

Sygn. akt KIO/1059/10

**WYROK**

z dnia 16 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Agencję Ochrony Mienia POL-NAG Sp. z o.o., 02-690 Warszawa, ul. Bokserska 35 od czynności zamawiającego Samodzielnego Publicznego Dziecięcego Szpitala Klinicznego, 00-576 Warszawa, ul. Marszałkowska 24.

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Agencję Ochrony Mienia POL-NAG Sp. z o.o., 02-690 Warszawa, ul. Bokserska 35 i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez Agencję Ochrony Mienia POL-NAG Sp. z o.o., 02-690 Warszawa, ul. Bokserska 35

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz.1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na „Całodobową ochronę osób, obiektów i mienia wraz z konwojowaniem wartości pieniężnych” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, wynosi 394.162,02 EURO.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2010-034841 w dniu 17 marca 2010r.

W dniu 25 maja 2010 r., zamawiający powiadomił odwołującego o wynikach oceny ofert i o odrzuceniu jego oferty.

Od czynności odrzucenia oferty odwołujący wniósł w dniu 31 maja 2010r. odwołanie.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją zamawiającego, podnosząc: „czynność kwalifikacji oferty jako rzekomy czyn nieuczciwej konkurencji, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy Prawo Zamówień Publicznych art. 86 ust. 1 pkt., skoro w wyroku ZAUZP z dnia 2003/12/17 sygn. UZP/ZO/0-2081/03 publikacja ZPO 2004/4/43, ustawa nie definiuje pojęcia „czynu nieuczciwej konkurencji”. Odwołujący wskazał, że czas reakcji grup interwencyjnych określony w ofercie jest realny, firma o wielu lat ochrania obiekt i zna uwarunkowania obiektu i specyfiki zagrożeń oraz systemu teletechnicznego alarmowania i powiadamiania, w tym użytkowanie monitoringu. Odwołujący wniósł dalej o powołanie biegłego sądowego z listy Sądu Okręgowego w specjalności ochrona mienia, osób, konwojowania oraz technicznego zabezpieczenia mienia na podstawie art. 188 ust. 4 Prawa zamówień publicznych - powołanie biegłego ma na celu wykazanie realności oferty z punktu widzenia logiki, doświadczenia zawodowego i racjonalności systemu decyzyjnego w powiązaniu z technicznym systemem alarmowania i powiadamiania. Wskazano na „okoliczność faktyczną i prawną uzasadniającą wniesienie odwołania dla wysoce subiektywnej oceny prawnej, nie objęto elementów łącznych a rozpatrzono kryteria w sposób niezależny co jest niezgodne z sentencją wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 2003.04.30 sygn. Akt V Ca 522/03 publikacja ZPO 2004/3/51”. Podniósł odwołujący, że: „skomplikowany system obliczenia punktacji dla potrzeb wyboru najkorzystniejszej oferty błąd w konstrukcji SIWZ jest dotknięte wadą która powoduje niemożność wskazania najkorzystniejszej oferty, Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 2002.10.15 sygn. V Ca 1377/02 publ. ZPO 2002/1/90”. Zarzucił końcowo odwołujący, że złamano w postępowaniu art. 5 1 ust. 1), naruszono zakaz ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że prawidłowa kwalifikacja prawna w przedmiocie określenia lub definicji, gdzie czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego uczestnika postępowania o zamówienie publiczne w rozumieniu art. 5-17 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; czyli prowadzący przetarg publiczny zastosował wadliwą podstawę prawną odrzucając jego ofertę.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu ochrony mienia i zabezpieczeń przy Sądzie Okręgowym w Warszawie, na podstawie art. 188 ust. 4 Prawa zamówień publicznych; przepis ten stanowi, że Izba może powołać biegłego spośród osób wpisanych na listę biegłych sądowych ustanowionych przy sądach okręgowych, jeżeli ustalenie stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych.

Zdaniem odwołującego, wniesienie protestu zawiesza bieg terminu związania ofertą do czasu ostatecznego jego rozstrzygnięcia oraz powinno spowodować zawieszenie postępowania, nie dłużej niż na okres 7 dni, chyba że wystąpi jedna z następujących przesłanek (art. 85 ust. 1). Braki w SIWZ w powyższym zakresie uniemożliwiają Zamawiającemu ustalenie, która ze złożonych ofert jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 2 pkt 5 Pzp. Ocena taka wymagałaby bowiem w szczególności znajomości nie tylko zaoferowanej przez wykonawcę ceny ale wysokospecjalizowanej wiedzy w zakresie techniki i logistyki ochrony mienia i osób. Ponadto w związku ze znaczną rozbieżnością cen pomiędzy poszczególnymi ofertami, Zamawiający powinien również sprawdzić, czy oferty nie zawierają rażąco niskich cen (art. 90 ust. 1 Pzp) w stosunku do wagi kryterium i wagi ceny brutto.

