

Sygn. akt: KIO/UZP 15/10

**WYROK**  
z dnia 16 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk**

**Członkowie: Klaudia Szczytowska – Maziarz**

**Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zakład Usług Ochrony Osób i Mienia Konwój – Security Sp. J. R. Wielgoliński, D. Wielgoliński, ul. Wojska Polskiego 1/19, 72-600 Świnoujście** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komenda Portu Wojennego, u. Steyera 28, 72-600 Świnoujście** protestu z dnia 10 grudnia 2009 r.

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Zakład Usług Ochrony Osób i Mienia Konwój – Security Sp. J. R. Wielgoliński, D. Wielgoliński, ul. Wojska Polskiego 1/19, 72-600 Świnoujście** i nakazuje:
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Zakład Usług Ochrony Osób i Mienia Konwój – Security Sp. J. R. Wielgoliński, D. Wielgoliński, ul. Wojska Polskiego 1/19, 72-600 Świnoujście;**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Zakładu Usług Ochrony Osób i Mienia Konwój – Security Sp. J. R. Wielgoliński, D. Wielgoliński, ul. Wojska Polskiego 1/19, 72-600 Świnoujście.**

### **Uzasadnienie**

Zakład Usług Ochrony Osób i Mienia Konwój – Security Sp. J. R. Wielgoliński, D. Wielgoliński z siedzibą w Świnoujściu (dalej: „Odwołujący”), złożył odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Usługę całodobowej, bezpośredniej fizycznej ochrony mienia i osób mieszczących się w obiekcie Karsibór*”, prowadzonym na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), (dalej: „ustawa Pzp”) przez Komendę Portu Wojennego w Świnoujściu (dalej: „Zamawiający”). Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 21 listopada 2009 r. (nr ogłoszenia: 2009/S 225 - 323083).

Podstawą złożonego odwołania i poprzedzającego go protestu był wybór w postępowaniu oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez Sekret Komo Ochrona Osób i Mienia W. Głowacki i T. Woźniak Sp. J. O okoliczności tej Zamawiający poinformował Odwołującego w dniu 9 grudnia 2009 r.

Odwołujący w piśmie z dnia 10 grudnia 2009 r. złożył do Zamawiającego protest na tę czynność, wskazując, że wybrany w postępowaniu wykonawca nie spełnia warunków SIWZ, bowiem wykonawca ten nie świadczył w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom, stanowiącym przedmiot zamówienia, w szczególności nie chronił obiektów i obszarów obowiązkowej ochrony w rozmiarach odpowiadających przedmiotowi zamówienia.

W dniu 14 grudnia 2009 r. Odwołujący wniósł do Zamawiającego pismo zatytułowane „*Uzupełnienie protestu*”, w którym wskazał na to, że wybrany w postępowaniu wykonawca nie spełnia kolejnego wymogu SIWZ, tj. nie posiada pozwolenia właściwego komendanta policji na broń palną maszynową, zaś powyższe było warunkiem określonym w rozdziale IV pkt 1 lit. e SIWZ.

W piśmie z dnia 15 grudnia 2009 r. Odwołujący skierował do Zamawiającego pismo zatytułowane: „*Pismo Protestującego*” w którym wskazał, że w związku z dokonany wgląd do akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego potwierdziła się zasadność złożonego protestu wraz z jego uzupełnieniem. Podniósł też, że do oferty wybranej w ogóle nie dołączono kserokopii decyzji komendanta policji, zawierającej zezwolenie na posiadanie jakiejkolwiek broni palnej, co wyklucza tego wykonawcę z postępowania, a ponadto poddaje w wątpliwość posiadanie przez spółkę statusu Specjalistycznej Uzbrojonej Formacji Ochrony (SUFO), co było wymogiem SIWZ. W piśmie tym Odwołujący podkreślił, że w wykazie wykonanych usług tej firmy wykazano usługi o charakterze dozoru, która to usługa nie wymaga nawet licencji pracownika ochrony fizycznej. Powyższe w jego ocenie wskazuje, że wykonawca wybrany w postępowaniu przez Zamawiającego nie sprawował ochrony rodzajowo odpowiadającej ochronie opisanej w SIWZ.

