



Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A
02-676 Warszawa
Dot. KIO 388/17

Katowice, dnia 08.03.2017 r.

Zamawiający:

Muzeum Śląskie w Katowicach
ul. T. Dobrowolskiego 1, 40-205 Katowice,
tel.: +48 32 21 30 866
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

Przystępujący do odwołania po stronie Zamawiającego:

Nikt nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przystępujący do odwołania po stronie Odwołującego:

Nikt nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Dotyczy: odwołania wniesionego w postępowaniu prowadzonym zgodnie z przepisami określonymi w Dziale III „Przepisy szczególne” Rozdziale 6 „Zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi” 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” oraz w oparciu o zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) pn. „Kwalifikowana ochrona fizyczna osób i mienia Muzeum Śląskiego w Katowicach i konwojowanie”. Numer referencyjny: MŚ-ZP-WW-333-3/17.

ODPOWIEDŹ ZAMAWIAJĄCEGO NA ODWOŁANIE

Działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27.02.2017 r. przez Odwołującego DGP Security Partner Sp. z o.o., na podstawie art. 186 ust. 3a ustawy Pzp, informuje, że nie uwzględni zarzutów Odwołującego i w związku z tym wnosi o oddalenie odwołania w całości.



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.

W ocenie Zamawiającego sposób określenia warunku zdolności zawodowej (wymaganego doświadczenia) jest zgodny z art. 138k. i 22 ust. 1a. ustawy Pzp. Nakaz opisanego warunku w sposób powiązany z przedmiotem zamówienia oraz odpowiadający wielkości, charakterowi, złożoności oraz rodzajowi przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do realizacji w należyty sposób. Krajowa Izba Odwoławcza słusznie zauważyła **„nie każdy wykonawca, który czuje się na siłach wykonać to zamówienie, musi zostać dopuszczony do udziału w postępowaniu. Mając na celu ochronę interesu publicznego, nie jest pożądanym, aby wykonanie dostawy powierzone zostało podmiotowi, dla którego zamówienie to będzie pierwszym tak skomplikowanym, zarówno pod względem rodzaju prac, jak i ilości odbiorców (lokalizacji)”** - sygn. akt: KIO 2476/12, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 listopada 2012 r. Natomiast w wyroku z dnia 10 sierpnia 2016 r. (sygn. akt: KIO 1382/16) wskazano, iż **„każde uszczegółowienie przedmiotu zamówienia (warunków jego realizacji, nałożenie dodatkowych obowiązków umownych...etc.), postawienie dodatkowych warunków udziału w postępowaniu czy rozbudowanie kryteriów oceny ofert prowadzi do ograniczenia konkurencji. Poza przypadkami najprostszymi dostaw czy usług, postanowienia specyfikacji zawsze będą faworyzować niektórych wykonawców i dyskryminować innych. W szczególności, np. nie istnieje taki opis przedmiotu zamówienia, który na równi odpowiadałby wszystkim wykonawcom obecnym na rynku. W każdym z takich przypadków będą wykonawcy, którzy w związku z właściwościami podmiotowymi czy profilem ich oferty, nie będą mogli w ogóle konkurować o uzyskanie zamówienia lub ich szanse uzyskania zamówienia będą relatywnie mniejsze, np. wymagany sposób i zakres jego realizacji będzie dla nich mniej opłacalny lub w ogóle nie do przyjęcia”**. Z kolei w wyroku z dnia 5 sierpnia 2016 r. (sygn. akt: KIO 1300/16) podkreślono, iż **„art. 29 ust. 2 p.z.p. nie odnosi się do sposobu opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do konkretnego wykonawcy, ale tylko takiego opisu, który obiektywnie mógłby utrudnić uczciwą konkurencję w odniesieniu do profesjonalnych wykonawców z danego segmentu rynku usług”**.

