



WYKONAWCY
UCZESTNICZĄCY W POSTĘPOWANIU

Katowice, dnia 28.02.2017 r.
MŚ-ZP-WW-333-3/17

INFORMACJA O WNIESIENIU ODWOŁANIA

Dotyczy postępowania udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Kwalifikowana ochrona fizyczna osób i mienia Muzeum Śląskiego w Katowicach i konwojowanie”, numer referencyjny: MŚ-ZP-WW-333-3/17.

Zamawiający, działając na podstawie art. 185 ust. 1 ustawy z dnia 29.01.2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”, zawiadamia, że w dniu 27 lutego 2017 r. wniesiono w przedmiotowym postępowaniu odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, złożone przez DGP Security Partner sp. z o.o., ul. Jesionowa 9A, 40-159 Katowice.

Kopia wniesionego odwołania zostaje zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego, jako załącznik nr 1 do niniejszego pisma. Jednocześnie, zgodnie z dyspozycją art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wzywa Wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp: *Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Szczegółową procedurę w zakresie przystąpienia do postępowania odwoławczego określa Dział VI ustawy Pzp.*

Dyrektor Muzeum Śląskiego



Alicja Knast

Załączniki:

Załącznik nr 1 - Kopia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 27.02.2017 r.

Katowice, dnia 27.02.2017 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający: Muzeum Śląskie w Katowicach
ul. T. Dobrowolskiego 1, 40-205 Katowice,
tel: +48 322130866E
e-mail: zamowienia.publiczne@muzeumslaskie.pl

Odwołujący: DGP Security Partner sp. z o.o.
ul. Jesionowa 9A, 40-159 Katowice
adres do korespondencji:
ul. Jesionowa 9a, 40-159 Katowice
tel/fax. 32 201-02-88
e-mail: m.pawiluniec@dozorbud.pl

Odwołanie w postępowaniu o zamówienie publiczne

na zadanie pn: " „Kwalifikowana ochrona fizyczna osób i mienia Muzeum Śląskiego w Katowicachbi konwojowanie”. Numer referencyjny: MŚ-ZP-WW-333-3/17

Działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych dalej u.p.z.p., w imieniu ww. Odwołującego, ubiegającego się o wskazane powyżej zamówienie, na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa (załącznik nr 1 do odwołania), niniejszym wnoszę odwołanie od:

1. czynności opisu warunku zdolności zawodowej (wymaganego doświadczenia) w sposób nadmierny, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, przekraczający minimalny dopuszczalny poziom weryfikacji zdolności wykonawcy a przez to naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyraźnie preferując dotychczasowego wykonawcę kosztem pozostałych – **zarzut I**,
2. w przypadku nie uwzględnienia zarzutu I, od czynności opisanego przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję poprzez zaniechanie podzielenia zamówienia na dwie części a przez to utrudnianie dostępu do zamówienia wykonawcom z sektora małych i średnich przedsiębiorstw w tym Odwołującemu przy braku uzasadnienia dla utrzymania

- jednolitego zamówienia – **zarzut II**,
3. czynności opisu warunku zdolności technicznej i zawodowej w zakresie zasobów osobowych w sposób nadmierny, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, przekraczający dopuszczalny minimalny poziom zdolności poprzez wymaganie a) aby osoby będące kwalifikowanymi pracownikami ochrony fizycznej, posiadające legitymację kwalifikowanego pracownika ochrony posiadały jednocześnie doświadczenie w obiektach użyteczności publicznej oraz b) aby część osób (6) była jednocześnie strażakami będącymi kwalifikowanymi pracownikami ochrony fizycznej i posiadającymi legitymację kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej oraz uprawnienia funkcjonariusza Państwowej Straży Pożarnej lub uprawnienia funkcjonariusza Ochotniczej Straży Pożarnej co stanowi nieuprawnione preferowanie dotychczasowego wykonawcy, który posiada osoby z takimi kwalifikacjami i doświadczeniem kosztem innych wykonawców, w tym Odwołującego – **zarzut III**.

I. Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucam naruszenie:

1. art. 138k u.p.z.p. w zw. z art. 22 ust. 1a u.p.z.p. w zw. z art. 22d ust. 1 u.p.z.p. poprzez dokonanie opisu warunku zdolności zawodowej (wymaganego doświadczenia) w sposób nadmierny, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, przekraczający minimalny poziom zdolności a przez to naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyraźnie preferując dotychczasowego wykonawcę kosztem pozostałych, w tym Odwołującego,
2. art. 138k u.p.z.p. w zw. z art. 138 m u.p.z.p. w zw. 29 ust. 2 u.p.z.p. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję poprzez zaniechanie podzielenia zamówienia na dwie części a przez to utrudnianie dostępu do zamówienia wykonawcom z sektora małych i średnich przedsiębiorstw w tym Odwołującemu przy braku uzasadnienia dla utrzymania jednolitego zamówienia,
3. art. 138k u.p.z.p. w zw. z art. 22 ust. 1a u.p.z.p. w zw. z art. 22d ust. 1 u.p.z.p. poprzez dokonanie opisu warunku zdolności technicznej i zawodowej w zakresie zasobów osobowych w sposób nadmierny, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, przekraczający dopuszczalny minimalny poziom zdolności poprzez wymaganie a) aby osoby będące kwalifikowanymi pracownikami ochrony fizycznej, posiadające legitymację kwalifikowanego pracownika ochrony posiadały jednocześnie doświadczenie w obiektach użyteczności publicznej oraz b) aby część osób (6) była jednocześnie strażakami będącymi kwalifikowanymi pracownikami ochrony fizycznej i posiadającymi legitymację kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej oraz uprawnienia funkcjonariusza Państwowej Straży Pożarnej lub uprawnienia funkcjonariusza Ochotniczej Straży Pożarnej co stanowi nieuprawnione preferowanie dotychczasowego wykonawcy, który posiada osoby z takimi kwalifikacjami i doświadczeniem, kosztem innych wykonawców, tym Odwołującego.