Pismem z dnia 9 czerwca 2010r., złożonym na wezwanie do usunięcia braków formalnych odwołania poprzez wskazanie żądania co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania oraz wskazania okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania, odwołujący opisał następująco swoje żądania:

- czynność Zamawiającego polegająca na zaniechaniu przez Zamawiającego zwięzłego przedstawienie zarzutów, bowiem czas reakcji grupy interwencyjnej określony w ofercie jest realny;
- żądanie w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 U Pzp powtórzenia;
- czynność kwalifikacji oferty złożonej przez uczestnika przetargu POL-NAG jest sklasyfikowana przez Zamawiającego jako rzekomy czyn nieuczciwej konkurencji bez właściwego uzasadnienia i wyliczenia, co jest nie zgodne z prawem i podlega uchyleniu w ponownym przetargu - żądanie w trybie art. art. 192 ust. 3 pkt. 1 Pzp unieważnienia;

- czynność kwalifikacji oraz obliczania punktacji przez Zamawiającego dla potrzeb wyboru najkorzystniejszej oferty błęd w konstrukcji SIWZ jest dotknięte wadą i podlega wykluczeniu lub zmianie na ponownym przetargu - żądanie w art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego.

- zamawiający zarzucił POL-NAG czyn nieuczciwej konkurencji lecz w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16.04.1993r. POL-NAG nie wyczerpuje żadnych znamion tego czynu gdyż nie wprowadza w błąd klienta oferując taki czas reakcji grupy interwencyjnej. Zamawiający zastosował nieznaną w prawie definicję w Prawie Zamówień Publicznych czynu nieuczciwej konkurencji i na tej podstawie odrzucił ofertę, co jest błędem kwalifikowanym - żądanie w trybie art. 192 ust.3 pkt 1 Pzp unieważnienia.

Końcowo odwołujący wskazał, że żąda w odwołaniu:

- powołania biegłego sądowego w trybie art. 190 ust.4 na okoliczność nieuprawnionego zarzutu;
- usunięcia braków w SIWZ w zakresie kwalifikacji i obliczania punktacji;
- uchylecia przetargu i wykluczenia POL-NAG wobec naruszenia dobrego zwyczaju i pomówienie o czyn nieuczciwej konkurencji niezgodny z prawem przez zamawiającego o czym mowa w art. 7 ust. 1 Pzp. W tym stanie rzeczy udzielona informacja jest zasadna i zasługuje na uwzględnienie.

Na rozprawie w dniu 15 czerwca 2010r. odwołujący sprecyzował, że w pkt 5 odwołania, który nawiązuje do brzmienia specyfikacji oraz w pkt 5 ppkt 2 pisma z dnia 9 czerwca 2010 r. zawarł wniosek o modyfikację specyfikacji; że w pkt 5 ppkt 3 wnosząc o: „*uchylenie przetargu i wykluczenia Pol Nag*” miał na myśli wniosek o unieważnienie postępowania; oraz że jego wniosek obejmuje także przywrócenie jego oferty do rozpatrzenia w tym postępowaniu.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny:**

Zamawiający w prowadzonym postępowaniu na „*Całodobową ochronę osób, obiektów i mienia wraz z konwojowaniem wartości pieniężnych*”, zastrzegł wymóg by wykonawcy zapewnili ochronę interwencyjną. Zamawiający wymagał bowiem w § 9 ust. 6 wzoru umowy stanowiącego załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia: „*Wykonawca zapewni w przypadku szczególnego zagrożenia mienia lub osób znajdujących się w obiekcie chronionym nieodpłatną ochronę interwencyjną polegającą na przyjeździe dodatkowych agentów ochrony, zwanych dalej „Grupą Interwencyjną”. Grupa Interwencyjna może być wezwana drogą radiową lub telefonicznie przez agentów ochrony wykonujących ochronę obiektu chronionego lub*

