

Sygn. akt: KIO 1922 / 17

## WYROK

z dnia 29 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Danuta Dziubińska**

**Protokolant: Edyta Paziewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 września 2017 r. przez wykonawcę **S. Sp. z o.o. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **31 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Konstantynowska 96, 95-100 Zgierz**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - S. Sp. z o.o. (...)** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00 groszy) uiszczoną przez **S. Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

**Przewodniczący: .....**

## **Uzasadnienie**

31 Wojskowy Oddział Gospodarczy (dalej „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017r. poz. 1579), zwanej dalej „ustawą” lub „ustawą Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne pn. „Usługa: ochrona realizowana przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne wraz z monitoringiem kompleksów wojskowych”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. U. UE w dniu 02 września

2017 r., numer 2017/S 168-345963. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia ( zwana dalej również „SIWZ” ) została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 04 września 2017 r.

W dniu 14 września 2017 r. Odwołujący - S. Sp. z o.o. w Grodzisku Mazowieckim wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści SIWZ. W odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1a poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący wskazał, iż jest podmiotem obecnie wykonującym usługi ochrony na obiektach obejmujących część 6 oraz 10 przedmiotu zamówienia, a postawione przez Zamawiającego warunki uniemożliwiają mu złożenie oferty w tym postępowaniu w częściach, które obecnie wykonuje w sposób należyty.

Zdaniem Odwołującego postawiony przez Zamawiającego wymóg w zakresie niezbędnych środków finansowych lub zdolności ekonomicznej oraz ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, biorąc pod uwagę wartość przedmiotu zamówienia

w poszczególnych częściach, jest nieproporcjonalny, przez co w istotny sposób narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Postawiony warunek jest nadmierny i nie służy do wyboru wykonawcy zdolnego do należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści SIWZ w sposób przez niego wskazany, tj.:

- 1) W zakresie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej - posiadanie środków finansowych lub zdolności ekonomicznej

W rozdziale V ust. 1 lit. b) pkt 1) SIWZ, gdzie Zamawiający wskazał, że Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę oznaczoną:

- siedmioma cyframi (wyrażoną w pełnych złotych) - dotyczy zadań 1, 2, 5,10
- sześcioma cyframi (wyrażoną w pełnych złotych) - dotyczy zadań 3, 4, 6, 7,8,9

i zamieścił uwagę, wskazując, iż w przypadku złożenia oferty na więcej niż jedno zadanie wykonawca zobowiązany jest do posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej na najwyższą kwotę, według Odwołującego powinna nastąpić zmiana polegająca na zmniejszeniu wielkości kwotowych. Warunek powinien przewidywać, iż Wykonawca go spełni jeżeli wykaże, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę oznaczoną:

- sześcioma cyframi (wyrażoną w pełnych złotych) - dotyczy zadań 1, 2, 5,10
- pięcioma cyframi (wyrażoną w pełnych złotych) - dotyczy zadań 3, 4, 6, 7,8, 9.

- 2) W zakresie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej - ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej (OC)

W rozdziale V ust. 1 lit. b) pkt 2) SIWZ, Zamawiający wskazał, że Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej (OC) w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia na jedno i wszystkie zdarzenia:

- zadanie 1,2, 4, 5, 10 - nie niższą niż 10 000 000 PLN,
- zadanie 3, 6, 7,8, 9 - nie niższą niż 500 000 PLN.

W przypadku polisy, której suma gwarancyjna wyrażona będzie w walucie obcej, Zamawiający przeliczy jej wartość według średniego kursu NBP na dzień upływu terminu składania ofert.

W przypadku złożenia oferty na więcej niż jedno zadanie wykonawca zobowiązany jest do posiadania ubezpieczenia OC na sumę gwarancyjną o najwyższej wartości (np. na zad. 1, 4, 8 - wykonawca musi posiadać ubezpieczenie OC na sumę gwarancyjną nie niższą niż 10 000 000,00 zł).