II. W związku z powyższym wnoszę o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

I.

1. dokonanie zmiany opisu warunku zdolności zawodowej (wymaganego doświadczenia) poprzez wykreślenie wymogu wykonania usługi referencyjnej w obiekcie użyteczności publicznej, pozostawiając jej pozostałe parametry,
ewentualnie:
2. dokonanie zmiany opisu warunku zdolności zawodowej (wymaganego doświadczenia) poprzez wprowadzenie wymogu wykazania się dwoma usługami kwalifikowanej ochrony osób i mienia, w tym jednej o dotychczasowych parametrach z pominięciem wymogu jej świadczenia w obiekcie użyteczności publicznej oraz drugiej polegającej na świadczeniu

usług kwalifikowanej ochrony w obiekcie użyteczności publicznej w wymiarze przynajmniej 7 osób na zmianie.

II.

W przypadku nie uwzględnienia zarzutu pierwszego dokonanie podziału zamówienia na dwie części i opisanie warunków udziału w sposób proporcjonalny do przedmiotu każdej z części

III.

- 1) poprzestanie na wymaganiu wykazania się wymaganą ilością osób będących kwalifikowanymi pracownikami ochrony fizycznej posiadającymi legitymację kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej bez wymogu posiadania doświadczenia w obiektach użyteczności publicznej,
- 2) poprzestanie na wymogu wykazania się osobno osobami będącymi kwalifikowanymi pracownikami ochrony fizycznej posiadającymi legitymację kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej i osobno 6 strażakami posiadającymi wskazane w opisie warunku uprawnieniami.

IV

Unieważnienie przedmiotowego postępowania, jeżeli rozpoznanie odwołania nie nastąpi przed upływem terminu składania ofert.

IV Odwołujący powzieli wiadomość o czynności Zamawiającego od której składają niniejsze odwołanie w dniu 17 lutego 2016 r., w tym dniu zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu. Termin do złożenia odwołania upływa w dniu 27 lutego 2016 r. stąd niniejsze odwołanie zostaje wniesione z zachowaniem terminu. Numer ogłoszenia: 2017/S 034-061954.

V. Odwołujący posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania bowiem prowadzi działalność gospodarczą w zakresie usług będących przedmiotem ww. postępowania i jest zainteresowany udziałem w postępowaniu oraz jego pozyskaniem.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, „na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, brak jest możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca może ponieść, wystarczające jest zatem wskazanie na naruszenie przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudnienia dostępu do zamówienia (...)” – wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2012 r., sygn.. akt. KIO 1691/12; KIO 1704/12). Niemniej jednak Odwołujący wskazuje, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych wyżej przepisów jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, gdyż takie rygorystyczne i nadmierne określenie kwestionowanych warunków, niezasadnie uniemożliwia mu udział w postępowaniu.

Uzasadnienie:

I.

Zarzut opisanego warunku zdolności zawodowej (wymaganego doświadczenia) w sposób nadmierny, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, przekraczający minimalny dopuszczalny poziom weryfikacji zdolności wykonawców dający rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia a przez to naruszający zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców, wyraźnie preferując dotychczasowego wykonawcę kosztem pozostałych:

Zamawiający dokonał następującego opisu warunku kwestionowanego warunku:

„wykonał lub wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedną usługę kwalifikowanej ochrony fizycznej osób i mienia w obiektach użyteczności publicznej o zakresie obejmującym ochronę zarówno na zewnątrz jak i wewnątrz chronionych obiektów przez co najmniej 25 pracowników na jednej zmianie i o wartości co najmniej 1 000 000,00 PLN(brutto)”.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż opisując warunki udziału w postępowaniu Zamawiający ma obowiązek kierować się dyrektywami zawartymi w art. 22 ust. 1 a u.p.z.p., art. 22d ust. 1 u.p.z.p., z których wynika, iż:

Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe **w sposób proporcjonalny** do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności **wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności**.

oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić **minimalne** warunki dotyczące (...) doświadczenia wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Ponadto stosownie do art. Art. 138k. Zamawiający określa sposób przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na usługi społeczne z uwzględnieniem zasad równego traktowania i **konkurencji**, przejrzystości, proporcjonalności.

Co ważne, nowe brzmienia przywołanych przepisów uzasadnia twierdzenie, iż do ich interpretacji w dalszym ciągu adekwatne są dotychczas wypracowane w orzecznictwie TSUE jak i sądów krajowych wytyczne dot. opisu warunków udziału w kontekście proporcjonalności, z których wynika, iż celem opisu jest określenie pewnego poziomu, który obiektywnie zapewnia należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, a więc wyłonienie wykonawcy dającego taką rękojmię, dbając jednocześnie o to aby niezasadnie zawyżony wymagany poziom nie doprowadził do pozbawienia możliwości ubiegania się o zamówienie podmiotów zdolnych do jego wykonania a tym samym dającym rękojmię jego należytej realizacji, i tak tytułem przykładu:

- 1) W wyroku z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, LEX nr 84270, TSUE wskazał, że ocena czy podjęte środki są zgodne z TWE, wymaga tzw. testu proporcjonalności, czyli wykazania, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wymaganego celu,
- 2) Koniecznym jest zachowanie równowagi pomiędzy stawianymi warunkami a zachowaniem konkurencji. Zatem warunki udziału nie mogą być nadmierne, weryfikując kwalifikacje nie będące niezbędnymi do należytego wykonania zamówienia. Powyższe zostało potwierdzone przez Prezesa Urzędu Zamówień publicznych w wyniku przeprowadzonej kontroli (UZP/DKUE/KN/7/12),
- 3) Podobnie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w składzie trzyosobowym w wyroku z dnia 17 marca 2015 r., sygn. akt. KIO 412/15, wskazując, iż „Problemem, jaki powstaje na gruncie określania wymogów oraz ich adekwatności do przedmiotu zamówienia jest ryzyko zawężenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie, co ma bezpośrednie przełożenie na zachowanie konkurencji. Konieczne jest zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji”. Konkretyzacja warunków udziału w postępowaniu powinna być dokonywana przez pryzmat określenia „proporcjonalny”. W dorobku prawa wspólnotowego i orzeczeń TSUE, przymiotnik „proporcjonalny” używany jest w znaczeniu „zachowujący właściwą proporcję”. Warunek proporcjonalny więc to tyle co warunek nienadmierny.

- 4) Zasada proporcjonalności stanowi jeden z gwarantów poszanowania zasady uczciwej konkurencji. Warunek proporcjonalny to przede wszystkim taki, który zachowuje właściwą proporcję do przedmiotu zamówienia, czyli nie jest w stosunku do niego nadmierny, nie zaś wyłącznie taki który pozostaje w określonym arytmetycznym stosunku do niego. Stąd porównywanie przez zamawiającego liczby EZT, których dostarczenie jest przedmiotem zamówienia do opisu zamówienia referencyjnego nie oddaje istoty proporcjonalności. Musi sprowadzać się ona do odpowiedzi na pytanie, czy warunek nie ogranicza w sposób nieuzasadniony dostępu do zamówienia podmiotom zdolnym do jego należytego wykonania. Co więcej, zaprezentowana przez zamawiającego wykładnia proporcjonalności wręcz wypacza jej sens, bowiem w każdym przypadku, w którym warunek wykazywałby związek z przedmiotem zamówienia można byłoby określić go mianem proporcjonalnego. Ostatecznie nawet sytuacja w której wykonawca musi wykazać się wykonaniem zamówienia identycznego z przedmiotem zamówienia, z którym to mieliśmy do czynienia w przedmiotowej sprawie, da się sprowadzić do matematycznej proporcji – KIO 786/16.

Co ważne w obecnym stanie prawnym na mocy przywołanych przepisów zostało doprecyzowane, że weryfikacja dokonywana w ramach warunków brzegowych ma się odbywać na minimalnym poziomie zdolności stąd należy przyjąć, iż tym bardziej poziom ten nie może być utożsamiany z parametrami obecnie zlecanej usługi, tj. tożsamy z przedmiotem obecnego zamówienia – bowiem przede wszystkim trzeba mieć na uwadze, że celem weryfikacji podmiotowej nie jest wyeliminowanie wszelkich ryzyka związanych z realizacją a jedynie nie dopuszczenie do ubiegania się o udzielenia zamówienia podmiotom, które nie posiadają niezbędnego doświadczenia.

- 1) KIO z 14.07.05 r KIO 1393/15 Izba podniosła, że zrozumiała jest troska zamawiającego o zapewnienie wykonania zamówienia przez wykonawcę posiadającego odpowiednie – w jego ocenie – doświadczenie, ale trudno zaakceptować pogląd, że takie doświadczenie posiadają jedynie podmioty, które wykonały wcześniej zamówienia tożsame czy nawet identyczne z zamówieniem będącym przedmiotem zamówienia,
- 2) Celem stawiania warunków udziału w postępowaniu jest wskazanie minimalnej granicy, poniżej której zamawiający może wnioskować, że wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia w sposób przez niego pożądaný (KIO 119/12). Warunki udziału w postępowaniu winny być ustalone na takim poziomie, aby spełniający je wykonawca był w stanie zrealizować zamówieni publiczne z należyta starannością, a jednocześnie krąg podmiotów wykonawców uczestniczących w postępowaniu był możliwie najszerszy. Wymagania zamawiającego nie mogą być nadmiernie wygórowane w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia (KIO 148/12),
- 3) KIO z 28.V.2009 r KIO/UZP 641/09, KIO/UZP 646/09, LEX nr 508626 wynika, że niedopuszczalne jest uniemożliwianie z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych przesłankach i interesach zamawiającego. Nadto, Odwołujący podał, że w wyroku z dnia 13.10.10 r KIO zajęła stanowisko, wedle którego zamawiający tak ma dokonać opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, aby ich powiązanie i proporcje w odniesieniu do przedmiotu zamówienia nie uniemożliwiały wzięcia udziału w postępowaniu wykonawcom zdolnym do ich wykonania (KIO/UZP 2106/10, Lex nr 686611). Powyższy kierunek orzecznictwa KIO potwierdziła w uchwale z dnia 12.08.11 r (KIO/KU 63/11, Lex nr 969605).