Mają na uwadze powyższe orzecznictwo należy w pierwszej kolejności wskazać, iż Zamawiający, jako instytucja kultury, jest wpisany do rejestru instytucji kultury prowadzonego przez Województwo Śląskie pod numerem RIK - M/12/99. Zgodnie ze swym statutem, Muzeum Śląskie w Katowicach w szczególności gromadzi zabytki, przechowuje zbiory a także organizuje wystawy stałe, czasowe oraz organizuje i prowadzi działalność edukacyjną skierowaną w szczególności do szkół i przedszkoli. W roku 2015 Muzeum Śląskie w Katowicach zostało odwiedzane przez 250 916 osób. W budynkach Muzeum Śląskiego w Katowicach przy ul. T. Dobrowolskiego 1 jednorazowo może przebywać 1050 osób, które zwiedzają wystawy stałe i czasowe oraz uczestniczą w imprezach kulturalnych, czy zajęciach edukacyjnych. Należy podkreślić, iż teren Muzeum nie jest niczym odseparowany i w części parkowej tworzy przestrzeń publiczną, na której może przebywać dużo większa niż wewnątrz liczba osób. W obiektach Zamawiającego znajdują się zbiory dóbr kultury, które podlegają szczególnej ochronie zgodnie z przepisami ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (t.j. Dz.U. z 2014 r., poz. 1446, ze zm.) oraz zgodnie z przepisami Rozporządzenia Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 2 września 2014 r. w sprawie zabezpieczania zbiorów muzeum przed pożarem, kradzieżą i innym niebezpieczeństwem grożącym ich zniszczeniem lub utratą (Dz.U. z 2014 r., poz. 1240).

Szczególny charakter działalności Zamawiającego oraz jego infrastruktura wyznacza sposób opisanego warunku zdolności zawodowej (wymaganego doświadczenia), ponieważ wykonawca świadczący przedmiot zamówienia powinien wykazywać się odpowiednią wiedzą i doświadczeniem w zakresie zorganizowania, koordynowania i nadzoru ochrony, dającą gwarancję bezpieczeństwa osobom przebywającym w Muzeum oraz zbiorom.

Odnosząc się do żądania Wykonawcy dotyczącego dokonania zmiany opisu warunku zdolności zawodowej (wymaganego doświadczenia) poprzez wykreślenie wymogu wykonania usługi w obiekcie użyteczności publicznej, pozostawiając jej pozostałe parametry, Zamawiający wskazuje, że obiekty użyteczności publicznej to miejsca charakteryzujące się wspólnymi cechami tj. masowym przepływem osób, dostępem do ich wyznaczonych części, w określonym czasie, dla bliżej nieokreślonej liczby osób. Warto podkreślić, iż chodzi o osoby niezwiązane ze sobą w żaden sposób, czy to zawodowy czy to osobisty, nieposiadające żadnego przeszkolenia w zakresie trybu i sposobu postępowania w sytuacjach ekstremalnych takich jak choćby ewakuacja w związku z pożarem czy zamachem terrorystycznym. W związku z czym Zamawiający przyjął, iż obiekty użyteczności publicznej to miejsca o specyfice spełniającej oczekiwania pod względem bezpieczeństwa. **Zamawiający zaznacza jednocześnie, że nie zawęził w opisie warunku zdolności zawodowej (wymaganego doświadczenia) wyłącznie do obiektów instytucji kultury, co mogłoby nosić znamiona naruszenia zasady proporcjonalności.**

Obiekty niepełniące funkcji publicznej np. przywołane przez Odwołującego jednostki wojskowe, to specyficzne, zamknięte obiekty, których personel cechuje wysoka dyscyplina i szkolenie zawodowe pozwalające nabyć cechy niezbędne do działania w sytuacjach stresowych. Nie sposób nie dostrzec, iż personel jednostki wojskowej - bez różnicy czy wojskowy czy cywilny - jest przyzwyczajony do hierarchicznego dowodzenia bądź kierowania i nawykły do sprawnego realizacji otrzymywanych poleceń. Kolejną cechą jest ściśle reglamentowany wstęp na teren, co jednocześnie ułatwia sprawne ustalenie liczby osób koniecznych do ewakuacji w sytuacji zagrożenia.

Z przytoczonych okoliczności wynika, iż wykonawca posiadający doświadczenie w obiektach przywołanych przez Odwołującego nie daje ręką właściwego reagowania w warunkach konieczności zarządzania sytuacją kryzysową właściwą dla charakterystyki obiektów użyteczności publicznej.