W piśmie tym podniósł także, że w pkt 1 rozdziału IV SIWZ Zamawiający wymagał dołączenia zarówno dokumentu koncesji, jak i dokumentu potwierdzającego status jednostki SUFO.

Zamawiający w dniu 18 grudnia 2009 r. rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie w całości. W uzasadnieniu tego rozstrzygnięcia Zamawiający odniósł się do protestu z dnia 10 grudnia 2009 r., wskazując, że pismo z dnia 14 grudnia 2009 r. pozostawił bez rozpoznania z uwagi na to, że obowiązujące przepisy ustawy Pzp nie przewidują formy uzupełniania protestu. Odnosząc się do zarzutów stwierdził, że w SIWZ nie określił szczegółowo warunku udziału dotyczącego ilości wymaganych wykonanych usług, jakimi wykonawcy mają się kwalifikować. Nie wskazał również wymogu kwalifikowania się przez wykonawców doświadczeniem na obiektach na terenie zamkniętym tylko usług bezpośredniej fizycznej ochrony osób, czy mienia, nie wyznaczył również wartości granicznej poszczególnych usług. Tym samym też – w ocenie Zamawiającego – wybrany w postępowaniu wykonawca spełnia wymogi SIWZ.

W dniu 22 grudnia 2009 r. (nadanie przesyłki w urzędzie pocztowym operatora publicznego) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, wskazując na argumentację z protestu oraz z pisma zwanego Uzupełnienie protestu.

Wskazał na naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez nie wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą oraz

- art. 180 ust. 7 ustawy Pzp poprzez pozostawienie bez rozpoznania pisma Odwołującego z dnia 14 grudnia 2009 r.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania bądź wykluczenia z postępowania wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu i w odwołaniu, jak też złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania oraz, że wypełniono przesłankę interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba uznała również, że pisma Odwołującego z dnia 10, 14 i 15 grudnia 2009 r. złożone do Zamawiającego jako odpowiednio: protest, uzupełnienie protestu i pismo Protestującego należy uznać – biorąc pod uwagę ich powiązanie treściowe oraz przede wszystkim okoliczność w tych trzech przypadkach dochowania jednego terminu do złożenia protestu od poinformowania o czynności Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej (termin ten upływał z dniem 19 grudnia 2009 r.). Zgodzić należy się z Zamawiającym, że przepisy ustawy Pzp nie przewidują takiej instytucji jak uzupełnienie protestu, jednakże biorąc pod uwagę wskazane powyżej okoliczności Izba uznała w niniejszym przypadku, że powyższe pisma jako złożone w terminie na protest i dotyczące tej samej czynności Zamawiającego należy potraktować jako jedno formalnie zaskarżenie w trybie protestacyjnym czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu wraz ze zmianami opublikowanego Dzienniku Urzędowym UE z dnia 21 listopada 2009 r. nr 2009/S 225-323083, postanowień SIWZ oraz z oferty wykonawcy Sekret Komo Ochrona Osób i Mienia W. Głowacki i T. Woźniak Sp. J. (dalej: „Sekret”) oraz ze stanowisk i oświadczeń stron wyrażonych na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz ustnie do protokołu.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ustalono następujące okoliczności faktyczne w sprawie:

1. W rozdziale III SIWZ *„Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny tych warunków”* Zamawiający w pkt 4 określił ustawowe – z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp - warunki udziału w postępowaniu.
2. W rozdziale IV SIWZ *„Informacje o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu”* Zamawiający określił wykaz dokumentów, jakie powinny być załączone do oferty w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.
3. W rozdziale IV pkt 1 lit. e) Zamawiający zażądał przedłożenia: *„koncesji Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji wydanej na podstawie ustawy z dnia 22.08.1997 r. (Dz. U.2005.145.1221) o ochronie osób i mienia na prowadzenie działalności gosp. w zakresie usług ochrony osób i mienia realizowanych w formie bezpośredniej ochrony fizycznych oraz posiadają statut SUFO udokumentowany decyzją przyznającą prawo posiadania w celu ochrony obiektów i konwojów broni bojowej, broni palnej maszynowej i gazowej (kserokopię potwierdzoną „za zgodność z oryginałem”, lub oryginał aktualnej koncesji na prowadzenie działalności w zakresie usług ochrony osób i mienia wydanej przez Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji kserokopię potwierdzoną „za zgodność z oryginałem” lub aktualnej koncesji na prowadzenie działalności w zakresie usług ochrony osób i mienia wydana przez Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji)”*.
4. W rozdziale IV pkt 1 lit. g) Zamawiający zażądał przedłożenia: *„wykazu wykonanych w ciągu ostatnich trzech lat usług ochrony z podaniem ich wartości oraz dat i miejsca wykonania, z załączeniem listu referencyjnego od każdej usługi wykazanej w niniejszym wykazie potwierdzającego, że usługa*