Ponadto oczywistym jest, że jeśli w ramach prowadzonego postępowania mają zostać zapewnione zasady równego traktowania i realnej konkurencyjności Zamawiający przed przystąpieniem do ustalenia niezbędnego poziomu doświadczenia, jakim powinni legitymować się wykonawcy ubiegający się o zamówienie powinien dokonać analizy rynku usług, które zamierza zlecić w celu ustalenia na jakim

poziomie konkurencyjność w danej branży występuje i skonfrontować poczynione ustalenie z elementami zlecanych usług, które wymagają dla ich należytego wykonania dysponowania stosownym doświadczeniem zarówno w zakresie ich rodzaju jak i poziomu odstępując od weryfikacji doświadczenia w realizacji tych elementów, które może wykonać bez problemu wykonawca funkcjonujący w danej branży tak aby ustanowione warunki nie miały w istocie jedynie pozornego charakteru, doprowadzając w rzeczywistości do pozbawienia możliwości ubiegania się o zamówienie wykonawców obiektywnie zdolnych do jego realizacji, jak bowiem wskazał Sąd Okręgowy we Wrocławiu, w wyroku z dnia 27 maja 2010 r. sygn.. akt. X Ga 123/10 – „*przy określaniu warunków udziału w postępowaniu, zamawiający winien mieć na uwadze również cechy rynku, na którym będzie udzielać zamówienia*”. **Precyzyjnej analizy proporcjonalność na minimalnym poziomie ustanowionego warunku Zamawiający powinien w szczególność dokonać jeśli zamierza zlecić usługę o niestandardowym na danym rynku zakresie, co ma miejsce w okolicznościach przedmiotowego postępowania.**

W okolicznościach przedmiotowego postępowania Zamawiający naruszył ustalone i przywołane powyżej zasady zamierzając weryfikować doświadczenie wykonawców w zakresie znacznie przewyższającym nie tylko poziom minimalny ale przede wszystkim niezbędny do zweryfikowania zdolności wykonawców do należytego wykonania przedmiotu ww. zamówienia, dokonując takiego zestawienia parametrów weryfikowanego doświadczenia, które wskazuje na *lekceważenie sytuacji na rynku przedmiotowych usług a tym samym obowiązku zachowania konkurencyjności*, gdyż:

1. wymaga wykazania się doświadczeniem w zakresie usług rodzajowo takich samych jak zawarte w przedmiocie w/w zamówienia bowiem zamawiający zamierza zlecić wybranemu wykonawcy: usługi ochrony osób i mienia w obiekcie użyteczności publicznej i w takim zakresie dokonał opisu warunku zdolności zawodowych (doświadczenia),
2. wymaga wykazania się doświadczeniem w wykonaniu usługi ochrony na poziomie nawet przewyższający zakres usług obecnie zlecanych bowiem usługa referencyjna ma obejmować świadczenie ochrony przez 25 osób na zmianie a usługa zlecana taki zakres obejmuje jedynie na zmianie dziennej z zastrzeżeniem poniedziałku,
3. ignoruje, iż na rynku usług ochrony osób i mienia świadczonych w obiektach użyteczności publicznej usługi o zakresie 25 osób na zmianie bez wątpienia nie tylko nie stanowią usług standardowych ale wręcz stanowią drobną odsetek, są to pojedyncze usługi w skali całego kraju zatem i możliwość nabycia takiego doświadczenia jest istotnie ograniczona, dodatkowo są one wyraźnie zdominowane przez wykonawcę obecnie świadczącego usługi ochrony na rzecz Zabawiającego.

zatem Odwołujący zarzuca, iż zestawienie parametru obsady 25 osób na zmianie z parametrem ich świadczenia w obiekcie użyteczności publicznej w ramach referencyjnej usługi spowodowało, iż poziom referencyjnej usługi został zrównany z usługami niezwykle rzadko zlecanymi, będącymi jednocześnie górnym pułapem tego typu usług co w oczywisty sposób nie może być traktowane jako weryfikacja minimalnego poziomu zdolności.

Odwołujący wskazuje, iż w celu rzeczywistego dopuszczenia konkurencji w ramach przedmiotowego postępowania bez uszczerbku dla weryfikacji merytorycznych aspektów niezbędnego doświadczenia konieczne jest albo wykreślenie z dotychczasowego opisu warunku wymogu wykazania się doświadczeniem w obiektach użyteczności publicznej przy pozostawieniu pozostałych parametrów referencyjnej usługi albo wymaganie wykazania się dwoma usługami kwalifikowanej ochrony osób i mienia, w tym jednej o dotychczasowych parametrach z pominięciem wymogu jej świadczenia w obiekcie użyteczności publicznej oraz drugiej polegającej na świadczeniu usług ochrony w obiekcie użyteczności publicznej w wymiarze przynajmniej 7 osób na zmianie.

Formułując zarzut nadmierności, nieproporcjonalności obecnego opisu warunku doświadczenia należy wskazać, iż Odwołujący opierając się na posiadanym wieloletnim doświadczeniu w zakresie wykonywania usług ochrony w różnym zakresie w bardzo szerokim spektrum obiektów na terenie całego kraju, w tym obiektów użyteczności publicznej po przeanalizowaniu rynku usług ochrony zlecanych w obiektach użyteczności publicznej, postanowien opis przedmiotu w/w zamówienia uważa, dla należytego wykonania zlecanych usług wystarczającym byłoby zweryfikowanie doświadczenia kandydatów w zakresie usług ochrony osób i mienia zorganizowanej poprzez świadczenie usługi z udziałem 25 osób na zmianie bez wskazywania, iż maja być one świadczone w obiekcie użyteczności publicznej, gdyż już sam fakt takiego rozmiaru usługi szereguje taką usługę w górnym przedziale zlecanych usług ochrony, i bez wątplenia potwierdza, iż wykonawca, który wykonał ją należycie daje rękojmię należytej realizacji usług będących przedmiotem w/w zamówienia.