Według Odwołującego powinno nastąpić zmniejszenie wymaganej sumy ubezpieczenia OC do kwoty:

- zadanie 1,2, 4, 5,10 - nie niższej niż 2 000 000 PLN,
- zadanie 3, 6, 7,8, 9 - nie niższej niż 100 000 PLN

Pozostałe postanowienia winny otrzymać brzmienie „W przypadku polisy, której suma gwarancyjna wyrażona będzie w walucie obcej Zamawiający przeliczy jej wartość wg średniego kursu NBP na dzień upływu terminu składania ofert. UWAGA: w przypadku złożenia oferty na więcej niż jedno zadanie wykonawca zobowiązany jest do posiadania ubezpieczenia OC na sumę gwarancyjną o najwyższej wartości (np. na zad. 1,4, 8 wykonawca musi posiadać ubezpieczenie OC na sumę gwarancyjną nie niższą niż 2 000 000,00)“

### 3) zdolność techniczna i zawodowa - doświadczenie

W rozdziale V ust. 1 lit. c) pkt 1) SIWZ Zamawiający wskazał, że Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że posiada doświadczenie zdobyte poprzez wykonanie (lub wykonywanie) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 3 usług z zakresu ochrony osób i mienia świadczonych w sposób ciągły przez minimum 12 miesięcy w obiektach podlegających obowiązkowej ochronie zgodnie z ustawą z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1432 ze zm.) i związanych się z obsługą technicznych środków wspomagających ochronę.

Zdaniem Odwołującego postawiony przez Zamawiającego wymóg w zakresie niezbędnego doświadczenia, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia w poszczególnych częściach jest nieproporcjonalny i niezwiązany z przedmiotem zamówienia, przez co w istotny sposób narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Według Odwołującego w art. 5 ustawy o

ochronie osób i mienia wskazano zamknięty katalog obiektów, obszarów, urządzeń i transportów podlegających obowiązkowej ochronie. W katalogu tym brak jest jednostek wojskowych, które objęte są przedmiotem zamówienia w części 6 oraz 10. Postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania doświadczenia jest nadmierny, niezwiązany z przedmiotem zamówienia i nie służy do wyboru wykonawcy zdolnego do jego należytego wykonania.

Z tych względów Odwołujący domagał się, aby Izba nakazała Zamawiającemu zmodyfikowanie treści SIWZ (Rozdział V ust. 1 lit. c) pkt 1) SIWZ) w następujący sposób: Zamiast: „posiada doświadczenie zdobyte poprzez wykonanie (iub wykonywanie) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 3 usług z zakresu ochrony osób i mienia świadczonych w sposób ciągły przez minimum 12 miesięcy w obiektach podlegających obowiązkowej ochronie zgodnie z ustawą z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (tekst jednolity Dz. U. z 2016 r., poz. 1432 ze zm.), i wiązała się z obsługą technicznych środków wspomagających ochronę(...)" na: „posiada doświadczenie zdobyte poprzez wykonanie (lub wykonywanie) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 3 usług z zakresu ochrony osób i mienia świadczonych w sposób ciągły przez minimum 12 miesięcy w obiektach podlegających obowiązkowej ochronie zgodnie z ustawą z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (tekst jednolity Dz. U. z 2016 r., poz. 1432 zezm.) lub w obiektach związanych z obronnością i bezpieczeństwem państwa w rozumieniu Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 24 czerwca 2003 r. w sprawie obiektów szczególnie ważnych dla bezpieczeństwa i obronności państwa oraz ich szczególna ochrona (Dz. U, z 2003 r. Nr 116, poz. 1090 zm. Dz. U. z 2017 poz. 42 ze zm.), i wiązała się z obsługą technicznych środków wspomagających ochronę(...)".

4) zdolność techniczna i zawodowa - wielkość średniorocznego zatrudnienia

W rozdziale V ust. 1 lit. c) pkt 2) SIWZ, gdzie Zamawiający wskazał, że wielkość średniorocznego zatrudnienia u Wykonawcy osób pracujących bezpośrednio w ochronie fizycznej (wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres

prowadzenia działalności jest krótszy -  
w tym okresie - był na poziomie nie mniejszym niż:

- 500 - dotyczy zadań 1, 2, 3, 4, 5, 6, 10,
- 50- dotyczy zadań 6, 7,8, 9.

Według Odwołującego powinno być :

- 100 - dotyczy zadań 1,2, 3, 4, 5, 6,10,
- 30- dotyczy zadań 6, 7,8, 9."