*ochrony została wykonana z należytą starannością, oraz oświadczeniem Wykonawcy [wg wzoru, stanowiącego załącznik nr 4 do niniejszej SIWZ]*

5. Zgodnie z ustalonym przez Zamawiającego w SIWZ brzmieniem załącznika nr 4 – wykaz usług, wykonawcy w postępowaniu mieli obowiązek wskazania wykonanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadające swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane należycie.
6. W ofercie wykonawcy Sekret złożono kopię koncesji Ministra Spraw Wewnętrznych i administracji nr L-0490/00 z dnia 7 kwietnia 2000 r. wydaną dla Panów Tomasz Woźniaka i Wojciecha Głowackiego, prowadzących działalność w formie spółki cywilnej Sekret wraz z dwoma decyzjami o zmianie tej koncesji (decyzja 2 z dnia 14 listopada 2001 r. dla spółki Sekret w związku z przekształceniem działalności ze spółki cywilnej w spółkę jawną oraz decyzja 3 z dnia 21 października 2004 r. w związku ze zmianą adresu siedziby spółki).
7. W ofercie wykonawcy Sekret złożono wykaz usług (załącznik nr 4) wraz z referencjami potwierdzającymi należyte wykonanie tych usług, w których to dokumentach wskazano 3 usług wykonywane przez wykonawcę Sekret na rzecz: 1) Zakładu Gospodarki Mieszkaniowej o wartości 265 753,00 zł, 2) Urzędu Miasta Świnoujścia o wartości 289 440,00 zł i 3) Ośrodka Sportu i Rekreacji „Wyspiarz” o wartości 35 606,00 zł.
8. Wartość szacunkowa niniejszego zamówienia publicznego została przez Zamawiającego określona w protokole postępowania na kwotę: 1 020 000,00 zł, co stanowi równoważność 263 083,23 euro.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie podlega oddaleniu.

Co do zarzutu nie posiadania oraz braku przedłożenia w ofercie Sekret pozwolenia na broń skład orzekający Izby uznał ten zarzut za niezasadny.

Izby zwraca uwagę, że w przywoływanych zapisach rozdziału IV pkt 1 lit. e SIWZ Zamawiający określił, że wykonawcy powinni dołączyć koncesję Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia. Koncesja ta – jak wynika z oferty Sekret - została dołączona

do oferty tego wykonawcy, czego zresztą Odwołujący nie kwestionował. We wskazanym pkt SIWZ Zamawiający zamieścił również wymóg posiadania przez wykonawcę statutu SUFO. W tym zakresie Zamawiający nie żądał jednak żadnych dokumentów. Z literalnych zapisów SIWZ można odczytać wprost, że statut SUFO powinien być potwierdzony decyzją przyznającą prawo do posiadania, w celu ochrony obiektów i mienia i konwojów, broni bojowej, maszynowej i gazowej. Żadnego dokumentu w tym przedmiocie Zamawiający jednak nie żądał. Jedynym żądanym w tym zakresie przez niego dokumentem była koncesja (w oryginale, bądź kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem) Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia, którą wykonawca Sekret przedłożył w swojej ofercie.