Z przytoczonym stanowiskiem Odwołującego powinien się zgodzić Zamawiający bowiem z opisu kwestionowanego warunku wynika, iż Zamawiający uznał, że zdolny do wykonania przedmiotu w/w zamówienie będzie jedynie wykonawca, który wykonał w okresie referencyjnym usługę ochrony osób i mienia świadczoną poprzez 25 osób na zmianie o wartości 1.000.000 zł brutto w bliżej nieokreślonym obiekcie użyteczności publicznej, skoro zamawiający nie określił rodzaju/ów preferowanych budynków użyteczności a więc charakteru działalności prowadzonej w chronionym obiekcie należy przyjąć, iż w rzeczywistości jedynym obiektywnym, a przy tym takim samym dla wszystkich wykonawców miernikiem doświadczenia wykonawcy będzie posiadanie wiedzy i doświadczenia w zakresie zorganizowania, koordynowania i nadzoru nad usługami ochrony przez wskazaną ilość osób bowiem pozostawiona wykonawcom dowolność we wskazaniu obiektu użyteczności może oznaczać, że wykazywane doświadczenie charakterystycznego dla danego obiektu po pierwsze może być zupełnie nieporównywalne zatem nie oznacza jednakowego dla wszystkich wykonawców poziomu doświadczenia a co ważniejsze może okazać się nieprzydatne dla oceny zdolności do wykonania tego przedmiotu zamówienia, w konsekwencji wykonawca który świadczył usługę ochrony w jakimkolwiek obiekcie w konsekwencji nie będzie mniej właściwy od wykonawcy, który będzie się legitymował usługą w zakresie referencyjnego rodzaju obiektu. Wskazując na brak przydatności w kontekście badanej zdolności doświadczenia w zakresie ochrony w jakimkolwiek obiekcie użyteczności publicznej należy wskazać, iż zgodnie z przepisem par. 3 pkt. 5 rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych jakimi powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie z dnia 17.07.15 r. (t.j. Dz.U. 2015 poz. 1422) do budynków użyteczności publicznej – zalicza się również budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, szkolnictwa wyższego, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, zatem budynki o bardzo odległej specyfice prowadzonej w nich działalności co oznacza, iż doświadczenie takie pomimo istotnego ograniczenia konkurencji nie będzie oznaczało wyboru wykonawcy bardziej odpowiedniego do realizacji od tego, który usług w takim obiekcie nie świadczył.

Ponadto Odwołujący po przeanalizowaniu zakresu przedmiotu w/w zamówienia uważa, że nie zawiera on czynności, których nie byłby w stanie wykonać podmiot, który w swojej dotychczasowej praktyce zawodowej w ogóle nie świadczył usług ochrony w obiektach użyteczności publicznej bądź tak jak Odwołujący świadczył ale w obiektach o mniejszej obsadzie zmianowej, za takim wnioskiem przemawiałby również fakt, iż Zamawiający nie sprecyzował ani w warunku ani co ważniejsze w ustanowionym kryterium pozacenowym szczególnie pożądanych elementów ochrony obiektów użyteczności, które byłyby szczególnie ważne/cenne/przydatne/determinujące dla należytego świadczenia zlecanych usług.

Powyższe pozwala przyjąć, iż zamawiający w celu zachowania konkurencyjności w postępowaniu oraz bez uszczerbku dla możliwości dokonania wyboru do realizacji zadania wykonawcy posiadającego niezbędne doświadczenie powinien wykreślić z dotychczasowego opisu warunku wymóg aby referencyjna usługa była wykonywana w obiekcie użyteczności publicznej.

W tym miejscu Odwołujący wskazuje, iż nie kwestionuje prawa Zamawiającego do nabycia usług

o oczekiwanej jakości i standardzie a tym samym dokonania weryfikacji (za pomocą warunków udziału w postępowaniu) doświadczenia wykonawców w zakresie pozwalającym na wyeliminowanie wykonawców, których doświadczenie nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia wskazuje jedynie za pomocą argumentów wskazanych w niniejszym odwołaniu, iż planowany zakres weryfikacji znacznie przekracza cel opisu warunku jednocześnie z góry eliminując, bez obiektywnego uzasadnienia, wielu wykonawców, w tym Odwołującego, świadczących w zakresie prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej usługi objęte przedmiotem ww. zamówienia, a więc obiektywnie zdolnych do jego wykonania jacy będą mogli ubiegać się o przedmiotowe zamówienie.

Nie można również pominąć, iż praktyka zawężania oceny doświadczenia wykonawców do usług świadczonych w obiektach użyteczności publicznej została negatywnie oceniona w ugruntowanym już orzecznictwie Izby, i tak tytułem przykładu: *w sprawie kontroli UZP/DKUE/KN/47/11*.

Odwołujący wskazuje, iż jeżeli Zamawiający uważa, pomimo braku wyraźnych postanowień w tym zakresie w treści udostępnionych dokumentów, że są jakieś konkretne elementy ochrony obiektów użyteczności publicznej, które warto by szczególnie premiować w doświadczeniu wykonawcy to nie powinien tego czynić w ramach warunków brzegowych (udziału w postępowaniu) warunkujących możliwość ubiegania się o zamówienie ale ewentualnie w zakresie pozacenowego kryterium, którego celem jest premiowanie tych parametrów oferowanego świadczenia, które nie tyle warunkują w ogóle zdolność do należytego wykonania ale powodują merytoryczną przewagę wykonawcy posiadającego doświadczenie w określonych obiektach nad tymi, którzy takiego doświadczenia nie posiadają.

