

Sygn. akt: KIO 114/15

Sygn. akt: KIO 120/15

## WYROK

z dnia 3 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agata Mikołajczyk**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 stycznia 2015 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 19 stycznia 2015 r. przez odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsalnet Holding S.A., Konsalnet Ochrona Sp. z o.o., Konsalnet Secure Solutions Sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 55, 01-267 Warszawa**
- B. w dniu 19 stycznia 2015 r. przez odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Impel Security Polska Sp. z o.o., Gwarant Agencja Ochrony S.A., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze”, ul. Żwirki i Wigury 1, 00-906 Warszawa**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Poczta Polska S.A., Stekop S.A., ul. Grochowska 23/31, 00-942 Warszawa**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 120/15 po stronie odwołującego;
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsalnet Holding S.A., Konsalnet Ochrona Sp. z o.o., Konsalnet Secure Solutions Sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 55, 01-267 Warszawa**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 120/15 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala oba odwołania;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsalnet Holding S.A., Konsalnet Ochrona Sp. z o.o., Konsalnet Secure Solutions Sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 55, 01-267 Warszawa** i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Impel Security Polska Sp. z o.o., Gwarant Agencja Ochrony S.A., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsalnet Holding S.A., Konsalnet Ochrona Sp. z o.o., Konsalnet Secure Solutions Sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 55, 01-267 Warszawa** i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Impel Security Polska Sp. z o.o., Gwarant Agencja Ochrony S.A., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** tytułem wpisów od odwołań,
  - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsalnet Holding S.A., Konsalnet Ochrona Sp. z o.o., Konsalnet Secure Solutions Sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 55, 01-267 Warszawa** i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Impel Security Polska Sp. z o.o., Gwarant Agencja Ochrony S.A., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** na rzecz **Przedsiębiorstwa Państwowego „Porty Lotnicze”, ul. Żwirki i Wigury 1, 00-906 Warszawa** kwotę **68 zł 00 gr** (słownie: sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu opłaty od pełnomocnictw, w tym kwotę **34 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści cztery złote zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsalnet Holding S.A., Konsalnet Ochrona Sp. z o.o., Konsalnet Secure Solutions Sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 55, 01-267 Warszawa** oraz kwotę **34 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści cztery złote zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Impel Security Polska Sp. z o.o., Gwarant Agencja Ochrony S.A., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław**.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 114/15**

**Sygn. akt: KIO 120/15**

### **Uzasadnienie**

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – Przedsiębiorstwo Państwowe Porty Lotnicze z siedzibą w Warszawie na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp], w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usługi kontroli bezpieczeństwa i kontroli dostępu do strefy zastrzeżonej oraz części krytycznej strefy zastrzeżonej na Lotnisku Chopina w Warszawie.” Odwołania zostały wniesione do postanowień - przesłanej drogą elektroniczną dnia 9 stycznia 2015 r. - specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ] przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

- 1) Konsorcjum - KONSALNET HOLDING S.A. oraz Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [Odwołujący KONSALNET] – sygn. akt: KIO 114/15;
- 2) Konsorcjum – Impel Security Polska Sp. z o.o. (lider), Gwarant Agencja Ochrony S.A. z Wrocławia [Odwołujący Impel] - sygn. akt: KIO 120/15;

**Sygn. akt: KIO 114/15**

Wnoszący odwołanie podniósł zarzut wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wskazując na naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych oraz art. 142 ust. 5 ustawy Pzp z uwagi na nie umieszczenie w tej specyfikacji, w szczególności we wzorze umowy - załącznik nr 2 do SIWZ („Umowa”) - postanowień określających zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy na wypadek zajścia zdarzeń opisanych w art. 142 ust. 5 pkt 1 - 3 ustawy Pzp. Wskazując na powyższe stwierdził, że powyższe przesądza o niezgodności SIWZ z powołanym przepisem, a ponadto prowadziłyby to do zawarcia przez Zamawiającego i wybranego wykonawcę zamówienia umowy niezgodnej z treścią art. 142 ust. 5 Pzp oraz wniósł o: (1) nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ w sposób zapewniający zgodność postanowień Umowy z art. 142 ust. 5 Pzp i dodanie do Umowy postanowień precyzyjnie regulujących zasady wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy na wypadek zajścia zdarzeń opisanych w art. 142 ust. 5 pkt. 1-3 Pzp, oraz (2) zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego w przypadku reprezentacji Odwołującego przez profesjonalnego pełnomocnika.

W uzasadnieniu odwołania podał, że (...) Dnia 19 października 2014 r. weszła w życie ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych,

zmieniająca między innymi brzmienie art. 142 Pzp. Zgodnie z art. 3 przywołanej ustawy, do postępowań wszczętych przed dniem wejścia w życie stosuje się dotychczasowe przepisy procedury. Podkreślił, że projekt umowy, stanowiący część SIWZ powinien odpowiadać nowelizowanym przepisom Pzp. Wynika to z faktu, iż po przeprowadzeniu postępowania umowa faktycznie zawierana będzie w nowym, zmienionym porządku prawnym, a zatem powinna być zgodna z przepisami prawa aktualnymi na dzień jej zawarcia. Interpretacja taka jest zgodna z intencją Ustawodawcy zapewnienia większej ochrony wykonawcom zawierającym umowy na dłuższy czas. Jak wynika z uzasadnienia do projektu ustawy nowelizującej Pzp z dnia 10 lipca 2013 r. (druk nr 1653; str. 30), celem nowelizacji było zmniejszenie ryzyka ponoszonego przez przedsiębiorców w związku ze zmianami ciężarów publicznoprawnych oraz kosztami określanymi przez przepisy prawa. Zwrócił także uwagę, że zwiększoną ochroną Ustawodawca objął nie tylko podmioty zawierające umowy w wyniku postępowań prowadzonych zgodnie z nowymi przepisami prawa, ale możliwość negocjowania warunków wynagrodzenia zapewnił także podmiotom, które zawarły umowę o wykonanie zamówienia publicznego przed wejściem w życie nowelizacji Pzp (art. 4 ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych). Sprzeczne z ideą racjonalnego ustawodawstwa byłoby zatem twierdzenie, że w wyniku zmian Pzp większą ochronę przyznaje się podmiotom, które zawarły umowy przed wejściem w życie nowelizacji, niż tym, które zawierają takie umowy w nowym obrządku prawnym (pomimo, że samo postępowanie pod kątem proceduralnym prowadzone było jeszcze na podstawie przepisów sprzed nowelizacji). Zgodnie z art. 142 ust. 5 Pzp, umowa o wykonanie zamówienia publicznego, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, winna zawierać postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, w przypadku zmiany: (1) stawki podatku od towarów i usług; (2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę; oraz (3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia publicznego przez Wykonawcę. W umowie brakuje postanowień regulujących kwestie, o których mowa w art. 142 ust. 5 PZP. Zgodnie z § 15 ust. 2 projektu Umowy, Zamawiający przewiduje jedynie możliwość dokonania zmiany Umowy w następujących przypadkach: (a) zmiany wynagrodzenia brutto Wykonawcy określonego w § 5 w przypadku zmiany stawki podatku VAT obowiązującej w dacie powstania obowiązku podatkowego; (b) zmiany powszechnie obowiązującego prawa powodującej konieczność zmiany warunków Umowy. Wykonawca podkreślił, że samo dopuszczenie możliwości modyfikacji wynagrodzenia, czy też wskazanie przypadków, w których taką modyfikację się dopuszcza, nie stanowi - wykonania dyspozycji art. 142 ust. 5 Pzp i dotyczy jedynie kwestii

uregulowanej w art. 144 tej ustawy. Zgodnie zaś z art. 142 ust. 5 Pzp konieczne jest ustalenie w umowie przez Zamawiającego pewnych zasad, czy też reguł (zgodnie z definicją słownika języka polskiego PWN, zasadą jest „sposób postępowania w danych okolicznościach”), według których ma dojść do zmiany należnego wykonawcy wynagrodzenia. Zaniechanie Zamawiającego, poza oczywistym naruszeniem wymogów Pzp, jest dodatkowo o tyle istotne, że w odniesieniu do podmiotów świadczących usługi ochrony mienia i osób, które to usługi stanowią przedmiot Postępowania, zmiany przepisów w wyżej wskazanym zakresie mają znaczący wpływ na koszty związane z wykonywaniem zamówienia. Wykonawca podniósł, że rozpatrując niniejszą sprawę należy mieć na uwadze fakt, iż: (1) w wyniku Postępowania ma być zawarta umowa na okres 36 miesięcy; (2) decydującym elementem wynagrodzenia za usługi objęte Postępowaniem są koszty zatrudnienia, mające główny wpływ na koszty wykonania Umowy; (3) zaoferowana cena stanowi 70 % wagi kryteriów wyboru wykonawcy przyjętych przez Zamawiającego w Postępowaniu. Odwołujący wskazał, że sytuacje uzasadniające modyfikacje treści SIWZ winny być rozpatrywane w każdym przypadku indywidualnie. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny, należy przyjąć, że poszczególne uzasadnione przypadki oznaczają wynikające z nich względy natury ekonomicznej (gospodarcze, finansowe, rynkowe). Ocena ich zaistnienia powinna być dokonywana w kontekście szczególnych okoliczności konkretnej sprawy, przede wszystkim z uwzględnieniem konieczności wprowadzenia w treści specyfikacji zmian umożliwiających wykonawcom właściwe (odpowiednie) przygotowanie ofert, zagwarantowanie pełnej zgodności prowadzonego postępowania z przepisami ustawy, a także możliwości prawidłowej realizacji zamówienia. Odwołujący zwrócił także uwagę, iż istotą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest uzyskanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w jak najszerszym zakresie odpowiadającego jego potrzebom, a przy tym jednocześnie najkorzystniejszego pod względem cenowym. Brak zmiany postanowień Umowy zgodnie z dyspozycją art. 142 ust. 5 Pzp lub negatywne stanowisko Zamawiającego odnośnie proponowanej zmiany może przyczynić się do zawężenia grona potencjalnych wykonawców, co odbędzie się ze szkodą dla Zamawiającego, który ograniczając konkurencję de facto zmniejsza swoje szanse na optymalizację wykorzystania środków finansowych na realizację przedmiotu zamówienia. Jest bowiem bardzo prawdopodobne, że część wykonawców nie podejmie ryzyka złożenia oferty bez zabezpieczenia możliwości zmiany wynagrodzenia wobec zmian w przepisach prawa mogących mieć wpływ na wysokość przychodu osiąganego w rezultacie realizacji zamówienia. Odwołujący podkreślił, że pozytywne ustosunkowanie się przez Zamawiającego do złożonego pytania i propozycji zapisu ułatwi nie tylko Odwołującemu, ale wszystkim potencjalnym wykonawcom, przygotowanie rzetelnej oferty przetargowej i korzystnie wpłynie