W ocenie Odwołującego postawiony przez Zamawiającego wymóg w zakresie średniorocznego zatrudnienia, biorąc pod uwagę ilość osób wymaganych do skierowania do realizacji przedmiotu zamówienia w poszczególnych częściach jest nieproporcjonalny, przez co w istotny sposób narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu dotyczący średniorocznego zatrudnienia jest nadmierny i nie służy do wyboru wykonawcy zdolnego do należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Odwołujący stwierdził, iż co do zasady Zamawiający konkretyzując wymogi ustawowe, samodzielnie ustala w SIWZ - jaką wiedzą i doświadczeniem winien legitymować się wykonawca, aby mógł zostać dopuszczony do konkretnego postępowania. Przepis art. 22 ust. 1a Ustawy, ustanawia jednak barierę dla zbyt wygórowanych wymagań zamawiającego, niepożądanych z punktu widzenia otwarcia zamówień publicznych na konkurencję. Opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Odwołujący stwierdził, iż sformułowanie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu ma na celu potwierdzenie, iż wykonawcy posiadają doświadczenie odpowiednie do przedmiotu zamówienia, pozwalające na wykonanie zamówienia w prawidłowy sposób. Odwołujący wskazał, że wykładnia przez niego zaprezentowana jest zgodna z orzecznictwem Izby, w tym z wyrokiem KIO z 13 maja 2015 r. o sygn. akt: KIO 874/15, KIO 888/15.

Odwołujący wskazał, iż jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ zamierza złożyć ofertę w części 6 oraz 10 i ubiegać się o udzielenie mu przedmiotowego zamówienia w tych częściach. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może

ponieść szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to prawidłowo sformułowałby treść SIWZ, umożliwiając Odwołujący złożenie oferty w częściach 6 oraz 10, jako wykonawcy zdolnemu do wykonania zamówienia. Tym samym Odwołujący mógłby złożyć ofertę, która mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Poprzez opisane w treści odwołania wadliwości SIWZ, zdaniem Odwołującego, został on pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Zamawiający doprowadził, bowiem do sytuacji, w której Odwołujący nie jest w stanie złożyć oferty w części 6 oraz 10 i wykazać spełnienia wygórowanych, nadmiernych warunków udziału w postępowaniu. W rezultacie Odwołujący nie może uzyskać przedmiotowego zamówienia i osiągnąć zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (*lucrum cessans*). Odwołujący wskazał ponadto, że naruszenie wskazanych przepisów ustawy może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający w dniu 27 września 2017 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie, w części dotyczącej warunku w zakresie średniorocznego zatrudnienia, dla zadania 6 i 10, zaś w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał m.in., iż Odwołujący nie ma interesu w składaniu odwołania wobec wszystkich części, ponieważ zamierza złożyć ofertę jedynie na dwa z nich. Tym samym do pozostałych części, Odwołujący nie spełnia przesłanek, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący w dniu 28 września złożył pismo, datowane 27 września 2017 r., w którym m.in. odniósł się do zarzutu Zamawiającego co do braku interesu prawnego, stwierdzając, iż jego celem jest doprowadzenie do zgodności z przepisami ustawy Pzp, wskazanych w odwołaniu warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do części nr 6 i 10.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska.

Wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w zadaniu 6 i 10 odwołania dotyczącego warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej - średniorocznego zatrudnienia, Odwołujący cofnął odwołanie w odniesieniu do tego warunku co do pozostałych zadań.

Odwołujący uzupełniająco podał, iż jego zdaniem powinno nastąpić proporcjonalne zmniejszenie wymagań co do posiadania środków finansowych