Ustosunkowując się z kolei do sformułowanego przez Odwołującego wymagania, dokonania 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, Zamawiający podnosi, iż z żądaniem takim również nie sposób się zgodzić z następujących powodów.

Zamawiający kierując się najwyższą troską o zapewnienie standardów bezpieczeństwa adekwatnych do celu, tj. zapewnienia bezpieczeństwa osobom przebywającym w Muzeum oraz obiektom stanowiących dziedzictwo kulturowe, ma obowiązek formułowania wymagań właściwych dla potencjalnych zagrożeń, mogących wystąpić w szczególności w okresach najwyższej frekwencji na obiektach tj. I zmiany. Obniżenie przedmiotowego parametru zamówienia postępując się jedynie parametrami matematycznymi pozbawionymi kontekstu w postaci wagi przedmiotowej, w ocenie Zamawiającego stanowiłoby zaniedbanie oraz lekceważenie obowiązku zapewnienia właściwej ochrony. Zgodnie z zapisami SIWZ, Zamawiający przewiduje możliwość stałej lub doraźnej zmiany stałej ustalonej obsady ilościowej pracowników ochrony (według potrzeb, np. organizacja różnego rodzaju wydarzeń kulturalnych i komercyjnych, wernisaży czy spektakl), przy czym maksymalna liczba pracowników ochrony na jednej zmianie nie przekroczy 40 (czterdziestu) osób. Zwiększenie ilości osób może być konieczne nawet w porach nocnych, w związku z czym **argument Odwołującego „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.” jest chybiony.

W opinii Zamawiającego, zrealizowanie przez wykonawcę w sposób właściwy, usługi ochronnej spełniającej przedmiotowy parametr, daje rękojmię doświadczenia niezbędnego do zapewnienia właściwego poziomu bezpieczeństwa osób i zbiorów. Należy podkreślić, iż Wykonawca podczas realizacji niniejszego zamówienia będzie zarządzał co najmniej 100 kwalifikowanymi pracownikami ochrony fizycznej. Obniżenie przedmiotowego parametru może w efekcie skutkować koniecznością dopuszczenia do realizacji usługi podmiotu, niemającego wystarczającego doświadczenia do realizacji tak dużego kontraktu, a co za tym idzie spowodowania na Zamawiającego zagrożeń płynących z niewłaściwej realizacji usługi.

Wymóg wykazania co najmniej **jednej usługi** 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 żadnym razie nie może być uznany za nadmierny. Wykonawca realizujący dla Muzeum usługę ochrony osób i mienia powinien posiadać niezbędne doświadczenie, które - ze względu na wskazaną wyżej specyfikę prowadzonej działalności - pozwoli zapewnić bezpieczeństwo zbiorom i ludziom.

Warunek udziału w postępowaniu został opisany proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia i pozostaje z nim w związku, nie został opisany w oderwaniu od przedmiotu i zakresu niniejszego zamówienia oraz nieproporcjonalnie do oceny możliwości należytej realizacji zamówienia. Na dopuszczalność takiego wymogu wskazuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, np.:

- a. w wyroku z dnia 24 listopada 2014 roku Izba wskazała, iż: *„Zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Opis ten powinien więc uwzględniać specyfikę przedmiotu zamówienia, jego zakres, stopień złożoności. Zamawiający nie może formułować wymagań przewyższających warunki wystarczające do należytego wykonania zamówienia. **Wymagania te nie mogą też być zbyt liberalne i powodować, że do udziału w postępowaniu zostaną dopuszczeni wykonawcy, którzy nie są w stanie zrealizować zamówienie w sposób należyty**” (sygn. akt: KIO 2358/14);*
- b. w wyroku z dnia 14 marca 2014 roku, gdzie skład orzekający wskazał: *„Zadaniem konstruowanego warunku udziału w postępowaniu jest zapewnienie prawidłowej realizacji zamówienia. Istota opisanego konkretnego warunku polega na zapewnieniu poprawnej realizacji danego zamówienia. Zweryfikowaniu zdolności danego wykonawcy do realizacji zamówienia w sposób prawidłowy **służy ocena wcześniejszych doświadczeń wykonawcy na polu zawodowym, zdobytych przy wykonywaniu zamówień podobnych, zbliżonych lub tożsamyh z przedmiotem zamówienia**. Takie opisanie warunku udziału nie oznacza naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co jednocześnie nie oznacza, że opis spełniania warunku udziału w postępowaniu musi pozwalać na udział w tym postępowaniu każdemu wykonawcy działającemu na rynku, czy w danej branży” (sygn. akt: KIO 395/14).*