*przez upoważnionych pracowników Zamawiającego.” (vide: wzór umowy, stanowiący załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia).*

Czas reakcji grupy interwencyjnej w ramach opisanej wyżej ochrony interwencyjnej zamawiający uczynił elementem wpływającym na wybór oferty w ramach kryteriów oceny ofert, przyznając mu wagę 20%. Zamawiający wskazał, że „*Czas reakcji grupy interwencyjnej” należy podać w minutach. Na to kryterium będzie się składać suma czasów reakcji nocnej i reakcji dziennej do SPDSK przy ul. Marszałkowskiej 24 + suma czasów reakcji nocnej i reakcji dziennej do filii SPDSK przy ul. Działdowskiej 1*” (vide: specyfikacja istotnych warunków zamówienia).

Wykonawca Pol –Nag spółka z o.o. w Warszawie złożył ofertę, w której w formularzu ofertowym podał czas reakcji 0,1 min w odniesieniu do reakcji dziennej i nocnej w szpitalu przy ul. Marszałkowskiej oraz szpitalu przy ul. Działdowskiej. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego podtrzymano powyższe oświadczenie wskazując, że wymagana ochrona będzie realizowana poprzez całodobowy patrol załogi pod obiektami zamawiającego. Odwołujący podał, że: „*z chwilą podpisania umowy na ochronę obiektów i mienia Zamawiającego nasze załogi interwencyjne będą zlokalizowane przed obiektami co daje podstawę zawarcia w ofercie czasu reakcji 0,1 min co stanowi 6 sekund realnego czasu podjęcia interwencji*” (vide wyjaśnienia odwołującego z dnia 7 maja 2010r.)

Zamawiający pismem z dnia 21 maja 2010r. odrzucił ofertę odwołującego, wskazując jako podstawę powyższej decyzji: „*art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych. Podany nierealny czas reakcji grupy interwencyjnej (0,1 min tj. 6 sekund) stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*” (vide: pismo z dnia 21 maja 2010r. – ogłoszenie o wyborze najkorzystniejszej oferty).

Powyższy stan faktyczny Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła na podstawie przedłożonej przez zamawiającego dokumentacji postępowania, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofert złożonych przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, a także wyjaśnień i oświadczeń stron złożonych na rozprawie w dniu 15 czerwca 2010r.

**Na tle tak ustalonego stanu faktycznego,  
Krajowa Izba Odwoławcza zważyła co następuje:**

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że wobec wszczęcia w dacie 22 marca 2010r. (data zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej zamawiającego oraz w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, to jest po dniu 29 stycznia 2010 r., w którym weszły w życie przepisy *ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo*

*zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw* (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do jego rozpoznawania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r.

Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że do przedmiotowego odwołania zastosowanie znajdują przepisy *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) oraz *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* (Dz. U. Nr 48, poz. 280).

W drugiej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych. Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, uprawniający go do złożenia odwołania.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zatem uwzględnienie odwołania wymaga wykazania przez odwołującego nie jakiegokolwiek naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, ale takiego naruszenia, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, na gruncie analizowanej sprawy brak jest podstaw do przypisania działaniom zamawiającego w postępowaniu takich naruszeń ustawy, które by miały wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający zawarł bowiem w postępowaniu na „Całodobową ochronę osób, obiektów i mienia wraz z konwojowaniem wartości pieniężnych” wymóg zapewnienia przez wykonawcę wyłonionego w postępowaniu ochrony interwencyjnej (§ 9 ust. 6 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ), czyniąc ponadto czas reakcji grupy interwencyjnej elementem wpływającym na wybór oferty, poprzez przypisanie czasowi tej reakcji wagi 20 % w ramach kryteriów oceny ofert.

Powyższe zasady i kształt postępowania uregulowany treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszeniem o zamówieniu publicznym zostały ostatecznie ukształtowane. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w dniu 20 marca 2010r. zaś specyfikacja istotnych warunków zamówienia została podana do publicznej wiadomości dnia 22 marca 2010 r.

poprzez zamieszczenie jej na stronie internetowej oraz w siedzibie zamawiającego. Odwołujący jak również inni wykonawcy nie kwestionowali opisanego wyżej brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie składali odwołań co do treści ogłoszenia lub specyfikacji. Termin na wniesienie odwołań w tym zakresie (dziesięciodniowy od dnia ogłoszenia lub zamieszczenia specyfikacji) także już upłynął, nie sposób zatem aktualnie, na obecnym etapie postępowania skutecznie kwestionować brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszenia. Zgodnie bowiem z treścią art. 182 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8; lub 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 powołanej ustawy.