w przypadku gdy wykonawca składa ofertę w mniejszej liczbie części, ponieważ sytuacja, że taki wykonawca jest zmuszony legitymować się środkami w takiej samej wysokości jak ten, który składa ofertę na wszystkie części oznacza brak proporcjonalności. Zdaniem Odwołującego wystarczającym jest, aby podane przez Zamawiającego wielkości zostały zmniejszone, do wielkości wskazanych w odwołaniu. Zdaniem Odwołującego warunek ten służy wykazaniu zdolności do wykonania zamówienia do czasu otrzymania pierwszych płatności za wykonane usługi. Odnosząc się do wymogu w zakresie polisy OC Odwołujący wskazał, iż obiekt podlegający ochronie w zadaniu 6 nie ma szczególnie wartościowego mienia i w związku z tym, wystarczy jeśli to będzie kwota 100 000 zł, w miejsce 500 000,00 zł. Zdaniem Odwołującego, skoro dla Zamawiającego wystarczająca będzie suma ubezpieczenia na poziomie 10 mln zł, w sytuacji gdyby wykonawca składał ofertę na wszystkie 10 części, to w sytuacji składania oferty na mniejszą liczbę części np. na dwie, to suma ubezpieczenia powinna być odpowiednio mniejsza. W odniesieniu do warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej (doświadczenia) Odwołujący podał, iż obiektu objętego ochroną w zadaniu 6 nie można zakwalifikować do obiektów obowiązkowo chronionych w myśl art. 5 ust. 2 ustawy o ochronie osób i mienia. Zdaniem Odwołującego obiekt ten zalicza się do obiektów szczególnie ważnych dla bezpieczeństwa i obronności państwa i w związku z tym podlega szczególnej ochronie zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 24.06.2003 r. wskazanym w odwołaniu. Podał, iż zakwalifikowanie danego obiektu do obiektów, o których mowa w art. 5 ustawy o ochronie osób i mienia następuje w drodze decyzji administracyjnej oraz, że gdyby Zamawiający przedstawił dowód na okoliczność, iż obiekty wymienione w zadaniach 6 i 10 są obiektami wymienionymi w ww. ustawie, to gotowy jest cofnąć odwołanie w tym zakresie. Odwołujący wskazał także, iż w wyniku nowelizacji ustawy Pzp zamawiający zostali zobowiązani do podziału zamówienia na części po to, aby otworzyć zamówienia dla małych i średnich wykonawców. Zdaniem Odwołującego przyjęte przez Zamawiającego wielkości w zakresie zakwestionowanych warunków udziału w postępowaniu oraz zasady dotyczące sposobu ich oceny wskazują, że celem Zamawiającego jest, aby w postępowaniu wzięli udział duzi wykonawcy, zdolni do wykonania całości lub przeważającej części zamówienia. Na dowód, iż zaproponowane w odwołaniu, dla warunku dotyczącego posiadanych środków finansowych, kwoty są wystarczające, Odwołujący złożył kopie dwóch umów,

zawartych z Zamawiającym na obecnie realizowane usługi ochrony obiektów wymienionych w zadaniu 6 i 10, gdzie odpowiednio, wynagrodzenie miesięczne jest na kwotę czterocyfrową (zadanie 6) i sześciocyfrową (zadanie 10).

Zamawiający stwierdził, iż art. 5 ustawy o ochronie osób i mienia nie zawiera zamkniętego katalogu obiektów, o czym świadczy użycie sformułowania: „w szczególności”. W sytuacji, gdyby obiekty wskazane w zadaniu 6 i 10 były obiektami podlegającymi szczególnej ochronie to i tak byłyby to obiekty podlegające obowiązkowej ochronie, a w konsekwencji wskazanie ich w ofercie potwierdzałoby spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Proponowany przez Odwołującego uzupełniający zapis „lub w obiektach związanych z obronnością i bezpieczeństwem ...” jest bardzo nieprecyzyjny i wprowadzający wątpliwości. Brak jest bowiem definicji obiektu związanego z obronnością i bezpieczeństwem. To uprawnione organy, wydające decyzje dotyczące tej szczególnej kategorii obiektów, dokonują ich klasyfikacji. Decyzje te nie są jawne. Gdyby przyjąć zaproponowane przez Odwołującego uzupełnienie, Zamawiający nie byłby w stanie zweryfikować spełnienia tego warunku. Zgodnie z obowiązującymi przepisami otrzymuje on tylko wyciąg z odpowiedniej decyzji odnoszący się do jego zakresu działania.

Odnosząc się do zarzutu braku proporcjonalności, Zamawiający stwierdził, iż zasady w tym zakresie zostały zachowane biorąc pod uwagę cel, jakiemu ten warunek służy, jak również przedmiot zamówienia. Zamawiający zna rynek, ponieważ od lat przeprowadza przetargi na tego rodzaju usługi. Z jego wiedzy wynika, że firmy które zajmują się ochroną obiektów są w stanie spełnić postawione warunki. Warunki w zakresie sytuacji ekonomiczno-finansowej, w tym co do posiadania środków finansowych lub zdolności ekonomicznej oraz ubezpieczenia OC są na podobnym poziomie od około 4 lat. Zamawiający przy określaniu ich poziomu miał na uwadze m.in. wartość chronionego mienia. Poziom kwotowy w poszczególnych warunkach został określony m.in. z uwzględnieniem doświadczenia wynikającego ze sposobu dotychczasowych realizacji tych usług, w tym skali zniszczeń dokonanych przez podmiot ochroniarski. Zdaniem Zamawiającego nie można stosować czysto matematycznego przeliczenia kwotowego, ponieważ każdy obiekt ma swoją specyfikę,