Na marginesie, przywołana przez Odwołującego uwaga, iż *„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 przykłady: w sprawie kontroli UZP/DKUE/KN/47/11” jest całkowicie nieadekwatna do niniejszego postępowania. Przywołana sprawa UZP/DKUE/KN/47/11 dotyczyła wszakże wyłącznie remontu strażnicy, a zamawiający wymagał doświadczenia związanego z realizacją robót budowlanych na obiektach użyteczności publicznej.*

- II. Zarzut opisania 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.

Zamawiającemu trudno jest odnieść się do stawianego zarzutu, ponieważ Odwołujący nie przytoczył żadnych argumentów i okoliczności na potwierdzenie, iż ma miejsce opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję poprzez zaniechanie podzielenia zamówienia na części. Odwołujący nawet nie wskazuje konkretnych propozycji podziału zamówienia na części, wskazuje tylko „czynności składające się na zakres zleczanych usług mogą zostać podzielone na przykładowo dwie części”. Stawiając zarzut Odwołujący powinien w sposób dokładny i rzeczowy udowodnić tezę stawianych zarzutów, podkreśla to Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 10 sierpnia 2016 r. (sygn. akt: KIO 1417/16), która słusznie stwierdziła „Zarzuty dotyczące naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p. oraz art. 7 ust. 1 p.z.p. są zarzutami poważnymi, gdyż naruszenie zasad w nich zawartych czyni w zasadzie wadliwym całe późniejsze postępowanie. Dla potwierdzenia tych zarzutów i uznania ich przez Izbę konieczne jest więc wykazanie ich zasadności w sposób rzeczowy i przekonujący. Wykonawca decydując się na postawienie tych zarzutów ma w szczególności obowiązek udowodnienia swoich twierdzeń, a w zakresie art. 29 ust. 2 p.z.p. obowiązek uprawdopodobnienia możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji”.

Zgodnie z przepisami ustawy Pzp, Zamawiający ma prawo do takiego sformułowania swych wymagań, by mógł wybrać ofertę najlepiej odpowiadającą specyficznym potrzebom, a nie do sytuacji jednego wykonawcy i trudności, jakie mogą u tego wykonawcy wystąpić z uwagi na takie, a nie inne wymagania Zamawiającego. Żaden przepis ustawy Pzp nie nakłada na zamawiającego obowiązku wyeliminowania z opisu przedmiotu zamówienia uzasadnionych wymagań, które dla wykonawcy mogą stanowić źródło ewentualnych niedogodności czy stworzenia nowych rozwiązań dostosowanych do realizacji zamówienia. Powyższe stwierdzenie potwierdza wyrok z dnia 4 marca 2016 r., (sygn. akt: KIO 233/16) „pomimo konieczności zachowania uczciwej konkurencji, zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający jego rzeczywiste potrzeby. To zamawiający, jako gospodarz postępowania, określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy, charakteryzujący cel, jaki zamierza osiągnąć. Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, nie ma obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży.”

Mając powyższe na uwadze należy w pierwszej kolejności podnieść, iż ograniczając się do zarzutu braku podziału zamówienia na części, Odwołujący nie tylko nie przytoczył jakichkolwiek argumentów merytorycznych, które miałyby - jego zdaniem - przemawiać za ich zasadnością, ale przede wszystkim nie przedstawił w jaki sposób taki podział miałby przez Zamawiającego zostać dokonany, co zarzut ten czyni *a priori* bezzasadnym.