na koszty realizacji zamówienia. W konkluzji stwierdził, że w tym stanie rzeczy zmiana SIWZ zgodnie z odwołaniem Odwołującego jest w pełni uzasadniona.

**Sygn. akt: KIO 120/15**

Odwołujący wskazał na naruszenie przepisów ustawy Pzp, które ma – jego zdaniem - wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia: 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp z uwagi na wadliwy opis przedmiotu zamówienia, który narusza zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, 2) art. 91 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na wadliwe określenie kryterium oceny ofert. Oświadczył również, że ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ obecne postanowienia specyfikacji uniemożliwiają mu złożenie oferty i ubieganie się tym samym o przedmiotowe zamówienie oraz wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikację kwestionowanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie i brzmieniu zaproponowanym w odwołaniu. W uzasadnieniu podał, że kwestionowane postanowienia SIWZ ograniczają uczciwą i swobodną konkurencję oraz preferują ograniczony krąg podmiotów kosztem pozostałych wykonawców.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, wskazał na nierealny termin rozpoczęcia świadczenia usługi (tzw. wdrożenia usługi) w stosunku do terminu wszczęcia postępowania i prawdopodobnego terminu jego zakończenia, tj. wyboru najkorzystniejszej oferty. W tym przypadku podał, że termin rozpoczęcia usługi, ustalony na dzień 3 kwietnia 2015 r. jest możliwy do spełnienia wyłącznie dla wykonawcy obecnie świadczącego usługę na rzecz Zamawiającego, gdyż tylko on jest przygotowany operacyjnie do realizacji umowy na warunkach określonych w SIWZ - posiada przygotowaną kadrę oraz sprzęt spełniający wymagania, pozwala w terminie wymaganym na rozpoczęcie świadczenia usługi. Wykonawca wskazał na datę wszczęcia postępowania w dniu 14.10.2014 r. oraz na datę przekazania w dniu 9 stycznia 2015 r. SIWZ wykonawcom zakwalifikowanym do udziału w postępowaniu oraz na termin składania ofert wyznaczony na dzień 28.01.2015 r. Zdaniem wykonawcy, gdyby nawet Zamawiający niezwłocznie po otwarciu ofert dokonał ich oceny i wybrał ofertę najkorzystniejszą, wybranemu wykonawcy pozostałoby ok. 2 miesiące na przygotowanie się do rozpoczęcia realizacji umowy w sposób zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego (tym bardziej, że Zamawiający oczekuje utrzymywania przez cały okres realizacji umowy maksymalnego stanu kadrowego - nie podając jednocześnie wystarczających danych do jego oszacowania). Wykonawca, opierając się wyłącznie na przybliżonej liczbie, wynikającej z obowiązujących przepisów oraz na własnych doświadczeniach z obecnie świadczonej usługi oszacował, że prawdopodobnie do realizacji

przedmiotowego zamówienia będzie potrzebował ok. 350 osób, dlatego też ocenia wyznaczony przez Zamawiającego termin rozpoczęcia świadczenia usługi za zbyt krótki na przygotowanie wymaganej kadry wykonawczej oraz niezbędnego sprzętu i wyposażenia. Zważywszy na fakt, że od pracowników wykonawcy Zamawiający wymaga: (1) odpowiednich predyspozycji psychofizycznych, (2) posiadania zaświadczenia o wpisie na listę kwalifikowanych pracowników ochrony, (3) posiadania pozwolenia na broń, (4) posiadania certyfikatu operatora kontroli bezpieczeństwa, (5) znajomości jęz. angielskiego, co najmniej w stopniu komunikatywnym, (co najmniej 1 osoba na każde stanowisko), (6) posiadania poświadczenia bezpieczeństwa uprawniającego do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli min. zastrzeżone (a co za tym idzie - również zaświadczenia o przeszkoleniu w zakresie ochrony informacji niejawnych) - minimalny czas, niezbędny na pozyskanie odpowiedniej kadry i jej przygotowanie do realizacji zamówienia wynosi 6 miesięcy. Operatorem kontroli bezpieczeństwa może zostać wyłącznie kwalifikowany pracownik ochrony, który ukończy stosowne szkolenie, zakończone egzaminem wewnętrznym (kilkunastodniowe), a następnie zda egzamin państwowy (część teoretyczną i praktyczną), organizowany przez Urząd Lotnictwa Cywilnego. Zgodnie z ustawą z dnia 30 czerwca 2011 r. o zmianie ustawy - Prawo lotnicze oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 170 Poz. 1015), warunkiem udziału w szkoleniu w celu uzyskania certyfikatu operatora kontroli bezpieczeństwa jest brak negatywnych przesłanek do wykonywania przez te osoby kontroli bezpieczeństwa w lotnictwie cywilnym (art. 186 b ust. 11). Zgodnie z art. 186 b ust 12 ustawy podmiot wykonujący lub zamierzający wykonywać zadania w zakresie kontroli bezpieczeństwa w lotnictwie cywilnym, kierując osobę na szkolenie, występuje do właściwego terytorialnie komendanta oddziału Straży Granicznej z wnioskiem o ustalenie braku negatywnych przesłanek do wykonywania przez tę osobę kontroli bezpieczeństwa, o których mowa w art. 188a ust. 4 i 5. W przypadku braku dokumentu potwierdzającego spełnienie wymogu wskazanego w art. 186b ust. 11 osoba kierowana nie może brać udziału w szkoleniu w celu uzyskania certyfikatu operatora kontroli bezpieczeństwa. Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe wymogi, jak również: wyznaczone przez ULC terminy egzaminów, terminy administracyjne na wydanie stosownych dokumentów przez Straż Graniczną oraz ULC, przeciętną zdawalność egzaminów państwowych na operatora kontroli bezpieczeństwa na poziomie ok. 50% nierealnym jest przygotowanie wymaganej przez Zamawiającego do świadczenia usługi liczby osób w okresie od terminu wyboru najkorzystniejszej oferty do terminu rozpoczęcia usługi, wskazanego w SIWZ. Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający - badając potencjał wykonawców do realizacji zamówienia na etapie badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - przyjął, jako wymóg minimalny posiadanie 50 operatorów kontroli bezpieczeństwa oraz 30 osób zdolnych do porozumiewania się w jęz. angielskim, „legitymujących się kwalifikacjami odpowiednimi do