a zastosowany przez niego próg jest minimalny. Przetarg jest organizowany na 2 lata, usługi muszą być realizowane bez przerw, dlatego wykonawca musi być w dobrej kondycji finansowej, ewentualnie wyrządzone przez niego szkody nie mogą skutkować jego upadłością. Zdaniem Zamawiającego, gdyby oczekiwał spełnienia warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej osobno dla każdego zadania i wymagałyby sumy kwot przy większej liczbie zadań, to mogłoby to naruszać zasadę uczciwej konkurencji. Zdaniem Zamawiającego nie są również zasadne argumenty Odwołującego, w zakresie, w jakim twierdzi, iż poziom posiadanych środków czy zdolności kredytowej dotyczy tylko czasu do pierwszych płatności. Nawet jeżeliby jednak zgodzić się z takim stanowiskiem, to w przedmiotowym zamówieniu nie dotyczy to jednego miesiąca, lecz co najmniej dwóch. Wynika to z przyjętego systemu płatności, przewidującego zapłatę z dołu, w terminie 30 dni od daty otrzymania prawidłowo wystawionej faktury. Zamawiający podał także, iż wysokość miesięcznych faktur na jednym zadaniu w grupie pierwszej obecnie wynosi od 100 do 240 tys. złotych.

**Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną przez Odwołującego, po przeprowadzeniu rozprawy i wysłuchaniu stanowisk i oświadczeń Stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza, ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, iż wpis został wniesiony w ustawowym terminie. Nie wypełniły się przesłanki do odrzucenia odwołania, wymienione w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Tym samym odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

W dalszej kolejności Izba stwierdza, iż Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, w postaci interesu w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący zamierza złożyć ofertę na zadania nr 6 i 10. Postanowienia SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu są, zatem dla niego istotne i wiążą się z możliwością złożenia oferty i szansą na uzyskanie zamówienia w tych częściach.

### **Następnie Izba ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia są świadczone na rzecz Zamawiającego usługi ochrony fizycznej osób i mienia, realizowane całodobowo w systemie określonym w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (12 lub 24 godzinny) zgodnie z przepisami ustawy o ochronie osób i mienia z dnia 22.08.1997 (tekst jednolity Dz. U. z 2016 r. poz. 1432 ze zm.), oraz Rozporządzeniem Ministra Obrony Narodowej z dnia 19 czerwca 1999 r. w sprawie ochrony przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne terenów komórek i jednostek organizacyjnych resortu obrony narodowej (Dz. U. z 2014 r. poz. 1770), Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 24 listopada 2009 r. w sprawie militaryzacji jednostek organizacyjnych wykonujących zadania na rzecz obronności lub bezpieczeństwa państwa (Dz. U. z 2009r.' Nr 210, poz. 1612) i innymi aktami wykonawczymi obowiązującymi w tym zakresie oraz zabezpieczenie monitorowania alarmów przez oddalone centra monitorowania w kompleksach wojskowych.

Zamówienie zostało podzielone na 10 zadań. SIWZ nie ograniczała możliwości w zakresie ilości zadań, na jakie dany wykonawca składa ofertę. Decyzja w tym zakresie należy do wykonawców. Zamawiający przewidział w SIWZ warunki udziału w postępowaniu z uwzględnieniem dokonanego podziału na części.

Na potrzeby warunku w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej Zamawiający dokonał grupowania poszczególnych części. Dla utworzonych dwóch grup został określony poziom kwotowy tej zdolności. Jednocześnie SIWZ zawiera uwagę, iż w przypadku złożenia oferty na więcej niż jedno zadanie, wykonawca jest zobowiązany do posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej oraz sumy ubezpieczenia na najwyższą kwotę. Wykonawca, który składa ofertę na zadania z dwóch grup, musi spełnić warunek przewidziany na zadania przypisanego do grupy, gdzie jest przewidziana wyższa kwota. Oznacza to, że w tym warunku nie występuje sumowanie tych wielkości przy kilku oferowanych zadaniach.

Warunek zdolność techniczna i zawodowa – doświadczenie został opisany ze wskazaniem na doświadczenie w wykonywaniu usług w obiektach podlegających obowiązkowej ochronie zgodnie z ustawą o ochronie osób i mienia ( fragment opisu

przytacza Odwołujący w odwołaniu jw.). Pozostała treść warunku brzmi: „... o wartości minimum :

- 1 000 000zł każda – dotyczy zadań nr 1,2,3,4,5,10
- 80 000 zł każda – dotyczy zadań nr 8,9,
- 20 000 zł każda – dotyczy zadań 6,7