Po drugie, trudno zgodzić się z Odwołującym, iż „podział przedmiotu zamówienia na części w celu zwiększenia konkurencyjności jest obowiązkiem zamawiającego a nie jedynie uprawnieniem”. Przepisy ustawy Pzp nie wymagają obowiązkowego podziału zamówienia na części. Zgodnie bowiem z art. 36aa ust 1. ustawy Pzp, *zamawiający może podzielić zamówienie na części, określając zakres i przedmiot tych części*. Co więcej, w niniejszej sprawie Zamawiający w ogóle nie jest zobowiązany do zastosowania tego przepisu (przedmiotem zamówienia jest usługa społeczna).

Zamawiający tworząc opis przedmiotu zamówienia musi kierować się celem jaki zamierza osiągnąć przez przedmiot zamówienia, poprzez określenie swoich potrzeb w sposób obiektywny, z zachowaniem zasad ustawowych, co nie jest jednoznaczne z koniecznością zdolności realizacji zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku branży ochroniarskiej. Powyższe potwierdza orzecznictwo Zespołu Arbitrów, m.in. wyrok ZA z dnia 28 czerwca 2000 r., Sygn. akt UZP/ZO/0-602/00, który głosi, iż „wskazanie w SIWZ wymogów technicznych dotyczących przedmiotu zamówienia trudnych do spełnienia przez Odwołującego lub innego oferenta nie stanowi dostatecznej podstawy do uznania, że przedmiot zamówienia określony został w sposób naruszający zasadę z art. 17 ust. 2 ustawy o zamówieniach publicznych”.

Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób obiektywny, nienadmierny, podyktowany specyfiką zamówienia (działalność Zamawiającego, infrastruktura), jego zakresem oraz przede wszystkim stopniem jego złożoności. Przedmiot zamówienia jest jednorodny (niepodzielny) i polega na ochronie osób i mienia Muzeum. Ze względu na specyfikę zamówienia należy uznać ponad wszelką wątpliwość, iż podział zamówienia na części stanowi realne zagrożenie dla integralności systemu bezpieczeństwa Muzeum Śląskiego w Katowicach. Jedynie jeden integralny system bezpieczeństwa pozwala zapewnić bezpieczeństwo osobom odwiedzającym Muzeum oraz zbiorom. Jedynie jeden podmiot, realizujący kompleksową usługę zapewnia właściwy poziom koordynacji poszczególnych zadań ochronnych oraz zapewnia właściwy nadzór nad całością kontraktu, w szczególności w sytuacjach kryzysowych. Eliminuje to również konflikty w komunikacji między różnymi podmiotami. Zapewnia jednolite standardy wyposażenia, umundurowania oraz gwarancją jakości wykonywanej usługi, za którą odpowiedzialny jest jeden podmiot.

- 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, w tym Odwołującego.

Z powyższymi zarzutami nie sposób się zgodzić.

Ad. a) Zgodnie z przyjętą argumentacją przy zarzucie I i II, to Zamawiający jest organizatorem postępowania, w związku z czym, dla zabezpieczenia prawidłowego jego przebiegu, zobowiązany jest do wymagania od wykonawców, starających się o udzielenie zamówienia publicznego spełnienia takich warunków udziału w postępowaniu, które uwzględniają specyfikę przedmiotu zamówienia, jego zakres, stopień złożoności. Przedstawiona teza znajduje odzwierciedlenie w uzasadnieniu wyroku z 29 stycznia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1862/09), gdzie podkreślono, że „zamawiający zobowiązany jest określić warunki udziału w taki sposób, aby do realizacji zamówienia został dopuszczony wyłącznie wykonawca posiadający doświadczenie w realizacji zadań zapewniające należyte wykonanie zamówienia, przy czym określenie warunku jest obowiązkiem i uprawnieniem zamawiającego, który dokonując tej czynności, zobowiązany jest brać pod uwagę przedmiot zamówienia, cel przedsięwzięcia oraz zapewnienie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. **Opis oceny spełniania warunków jest podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, a także stopniem złożoności. I nie musi zatem zapewniać możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia każdemu zainteresowanemu. Nie stanowi zatem naruszenia (utrudniania) uczciwej konkurencji fakt, że warunków udziału w postępowaniu nie będą mogli spełnić wszyscy zainteresowani ubieganiem się o udzielenie zamówienia.**”