Zwrócić w tym miejscu należy uwagę, że skład orzekający Izby nie rozstrzyga na tym etapie postępowania (ocena ofert) o konieczności żądania przez Zamawiającego określonych dokumentów w związku z charakterem rodzaju świadczenia mieszczącego się w zakresie przedmiotu zamówienia. W tym przedmiocie co najwyżej możliwa byłaby weryfikacja postanowień SIWZ na wcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (protest na postanowienia SIWZ i treść ogłoszenia o zamówieniu). W związku z tym, że Zamawiający zrezygnował w tym postępowaniu z żądania od wykonawców przedłożenia określonych dokumentów potwierdzających dysponowanie pozwoleniem na posiadanie broni, choć być może owo pozwolenie jest uzasadnione z punktu widzenia realizacji zamówienia, powyższe nie może stać się jednak podstawą odrzucenia oferty wykonawcy, który stosując się do postanowień SIWZ takiego zezwolenia nie przedłożył.

Co do zarzutu braku wymaganego w SIWZ doświadczenia przez wykonawcę Sekret Izba uznała ten zarzut za bezzasadny.

Analiza wykazywanego w ofercie Sekret doświadczenia (trzy zamówienia) wskazuje, że wartości tych zamówień faktycznie odbiegają od ustalonej przez Zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia (wartość szacunkowa netto na poziomie jednego miliona złotych zaś wartość brutto wykazywanych zamówień na poziomie ok. 30 tys. złotych każde). Jeśli chodzi o rodzaj wykazywanych zamówień Izba stwierdziła, że przedmiotem zamówienia jest całodobowa bezpośrednia fizyczna ochrona mienia i osób mieszczących się w obiekcie Zamawiającego. Wykazywane przez firmę Sekret usługi w ramach doświadczenia odnoszą się do usług ochrony tak w formie fizycznego dozoru oraz monitoringu obiektów i otoczenia, jak i ochrony targowiska, czy też usług ochrony osób i mienia na terenie ośrodka kempingowego. Dokonując oceny spełniania warunku doświadczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy wziąć pod uwagę przede wszystkim brzmienie zapisów SIWZ w tym przedmiocie. Tutaj natomiast Zamawiający opisując warunek udziału

w postępowaniu nie dookreślił jakiego rodzaju usługi - rodzajowo czy też wartościowo - będą miały dla niego znaczenie. Nie określił też ile usług wystarczy dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Generalne odwołanie się i to nie w rozdziale dotyczącym opisu warunków udziału w postępowaniu lecz we wzorze wykazu usług do zamówień odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia ma nazbyt ogólny charakter, co pozwala na stwierdzenie, że warunek *de facto* nie został opisany przez Zamawiającego, stąd też taka sytuacja nie może w sposób negatywny skutkować dla wykonawców. Żaden z wykonawców z powodu nie spełnienia takiego ogólnego wymogu nie mógłby być wykluczony z udziału w postępowaniu.

Powyższy brak doprecyzowania przez Zamawiającego warunku doświadczenia oraz brak żądania określonych dokumentów (pozwolenie na posiadanie broni palnej, czy maszynowej) nie może świadczyć również o konieczności unieważnienia postępowania o co także wnioskował Odwołujący, w szczególności powyższe nie może stanowić o wadzie postępowania skutkującej niebezpieczeństwem zawarcia nieważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający nie dopuścił się bowiem żadanego naruszenia przepisów ustawy Pzp, które miałyby wpływ na wynik postępowania, czy też tym bardziej rażącego naruszenia przepisów w postępowaniu. Co do warunków udziału w postępowaniu to wskazać należy, że od woli Zamawiającego zależy, w jaki sposób dokona on ich opisu, byleby wskazany opis był zgodny z zasadą uczciwej konkurencji, której naruszenia w niniejszej sprawie Izba nie stwierdziła. Skoro z tego opisu Zamawiający *de facto* w niniejszej sprawie w ogóle zrezygnował powyższe nie może mieć negatywnego wpływu na sytuację jakiegokolwiek wykonawcy w postępowaniu.

Uwzględniając powyższe Izba działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego - stosownie do jego wyniku - orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).



Jednocześnie też skład orzekający Izby rozstrzygając o kosztach postępowania w niniejszej sprawie dokonał rozliczenia tychże kosztów z kwoty faktycznie uiszczonej przez Odwołującego tytułem wpisu (20 000 zł), a nie z kwoty należnej wysokości wpisu od odwołania w zamówieniach na usługi powyżej wartości progów UE (15 000 zł), uwzględniając przy tym przepisy przywołanego powyżej rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Szczecinie.**

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....