stanowisk, które zostaną im powierzone”. Zamawiający zatem uznał za wystarczające do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu posiadanie zaledwie ok. 1/7 potencjału kadrowego niezbędnego do realizacji umowy. Zamawiający, chcąc zachować zasady konkurencyjności i równego dostępu do zamówienia, powinien był liczyć się z faktem, że wykonawca wybrany w postępowaniu, będzie musiał pozyskać i przygotować ponad 300 osób do prawidłowego i zgodnego z obowiązującymi przepisami wykonywania obowiązków. Wykonawca zauważył, że obecnie w Polsce tylko na terenie 3 portów lotniczych kontrolę bezpieczeństwa wykonują przedsiębiorcy działający, jako Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne (dalej SUFO), tj. w porcie lotniczym im. Chopina w Warszawie (firma Konsalnet), w porcie lotniczym w Modlinie (Poczta Polska) oraz w porcie w Katowicach - Pyrzowicach (firma Gwarant) i tylko ci trzej wykonawcy zakwalifikowali się do udziału w postępowaniu, przy czym w największym porcie lotniczym - zarządzanym przez Zamawiającego (im. Chopina w Warszawie) usługę świadczy 4 razy większa liczba operatorów kontroli bezpieczeństwa, niż w dwóch pozostałych, co stawia firmę obsługującą ten port lotniczy w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do pozostałych dwóch wykonawców. Zdaniem Odwołującego - chcąc zrównoważyć szanse i zachować rzeczywistą konkurencję i równe szanse w dostępie do zamówienia, Zamawiający powinien wyznaczyć realny termin rozpoczęcia usługi, dając czas pozostałym wykonawcom na rzetelne przygotowanie się do jej wdrożenia. Dodatkowo zauważył, że Zamawiający postawił wysokie wymagania w zakresie strojów służbowych pracowników (rodzaju kroju, jakości materiału), co w praktyce oznacza konieczność zamawiania ubioru dedykowanego wyłącznie do przedmiotowego zamówienia i wpływa bezpośrednio na czas przygotowania się do prawidłowej realizacji usługi. Odwołujący wniósł o wyznaczenie innego terminu rozpoczęcia usługi - z uwzględnieniem, co najmniej 6 - miesięcznego okresu na przygotowanie się wykonawcy do świadczenia usługi, liczonego od daty otrzymania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp wskazał na określenie przedmiotu zamówienia w sposób niedokładny i niejednoznaczny, co ma bezpośredni wpływ na sporządzenie oferty i podjęcie decyzji o jej złożeniu. W uzasadnieniu podał, że Zamawiający nie określił minimalnej liczby osób, wymaganych na każdym stanowisku kontroli bezpieczeństwa, sformułował ogólne wymagania oraz przerzucił na wykonawcę odpowiedzialność w postaci kar umownych za błędne zaplanowanie organizacji wykonywania usług. W tym przypadku wskazał na punkt 4.1. dotyczący zapewnienia przez wykonawcę takiego sposobu realizacji Umowy, który spełnia wymagania zawarte w obowiązujących przepisach o ochronie lotnictwa cywilnego, o ochronie osób i mienia oraz zapewnia prowadzenie kontroli dostępu i kontrolę bezpieczeństwa niezakłócającą płynnego

dostępu osób, pojazdów, ładunków, poczty, zaopatrzenia pokładowego i zaopatrzenia portu lotniczego do strefy zastrzeżonej lotniska. Wskazał także na punkt 4.2. dotyczący czasu oczekiwania do kontroli nie może przekroczyć limitu 10 minut dla grup stanowisk kontroli wskazanych w pkt. 2.1.1. a) - f), h) i pkt. 2.1.2. a), oraz 1 minutę dla pkt 2.1.1. g), punkt 4.5. wymagający [dla pkt. 4.1. — 4.4.] ustalenia przez wykonawcę liczby koniecznych do uruchomienia stanowisk kontroli z właściwą liczbą osób zatrudnionych przez niego do wykonywania przedmiotu Umowy (nie została podana właściwa liczba osób). Wykonawca stwierdził, że Zamawiający przedstawił w SIWZ wyłącznie dane historyczne, dotyczące natężenia ruchu pasażerskiego w 2014 r., jednakże z danych tych nie sposób wywnioskować, jakie są rzeczywiste potrzeby kadrowe Zamawiającego w zakresie zabezpieczenia usługi kontroli bezpieczeństwa (w szczególności sposób prezentacji danych jest niejednoznaczny i prawdopodobnie pokazuje natężenie ruchu pasażerskiego, jako sumę liczby pasażerów lub średnią liczbę pasażerów - w podziale na dni lub godziny, są to jednakże wyłącznie domysły wykonawcy). Dodatkowo podkreślił, że natężenie ruchu pasażerskiego nie jest jedynym wyznacznikiem liczby osób, które - w celu zachowania płynności ruchu - powinny zostać skierowane do obsługi każdego punktu kontroli. Znaczenie mają w tym wypadku między innymi również dane w zakresie planowanego w roku bieżącym przyrostu obsługiwanych pasażerów, loty czarterowe, godziny ewentualnego zamknięcia portu lotniczego (o ile są przewidywane), wymagania przewoźników, obsługiwanych przez port lotniczy, których to danych Zamawiający nie zamieścił w SIWZ. Zamawiający nie określił ilości i rodzaju broni, w którą mają być wyposażone osoby wykonujące usługę, nie zawarł też informacji o sposobie jej przechowywania (tj. nie sprecyzował, czy posiada i w jakiej ilości magazyny broni, spełniające wymagania przepisów określone w obowiązujących przepisach, czy też pozostawia to w gestii wykonawcy, co bezpośrednio wpływa na wycenę oferty). 1.10. Wykonawca zobowiązuje się, że pracownicy dedykowani do wykonywania swoich obowiązków służbowych na wszystkich bramach wjazdowych prowadzących na teren Lotniska Chopina w Warszawie będą uzbrojeni w broń palną zgodnie z rozporządzeniem Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 21,10.2011 r. w sprawie zasad uzbrojenia specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych i warunków przechowywania oraz ewidencjonowania broni i amunicji (Dz. U. Nr 245, poz. 1462). Zamawiający nie określił liczby punktów kontroli dostępu, godzin ich otwarcia oraz ich lokalizacji, jak również liczby osób, które będą obsługiwać te punkty Zamawiający wymaga realizacji usługi powołując się na zapisy Planu ochrony oraz programu ochrony lotniska - nie podając szczegółowych wymagań i nie udostępniając wspomnianych dokumentów wykonawcom Dalej podał, że zgodnie z pkt 2.2. wykonawca będzie wykonywał czynności stanowiące Przedmiot Umowy zgodnie z obowiązującymi przepisami o ochronie lotnictwa cywilnego przed aktami bezprawnej ingerencji, wytycznymi władzy lotniczej, przepisami o ochronie osób i mienia i

planem ochrony jednostki oraz zapisami Programu Ochrony Lotniska Chopina w Warszawie, a zgonie z pkt 2.3. - czynności polegające na kontroli bezpieczeństwa bagażu rejestrowanego na stanowiskach operatorskich wielopoziomowego systemu kontroli w sortowni zgodnie z obowiązującymi przepisami o ochronie lotnictwa cywilnego przed aktami bezprawnej ingerencji, wytycznymi władzy lotniczej oraz zapisami Programu Ochrony Lotniska Chopina w Warszawie przy jednoczesnym zapewnieniu płynności pracy systemu. Stwierdził także wskazując na punkt 2.6.1. OPZ, że Zamawiający nie określa wymagań dotyczących osób wspomagających czynności kontrolne, co uniemożliwia skalkulowanie kosztów w tym zakresie. Zamawiający nie określił również wymagań dotyczących wymaganego szkolenia, posługując się wyrażeniami niekonkretnymi i nieostrymi („szkolenie wg pełnego programu” - jaki to jest program „pełny?”), co uniemożliwia skalkulowanie kosztów w zakresie punktu 2.7.1 [Obsługa pasażerów niepełnosprawnych]. Podał również, że Zamawiający objął przedmiotem zamówienia wykonywanie kontroli bezpieczeństwa w punktach kontroli tzw. „transferowych”, przy czym nie określił, ile osób ma obsługiwać takie przejścia i jaka średnio liczba pasażerów korzysta z takich punktów, co uniemożliwia rzetelne skalkulowanie ceny oferty. Ponadto Zamawiający zobowiązuje się do zapewnienia wykonawcy pomieszczeń zaplecza, nie precyzując, czy jest to bezpłatne udostępnienie, czy też wymaga opłat dodatkowych, co bezpośrednio wpływa na cenę oferty

W konkluzji Odwołujący wniósł o dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający sporządzenie oferty, tj. określenie: minimalnej liczby osób, wymaganych na każdym stanowisku kontroli bezpieczeństwa, ilości i rodzaju broni, w którą mają być wyposażone osoby wykonujące usługę oraz informacji o sposobie jej przechowywania, a w szczególności sprecyzowanie, czy Zamawiający posiada i w jakiej ilości magazyny broni, spełniające wymagania przepisów określone w obowiązujących przepisach, czy też pozostawia to w gestii wykonawcy, liczby punktów kontroli dostępu, godzin ich otwarcia oraz ich lokalizacji, jak również liczby osób, które będą obsługiwać te punkty, szczegółowych informacji, nieokreślonych dotychczas w SIWZ, a zawartych w Planie ochrony i Programie ochrony lotniska, które są niezbędne do oceny możliwości realizacji usługi zgodnie z wymaganiami Zamawiającego oraz przygotowania i złożenia oferty^ szczegółowych wymagań, dotyczących osób wspomagających czynności kontrolne, szczegółowych wymagań w zakresie szkoleń z obsługi pasażerów niepełnosprawnych, a w szczególności opisanie „pełnego” programu takiego szkolenia, liczby osób, do obsługi tzw. przejść „transferowych” oraz średniej liczby pasażerów, korzystających z takich punktów, w sposób jednoznaczny i precyzyjny, czy z tytułu udostępnienia wykonawcy pomieszczeń zaplecza, będą oni ponosić jakieś koszty, a jeżeli tak, to, w jakiej wysokości oraz czy w związku z

realizacją usługi wykonawcy zostaną udostępnione bezpłatnie lub odpłatnie jakieś inne pomieszczenia.