Przechodząc na grunt niniejszej sprawy, należy zwrócić uwagę, iż Muzeum jest odwiedzane przez kilkaset tysięcy osób rocznie w różnym wieku (od dzieci po seniorów) o odmiennym poziomie odporności psychicznej, które zwiedzają wystawy lub uczestniczą w wydarzeniach kulturalnych, nie znają ciągów komunikacyjnych w obiektach, które - ze względu na szczególny rodzaj odwiedzających oraz punktowe znaczne zagęszczenie uczestników takich spotkań i związane z tym zagrożenie - charakteryzują się szczególną specyfiką, niewystępującą w przypadku obiektów niebędących użyteczności publicznej.

Osoby przebywające w obiektach niepublicznych charakteryzuje znajomość obiektu i obowiązujących procedur, jak również w przywołanych przez Odwołującego jednostki wojskowe,

personel charakteryzuje wysoka dyscyplina i szkolenia zawodowe pozwalają nabyć cechy niezbędne do działania w sytuacjach stresowych. Jak już wskazano w części I pisma, personel jednostki wojskowej - bez różnicy czy wojskowy czy cywilny - jest przyzwyczajony do hierarchicznego dowodzenia bądź kierowania i nawykły do sprawniej realizacji otrzymywanych poleceń. Funkcjonowanie pracowników ochrony - choćby z bardzo długim stażem pracy i doświadczeniem - w warunkach obiektu o przywołanych parametrach nie daje rękojmi właściwego reagowania w warunkach konieczności zarządzania sytuacją kryzysową właściwą dla charakterystyki obiektów użyteczności publicznej.

Porównanie to pozwala - zdaniem Zamawiającego - do wysnucia wniosku, iż nie kwestionując profesjonalizmu działania ochrony w obu porównywanych obiektach, członkowie personelu ochrony nabywają w ramach pracy na nich cech odmiennych, a co za tym idzie niezbyt przydatnych w innych miejscach.

Ad. b) Zamawiający wymaga aby co najmniej 6 osób posiadało uprawnienia funkcjonariusza Państwowej Straży Pożarnej lub uprawnienia funkcjonariusza Ochotniczej Straży Pożarnej (dalej „strażacy”), gdyż wymieniona już przy okazji pierwszego zarzutu specyfika obiektu, ilość znajdujących się w nim osób, zgromadzone dzieła sztuki wymagają od nadzorującego obiekt w zakresie bezpieczeństwa zwrócenia szczególnej uwagi na problem opisany już przy okazji zarzutu pierwszego czyli ewakuacji osób bądź innych zdarzeń o charakterze zagrożenia powszechnego. Doświadczenia wynikające z odbytych szkoleń i praktyki zawodowej, zdobytego w trakcie służby w Państwowej Straży Pożarnej bądź szkoleń i dyżurów w zastępach Ochotniczej Straży Pożarnej, daje rękojmię właściwego sprawowania nadzoru nad statym i ciągłym zapewnieniem parametrów minimalnych dla prowadzenia ewakuacji, bieżącego zgodnego z przepisami prawa w tym zakresie nadzoru nad kompletnością i sprawnością podręcznych i półstatych środków gaśniczych, zapewnieniem nadzoru nad ciągłością i drożnością dróg ewakuacyjnych, zgodnie z Instrukcją Bezpieczeństwa Pożarowego.