*Uwaga: w przypadku złożenia przez Wykonawcę oferty na więcej niż jedno zadanie musi się on wykazać doświadczeniem zdobytym poprzez zrealizowanie zamówienia o wartości stanowiącej sumę wszystkich wartości dla poszczególnych zadań, na które składa ofertę.”*

Zarzuty odwołania dotyczące warunku zdolność techniczna i zawodowa – wielkość średniorocznego zatrudnienia zostały uwzględnione przez Zamawiającego w części dotyczącej zadań 6 i 10, zaś w odniesieniu do pozostałych zadań, odwołanie zostało cofnięte przez Odwołującego na rozprawie.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie, jako nieuzasadnione, nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący stawiając w odwołaniu zarzut braku proporcjonalności warunku w zakresie posiadania niezbędnych środków lub zdolności kredytowej, odnosi go do wartości przedmiotu zamówienia w poszczególnych częściach i twierdzi, że narusza on zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem przewiduje taki sam poziom progów kwotowego, w sytuacji gdy wykonawca składa ofertę np. tak jak on, na dwie części, z których każda zaliczona jest do innej grupy, jak ten wykonawca, który np. składa ofertę na wszystkie części. Jednocześnie Odwołujący wskazuje na to, iż obecnie wykonuje przedmiotowe usługi w obiektach wymienionych w zadaniu 6 i 10 i żąda obniżenia wysokości progów w poszczególnych grupach. Tym samym Odwołujący jednocześnie uznaje za odpowiednie

i zgodnie z przepisami, utrzymanie przyjętego przez Zamawiającego grupowania oraz brak zróżnicowania poziomu kwot wymaganych dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu

w zależności od liczby części, na które wykonawca składa ofertę tj. taki sam poziom progów bez względu na liczbę zadań, tyle, że niższy.

W konsekwencji należy, zdaniem Izby, traktować takie stanowisko, jako uznanie przez Odwołującego, iż zasada proporcjonalności zostanie zachowana, gdy nastąpi obniżenie progów, pomimo, iż zostaje utrzymana, przyjęta przez Zamawiającego zasada, iż o wysokości wymaganych kwot nie decyduje ilość części, na które składana jest oferta, lecz to, w jakiej grupie znajdują się te części. Oznacza to, iż Odwołujący w rzeczywistości nie kwestionuje przyjętego przez Zamawiającego sposobu sformułowania warunku, lecz chciałby, aby próg kwotowy w tym warunku, został dostosowany do jego możliwości. Należy bowiem zauważyć, iż w przypadku, gdy odwołanie dotyczy treści SIWZ, szczególnego znaczenia nabiera treść żądań zmiany jej postanowień, towarzyszących stawianym zarzutom.

Stosownie do przepisu art. 22c ustawy Pzp, w odniesieniu do warunków udziału

w postępowaniu dotyczących sytuacji finansowej lub ekonomicznej, Zamawiający ma możliwość wymagania od wykonawców posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej na określonym poziomie, o czym świadczy m.in. użycie w ust. 1: „ w szczególności”. Określając warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe, zamawiający winien to czynić w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem potrzeb tego zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. ( art. 22 ust. 1a ustawy Pzp.). W szczególności Zamawiający winien wyrażać je jako minimalne poziomy zdolności co skutkuje tym, iż za zdolnego do wykonania zamówienia uznaje się wykonawcę, który wykaże spełnienie minimalnych wielkości, określonych przez zamawiającego. Należy przy tym uwzględnić specyfikę zamówienia, w tym jego rodzaj, przedmiot, zakres, sposób wykonania, wartość i sposób płatności.

Celem stawiania przez zamawiających warunków udziału w postępowaniu, jest zapewnienie, aby zamówienie zostało powierzone podmiotowi zdolnemu do jego prawidłowej realizacji. Zamawiający zobowiązany jest przy tym zachować równowagę pomiędzy jego tak rozumianym interesem, a interesem wykonawców. Chodzi o to, aby poprzez wprowadzenie nadmiernych wymagań, nie nastąpiło wyeliminowanie z postępowania wykonawców, zdolnych do jego należytego wykonania.