W punkcie 3 odwołania wykonawca stwierdził, że Zamawiający naruszył art. 91 ust. 1-3 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na określenie kryteriów oceny ofert w sposób naruszający konkurencyjność postępowania. Wskazał, że w specyfikacji podano (...) kryteria oceny ofert: Cena - 70% Wartość techniczna - 30%, w tym: a) max 10 pkt. - za zrealizowane/realizowane w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert umowy polegające na realizowaniu czynności związanych z ochroną lotnictwa cywilnego, np. kontrola bezpieczeństwa osób i bagażu, kontrola bezpieczeństwa ładunków zaopatrzenia lotniskowego i pokładowego, sprawdzanie pojazdów, których minimalna wartość każdej zrealizowanej/realizowanej w zrealizowanym zakresie umowy wynosi, co najmniej 2 mln zł netto, a okres świadczenia usługi (w ramach danej umowy) wynosi, co najmniej 12 miesięcy Wykonawca powinien załączyć do oferty wykaz umów z podaniem przedmiotu zamówienia, nazwy adresu odbiorcy, terminu wykonania /wykonywania, wartości zamówienia wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie/wykonywanie usług (w przypadku zamówień nadal realizowanych poświadczenie nie może być wystawione wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert), b) max 6 pkt. - osoba, która będzie nadzorowała realizację umowy posiada doświadczenie zawodowe obejmujące minimum 36 miesięcy pracy w portach lotniczych na stanowisku kierowniczym odpowiadającym za ochronę w lotnictwie cywilnym. c) max 2 pkt. - za liczbę osób zatrudnionych przez Wykonawcę na dzień składania ofert pracowników ochrony, posiadających certyfikat operatora kontroli bezpieczeństwa, wydany przez Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego lub wydany przez ośrodek szkoleniowy ICAO, ECAC lub Unii Europejskiej d) max 5 pkt. - za liczbę zatrudnionych przez Wykonawcę na dzień składania ofert certyfikowanych operatorów kontroli bezpieczeństwa, którzy posiadają minimum 3 letnie doświadczenie w pracy na stanowisku operatora kontroli bezpieczeństwa w portach lotniczych. e) max 7 pkt. - za liczbę zatrudnionych przez Wykonawcę na dzień składania ofert certyfikowanych operatorów kontroli bezpieczeństwa, którzy posiadają znajomość języka angielskiego w stopniu komunikatywnym, tj. umożliwiającym komunikowanie się w tym języku z osobami poddanymi kontroli bezpieczeństwa w punkcie operatora kontroli bezpieczeństwa Zamawiający będzie oceniał liczbę zatrudnionych przez Wykonawcę pracowników ochrony, posiadających certyfikat operatora kontroli bezpieczeństwa i posiadających znajomość języka angielskiego w stopniu podstawowym, tj. umożliwiającym komunikowanie się w tym języku z osobami poddanymi kontroli bezpieczeństwa w punkcie operatora kontroli bezpieczeństwa.” Zdaniem wykonawcy (...) Podkryteria, określone w pkt. c) - e) wyraźnie faworyzują wykonawcę obecnie świadczącego usługę na rzecz

Zamawiającego, gdyż — wobec niewielkiej i powszechnie znanej liczby podmiotów SUFO, świadczących usługi kontroli bezpieczeństwa w portach lotniczych — można w sposób wystarczająco precyzyjny stwierdzić, przy pomocy, jakiej liczby operatorów kontroli bezpieczeństwa wykonują oni powierzone usługi. Z zasady podmioty te nie zatrudniają większej, niż wymagana warunkami umowy, liczby operatorów kontroli bezpieczeństwa, gdyż wynagrodzenia tychże osób, jako posiadających szczególne kwalifikacje, należą do najwyższych na rynku usług ochrony. Zamawiający stworzył kryteria dające pozorną możliwość rywalizacji pomiędzy wykonawcami, a w rzeczywistości, ustalając w ten sposób podkryteria dotyczące personelu - przesądził o zdobyciu największej liczby punktów wykonawcy obecnie świadczącemu usługę. W konkluzji Odwołujący wniósł o zmianę kryteriów oceny ofert w zakresie podkryteriów c) - e) w sposób zapewniający rzeczywistą konkurencję pomiędzy wykonawcami Odwołujący wnosi o zastosowanie w kryteriach oceny ofert obiektywnych czynników, np. takich, o których mowa w art. 22a ustawy o ochronie osób i mienia, jak: - okres prowadzenia działalności w zakresie usług kontroli bezpieczeństwa w portach lotniczych, gdzie najwyżej punktowano by wykonawcę, posiadającego najdłuższe doświadczenie w tym zakresie, a pozostałe oferty byłyby przeliczane proporcjonalnie, - deklarowana liczba osób, możliwych do przeszkolenia w zakresie kontroli bezpieczeństwa w ruchu lotniczym - w nowoprzyjętym przez Zamawiającego min. 6-miesięcznym okresie do terminu rozpoczęcia usługi, gdzie najwyżej punktowano by wykonawcę deklarującego największą możliwą do przeszkolenia liczbę osób, a pozostałe oferty byłyby przeliczane proporcjonalnie, - zdolność finansowa do realizacji zamówienia w postaci posiadanych na rachunku bankowym, środków finansowych lub posiadanej zdolności kredytowej, potwierdzonej stosowną informacją banku, wystawiona nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, gdzie najwyższą ocenę otrzymałaby oferta z najwyższą ilością środków finansowych/zdolnością kredytową, a pozostałe oferty zostałyby przeliczone proporcjonalnie”.

W punkcie 4 odwołania wykonawca stwierdził, że (...) Zamawiający przygotował opis przedmiotu zamówienia z naruszeniem przepisu art. 29 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych, gdyż opis przedmiotu zamówienia jest niekompletny”. Jego zdaniem, (...) opis przedmiotu zamówienia winien również uwzględnić następujące zagadnienia: 1. Czy zamawiający zamierza nakładać kary wymienione w § 9 ust. 14 wzorca umowy w sytuacji, gdy będą otwarte wszystkie punkty kontroli bezpieczeństwa, wymienione w pkt. 2.1.1 a) załączniku nr 1 do SIWZ? Wpływ na przepustowość i czas kontroli bezpieczeństwa mają ograniczenia infrastrukturalne (9 PKB) oraz planowanie operacji wylotowych, dodatkowo może 1 dojść do sytuacji nieprzewidzianych np. spiętrzenia się dużej liczby pasażerów w strefie kolejkowania. Takie czynniki niezależne od wykonawcy uniemożliwiają zachowanie

czasów przewidzianych przez zamawiającego. 2. Czy związku z planowanymi zmianami prawnymi np. wprowadzenie kontroli za pomocą ETD zamawiający zamierza wydłużyć czas, jaki pasażer spędza w strefie kolejowania i właściwej kontroli bezpieczeństwa? 3. Jak długi jest czas oczekiwania na wydanie przepustki? 4. Jaka jest cena za wydanie przepustki osobowej i kto ponosi koszty wymiany przepustek, jeśli zarządzający zdecyduje o ich wymianie, a wymiana nie wynika z winy wykonawcy?” W konkluzji wy wykonawca wniósł o określenie w SIWZ wszystkich informacji, o których mowa w pkt. 1-4 powyżej.

**Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawie o sygnaturze akt: KIO 120/14** przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Poczta Polska S.A., oraz Stekop S.A. z Warszawy wnosząc o uwzględnienie odwołania.

**Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygnaturze akt: KIO 120/14** przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsalnet Holding S.A., Konsalnet Ochrona Sp. z o.o., Konsalnet Secure Solutions Sp. z o.o. z Warszawy wnosząc o oddalenie odwołania.

### **Rozpoznając odwołania Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołania podlegają oddaleniu.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usługi polegającej na kontroli dostępu i kontroli bezpieczeństwa osób, bagażu, przedmiotów przenoszonych lub przewożonych, ładunków, poczty, zaopatrzenia pokładowego i zaopatrzenia Portu Lotniczego im. F. Chopina oraz sprawdzeniu pojazdów udających się do części krytycznej strefy zastrzeżonej Lotniska” prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone - zgodnie z 48 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp) w zw. z art. 40 tej ustawy oraz z uwagi na jego wartość przekraczającą kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust.8 ustawy Pzp - w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 października 2014 r., a specyfikacja istotnych warunków zamówienia [SIWZ] udostępniona została wykonawcom w dniu 9 stycznia 2015 r.

### **Sygn. akt: KIO 114/15**

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - KONSALNET HOLDING S.A. oraz Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. i Konsalnet Secure Solution sp. z o.o. z

Warszawy [Odwołujący Konsalnet] podniósł w odwołaniu zarzut naruszenia w tym postępowaniu zasad udzielania zamówień publicznych oraz art. 142 ust. 5 ustawy Pzp z uwagi na nie umieszczenie w specyfikacji, w szczególności we wzorze umowy, postanowień określających zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy na wypadek zdarzeń wskazanych w art. 142 ust. 5 pkt 1 - 3 ustawy Pzp, żądając nakazania dodania postanowień precyzyjnie regulujących zasady wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy na wypadek zdarzeń wskazanych w art. 142 ust. 5 pkt. 1- 3 Pzp zdarzeń.