Nie bez znaczenia dla Zamawiającego pozostaje fakt, iż strażak z doświadczeniem zdobytym w służbie w Państwowej Straży Pożarnej bądź Ochotniczej Straży Pożarnej, zapewnia właściwy poziom koordynacji procesów ewakuacyjnych, prowadzonych pod nieobecność kadry zarządzającej. Zamawiający żąda, aby strażacy posiadali także legitymację kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej, ponieważ plan ochrony obiektu podlegającego obowiązkowej ochronie wymaga, aby pracę na obiekcie w ramach służby ochrony, wykonywały wyłącznie osoby posiadające wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej. Centrala nadzoru systemu pożarowego jest umiejscowiona w Centrum Monitoringu Muzeum Śląskiego. W pomieszczeniu tym znajdują się również inne elementy systemów ochrony technicznej. Art. 3 w zw. z art. 26 ust.1 pkt 6) ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 1099 ze zm.), dalej „u.o.o.m.”, „wymusza” na pracowniku obsługującym powyższe centrale (jako urządzenia alarmowego, będącego elementem systemu ochrony) posiadanie takiego wpisu. Zgodnie z decyzją Wojewody Śląskiego nr ZKIII.68.3.4.2016 z dnia 29 lutego 2016 r. Zamawiający należy do obiektów podlegających obowiązkowej ochronie (pod pozycją WOJ.-09). Tymczasem zgodnie z art. 26 ust.1 pkt 6) u.o.o.m., wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej uprawnia do wykonywania czynności, o których mowa w art. 3 pkt 1 u.o.o.m., przez pracowników ochrony wykonujących zadania na obszarach, w obiektach i urządzeniach podlegających obowiązkowej ochronie. Stosownie zaś do treści art. 3 pkt 1 u.o.o.m., ochrona osób i mienia realizowana jest w formie:

1) bezpośredniej ochrony fizycznej:

- a) stałej lub doraźnej,
- b) polegającej na statym dozorcze sygnałów przesyłanych, gromadzonych i przetwarzanych w elektronicznych urządzeniach i systemach alarmowych,
- c) polegającej na konwojowaniu wartości pieniężnych oraz innych przedmiotów wartościowych lub niebezpiecznych;

Z powyższych przepisów wynika, iż wykonywanie czynności, o których mowa w art. 3 pkt 1 u.o.o.m. (w tym stały dozór sygnałów przetwarzanych w systemach alarmowych) na obiektach podlegających obowiązkowej ochronie może być wykonywane wyłącznie przez kwalifikowanych pracowników ochrony.

Innymi słowy pracownik ochrony, nieposiadający wpisu na listę kwalifikowanych pracowników ochrony, z przyczyn formalnych nie może funkcjonować na obiekcie objętym obowiązkową ochroną. Na marginesie, w poprzednim postępowaniu pn.: „Kwalifikowaną ochronę fizyczną osób i mienia Muzeum Śląskiego w Katowicach i konwojowanie”, przeprowadzonym w roku 2015 - do którego odnosi się Odwołujący - Zamawiający nie uzależniał zdolności od posiadania takich uprawnień przez jedną osobą, wynika to z faktu, iż zgodnie z ww. decyzją dopiero od dnia 29.02.2016 r. wszystkie obiekty Muzeum zostały objęte obowiązkową ochroną w rozumieniu art. 26 ust.1 pkt 6) u.o.o.m. Z przytoczonych faktów, wynika, iż sposób określenia warunku zdolności technicznej w zakresie zasobów ludzkich jest zgodny z art. 138k. oraz art. 22 ust 1a. ustawy Pzp, ponieważ jest proporcjonalny (w istocie konieczny) i ściśle związany z przedmiotem zamówienia.

W tym miejscu Zamawiający wskazuje, iż nie sposób zgodzić się również z argumentem Odwołującego „(...) 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”. Otóż Zamawiający odstąpił od wymogu osobistego wykonania przedmiotu zamówienia, ponieważ usługa będzie realizowana przez osoby, które zostały określone na minimalnym poziomie gwarantującym należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Intencją Zamawiającego jest wyłonienie wykonawcy, który poprzez wiedzę i doświadczenie w podobnym zamówieniu, zagwarantuje należyty poziom koordynacji poszczególnych zadań ochronny oraz zapewni właściwy nadzór nad całością kontraktu, w szczególności w sytuacjach kryzysowych. W przypadku realizacji przedmiotu zamówienia przy pomocy podwykonawców, to wykonawca będzie nadal koordynował pracę całej kadry ochroniarskiej oraz ponosił wszelką odpowiedzialność za ewentualne uchybienia w trakcie realizacji zamówienia.

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie w jakiegokolwiek części.

Treść odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie została zamieszczona na stronie na której jest udostępniona SIWZ.

Dyrektor Muzeum Śląskiego

Alicja Knast

Otrzymują:

1. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej, ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa
2. DGP Security Partner Sp. z o.o., ul. Jesionowa 9A, 40-159 Katowice