W ocenie Izby, w przedmiotowej sprawie, nie zostało wykazane, że taka równowaga nie została zachowana. Ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na Odwołującym, który powinien przedstawić dowody na poparcie swoich twierdzeń. W ocenie Izby, argumentacja Odwołującego i przedłożone na rozprawie kserokopie dwóch umów, w ramach których Odwołujący obecnie wykonuje usługi w obiektach wymienionych w zadaniu 6 i 10, nie potwierdzają, stawianych przez niego zarzutów. Potwierdzają one jedynie fakt świadczenia usług w wyniku wcześniej przeprowadzonego postępowania o zamówienie publiczne, wysokość wynagrodzenia, jak również to, iż są zawarte na okres zdecydowanie krótszy, niż te, które mają być zawarte w wyniku przedmiotowego postępowania. Z oświadczenia Zamawiającego, złożonego na rozprawie, któremu nie zaprzeczył Odwołujący, wynika natomiast, iż warunki w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, w tym co do posiadanych środków finansowych lub zdolności ekonomicznej oraz ubezpieczenia OC są przez niego określane na podobnym poziomie od około 4 lat. Tym samym należy przyjąć, iż Odwołujący, skoro zostały z nim zawarte umowy, musiał te warunki spełniać.

Uzupełniająco w tym zakresie należy wskazać, iż stosownie do art. 22c ust. 4 ustawy Pzp, na wypadek, gdyby wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, przyznano kilka części zamówienia do realizacji w tym samym czasie, zamawiający może określić minimalny roczny obrót ( art. 22c ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp) także w odniesieniu do więcej niż jednej części zamówienia. Taki przepis nie został wprowadzony w odniesieniu do innych wymogów, o których mowa w ust. 1 tego przepisu. Tym samym, w ocenie Izby w obecnym składzie, warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności ekonomicznej lub finansowej winien wyrażać jednakową dla wszystkich wykonawców minimalną kondycję finansową, pozwalającą na uprawdopodobnienie, że zamówienie zostanie wykonane przez nich w sposób należyty. Również jedynie w odniesieniu do minimalnego rocznego obrotu zostało wprowadzone ograniczenie jego wysokości ( art. 22c ust. 2 ustawy). Tym samym określenie wysokości pozostałych wymogów, zostało pozostawione zamawiającym, którzy winni przy ich określaniu stosować się do przepisu art. 22 ust. 1a ustawy.

W ocenie Izby zasada przyjęta przez Zamawiającego, której Odwołujący nie neguje, o czym świadczy treść jego żądania, dotyczącego jedynie zmniejszenia kwot

przy utrzymaniu podziału na grupy, nie wskazuje na naruszenie przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy. Nie zostało wykazane, aby podane przez Zamawiającego wielkości były nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, co zdaniem Izby należy oceniać w sposób zobiektywizowany, z uwzględnieniem tego przedmiotu i celu, jakiemu dany warunek służy. Należy również zauważyć, iż Odwołujący w piśmie datowanym 27 września 2017 r. przyznaje, iż jego celem jest doprowadzenie do zgodności z przepisami ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do części nr 6 i 10 i chce dostosowania wysokości kwot do swoich możliwości. Odwołujący nie bierze przy tym pod uwagę, iż takie postulowane przez niego zmniejszenie:

- 1) jeśli wziąć pod uwagę, podane przez niego wielkości, zdecydowanie zmniejszyłoby zabezpieczenie wykonania zamówienia i w związku z tym konieczne byłoby wykazanie przez niego, iż proponowany przez niego poziom progów jest wystarczający dla osiągnięcia celu, dla którego warunek jest stawiany (czego nie czyni);
- 2) jeśli wziąć pod uwagę wyłącznie odniesienie kwot do części nr 6 i 10, pozostawiając na niezmiennym poziomie wielkości przypisane do innych części, zważywszy na istotę warunku w zakresie zdolności finansowej lub ekonomicznej, w ocenie Izby, doprowadziłoby do nierównego traktowania wykonawców, z uprzywilejowaniem pozycji Odwołującego.

W ocenie Izby nie potwierdził się również zarzut dotyczący warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej – doświadczenia, któremu Odwołujący, iż biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia w poszczególnych częściach, jest nieproporcjonalny i niezwiązany z przedmiotem zamówienia, przez co narusza zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Na potwierdzenie tego zarzutu, Odwołujący przeprowadza argumentację dotyczącą art. 5 ustawy o ochronie osób i mienia, wskazując, iż zawiera ona zamknięty katalog obiektów, do których nie są zaliczone obiekty wymienione w zadaniach nr 6 i 10.