Z tego też względu należy uznać, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia stała się dla wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia jak i zamawiającego wiążąca. Powyższe decydowało o nieuwzględnieniu zarzutów odwołania, zgodnie z którymi: *„skomplikowany system obliczenia punktacji dla potrzeb wyboru najkorzystniejszej oferty błąd w konstrukcji SIWZ jest dotknięte wadą która powoduje niemożność wskazania najkorzystniejszej oferty, Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 2002.10.15 sygn. V Ca 1377/02 publ. ZPO 2002/1/90”*; *„wniesienie protestu zawieszają bieg terminu związania ofertą do czasu ostatecznego jego rozstrzygnięcia oraz powinno spowodować zawieszenie postępowania, nie dłużej niż na okres 7 dni chyba, że wystąpi jedna z następujących przesłanek (art. 85 ust. 1). Braki w SIWZ w powyższym zakresie uniemożliwiają Zamawiającemu ustalenie, która ze złożonych ofert jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 2 pkt 5 Pzp.”*. Zarzuty te – jako że dotyczą brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia mogły być podnoszone tylko w terminie dziesięciu dni od upublicznienia tego dokumentu, zaś na obecnym etapie postępowania z całą pewnością są spóźnione.

Z tego też względu, Krajowa Izba Odwoławcza, jakkolwiek dopatrując się pewnych niedoskonałości oraz braków staranności w zakresie brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (nie dotyczących jednak wskazywanej przez odwołującego kwestii obliczania punktacji oraz kryteriów oceny ofert), nie uwzględniła stawianych w powyższym zakresie

zarzutów oraz żądania odwołania „usunięcia braków w SIWZ w zakresie kwalifikacji i obliczania punktacji”, jako spóźnionych.

Powyższe skutkuje uznaniem, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia stała się dokumentem wiążącym uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym także w spornym w niniejszej sprawie zakresie ochrony interwencyjnej i czasu reakcji grupy interwencyjnej. Podkreślenia dalej wymaga, że odwołujący nie miał wątpliwości, co mieści się w zakresie opisanej w § 9 ust. 6 wzoru umowy ochrony interwencyjnej, a przeciwnie - pojmował ją w sposób adekwatny do prezentowanego przez siebie profesjonalnego charakteru swojej działalności.

Odwołujący bowiem zdefiniował, co mieści się pod pojęciem ochrony interwencyjnej (vide: wyjaśnienia odwołującego złożone na rozprawie w dniu 15 czerwca 2010r., str. 5), podając, że: „ochrona interwencyjna to udzielone w odpowiedzi na sygnał telefoniczny, radiowy lub ustny o wydarzeniu na ochranianym obiekcie wyjście grupy interwencyjnej co najmniej 2 osobowej, która ma za zadanie, po pierwsze ocenę zaistniałego naruszenia (czy konieczna jest interwencja policji) a następnie przystąpienie do działania czyli przywrócenie naruszonego porządku.”. Zamawiający na rozprawie w dniu 15 czerwca 2010r. podzielił takie rozumienie pojęcia „ochrona interwencyjna”.

Odwołujący zaoferował w złożonej ofercie czas reakcji grupy agentów w ramach ochrony interwencyjnej zarówno w dzień jak i w nocy w odniesieniu do szpitala przy ul. Marszałkowskiej oraz Szpitala przy ul. Działdowskiej 1 równy 6 sekund (vide: oferta odwołującego – formularz ofertowy, pkt II, str.2, wyjaśnienia odwołującego z dnia 7 maja 2010r.), zaś zamawiający odrzucając tak złożoną ofertę wskazał jako podstawę odrzucenia oferty nierealny czas reakcji grupy interwencyjnej.

