o którą to nie pokusił się odwołujący. Zamawiający wskazał na podstawowe informacje dotyczące szkolenia Echocast. W 2011 r. Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego zainicjowało program Akademia Zarządzania Muzeum. Z informacji posiadanych przez zamawiającego wynika, iż drugi z pakietów szkoleniowych zaproponowanych muzealnikom w ramach Akademii Zarządzania Muzeum dotyczył szkolenia ECHOCAST tj. międzynarodowego projektu szkoleniowego wypracowanego w 2003 r. jako sieć współpracy między muzeami, obiektami zabytkowymi, instytucjami ochrony dziedzictwa kulturowego, uniwersytetami oraz innymi organizacjami kulturalnymi. W Polsce instytucjami prowadzącymi szkolenia ECHOCAST były Muzeum Zamkowe w Malborku, Międzynarodowe Centrum Kultury w Krakowie oraz Muzeum Pałac w Wilanowie, a nie jak twierdzi odwołujący tylko Muzeum Pałac w Wilanowie. W ramach programu Ecochast stworzono osiem modułów szkoleniowych. Pięć z nich przeznaczonych jest dla wszystkich pracowników, którzy bezpośrednio kontaktują się z publicznością muzeum i decydują o panującej w muzeum atmosferze. Dotyczą one bezpieczeństwa i higieny pracy, obsługi klienta, sposobów radzenia sobie z trudnymi sytuacjami oraz umiejętności rozpoznawania i

odpowiedniego reagowania na różne potrzeby zwiedzających. Instytucją powołaną przez MKiDN do realizacji programu w 2011 r. był pałac w Wilanowie. Obecnie koordynacja i prowadzenie programu jest realizowane przez Narodowy Instytut Muzealnictwa i Ochrony Zabytków. Jako dowód zamawiający powołał wydruk ze strony internetowej MKiDN.

Mając na uwadze powyższe zamawiający stwierdził, iż stanowisko odwołującego jakoby szkolenie Echocast było tylko wewnętrznym projektem Muzeum Pałacu w Wilanowie i obejmowało tylko pracowników na dozorze ekspozycji tego Muzeum jest nieprawdziwe. Fakt organizacji projektu przez MKiDN oraz jego koordynacja przez Narodowy Instytut Muzealnictwa i Ochrony Zabytków, a także udział w programie kilku różnych polskich instytucji kultury zdaje się, zdaniem zamawiającego, jednoznacznie przesądzać o ogólnym dostępie przedmiotowego szkolenia dla zainteresowanych podmiotów. Ponadto zamawiający wskazał, iż mając na uwadze zakres programowy ww. szkolenia nie podlega wątpliwości fakt, iż jest ono całkowicie adekwatne do usługi dozoru ekspozycji realizowanej w ramach przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie odwołujący zarzucił, iż mimo dopuszczenia możliwości wykazania się odbyciem szkolenia równoważnego w stosunku do Echocast, to zamawiający nie określił sposobu oceny badania tejże równoważności. Ustosunkowując się do powyższego zamawiający podał, iż w związku ze złożonym zapytaniem do treści siwz w ww. zakresie zamawiający w udzielonych odpowiedziach doprecyzował, w jaki sposób będzie badał ww. równoważność. Zgodnie z udzieloną odpowiedzią na złożony wniosek o wyjaśnienie siwz zamawiający wyjaśnił, iż za szkolenie równoważne do wskazanego przez zamawiającego zostanie uznane szkolenie, które w swoim zakresie obejmowało przeszkolenie osób pracujących w dozorze ekspozycji na stanowisku pierwszego kontaktu ze zwiedzającym w szczególności w zakresie: wprowadzenie do obsługi klienta, różnych potrzeb zwiedzających, doskonałej obsługi klienta, a także rozwiązywanie trudnych sytuacji. Jako dowód zamawiający powołał poświadczoną za zgodność z oryginałem pismo z dnia 15 kwietnia 2015 r. -zamieszczone na stronie internetowej zamawiającego www.mnw.art.pl w zakładce BIP/przetargi.

Następnie zamawiający wskazał, że odwołujący kwestionuje warunek udziału w postępowaniu określony w rozdz. IX pkt 1 lit. d) tiret 1 siwz. Zamawiający zacytował brzmienie tych postanowień siwz i stwierdził, że w jego ocenie tak postawiony zarzut uznać należy za całkowicie chybiony. Zgodnie z § 1 pkt 1.11 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane zamawiający na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu może żądać załączenia do oferty opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem

zamówienia. W zakres przedmiotu zamówienia wchodzi przede wszystkim usługa dozoru ekspozycji (największy wartościowy udział w szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia), a co za tym idzie postawienie przez zamawiającego wymogu aby polisa swym zakresem również obejmowała przedmiotową usługę, zdaniem zamawiającego uznać należy za w pełni adekwatne i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

Zdaniem zamawiającego odwołujący w treści złożonego odwołania nawet nie uprawdopodobnił naruszenia przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji przy opisie warunków udziału w postępowaniu. W treści odwołania jako jedyne uzasadnienie przy kwestionowanych warunkach znajduje się tylko subiektywne twierdzenie, iż na rynku jest tylko jeden podmiot, który jest w stanie wykazać się ich spełnieniem. Brak jest natomiast jakiegokolwiek uzasadnienia do postawionych tez. Składając odwołanie, kwestionujące czynności dokonane przez zamawiającego po stronie odwołującego istnieje obowiązek chociażby uprawdopodobnienia wskazanych naruszeń. W odpowiedzi na odwołanie zamawiającym jednoznacznie wykazał pełną adekwatność i proporcjonalność postawionych warunków udziału w postępowaniu w stosunku do przedmiotu zamówienia. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający stoi na stanowisku, że ma pełne prawo do określenia szczegółowych warunków udziału w postępowaniu pod warunkiem ich adekwatności i proporcjonalności w stosunku do przedmiotu zamówienia. Fakt, iż tak postawione warunki eliminują część podmiotów funkcjonujących na rynku nie stanowi o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji.