Przepis art. 5 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy o ochronie osób i mienia ( t.j. Dz.U z 2016 r. poz. 1432 z późn. zm.), stanowi, iż: 1. *Obszary, obiekty, urządzenia i transporty ważne dla obronności, interesu gospodarczego państwa, bezpieczeństwa publicznego i innych ważnych interesów państwa podlegają obowiązkowej ochronie przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne lub odpowiednie zabezpieczenie techniczne.* Do obszarów, obiektów i urządzeń, o których mowa w ust. 1, należą: w zakresie obronności państwa w szczególności: *zakłady produkcji specjalnej oraz zakłady, w których prowadzone są prace naukowo-badawcze lub konstruktorskie w zakresie takiej produkcji, zakłady produkujące, remontujące i magazynujące uzbrojenie, urządzenia i sprzęt wojskowy, magazyny rezerw strategicznych, o których mowa w art. 15 ustawy z dnia 29 października 2010 r. o rezerwach strategicznych (Dz.U. z 2015 r. poz. 1229 i 1926 oraz z 2016 r. poz. 266).*

Wbrew stanowisku Odwołującego przepis ten nie zawiera zamkniętego katalogu obiektów, obszarów, urządzeń i transportów podlegających obowiązkowej ochronie. Świadczy o tym zastosowanie zwrotu wskazującego na przykładowe wyliczenie tj.: „ w szczególności”.

Nie zostało wykazane, że obiekty wymienione w zadaniu 6 i 10 podlegają szczególnej ochronie, o której mowa w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 24 czerwca 2003 r. w sprawie obiektów szczególnie ważnych dla bezpieczeństwa i obronności państwa oraz ich szczególna ochrona (Dz. U. z 2003 r. Nr 116, poz. 1090 zm. Dz. U. z 2017 poz. 42 ze zm.), jak również nie zostało wykazane, że obiekty te nie podlegają obowiązkowej ochronie, o której mowa w ww. ustawie o ochronie osób i mienia.

Z tych względów żądanie Odwołującego uzupełnienia wymogu określonego w SIWZ i dodanie określonego przez niego brzmienia: *”lub w obiektach związanych z obronnością i bezpieczeństwem państwa w rozumieniu Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 24 czerwca 2003 r. w sprawie obiektów szczególnie ważnych dla bezpieczeństwa i obronności państwa oraz ich szczególna ochrona (Dz. U, z 2003 r. Nr 116, poz. 1090 zm. Dz. U. z 2017 poz. 42 ze zm.)”* należy uznać za nieuzasadnione.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, iż w sytuacji, gdy Odwołujący miał w tym zakresie wątpliwości i obawiał się, że Zamawiający nie uzna jego

doświadczenia wykazanego za sprawą usług ochrony, wykonywanych obecnie przez niego w obiektach wymienionych w zadaniu 6 i 10 (nawet jeżeli trudno zakładać, iż zamawiający wyłączyłby możliwość potwierdzenia spełnienia warunku w zakresie doświadczenia za sprawą wykazania wykonania usług analogicznych jak te, które są przedmiotem zamówienia), to mógł wystąpić z odpowiednim zapytaniem do Zamawiającego.

Zwarzywszy na treść sformułowanego przez Odwołującego zarzutu, należy zauważyć, iż Odwołujący przywołuje jedynie fragment warunku sformułowanego przez Zamawiającego, pomijając pełne jego brzmienie, w tym - w zakresie wartości usług dla poszczególnych części. Odwołujący nie kwestionuje, iż wykonawcy muszą się wykazać doświadczeniem w wykonaniu/wykonywaniu we wskazanym przedziale czasu w sposób ciągły przez minimum 12 miesięcy, co najmniej 3 usług o wartości minimalnej 1 000 000,00 zł każda ( np. dla zadania np. 10) i 20 000,00 zł każda ( np. dla zadania 6), jak również nie kwestionuje, że w przypadku złożenia przez Wykonawcę oferty na więcej niż jedno zadanie musi się on wykazać doświadczeniem zdobytym poprzez zrealizowanie zamówienia o wartości stanowiącej sumę wszystkich wartości dla poszczególnych zadań, na które składa ofertę. Może to oznaczać, iż spełnia w tym zakresie wymogi i dlatego odnosi swoje zarzuty jedynie do fragmentu wymogu postawionego przez Zamawiającego w tym warunku i żąda rozszerzenia postanowienia o zapis umożliwiający wykazanie się doświadczeniem w ochronie obiektów podlegających szczególnej ochronie, nie wykazując przy tym, iż obiekty wymienione w częściach nr 6 i 10 podlegają takiej szczególnej ochronie.

Powyższe wskazuje, iż nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzekła jak

w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

**Uzasadnienie**

.....  
.....  
.....  
.....

**Przewodniczący:** .....  
.....\*  
.....\*