Izba stwierdza, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 3 ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych, która weszła w życie z dnia 19 października 2014 r. do postępowań wszczętych przed dniem wejścia w życie stosuje się przepisy dotychczasowe, z wyjątkiem art. 24 ust.1 pkt 1 i 1a ustawy Pzp. W myśl art. 36 ust.1 pkt 16 ustawy Pzp istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór takiej umowy są elementem specyfikacji istotnych warunków zamówienia udostępnianej wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba zauważa również, że tylko w przypadku procedury otwartej wieloetapowej prowadzonej w trybie przetargu ograniczonego, specyfikacja – zgodnie z art. 51 ust.4 ustawy Pzp – jest przekazywana wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert. Z kolei w przypadku procedury prowadzonej w szczególności w trybie przetargu nieograniczonego [trybu podstawowego] specyfikacja taka – zgodnie z art. 42 ust.1 ustawy Pzp – udostępniana jest wykonawcom od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Izba w tym miejscu podkreśla, że art. 3 ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych nie wprowadza, za wyjątkiem wskazanego art. 24 ust.1 pkt 1 i 1a ustawy Pzp, szczególnych regulacji dla przetargu ograniczonego, czy innych postępowań, jak również dla przetargu nieograniczonego, nakładających na zamawiającego obowiązek zastosowania znowelizowanych przepisów ustawy w zakresie przesłanek wynikających z dodanego nowelizacją art. 142 ust.5 ustawy Pzp. Konsekwencją przyjęcia przez Izbę żądanej przez Odwołującego interpretacji w przedmiocie obowiązku zastosowania w projekcie umowy art. 142 ust.5 ustawy Pzp także do postępowań wszczętych przed datą 19 października 2014 r. byłoby uznanie, że ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek unieważnienia takiego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym upłynął termin do składania ofert. Zgodnie z interpretacją wykonawcy takie postępowania obarczone byłyby niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą – w myśl art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp -

zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dokonywanie bowiem żądanego przez wykonawcę zastosowania art. 142 ust.5 ustawy Pzp - zmiany umowy - w konsekwencji także po upływie terminu składania ofert jest niedopuszczalne i jak słusznie zauważył w odwołaniu wykonawca określenie zasad wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy niewątpliwie mogłoby mieć wpływ na kalkulację ceny oferty.

Izba dodatkowo zauważa, że nie jest możliwa taka interpretacja, jakiej żąda Odwołujący, że projekt umowy powinien odpowiadać znowelizowanym przepisom Pzp, tylko z uwagi na regulację w art. 4 ustawy Pzp, albowiem projekt umowy stanowi – jak słusznie zauważył wykonawca i na co wskazuje Izba – część specyfikacji. Izba zwraca uwagę, że zgodnie z powoływanym przez wykonawcę przepisem art. 4 ustawy Pzp, który ma zastosowanie do umowy zawartej przed dniem wejścia znowelizowanych przepisów ustawy Pzp na okres dłuższy niż 12 miesięcy możliwe będzie jej negocjowanie, w przypadku zmiany: „1) stawki podatku od towarów i usług, 2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust 3 - 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, 3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne - jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia publicznego przez wykonawcę”. Wymaga także podkreślenia, że przepis ten stanowi o uprawnieniu przyznanym każdej ze stron umowy do zwrócenia się - w terminie 30 dni od dnia wejścia w życie przepisów dokonujących tych zmian, o przeprowadzenie negocjacji w sprawie odpowiedniej zmiany wynagrodzenia. Także przepis art. 142 ust.5 ustawy Pzp stanowi o wprowadzeniu [np. do wzoru umowy] postanowień „o zasadach wprowadzenia odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy” w przypadku zmiany – jak wskazano powyżej - stawki podatku od towarów i usług, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust 3 - 5 ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, czy zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne. Powyższe regulacje nie oznaczają, że w przypadku zaistnienia wskazanych w przepisie zmian przepisów następuje automatyczna waloryzacja in plus - podwyższenie wynagrodzenia wykonawcy oraz, że zmiany te mają dotyczyć wyłącznie podwyższenia kwoty należnego wykonawcy wynagrodzenia. Nie można hipotetycznie wykluczyć, że wprowadzone zmiany mogą powodować obniżenie tego wynagrodzenia, co wydaje się pomijać wnoszący odwołanie wykonawca, podnosząc m.in., że cyt.: (...) bardzo prawdopodobne, że część wykonawców nie podejmie ryzyka złożenia oferty bez zabezpieczenia możliwości zmiany wynagrodzenia wobec zmian w przepisach prawa



mogących mieć wpływ na wysokość przychodu osiąganego w rezultacie realizacji zamówienia”.

Izba zwraca dodatkowo uwagę, że przepis art. 144 ust.1 ustawy Pzp, który ma zastosowanie w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, pozwala na dokonanie istotnej zmiany w zawartej umowie w sprawie zamówienia, uzależniając jednakże powyższe od przewidzenia możliwości dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również od określenia warunków takiej zmiany. W tym miejscu izba zwraca uwagę, że § 15 projektu umowy wskazuje, że zamiarem Zamawiającego było skorzystanie z dyspozycji art.144 ust.1 ustawy Pzp. Jednocześnie Izba stwierdza, że zarzut naruszenia tego przepisu w odwołaniu nie został podniesiony, a zatem Izba mając na uwadze wytyczne z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie dokonała oceny poprawności jego zastosowania i możliwości wprowadzania zmian do zawartej umowy po jej zawarciu. Na marginesie Izba tylko stwierdza, że przepis art. 144 Pzp. nie formułuje obowiązków zamawiającego na etapie treści siwz, a jedynie jego uprawnienie do ustalenia w specyfikacji [jej załączniku] warunków zmiany istotnych postanowień umowy, a nieprawidłowe skorzystanie z tego uprawnienia nie skutkuje bezpośrednio naruszeniem tego przepisu, lecz ewentualnym brakiem możliwości wprowadzenia zakładanych zmian do zawartej umowy.

W konkluzji Izba stwierdza, że do tego postępowania z zgodnie z art. 3 ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych [Dz. U z 2014 r. poz.1232], która weszła w życie z dnia 19 października 2014 r. należało stosować, z wyjątkiem art. 24 ust.1 pkt 1 i 1a ustawy Pzp, dotychczasowe przepisy i tym samym podnoszony w odwołaniu zarzut – jak wskazał wykonawca - naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych oraz art. 142 ust.5 ustawy Pzp nie podlega uwzględnieniu.

### **Sygn. akt: KIO 120/15**

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impel Security Polska Sp. z o.o. (lider), GWARANT Agencja Ochrony S.A. z Wrocławia [Odwołujący Impel] - stwierdził, że zarzuty odwołania dotyczą wadliwych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia [siwz], które ograniczają uczciwą i swobodną konkurencję oraz preferują ograniczony krąg podmiotów kosztem pozostałych, a tym samym naruszają przepisy ustawy Pzp. Odwołujący sformułował także konkretne żądania, wobec kwestionowanych wymagań specyfikacji i Izba orzekając o zarzutach miała w niniejszej sprawie na uwadze także te żądania, które w istocie precyzowały podniesione w odwołaniu zarzuty. Izba stwierdza również, że rozpoznając dany zarzut była zobowiązana uwzględniać

nie tylko postanowienia specyfikacji wraz z jej załącznikami, udostępnionej wykonawcom w dniu 9 stycznia 2015 r., ale również postanowienia Ogłoszenia o zamówieniu. Izba uwzględniała także stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedziach na pytania wykonawców w pismach z dnia 22 stycznia 2015 r. oraz 27 stycznia 2015 r., w których Zamawiający udzielając wyjaśnień wskazał także na wprowadzone do specyfikacji [lub jej załączników] modyfikacje. Zgodnie bowiem z art. 191 ust.2 ustawy Pzp, wydając wyrok Izba zobowiązana jest brać za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. W tym przypadku wprowadzone modyfikacje specyfikacji istotnych warunków zamówienia [w dniu 22.01. oraz 27.01.2015 r.], spowodowały, że nastąpiło skorygowanie kwestionowanych postanowień i tym samym wyeliminowanie tych postanowień, które wykonawca uznał za niezgodne z ustawą Pzp. W takich okolicznościach – w myśl art. 190 ust. 5 ustawy Pzp - w przypadkach nie budzących wątpliwości, co do zgodności z rzeczywistym stanem sprawy - przyznanie zarzutu nie wymaga – jak wskazuje się w doktrynie i orzecznictwie - dalszego dowodzenia. Także Odwołujący w toku rozprawy zwrócił uwagę na brak przedmiotu sporu w odniesieniu do uwzględnionego z odwołania zarzutu.

Pierwszy z zarzutów, dotyczący terminu rozpoczęcia świadczenia usługi od dnia 3 kwietnia 2015 r., Izba pozostawiła bez rozpoznania w związku z art.189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 182 ust. 2 pkt 1 tej ustawy.