Niemniej jednak z ostrożności Odwołujący wskazuje, iż jeżeli są jakiekolwiek cechy wykonywaniu usług ochrony w obiektach użyteczności publicznej, które obiektywnie czynią wykonawców posiadających takie doświadczenie bardziej zdolnymi do realizacji przedmiotu w/w zamówienia zasadnym wydaje się w świetle wytycznych w/w przepisów dokonanie zmiany obecnego opisu warunku doświadczenia poprzez wymaganie dwóch usług o parametrach wskazanych w żądania niniejszego odwołania. Co ważne referencyjna usługa w obiekcie użyteczności publicznej nie może jednak obejmować obowiązku jej wykonywania przy obsadzie 25 osób na zmianie nie tylko z powodu ograniczonej konkurencyjności na rynku tego typu usług ale przede wszystkim dlatego iż taki poziom jest nadmierny wobec zakresu zlecanej usługi bowiem zgodnie z postanowieniami opisu przedmiotu w/w zamówienia obsada taka będzie obowiązywała jedynie w dzień, z zastrzeżeniem poniedziałku natomiast w porze nocnej usługa będzie świadczona poprzez 11 pracowników co oznacza, że w istocie jedynie 50 % usługi będzie wykonywane obsadą, która obecnie Zamawiający uczynił niezbędnym minimum do weryfikacji zdolności.

Kontynuując należy wskazać, iż na nieproporcjonalność kwestionowanego warunku dostrzega sam Zamawiający bowiem w rozdziale IV, pkt. 3 lit. a Siwz, wskazał, iż „Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy”, co oznacza, że pomimo ustanowienia tak restrykcyjnego warunku udziału w postępowaniu w rzeczywistości usługi będące przedmiotem zamówienia mogą być w zależności od swobodnej decyzji wykonawcy, wykonywane przez podmiot posiadający znacznie mniejsze doświadczenie albo nawet zupełnie go pozbawiony. Zasadnym wydaje się wskazanie w tym miejscu, iż jeżeli Zamawiający uważa, że należyć przedmiot zamówienia może wykonać jedynie podmiot posiadający opisane doświadczenie to celowym zarówno z punktu widzenia oczekiwanej jakości przyszłych usług jak i zachowania konkurencyjności wydaje się aby zamawiający korzystając z uprawnienia przewidzianego w art. 36a ust. 2 pkt. 1 u.p.z.p. zastrzegł do osobistego wykonania przez wykonawcę wykonania kluczowych części przedmiotu zamówienia.

Z ostrożności należy wskazać, iż dopuszczenie podwykonawstwa w żadnym wypadku nie może być potraktowane jako złagodzenie skutków tak rygorystycznego, dyskryminującego

warunku z uwagi na niewielką ilość podmiotów dysponujących wymaganym doświadczeniem, które bez wątpienia nie będą zainteresowane ani jego udostępnieniem niezbędnego doświadczenia ani wspólnym ubieganiem się o przedmiotowe zamówienie i to zarówno z powodu chęci ograniczenia sobie konkurentów w ramach przedmiotowego postępowania jak i w ramach podobnych postępowań, jakie zostaną ogłoszone w przyszłości.

Odwołujący wskazuje, iż wynik poprzedniego postępowania na usługi ochrony przeprowadzone przez Zamawiającego w 2015 r (znak postępowania: MŚ – ZP – EG -333-55/15), którym została złożona tylko jedna oferta powinien skłonić Zamawiającego do zweryfikowania konkurencyjności rynku przedmiotowych usług i podjęcie działań w celu obniżenia poziomu weryfikacji podmiotowej, jednakże z całą stanowczością należy wskazać, iż obecna zmiana warunku doświadczenia poprzez zmniejszenie jedynie wartości referencyjnej usługi do kwoty 1.000.000, 00zł jest działaniem jedynie pozornie zwiększającym konkurencję bowiem ograniczenie dostępu do przedmiotowego zamówienia (przejawiające się złożeniem w poprzednim postępowaniu jednej oferty) nie wynika z kwoty referencyjnej usługi ale wymogu aby była to usługa świadczona w obiekcie użyteczności publicznej w obsadzie 25 osób na zmianie.

Naruszenie w/w. zasad implikuje konsekwencje w postaci bezpodstawnego pozbawienia możliwości ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia wszystkich tych wykonawców, w tym Odwołującego, którzy w dotychczasowej działalności, w tym również w okresie referencyjnym wykonywali usługi ochrony w różnego typu obiektach w tym np. podlegających obowiązkowej ochronie, o strategicznym znaczeniu dla obronności kraju jak np. Jednostki Wojskowe, obwarowane szeregiem kazuistycznych obowiązków zatem posiadają doświadczenie w świadczeniu usług ochrony organizowanych w największej występującej na rynku usług obsadzi osobowej, z użycie broni a więc w zakresie bez wątpienia pozywającym na przyjęcie, że byliby w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie jednak nie będących obiektami użyteczności publicznej co musi prowadzić do wniosku, iż w kwestionowany warunek jest oczywiście nadmierny. Ustanowiony warunek pozbawia możliwości ubiegania się o zamówienie tym doświadczonym podmiotom, m.in. Odwołującemu pomimo, iż obok tak specjalistycznych usług ochrony posiadają również doświadczenie w usługach ochrony obiektów użyteczności publicznej jednak na poziomie zwykle zlecanym w tego typu instytucjach. „natomiast jak wskazano w Informacji o wyniku kontroli doraźnej znak: UZP/DKD/KND/12/11, dotyczącej opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdzie Prezes UZP wskazał, że: „Ustalono przez Zamawiającego warunki powinny mieć na celu jedynie ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia – nie mogą natomiast prowadzić do nieuzasadnionego preferowania jednych i tym samym dyskryminacji innych wykonawców. Formułując warunki udziału w postępowaniu zamawiający musi mieć pewność, że nie spowoduje to wykluczenia wykonawców którzy byliby w stanie wykonać zamówienie”.