Krajowa Izba Odwoławcza oceniając powyższą czynność zamawiającego podzieliła powyższą konkluzję zamawiającego. Przeprowadzone w sprawie postępowanie wykazało, że istotnie, reakcja grupy interwencyjnej w podanym przez odwołującego czasie jest niemożliwa do wykonania. Jeżeli bowiem reakcja grupy interwencyjnej w ramach ochrony interwencyjnej oznacza podjęcie odpowiednich, uzasadnionych działań mających na celu przywrócenie naruszonego porządku przez agentów ochrony wyposażonych w środki przymusu bezpośredniego na miejscu, gdzie ma miejsce krytyczne zdarzenie (jak np. napad, wtargnięcie nieuprawnionej osoby), to ta reakcja musiałaby polegać na znalezieniu się przez grupę interwencyjną na miejscu takiego zdarzenia. Oceniając deklarację odwołującego co do reakcji na opisywane zdarzenie w ciągu 6 sekund, w świetle zasad doświadczenia życiowego, względów logiki i racjonalnego rozumowania należało uznać, że niepodobieństwem jest zareagowanie przez taką grupę w podanym czasie. Na uwagę w tym miejscu zasługują okoliczności ustalone na



rozprawie w dniu 15 czerwca 2010r. dotyczące usytuowania szpitali przy ul. Marszałkowskiej i Działdowskiej, miejsc parkingowych przed tymi szpitalami, ilości budynków składających się na wymienione placówki. Na rozprawie ustalono bowiem, że szpitale przy ul. Marszałkowskiej i Działdowskiej są dużymi obiektami, składającymi się z kilku budynków każdy, o relatywnie skomplikowanej strukturze wewnętrznej. Przed każdą z tych placówek są ograniczone możliwości parkowania – część miejsc przy wjeździe do szpitali jest wyłączona z możliwości parkowania z powodu przeznaczenia ich tylko dla wjeżdżających karettek i pojazdów przewożących osoby niepełnosprawne. Zatem zarówno z miejsc przed każdym ze szpitali, a tym bardziej z parkingu usytuowanego w pobliżu szpitala przy ul. Działdowskiej 1 – który jak wykazywał odwołujący jest przez niego ochraniający i stamtąd ewentualnie w odniesieniu do tej placówki wyjeżdżałby patrol interwencyjny (parking znajduje się w odległości około 25 m – według twierdzeń odwołującego, czy też 70 -75 m– zgodnie z twierdzeniem zamawiającego) nie jest możliwe dotarcie do miejsca zdarzenia w szpitalu w ciągu 6 sekund. Powyższa reakcja musiałaby bowiem oznaczać wkroczenie do punktu w szpitalu, gdzie ma miejsce zdarzenie będące przedmiotem interwencji (co sam przyznał odwołujący definiując pojęcie ochrony interwencyjnej), niezależnie od pory dnia (również w nocy, co wynika wprost z formularza cenowego stanowiącego załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia jak i oferty odwołującego), co z kolei wiązać musiałoby się z pokonaniem ewentualnych zabezpieczeń w postaci zamkniętych drzwi, pokonaniem korytarzy szpitalnych w ciągu 6 sekund od odebrania informacji telefonicznej, radiowej lub ustnej.

Uwzględniając naturalny w takich warunkach dodatkowy czas potrzebny na zlokalizowanie miejsca zdarzenia w budynkach danego szpitala uznać należało, że trafny był wniosek zamawiającego, iż niewykonalnym jest wykonanie reakcji interwencyjnej w ciągu 6 sekund od wezwania.

Krajowa Izba Odwoławcza dała w tym zakresie wiarę wyjaśnieniom zamawiającego, jako że cechuje je wewnętrzna spójność i logika, przy czym odwołujący nie kwestionował powyższych twierdzeń. Powyższej oceny nie zmienia także rozbieżność pomiędzy zamawiającym i odwołującym w zakresie odległości parkingu od szpitala przy ul. Działdowskiej 1 (zamawiający podawał, że wynosi ona ok. 75 m, podczas gdy odwołujący określał ją na ok. 25 m). Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła w tej mierze wniosku dowodowego odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego na podstawie art. 194 ust 4 ustawy Prawo zamówień publicznych na okoliczność „nieuprawnionego zarzutu”, uznając iż rozstrzygnięcie analizowanej sprawy nie wymaga wiadomości specjalnych (opinii biegłego) bowiem teza dowodowa, która miałaby być wykazana zawnioskowanym dowodem to okoliczność prawna a

nie faktyczna, w tym przede wszystkim poprawność działania zamawiającego polegającego na odrzuceniu oferty odwołującego.