Wnoszący odwołanie wykonawca w zakresie tego zarzutu podał, że termin wdrożenia usługi od dnia 3.04.2015 r. - w stosunku do terminu wszczęcia postępowania i prawdopodobnego terminu jego zakończenia - wyboru najkorzystniejszej oferty – jest terminem nierealnym, co narusza art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, żądając wyznaczenia innego terminu rozpoczęcia usługi - z uwzględnieniem co najmniej 6.0 miesięcznego okresu na przygotowanie się wykonawcy do świadczenia usługi, liczonego od daty otrzymania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Rozpoznając ten zarzut, Izba miała przede wszystkim na uwadze postanowienia punktu II.1.5 Sekcji II [ostatni akapit] Ogłoszenia o zamówieniu [opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18.10.2014 r.], w którym Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia podał, że „Umowa będzie obowiązywała od dnia jej podpisania, a realizacja będzie od dnia 3.4.2015 do 2.4.2018”. Także w punkcie II.3 tej sekcji dotyczącym terminu realizacji zamówienia [czasu trwania] wskazał na „Rozpoczęcie 3.4.2015 Zakończenie 2.4.2018”. Zgodnie z przepisem art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec treści Ogłoszenia należało wnieść w terminie 10 dni od dnia jego publikacji w

Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Taka zasada obowiązuje także odpowiednio wobec podnoszonych w odwołaniu zarzutów i, którą to okoliczność Izba zobowiązana jest uwzględniać z urzędu. Specyfikacja przekazana wykonawcom w dniu 9 stycznia 2015 r. tylko potwierdziła wymagany termin rozpoczęcia realizacji zamówienia. To oznacza, że zarzut dotyczący terminu rozpoczęcia realizacji usługi mógł być skutecznie podniesiony do dnia 29.10.2014 r. Tym samym zarzut ten Izba pozostawiła bez rozpoznania, z uwagi na jego wniesienie z uchybieniem powołanego przepisu art. 182 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp. Izba na marginesie zwraca uwagę, że także w dacie 18.10.2014 r. żądany przez Odwołującego 6.0 miesięczny okres – pomijając nawet hipotetycznie termin wyznaczony na złożenie wniosków oraz minimalny termin na złożenie ofert - na przygotowanie się wykonawcy do świadczenia usługi, przy kategorycznie wskazanym terminie rozpoczęcia realizacji świadczenia usługi od dnia 3.04.2015 r., nie mógł być zachowany. Izba zwraca także uwagę, że w Ogłoszeniu o zamówieniu w opisie przedmiotu zamówienia [Sekcja II.1.5] określono wymagania dla osób, które w całym okresie realizacji zamówienia będą wykonywać zadania w zakresie kontroli bezpieczeństwa, zarówno co do posiadania wymaganych przepisami prawa uprawnień, jak i co do posiadania odpowiednich predyspozycji psychofizycznych oraz możliwości porozumiewania się w języku polskim, a także komunikowania się, co najmniej w języku angielskim [co najmniej jedna osoba na stanowisku]. W Ogłoszeniu tym w Sekcji III.1.4 [Inne szczególne warunki] wskazano również, że wykonanie zamówienia podlega szczególnym warunkom oraz, że (...) Zakres czynności oraz nadzoru przy wykonywaniu kontroli dostępu i kontroli bezpieczeństwa osób, bagażu, ładunków, poczty, zaopatrzenia pokładowego i zaopatrzenia Portu Lotniczego im. F. Chopina oraz kontroli bezpieczeństwa pojazdów wjeżdżających do strefy zastrzeżonej i części krytycznej strefy zastrzeżonej na Lotnisku Chopina w Warszawie, a także wymagania kwalifikacyjne w stosunku do osób wykonujących te czynności określają przepisy (...): (1) ustawa z dnia 3 lipca 2002 r. Prawo lotnicze (Dz. U. z 2013 r. poz. 1393) z aktami wykonawczymi, w szczególności: a) rozporządzenie Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 31 lipca 2012 r. w sprawie Krajowego Programu Ochrony Lotnictwa Cywilnego realizującego zasady ochrony lotnictwa (Dz. U. z 2012 r., poz. 912), b) rozporządzenie Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 20 września 2013 r. w sprawie Krajowego Programu Szkolenia w zakresie ochrony lotnictwa cywilnego (Dz. U. z 2013, poz. 1147), c) rozporządzenie Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 lipca 2013 r. w sprawie Krajowego Programu Kontroli Jakości w zakresie ochrony lotnictwa cywilnego (Dz. U. z 2013 r., poz. 1148) oraz (2) ustawa z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia ( tekst jedn. Dz. U. z 2014 r. poz. 1099) z aktami wykonawczymi, (3) Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 300/2008 z dnia 11 marca 2008 r. w sprawie wspólnych zasad w dziedzinie ochrony lotnictwa cywilnego i uchylające rozporządzenie (WE) nr 2320/2002 (Dz. Urz. UE L

97 z 9.4.2008), z późniejszymi zmianami, (4) rozporządzenie Komisji (UE) nr 185/2010 z dnia 4 marca 2010 r. ustanawiające szczegółowe środki w celu wprowadzenia w życie wspólnych podstawowych norm ochrony lotnictwa cywilnego (Dz. Urz. UE L 55 z 5.3.2010), z późniejszymi zmianami, (5) rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 4.10.2012 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej przedsiębiorcy ubiegającego się o zawarcie umowy na prowadzenie działalności w zakresie ochrony lotnictwa cywilnego w portach lotniczych (Dz. U. z 2012, poz. 1123); (6) rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 9.12.2013 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej przedsiębiorcy wykonującego działalność gospodarczą w zakresie usług ochrony i mienia (Dz. U. poz. 1550); (7) Decyzja Komisji Nr (2010) 774 z dnia 13 kwietnia 2010 r. ustanawiająca szczegółowe środki w celu wprowadzenia w życie wspólnych podstawowych norm ochrony lotnictwa cywilnego obejmujących informacje, o których mowa w art. 18 lit. a) rozporządzenia (WE) Nr 300/2008, z późniejszymi zmianami”. Zamawiający podał także, że wykonawca zobowiązany jest również uwzględnić w trakcie wykonywania usługi inne akty prawne, które regulują lub będą (wejdą w życie w trakcie obowiązywania Umowy) regulowały wymagania, a ponadto – (Sekcja III.2.1.) Program Ochrony Lotniska Chopina przed aktami bezprawnej ingerencji i Plan Ochrony Portu Lotniczego im. F. Chopina w Warszawie wraz z obiektami i urządzeniami towarzyszącymi [punkt 1.9 i 1.10].

Zdaniem Izby specyfika tego przedmiotu zamówienia i wymagania określone przepisami prawa oraz data zakończenia aktualnie realizowanej umowy nie pozwalają obiektywnie przyjąć, że przygotowanie się wykonawcy do świadczenia usługi miałyby nastąpić dopiero od daty otrzymania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty. Przede wszystkim wykonawca w I etapie tego postępowania – we wniosku o ubieganie się o udzielenie przedmiotowego zamówienia - składał oświadczenie o spełnianiu wymagań, w tym z art. 22 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp [Sekcja III.2.3) Kwalifikacje techniczne]. Takie oświadczenie, zdaniem Izby, mogło być złożone po przeanalizowaniu także obsady kadrowej, uwzględniając wymagany – zdaniem wykonawcy – stan kadrowy w liczbie 350 pracowników. Izba jednocześnie zauważa, że żądany Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia dotyczył odpowiednio 50 i 30 osób, jednakże ten Wykaz [pomimo jego brzmienia – „osób uczestniczących w realizacji zamówienia”] miał służyć – jak należy domniemywać z treści Ogłoszenia – tylko dla oceny, czy wykonawca potwierdza warunek udziału wskazany w Sekcji III.2.3 lit. A oraz do kwalifikacji do zaproszenia do złożenia oferty. Analogiczny Wykaz osób uczestniczących w wykonaniu zamówienia – zgodnie z brzmieniem załącznika nr 4 do siwz - wykonawca zobowiązany jest przedłożyć do oferty, z tym, że w tym przypadku należy zakładać, że ten Wykaz powinien obejmować wszystkich uczestników – bez względu na stanowisko [[kierownik nadzorują został wyodrębniony w formularzu] i dotyczy on zarówno

operatorów jak i wspomagających [asystentów]. Powyższe potwierdził Zamawiający, który, odpowiadając na pytanie Izby, podał, że jeżeli zamiarem wykonawcy jest zaangażowanie do wykonania zamówienia 350 osób, to te osoby należy ująć w Wykazie wg formularza załącznika nr 4 do specyfikacji. Izba podkreśla, że ta okoliczność nie jest kwestionowana przez wykonawcę w odwołaniu. Izba dodaje, że wykonawca, składający w sposób odpowiedzialny oświadczenie w trybie art. 22 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp, powinien także we wskazanym terminie w związku z art. 182 ust.2 ustawy Pzp domagać się dokumentów wewnętrznych Zamawiającego takich jak Program Ochrony Lotniska Chopina przed aktami bezprawnej ingerencji i Plan Ochrony Portu Lotniczego im. F. Chopina w Warszawie wraz z obiektami i urządzeniami towarzyszącymi [Sekcja III.2.3. punkt 1.9 i 1.10], lub informacji z tych dokumentów m.in., co do liczby punktów kontroli dostępu niezbędnych – zdaniem wykonawcy - do oszacowania niezbędnej liczby osób obsługujących te punkty kontroli. Izba stwierdza również, że Zamawiający wprowadził modyfikację wymagania w zakresie punktu 2.6.1 lit. i) zezwalając na używanie w okresie 30 dni stroju innego, aniżeli opisany w OPZ. To oznacza, że zarzut dotyczący nadmiernego wymagania, co do stroju służbowego, mającego – zdaniem wykonawcy bezpośredni wpływ na czas przygotowania się do prawidłowej realizacji usługi, związany z ubiorem służbowym dedykowanym wyłącznie do przedmiotowego zamówienia, przestał być - tak jak przyznał w toku rozprawy wykonawca - przedmiotem sporu. Tym samym w zakresie tego zarzutu, co do argumentacji i żądania miała zastosowanie dyrektywa z art. 191 ust.2 ustawy Pzp w zw. z art. 190 ust. 5 tej ustawy.