Z ostrożności Odwołujący wskazuje, iż jak wielokrotnie wskazywała Izba celem opisu warunków udziału w postępowaniu jest określenie niezbędnego do wykonania przedmiotu danego zamówienia poziomowi wiedzy i doświadczenia nie można natomiast w żadnym wypadku warunków utożsamiać z represyjno - dyscyplinującą funkcją kar umownych i zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia, a zatem nie można określać wymaganego doświadczenia na takim poziomie aby wyeliminować wszelkie ryzyka związane z realizacją zamówienia, taki sposób opisu warunków należy postrzegać jako nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny, np. W orzecznictwie KIO podkreśla się, że w warunkach udziału w postępowaniu chodzi o sprawdzenie potencjału wykonawcy do realizacji danego zamówienia, a nie o realne przygotowanie do wykonania przedmiotu zamówienia na etapie składania ofert co de facto przeczy wyrażonej w art. 22 ust. 4 Ustawy zasadzie (KIO z dn. 31.03.2015 r KIO 540/15),

II.

Zarzut opisanego przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję poprzez zaniechanie podzielenia zamówienia na dwie części a przez to utrudnianie dostępu do zamówienia wykonawcom z sektora małych i średnich przedsiębiorstw w tym Odwołującemu przy braku

uzasadnienia dla utrzymania jednolitego zamówienia:

W uzasadnieniu tego zarzutu Odwołujący wskazuje, iż formułuje go z ostrożności, na wypadek nie uwzględnienia zarzutu pierwszego.

Zgodnie z treścią art. 138m u.p.z.p. w zw. z art. 29 ust. 2 u.p.z.p. w zakresie postępowań prowadzonych w celu udzielenia zamówienia na tzw. usługi społeczne Ustawodawca utrzymał obowiązek opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który nie będzie utrudniał uczciwej konkurencji.

Z opisu przedmiotu w/w zamówienia wynika, iż czynności składające się na zakres zlecanych usług mogą zostać podzielone na przykładowo dwie części bez uszczerbku dla ich jakości zatem nie ma obiektywnego uzasadnienia dla utrzymania jednolitego zamówienia skoro w takim kształcie o jego udzielenie mogą się ubiegać jedynie ci wykonawcy, którym uprzednio udało się pozyskać niezwykle rzadko udzielane zamówienia w zakresie opisanym w ustanowionym warunku doświadczenia. Zatem podzielenie zamówienia na części zapobiegnie dyskryminowaniu małych i średnich przedsiębiorstw, w tym Odwołującego, którzy są w stanie wykonać przedmiot zamówienia a jedynie nie są w stanie wykazać się doświadczeniem na poziomie znacznie przewyższającym poziom niezbędny do zweryfikowania kompetencji do wykonania całego (obecnego) przedmiotu zamówienia. Co ważne, zgodnie z aktualnym orzecznictwem KIO, podział przedmiotu zamówienia na części w celu zwiększenia konkurencyjności jest obowiązkiem zamawiającego a nie jedynie uprawnieniem np. KIO 2124/16

Również w literaturze wskazuje się, że celowe łączenie w zamówieniu kilku dóbr, które można pozyskać oddzielnie, jeżeli w konsekwencji całość zamówienia jest poddana mniejszej konkurencji, jest działaniem utrudniającym uczciwą konkurencję. (M. Stachowiak, komentarz do art. 29 u.p.z.p. (w:) W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych, komentarz, WKP 2012. Podkreślenia wymaga, iż jak wynika z utrwalonej linii orzeczniczej Izby w wypadku zarzutu naruszenia uczciwej konkurencji wystarczy uprawdopodobnić taką możliwość, i tak tytułem przykładu: „Podkreślenia wymaga kwestia, iż z literalnej wykładni art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wynika, że użyty w treści tego przepisu zwrot „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” powoduje, że dla stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy zaistnienie możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów – KIO 1519/15 z dnia 31 lipca 2015 r

III.

Zarzut opisanego warunku zdolności technicznej i zawodowej w zakresie zasobów osobowych w sposób nadmierny, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, przekraczający uprawnienie do weryfikowania zdolności wykonawcy jedynie na minimalnym poziomie zdolności poprzez wymaganie a) aby osoby będące kwalifikowanymi pracownikami ochrony fizycznej, posiadające legitymację kwalifikowanego pracownika ochrony posiadały jednocześnie doświadczenie w obiektach użyteczności publicznej oraz b) aby część osób (6) była jednocześnie strażakami będącymi kwalifikowanymi pracownikami ochrony fizycznej i posiadającymi legitymację kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej oraz uprawnienia funkcjonariusza Państwowej Straży Pożarnej lub uprawnienia funkcjonariusza Ochotniczej Straży Pożarnej co stanowi nieuprawnione preferowanie dotychczasowego wykonawcy, który posiada osoby z takimi kwalifikacjami i doświadczeniem, kosztem innych wykonawców, tym Odwołującego:

W uzasadnieniu zarzutu, w pierwszej kolejności należy wskazać, iż kwestionowane elementy doświadczenia i kwalifikacji wymaganych osób przede wszystkim istotnie przekraczają uprawnienie zamawiającego do weryfikowania zasobów osobowych na poziomie minimalnym, niezbędnym do należytego wykonania zamówienia, gdyż:

- 1) wymóg wykazania się kwalifikowanymi pracownikami ochrony fizycznej posiadającymi legitymację

kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej jedynie posiadającymi doświadczenie w obiektach użyteczności publicznej narusza przepis art. 26 ustawy z dnia 22.08.1997 r o ochronie osób i mienia, który w ust. 3 precyzyjnie wskazuje jaki wymogi musi spełnić osoba ubiegająca się o uzyskanie wskazanych kwalifikacji, co ważne przepisy nie uzależniają uzyskania uprawnień od wykazania się doświadczeniem w ochronie określonego typu obiektów precyzując przy tym jednoznacznie, iż taki uprawnienia uprawniają do wykonywania ochrony w formie stałej i doraźnej, dozoru sygnałów przesyłanych, gromadzonych i przetwarzanych w elektronicznych urządzeniach i systemach alarmowych, konwojowania wartości pieniężnych oraz innych przedmiotów wartościowych lub niebezpiecznych. Czynności te mogą być wykonywane zarówno w ramach specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych, zespołów konwojujących wartości pieniężne oraz inne przedmioty wartościowe lub niebezpieczne, bezpośredniej ochrony osób, organizowania i kierowania zespołami pracowników ochrony fizycznej zatem osoby takie nawet nie posiadając doświadczenia w wymaganych w opisie warunku obiektach potwierdzają zdolność wykonawcy do wykonania umowy. Kwestionowane połączenie należy zatem uznać jako bezpodstawną dyskryminację kwalifikowanych pracowników, posiadających ustawowe uprawnienia wystarczające do realizacji przedmiotowego zamówienia a w konsekwencji wykonawców, w tym Odwołującego dysponujących takimi pracownikami w przeważającej większości.

- 2) wymóg wykazania się osobami posiadającymi łącznie uprawnienia kwalifikowanego pracownika ochrony i legitymację oraz będącego strażakiem nie znajduje potwierdzenia w czynnościach składających się na przedmiot zlecanego zamówienia bowiem nie ma w jego zakresie czynności, których nie mógłby zostać wykonane przez osoby posiadające wymagane uprawnienia oddzielnie. Potwierdzeniem nieproporcjonalności tego wymogu powinny być warunki ustanowione w ramach poprzedniego postępowania na usługi ochrony, przeprowadzonego w 2015 r przez Zamawiającego, w których zamawiający nie uzależniał zdolności od posiadania takich uprawnień przez jedną osobę, mimo to wyłoniony wykonawca umowę wykonał, dodatkowo zostało mu udzielone zamówienie uzupełniające zatem należy przyjąć iż konieczność połączenia tych uprawnień jest warunkiem nadmiernym i nieproporcjonalnym.

Co szczególnie ważne kwestionowane doświadczenie i kwalifikacje nie tylko nie są niezbędne ale również istotnie ograniczają konkurencję bowiem mając na uwadze, standardowy poziom obsady osobowej usług ochrony w budynkach użyteczności publicznej zgromadzenie takiej ilości osób jest istotnie utrudnione co oznacza, iż w ramach warunku osobowego zamawiający niezasadnie preferuje dotychczasowego wykonawcę bowiem tylko o posiada niezbędną ilość osób z opisanym doświadczeniem i kwalifikacjami co mając na uwadze wskazane powyżej naruszenia z kolei niezasadnie dyskryminuje innych wykonawców.

Należy wskazać, iż podobnie jak w przypadku zasobów niezbędnych do wykazania wymaganego doświadczenia brak zastrzeżenia osobistego wykonania kluczowych części zamówienia nie oznacza zwiększenia konkurencji z w/w powodów.

Dla wykazania wpływu w/w naruszeń na wynik postępowania należy wskazać, iż przepisy ustawy Prawo zamówień Publicznych zostały wprowadzone w celu wydatkowania środków publicznych zgodnie z postulatami zawartymi w przepisach ustawy z dnia 27.08.2009 r o finansach publicznych, w szczególności zgodnie z art. 44 ust. 3 pkt. 1 a i b tj. w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów natomiast ustanowienie tak rygorystycznych, dyskryminujących warunków rażąco te zasady narusza co będzie miało skutek tak jak w postępowaniu prowadzonym 2015 r w postaci uzyskania jedynie jednej oferty, co powinno skłonić Zamawiającego, jako dysponenta środków3) publicznych do rozważenia rozsądnego ustalenia poziomu niezbędnych zasobów do realizacji zamówienia.

Podsumowując Odwołujący wskazuje, iż zarówno sam opis warunku doświadczenia jak i warunku zasobów osobowych oraz ich zestawienie stwarza obraz, iż Zamawiający uznał w toku ogłoszonego w 2015 r postępowania i konsekwentnie tą praktykę kontynuuje, iż przedmiot zamówienia może być należycie wykonany jedynie przez bardzo ograniczone grono wykonawców, posiadający

doświadczenie w usługach w istocie tożsamy z przedmiotem zlecanych usług co bez wątpienia nie wytrzymuje testu proporcjonalności i z tego względu musi zostać poddane kontroli Izby. Takie działanie Zamawiającego należy również traktować jako czyn nieuczciwej konkurencji polegający na długotrwałym i świadomym utrudnianiu dostępu do usług wykonawcom zdolnym do ich wykonania, nie dostrzegając negatywnego wpływu takiego działania na konkurencyjność usług ochrony na terenie całego kraju.

Monika Karkusiewicz

Załączniki:

1. pełnomocnictwa do wniesienia odwołania,
2. dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
3. odpis z KRS Odwołującego,