Nawet gdyby przyjąć – za odwołującym, że patrole interwencyjne złożone z co najmniej dwóch osób posiadających odpowiednią licencję ochroniarską I stopnia stacjonowałyby w samochodach przed każdym ze szpitali przez całą dobę (odwołujący dysponuje w ramach działalności łącznie 8 samochodami do wykonywania działalności ochroniarskiej i angażuje 16 osób posiadających licencję ochroniarską I stopnia), to słusznie wywiódł zamawiający, że niemożliwe byłoby podjęcie w ciągu 6 sekund reakcji takiego patrolu. Dostrzec trzeba w tym miejscu, że za taką reakcję nie można by uznać tylko wkroczenie w obszar posesji zamawiającego, ale reakcja musiałaby oznaczać podjęcie odpowiednich działań w miejscu zdarzenia, niezależnie od tego w której części szpitala miałyby ono miejsce. Z całą pewnością nie jest to możliwe w czasie 6 sekund. Obiektywna analiza czynności wykonawczych, jakie składają się na podjęcie reakcji (poczynając od odebrania sygnału telefonicznego, radiowego lub ustnego o potrzebie interwencji do podjęcia pierwszego działania w celu usunięcia naruszenia porządku w ochranianym obiekcie) w kontekście deklaracji odwołującego, że patrol interwencyjny będzie się czuwał 24 godziny na dobę w samochodzie zlokalizowanym w okolicy szpitala (bezpośrednio przed szpitalem lub – w odniesieniu do szpitala przy ul. Działdowskiej 1 – na parkingu znajdującym się w pobliżu) wskazuje, iż opuszczenie samochodu przez dwóch agentów ochrony, potem pokonanie odcinka z samochodu do wejścia do szpitala, ustalenie w którym budynku i miejscu szpitala ma miejsce zdarzenie wymagające interwencji, pokonanie ewentualnych zabezpieczeń na drodze do tego miejsca (przykładowo drzwi, niejednokrotnie kodowane) a wreszcie wkroczenie do akcji na miejscu zdarzenia wymaga czasu znacznie dłuższego, aniżeli podane w ofercie odwołującego 6 sekund. Takie też zakresy czasów reakcji zostały wskazane przez pozostałych wykonawców ubiegających się o analizowane zamówienie: wykonawcy ci wskazali czasy reakcji równe 10 minut w dzień i 5 minut w nocy (Solid Security sp. z o.o. w Warszawie) oraz 15 minut w dzień i 10 minut w nocy (Agencja Ochrony Argus sp. z o.o. w Sochaczewie).

Z powyższych względów należało podzielić ocenę zamawiającego co do nierealności przedmiotowej ochrony interwencyjnej w podanym przez odwołującego w złożonej przez niego ofercie czasie.

Uwzględniając dodatkowo okoliczność, że wspomniany czas reakcji stanowił kategorię wpływającą istotnie na wybór oferty – skoro zamawiający uczynił go elementem składającym się na kryterium wyboru oferty o wadze 20 % w ramach wskazanego w specyfikacji istotnych

warunków zamówienia algorytmu ustalania najkorzystniejszej oferty, przyjąć należało, że zamiarem odwołującego jako wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne było uzyskanie tego zamówienia. Skoro zamawiający w ramach kryteriów oceny oferty niejako zapremiował szybkość przedmiotowej reakcji grupy interwencyjnej, to powyższe działanie zdaje się skłaniać wykonawców do wskazywania jak najkrótszych parametrów w tym zakresie, nawet jeśli byłyby one nierealne do wykonania – tak jak miało to miejsce w niniejszej sprawie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, powyższe działania nakierowane były na uzyskanie przedmiotowego zamówienia - zmierzały do wygrania za wszelką cenę przetargu prowadzonego przez zamawiającego, nawet jeśli w tym celu podano nierealny czas reakcji grupy interwencyjnej, co w istocie stanowiło zachowanie sprzeczne z dobrymi obyczajami w działalności gospodarczej, godzące w zasady uczciwej konkurencji. Takim zachowaniem z całą pewnością jest oferowanie świadczenia w konkretnych warunkach niewykonalnego do spełnienia (mowa tu o spornym czasie reakcji grupy interwencyjnej) po to tylko, by uzyskać zamówienie.

Tak argumentując Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła zarzutów odwołania w zakresie bezprawnego odrzucenia oferty odwołującego jak również wniosku odwołania o unieważnienie postępowania, uznając, że decyzja zamawiającego była w ustalonym stanie faktycznym prawidłowa i znajdowała podstawę w brzmieniu art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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:**

.....