Odnosnie drugiego z zarzutów dotyczącego także naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na określenie – zdaniem wykonawcy - przedmiotu zamówienia w sposób niedokładny i niejednoznaczny, Odwołujący żąda określenia: (1) minimalnej liczby osób, wymaganych na każdym stanowisku kontroli bezpieczeństwa, (2) ilości i rodzaju broni, w którą mają być wyposażone osoby wykonujące usługę oraz informacji o sposobie jej przechowywania, oraz sprecyzowania, czy Zamawiający posiada i w jakiej ilości magazyny broni, spełniające wymagania przepisów określone w obowiązujących przepisach, czy też pozostawia to w gestii wykonawcy, (3) liczby punktów kontroli dostępu, godzin ich otwarcia oraz ich lokalizacji, jak również liczby osób, które będą obsługiwać te punkty, (4) szczegółowych informacji, nieokreślonych dotychczas w SIWZ, a zawartych w Planie ochrony i Programie ochrony lotniska, które są niezbędne do oceny możliwości realizacji usługi zgodnie z wymaganiami Zamawiającego oraz przygotowania i złożenia oferty, (5) szczegółowych wymagań, dotyczących osób wspomagających czynności kontrolne, (6) szczegółowych wymagań w zakresie szkoleń z obsługi pasażerów niepełnosprawnych, a w szczególności opisanie „pełnego” programu takiego szkolenia, (7) liczby osób, do obsługi tzw. przejść „transferowych” oraz średniej liczby pasażerów, korzystających z takich punktów, w sposób

jednoznaczny i precyzyjny, (8) podania, czy z tytułu udostępnienia wykonawcy pomieszczeń zaplecza, będą oni ponosić jakieś koszty, a jeżeli tak, to w jakiej wysokości oraz czy w związku z realizacją usługi wykonawcy zostaną udostępnione bezpłatnie lub odpłatnie jakieś inne pomieszczenia.

Izba rozpoznając zarzuty i żądania Odwołującego miała na uwadze stanowisko Zamawiającego przedstawione w piśmie z dnia 22 stycznia 2015 r. oraz w piśmie z dnia 27 stycznia 2015 r. jak również – w tym przypadku - dane z pisma z dnia 1 sierpnia 2014 r. skierowanego także do wykonawcy Impel S.A. z Wrocławia – lidera Konsorcjum – wnoszącego odwołanie. Wskazane pismo z dnia 1 sierpnia 2014 r. niewątpliwie zawiera dane ważne z punktu tego zamówienia, które wiążą się z niniejszym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Niewątpliwie skierowanie prośby do wykonawców [według rozdzielnika: Konsalnet z Warszawy, Solid Security Warszawy, Securitas Polska sp. z o.o. z Warszawy oraz Impel S.A. z Wrocławia] sugeruje na odpowiednie zastosowanie [nie wprost, albowiem brak danych o zamieszczeniu na stronie internetowej informacji o zamiarze] procedury dialogu technicznego, o którym stanowi art. 31a ustawy Pzp. Taka procedura jest także uregulowana w dyrektywie 2004/18/WE oraz w motywach do dyrektywy 2004/17/WE i jest postrzegana jako procedura służąca poszukiwaniu lub korzystaniu z doradztwa, które może znaleźć zastosowanie w trakcie przygotowywania specyfikacji, pod warunkiem jednak, że takie doradztwo nie spowoduje ograniczenia konkurencji. Zastosowanie tej procedury umożliwia także pozyskanie informacji umożliwiających dokonanie ustalenia wartości zamówienia, na co wskazywał w toku rozprawy Zamawiający i co uzasadnia zdaniem Izby, w tym przypadku, specyficzny charakter usługi.

Izba w zakresie tego zarzutu stwierdziła, że przede wszystkim powołane w Ogłoszeniu o zamówieniu przepisy, powtórzone następnie w specyfikacji [projekcie umowy] określają minimalne wymagania, co do minimalnej obsady wymaganej w punkcie przeprowadzania kontroli bezpieczeństwa pasażerów i bagażu kabinowego. Ponadto, tak jak wskazała Izba powyżej, wykonawca, składający oświadczenie w trybie art. 22 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp, mógł po publikacji Ogłoszenia o zamówieniu - w związku z art. 182 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp domagać się dokumentów wewnętrznych instytucji Zamawiającego takich jak Program Ochrony Lotniska Chopina przed aktami bezprawnej ingerencji i Plan Ochrony Portu Lotniczego im. F. Chopina w Warszawie wraz z obiektami i urządzeniami towarzyszącymi [Sekcja III.2.3. punkt 1.9 i 1.10], lub informacji z tych dokumentów m.in., co do liczby punktów kontroli dostępu niezbędnych – zdaniem wykonawcy - do oszacowania niezbędnej liczby osób obsługujących te punkty kontroli. Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że to profesjonalny wykonawca zobowiązany jest

zapewnić sposób realizacji usługi, spełniający wymagania wynikające z obowiązujących [podanych w dokumentacji postępowania] przepisów o ochronie lotnictwa cywilnego, o ochronie osób i mienia oraz prowadzić kontrolę dostępu i kontrolę bezpieczeństwa nie zakłócającą płynnego dostępu osób, pojazdów, ładunków, poczty, zaopatrzenia pokładowego i zaopatrzenia portu lotniczego do strefy zastrzeżonej lotniska, mając na uwadze wymagania podane w pierwszej kolejności w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz dodatkowo wskazane w specyfikacji, a także wynikające, tak jak w tym postępowaniu, ze wskazanych w Ogłoszeniu przepisów prawa oraz ponownie dodatkowo wymienionych w specyfikacji, co do liczby koniecznych do uruchomienia stanowisk kontroli, planując – zgodnie z przepisami co najmniej minimalną liczbę osób właściwą na danym stanowisku. Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia określony został w załączniku nr 1 do umowy [OPZ], w którym zamawiający określił m.in. [punkt 2 – Szczegółowe świadczenia usługi] obszary lotniska, liczbę urządzeń kontroli, rejestrowaną przepustowość, a w załączniku nr 4 podał Wykaz urządzeń oraz sprzętu przeznaczonego do kontroli dostępu i kontroli bezpieczeństwa lotniska. W tym miejscu Izba zwraca uwagę, że w odniesieniu do czasu oczekiwania do kontroli - limitu nie może przekraczającego 10 minut dla grup stanowisk kontroli wskazanych w pkt. 2.1.1. a) - f), h) i pkt. 2.1.2. a), oraz 1 minutę dla pkt 2.1.1. g) - żadne żądanie nie zostało sformułowane. W odniesieniu do żądania podania ilości i rodzaju broni, w którą mają być wyposażone osoby wykonujące usługę oraz informacji o sposobie jej przechowywania Izba stwierdziła, że Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 6 w piśmie z dnia 22 stycznia 2015 r. wymienił posterunki związane z kontrolą bezpieczeństwa pasażerów i bagażu oraz posterunki związane z kontrolą bezpieczeństwa personelu podając jakie uzbrojenie jest wymagane. Ta informacja została również zamieszczona w załączniku nr 2 do specyfikacji. Zamawiający potwierdził stanowisko w odpowiedzi nr 53 w piśmie z dnia 27.01.2015 r. udostępniając także wykonawcom w dniu 28.01.2015 r. wyciąg z Planu Ochrony Lotniska, który obowiązuje aktualnie. Wykonawca w toku rozprawy nie podał, jakie jeszcze informacje powinny mu zostać udostępnione. Izba ponadto zwraca uwagę, że do Planu ochrony tak jak wskazano w punkcie 3.5. załącznika nr 1 do umowy [OPZ] - to wykonawca z którym zostanie zawarta umowa przekazuje Zarządzającemu [Zamawiającemu] wszystkie – zgodne z przepisami prawa - dane niezbędne do uzgodnienia. Izba stwierdza również, że w odpowiedzi na pytanie 61 z dnia 27 stycznia 2015 r. Zamawiający wyjaśnił, że nie posiada magazynu broni, i koszty związane z wynajęciem pomieszczenia ponosi wykonawca. Odnośnie żądania podania liczby punktów kontroli dostępu, godzin ich otwarcia oraz ich lokalizacji, jak również liczby osób, które będą obsługiwać te punkty, Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 52 podał, że maksymalna liczba stanowisk została wskazana w punkcie OPZ, wprowadzając jednocześnie w przypisach w zakresie punktu 2.1.1. oraz 2.1.2 i 2.1.3 OPZ, nie kwestionowane przez

Odwołującego, uzupełnienia. Izba stwierdza także, że żądanie podania szczegółowych wymagań dotyczących osób wspomagających czynności kontrolne, nie podlega uwzględnieniu, albowiem o potrzebie ich zatrudnienia decyduje wykonawca, a Zamawiający w zakresie jego potrzeb wskazał w punktach 2.6.1 i 2.6.2. OPZ na jego wymagania m.in. co do ubioru oraz, na czym mają polegać czynności tych osób. Odnośnie braku opisanie szczegółowych wymagań w zakresie szkoleń z obsługi pasażerów niepełnosprawnych, a w szczególności braku opisanie „pełnego” programu takiego szkolenia, Zamawiający wykreślił wymaganie z punktu 2.7.1 oraz z 2.7.2 lit. a) słowa „wg pełnego programu” załącznika nr 1 OPZ, aczkolwiek Izba zwraca uwagę, że w punkcie 2.7.1. lit. c) zalecane było i jest prowadzenie takiego szkolenia przez uprawniony podmiot lub organizację osób niepełnosprawnych i należy sądzić, że wobec braku szczególnych wymagań w specyfikacji, zakres szkolenia określiłby profesjonalny podmiot. Odnośnie pozostałych żądań, Izba wskazuje na prognozowane dane dotyczące roku 2015 podane przez Zamawiającego w wymienionym powyżej piśmie z dnia 1 sierpnia 2014 r. Wskazuje także na wyjaśnienia z dnia 27 stycznia 2015 r. w zakresie pytania nr 86, gdzie podano dla sezonu Lato 2015 szacunkową przepustowość dla operacji lotniczych oraz dla pasażerów. Izba zwraca uwagę, że umowa będzie zawarta do kwietnia 2018 r. i niewątpliwe podanie przez Zamawiającego prognozy takich danych, w takim czasookresie może być obiektywnie niemożliwe. Izba zwraca również uwagę, że udostępniany wykonawcom Plan Ochrony opracowany w oparciu o dane wykonawcy aktualnie świadczącego usługę - może mieć walor tylko poglądowy, a nie wiążący. Izba stwierdziła również, że Zamawiający w piśmie z dnia 27 stycznia 2015 r. wskazując na rok 2014 podał [odpowiedź nr 93] dane odnośnie średniej liczby pasażerów, korzystających z punktów - przejść „transferowych, a liczbę osób, do obsługi tych przejść w sposób precyzyjny będzie zobowiązany określić wykonawca. Zamawiający podał także w tym piśmie [odpowiedź nr 97] szacunkowe koszty wynajmu pomieszczeń planowanych na zaplecze dla wykonawcy.

Wobec powyższych ustaleń, podnoszony w punkcie drugim odwołania zarzut naruszenia art. 29 ust.1 ustawy Pzp nie podlega uwzględnieniu

W punkcie trzecim odwołania Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 - 3 ustawy Pzp z uwagi na wskazane w punkcie XVIII.2.2. w kryterium „Wartość techniczna - 30%” jego podkryteriów w tabeli: l.p. 3 kolumna 3 wiersz 4, 5 i 6 [Personel]. Pierwsze z podkryteriów, pozwalające uzyskać max 2 pkt dotyczy liczby osób zatrudnionych przez wykonawcę na dzień składania ofert pracowników ochrony, posiadających certyfikat operatora kontroli bezpieczeństwa, wydany przez Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego lub wydany przez ośrodek szkoleniowy ICAO, ECAC lub Unii Europejskiej; drugie - pozwalające



uzyskać max 5 pkt – dotyczy liczby „zatrudnionych przez wykonawcę na dzień składania ofert certyfikowanych operatorów kontroli bezpieczeństwa, którzy posiadają minimum 3 letnie doświadczenie w pracy na stanowisku operatora kontroli bezpieczeństwa w portach lotniczych” oraz trzecie pozwalające uzyskać max 7 pkt – dotyczy liczby zatrudnionych przez wykonawcę na dzień składania ofert certyfikowanych operatorów kontroli bezpieczeństwa, którzy posiadają znajomość języka angielskiego w stopniu komunikatywnym, tj. umożliwiającym komunikowanie się w tym języku z osobami poddanymi kontroli bezpieczeństwa w punkcie operatora kontroli bezpieczeństwa. Wykonawca żądając zmiany tych podkryteriów w sposób zapewniający rzeczywistą konkurencję pomiędzy wykonawcami wniósł o zastosowanie w kryteriach oceny ofert obiektywnych czynników, np. takich, o których mowa w art. 22a ustawy o ochronie osób i mienia, jak: okres prowadzenia działalności w zakresie usług kontroli bezpieczeństwa w portach lotniczych, gdzie najwyżej punktowano by wykonawcę, posiadającego najdłuższe doświadczenie w tym zakresie; deklarowana liczba osób, możliwych do przeszkolenia w zakresie kontroli bezpieczeństwa w ruchu lotniczym - w nowoprzyjętym przez Zamawiającego min. 6-miesięcznym okresie do terminu rozpoczęcia usługi, gdzie najwyżej punktowano by wykonawcę deklarującego największą możliwą do przeszkolenia liczbę osób w zakresie kontroli bezpieczeństwa w ruchu lotniczym; zdolność finansowa do realizacji zamówienia w postaci posiadanych na rachunku bankowym, środków finansowych lub posiadanej zdolności kredytowej, potwierdzonej stosowną informacją banku, wystawiona nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, gdzie najwyższą ocenę otrzymałaby oferta z najwyższą ilością środków finansowych/zdolnością kredytową. Pozostałe oferty – zgodnie z wnioskiem wykonawcy - zostałyby przeliczone proporcjonalnie.

Orzekając, zgodnie z dyrektywą z art. 192 ust.7 ustawy Pzp, tylko w granicach tego zarzutu oraz żądań wykonawcy Izba przede wszystkim stwierdza, że Odwołujący – wbrew wymaganiom art. 190 ust.1 ustawy Pzp - nie wykazał, że tak zmodyfikowane podkryteria nie będą faworyzowały tym razem wnioskodawcy, któremu znane są, co najmniej dane w zakresie doświadczenia innych wykonawców oraz ich kondycji finansowej. Izba zwraca uwagę, że jest to przetarg ograniczony i firmy ubiegające się o to zamówienia zostały już wyłonione do składania ofert. Taka zmiana mogłaby zatem hipotetycznie prowadzić do naruszenia zasad określonych art. 7 ust.1 ustawy Pzp. Co do trzeciego z proponowanych podkryteriów - deklaracja największej możliwej do przeszkolenia liczby osób - wykonawca w żadnym stopniu nie uprawdopodobnił, jak taka deklaracja mogłaby wpływać na jakość usługi objętej przedmiotem tego zamówienia, szczególnie, że wykonanie usługi może być powierzone tylko osobom, posiadającym - opisane w Ogłoszeniu o zamówieniu i powtórzone w specyfikacji - szczególne kwalifikacje. Wykonawca nie udowodnił także, że ustalając w ten

sposób podkryteria dotyczące personelu Zamawiający przesądził o przyznaniu największej liczby punktów wykonawcy obecnie świadczącemu usługę. Izba na marginesie zwraca uwagę, że informacje dla oceny ofert według podkryteriów dotyczących liczby zatrudnionych na dzień składania ofert certyfikowanych operatorów posiadających wymagane doświadczenie oraz znajomość tylko w zakresie języka angielskiego [w Ogłoszeniu wymagano, co najmniej znajomości języka angielskiego] mają pochodzić z załącznika nr 4 do specyfikacji, który jak wyżej podano ma obejmować osoby uczestniczące w wykonaniu zamówienia, a w odniesieniu do pierwszego podkryterium dotyczącego posiadania „na dzień składania ofert certyfikatu operatora kontroli bezpieczeństwa” brak jest odesłania do tego załącznika, aczkolwiek jedna z rubryk Wykazu uwzględnia takie dane, co może na etapie oceny ofert powodować potencjalnie spór, co do sposobu [podstawy] oceny w tym podkryterium.

Wobec powyższych ustaleń Izba stwierdza, że nie podlega uwzględnieniu, podnoszony w punkcie trzecim odwołania zarzut naruszenia art. 91 ust.1 – 3 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 tej ustawy.

Wskazane w punkcie 4 odwołania zagadnienia oraz żądania stanowią w istocie pytania stawiane przez Odwołującego, a nie potwierdzenie przygotowania opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Tak jak wynika z odpowiedzi udzielonych w piśmie z dnia 27.01.2015 r. Zamawiający zamierza nakładać kary wymienione w § 9 ust. 14 wzorca umowy w sytuacji, gdy będą otwarte wszystkie punkty kontroli bezpieczeństwa, określone w pkt 2.1.1 a) załączniku nr 1 OPZ [odp. Nr 75] oraz nie zamierza wydłużać czasu oczekiwania do kontroli bezpieczeństwa [odp. nr 74], a czas oczekiwania na wydanie przepustki wynosi 3 dni [odp. nr 76], a koszty wymiany przepustek określone są w cenniku lotniskowym [Nr 58]. Odwołujący nie zarzucił, że te odpowiedzi nie są wyczerpujące, aczkolwiek Zamawiający w tych odpowiedziach nie odniósł się wprost do ponoszenia kosztów wymiany za wydanie przepustki osobowej oraz do kwestii kto ponosi koszty wymiany przepustek, jeśli zarządzający zdecyduje o ich wymianie, a wymiana nie wynika z winy wykonawcy. Oznacza to zatem, że takie koszty poniesie wykonawca usługi.

Wobec powyższych ustaleń podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 29 ust.1 ustawy Pzp w zakresie „zagadnień” wskazanych w punkcie 4 odwołania nie podlega uwzględnieniu.

W tym stanie rzeczy Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). W tym przypadku, Izba, rozdzielając zasądzone na rzecz Zamawiającego koszty, miała na uwadze, że odwołania na podstawie art. 189 ust.1 zdanie drugie ustawy Pzp zostały skierowane zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2015 r. do łącznego rozpoznania przez Izbę, a Zamawiający w stanowisku końcowym nie określił do której ze spraw koszty te miały zostać zasądzone. Zatem wobec oddalenia obu odwołań kwota 68 zł została rozdzielona proporcjonalnie i z każdego z wnoszących odwołanie wykonawców został obciążony na rzecz Zamawiającego kwotą 34 zł.

.....