W tym zakresie zamawiający wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 marca 2015 r. sygn. akt KIO 413/14

W ocenie zamawiającego zakwestionowanie w treści odwołania warunków udziału w postępowaniu przy jednoczesnym braku podjęcia chociażby próby przez odwołującego wykazania ich nieadekwatności lub nieproporcjonalności w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia stanowi o próbie dostosowania przez odwołującego przedmiotowych warunków do własnych możliwości. Przychylenie się do nieuzasadnionych żądań odwołującego doprowadziłoby, zdaniem zamawiającego, do sytuacji gdzie zamówienie mogłoby zostać udzielone podmiotowi nie posiadającemu odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, potencjału osobowego, a także zdolności ekonomicznych i finansowych mając na uwadze specyfikę zlecanych usług. Ponadto zamawiający wskazał, że poza odwołującym żaden inny podmiot nie zakwestionował postawionych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu wnosząc samodzielnie odwołanie lub przystępując po stronie odwołującego do postępowania toczącego się w skutek wniesionego odwołania.

W zakresie zarzutu uwzględnionego zamawiający podzielił w całości stanowisko wyrażone przez KIO w wyroku z dnia 16 marca 2015 r. sygn. akt. KIO 413/15 i dokonał zmiany treści

siwz w części dotyczącej rozdz. XXIV pkt 3 siwz oraz wzoru umowy w części dotyczącej § 14 pkt 2 nadając im następujące brzmienie:

1. Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany wynagrodzenia w wypadku wystąpienia jednej ze zmian przepisów wskazanych w art. 142 ust. 5 ustawy PZP tj. zmiany:

- a) stawki podatku od towarów i usług,
- b) 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,
- c) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne.

2. Zmiana wysokości wynagrodzenia obowiązywać będzie od dnia wejścia w życie zmian, o których mowa w ust. 1.

3. W wypadku zmiany, o której mowa w ust. 1 lit. a) wartość netto wynagrodzenia wykonawcy nie zmienia się, a określona w aneksie wartość brutto wynagrodzenia zostanie wyliczona na podstawie nowych przepisów.

4. W przypadku zmiany, o której mowa w ust. 1 lit. b) wynagrodzenie wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu wykonawcy wynikającą ze zwiększenia wynagrodzeń osób bezpośrednio wykonujących zamówienie do wysokości aktualnie obowiązującego minimalnego wynagrodzenia, z uwzględnieniem wszystkich obciążeń publicznoprawnych od kwoty wzrostu minimalnego wynagrodzenia.

5. W przypadku zmiany, o której mowa w ust. 1 lit. c) wynagrodzenie wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu wykonawcy, jaki będzie on zobowiązany dodatkowo ponieść w celu uwzględnienia tej zmiany, przy zachowaniu dotychczasowej kwoty netto wynagrodzenia osób bezpośrednio wykonujących zamówienie na rzecz zamawiającego.

6. Za wyjątkiem zmiany, o której mowa w ust. 1 lit. a) wprowadzenie zmian wysokości wynagrodzenia wymaga złożenia przez wykonawcę wniosku o zawarcie aneksu wraz z uzasadnieniem wysokości dodatkowych kosztów wynikających z wprowadzenia zmian, o których mowa w ust. 1 lit. b) i c).

7. Dodatkowo Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany umowy w następujących przypadkach:

a) w zakresie przedmiotu zamówienia, jeżeli zmiany są na korzyść Zamawiającego albo zaszły okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy, niezależne od Wykonawcy, a w szczególności:

- zmniejszenie zakresu wykonywanych prac lub zmiana sposobu ich wykonania.
- zmiana terminu wykonania przedmiotu zamówienia;
- zmiana zakresu prac wykonywanych przez podwykonawców, w stosunku do treści oferty;

- b) w zakresie terminu realizacji umowy, jeśli zaszły okoliczności, których nie można było przewidzieć, jedynie jednak w sytuacji, gdy nieprzewidziane okoliczności nie wynikają z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy;
- c) w zakresie wynagrodzenia, jeżeli zmiany te są korzystne dla Zamawiającego, a w szczególności w przypadku zmniejszenia ilościowej realizacji zamówienia. Zamawiający zmniejszy zakres i wartość usługi o wartość kosztów tej usługi według formularza cenowego;
- d) w zakresie zmiany podwykonawców, o ile Wykonawca będzie korzystał z pomocy podwykonawców - na zasadach określonych w Kodeksie Cywilnym;
- e) w zakresie wynagrodzenia, w przypadku ustawowej zmiany stawki podatku VAT;
- f) w zakresie wynagrodzenia z uwzględnieniem co rocznej waloryzacji wynagrodzenia w oparciu wskaźnik inflacji GUS.

8. Zmiany treści umowy wymagają formy pisemnej pod rygorem bezskuteczności.

W zakresie ostatniego z zarzutów z uwagi na jego uwzględnienie i dokonanie zmiany treści siwz w żądanym zakresie, zamawiający wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

W dniu 27 kwietnia 2015r. odwołujący złożył pisemne oświadczenie o cofnięciu odwołania.

Oświadczenie zostało podpisane tak jak 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 uiszczzonego wpisu.

Przewodniczący: