

**WYROK**  
**z dnia 28 września 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 września 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 31 sierpnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsalnet Ochrona spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i Konsalnet Security spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (KIO 1897/15);

B. w dniu 31 sierpnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Poczta Polska spółka akcyjna w Warszawie, Impel Security Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Gwarant Agencja Ochrony spółka akcyjna w Opolu (KIO 1902/15);

C. w dniu 11 września 2015 r. przez wykonawcę Stekop spółka akcyjna w Warszawie (KIO 1981/15);

D. w dniu 14 września 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Poczta Polska spółka akcyjna w Warszawie, Impel Security Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Gwarant Agencja Ochrony spółka akcyjna w Opolu (KIO 2008/15)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Mazowiecki Port Lotniczy Warszawa Modlin spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Nowym Dworze Mazowieckim

przy udziale:

- wykonawcy Stekop spółka akcyjna w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1902/15 po stronie odwołującego,
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsalnet Ochrona spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i Konsalnet Security spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością, zgłaszających przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 1981/15 oraz KIO 2008/15 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

I.1. Oddala odwołania KIO 1897/15, KIO 1902/15 i KIO 2008/15;

2. kosztami postępowania obciąża odwołujących: (A) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsalnet Ochrona spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i Konsalnet Security spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (KIO 1897/15); (B) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Poczta Polska spółka akcyjna w Warszawie, Impel Security Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Gwarant Agencja Ochrony spółka akcyjna w Opolu (KIO 1902/15); (D) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Poczta Polska spółka akcyjna w Warszawie, Impel Security Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Gwarant Agencja Ochrony spółka akcyjna w Opolu (KIO 2008/15);

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 45 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych, zero groszy), stanowiącą łączną kwotę wpisów uiszczoną przez każdego z odwołujących: (A) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsalnet Ochrona spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i Konsalnet Security spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (KIO 1897/15); (B) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Poczta Polska spółka akcyjna w Warszawie, Impel Security Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Gwarant Agencja Ochrony spółka akcyjna w Opolu (KIO 1902/15); (D) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Poczta Polska spółka akcyjna w Warszawie, Impel Security Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Gwarant Agencja Ochrony spółka akcyjna w Opolu (KIO 2008/15) tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołujących: (A) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsalnet Ochrona spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i Konsalnet Security spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (KIO 1897/15); (B) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Poczta Polska spółka akcyjna w Warszawie, Impel Security Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Gwarant Agencja Ochrony spółka akcyjna w Opolu (KIO 1902/15); (D) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Poczta Polska spółka akcyjna w Warszawie, Impel Security Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Gwarant Agencja Ochrony spółka akcyjna w Opolu (KIO 2008/15), na rzecz

zamawiającego - Mazowieckiego Portu Lotniczego Warszawa Modlin spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Nowym Dworze Mazowieckim łączną kwotę 10 800 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy osiemset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego; tj. zasądza od każdego z odwołujących: (A) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsalnet Ochrona spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i Konsalnet Security spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (KIO 1897/15); (B) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Poczta Polska spółka akcyjna w Warszawie, Impel Security Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Gwarant Agencja Ochrony spółka akcyjna w Opolu (KIO 1902/15); (D) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Poczta Polska spółka akcyjna w Warszawie, Impel Security Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Gwarant Agencja Ochrony spółka akcyjna w Opolu (KIO 2008/15), na rzecz zamawiającego - Mazowieckiego Portu Lotniczego Warszawa Modlin spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Nowym Dworze Mazowieckim kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

II.1 Uwzględnia odwołanie KIO 1981/15, i nakazuje zamawiającemu Mazowieckiemu Portowi Lotniczemu Warszawa Modlin spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Nowym Dworze Mazowieckim unieważnienie decyzji o wykluczeniu wykonawcy Stekop spółka akcyjna w Warszawie z postępowania;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Mazowiecki Port Lotniczy Warszawa Modlin spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Nowym Dworze Mazowieckim i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego (C) Stekop spółka akcyjna w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego Mazowieckiego Portu Lotniczego Warszawa Modlin spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Nowym Dworze Mazowieckim na rzecz odwołującego (C) Stekop spółka akcyjna w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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** Warszawa-Praga w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

I. Mazowiecki Port Lotniczy Warszawa Modlin spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Nowym Dworze Mazowieckim (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. Usługi ochrony osób i mienia na rzecz Spółki Mazowiecki Port Lotniczy Warszawa-Modlin Sp. z o.o.

Postępowanie prowadzone jest w podziale na dwie części:

Część 1 - polegając na świadczeniu usługi kontroli bezpieczeństwa i kontroli dostępu na rzecz Spółki Mazowiecki Port Lotniczy Warszawa - Modlin Sp. z o.o.

Część 2 - polegająca na świadczeniu usług ochrony osób i mienia oraz kontroli dostępu na rzecz Spółki Mazowiecki Port Lotniczy Warszawa - Modlin Sp. z o.o.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 22 kwietnia 2015 r., poz. 2015/S 078-138959. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

### **Sygn. akt KIO 1897/15**

W dniu 31 sierpnia 2015 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Konsalnet Ochrona spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i Konsalnet Security spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym podnieśli zarzuty naruszenia następujących przepisów:

1. naruszenia art. 52 ust. 2 Prawa zamówień publicznych i art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie i wyznaczenie terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu w ilości 10 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert podczas, gdy zgodnie z dyspozycją tego przepisu w przedmiotowym postępowaniu, okres na składanie ofert nie może być krótszy niż 40 dni od daty przekazania zaproszenia do składania ofert co uniemożliwia prawidłowe przygotowanie oferty i stawia na uprzywilejowanej pozycji dotychczasowych wykonawców usługi Poczta Polska SA Pion Polska Ochrona, Impel Security Polska Sp. z o.o., Gwarant Agencja Ochrony SA, „STEKOP” SA;

2. naruszenia art. 52 ust. 4 Prawa zamówień publicznych i art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez jego błędne zastosowanie i uznanie, że zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, co upoważnia Zamawiającego do wyznaczenia terminu składania ofert nie krótszego niż 10 dni, przy czym Zamawiający nie uzasadnił, z czego miałyby wynikać pilna potrzeba udzielenia zamówienia, a fakt, że dotychczasowa Umowa dotycząca przedmiotu zamówienia kończy się z dniem 30 września 2015r. nie wypełnia wskazanej przesłanki, bowiem Zamawiający - jako prowadzący postępowanie - winien odpowiednio wcześniej je wszcząć i przeprowadzić, a wyznaczenie tak krótkiego terminu na składanie ofert uniemożliwia prawidłowe przygotowanie oferty i stawia na uprzywilejowanej pozycji dotychczasowych wykonawców usługi tj.: Poczta Polska SA Pion Polska Ochrona, Impel Security Polska Sp. z o.o., Gwarant Agencja Ochrony SA, „STEKOP” SA;
3. naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 Prawa zamówień publicznych poprzez nie zamieszczenie sposobu oceny ofert w zakresie kryterium „Usługi kontroli bezpieczeństwa lub ochrony osób i mienia, świadczone nieprzerwanie przez okres co najmniej 24 miesięcy na lotniska użytku publicznego”;
4. naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zmianę opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia określonego w ogłoszeniu o przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez wskazanie w treści SIWZ, że od dnia 01.07.2016r., osoby wykonujące zadania na rzecz Zamawiającego tj. Dowódcy Zmian i dodatkowo co najmniej 1 osoba na zmianie kierowana na stanowisko przełożonego w rozumieniu przepisu pkt 4.1.2.11 załącznika do Rozporządzenia (UE) nr 185/2010 będą musiały posiadać poświadczenie bezpieczeństwa osobowego uprawniające do dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „poufne”, „Confidential UE/NATO Confidential” podczas gdy w ogłoszeniu, wymagał, aby osoby wykonujące zadania na rzecz Zamawiającego tj. Dowódcy Zmian i osoby kierowane na stanowisko przełożonego w rozumieniu przepisu pkt. 4.1.2.11 załącznika do Rozporządzenia (UE) nr 185/2010 posiadały poświadczenie bezpieczeństwa uprawniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „poufne” i „Confidential UE/UE Confidential”;
5. naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych, oraz przepisów wskazanych w poszczególnych zarzutach, poprzez jego nie zastosowanie i opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nie wyczerpujący, niedokładny oraz przy użyciu niezrozumiałych określeń, a ponadto w sposób uniemożliwiający prawidłowe przygotowanie ofert, które będą porównywalne, nie podając istotnych okoliczności mogących mieć wpływ na ich sporządzenie a także w sposób utrudniający uczciwą konkurencję tj.:

- 1) opisanie przedmiotu zamówienia poprzez odwołanie się do dokumentów nieznanymi i nieudostępnionymi w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. Planu Ochrony Lotniska, Programu Ochrony Lotniska, nieokreślonych wewnętrznych przepisów Zamawiającego, co powoduje, że Wykonawcom nie jest w ogóle znany przedmiot zamówienia i zakres usług, które mają być świadczone;
- 2) opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie, że rozpoczęcie świadczenia usługi ma nastąpić od dnia 1 października 2015r., a jeżeli termin podpisania Umowy będzie późniejszy, to od terminu zawarcia przy jednoczesnym wskazaniu, że Wykonawca ma obowiązek złożyć kompletną dokumentację do uzyskania czasowych kart identyfikacyjnych Portu Lotniczego Warszawa/Modlin na co najmniej 30 dni przed rozpoczęciem realizacji umowy z zastrzeżeniem, że brak spełnienia tego obowiązku będzie oznaczać przeszkodę w realizacji przedmiotu umowy wynikłą z winy Wykonawcy, co biorąc pod uwagę termin składania ofert, czas potrzebny na ocenę ofert, ewentualny czas na procedurę odwoławczą lub chociażby termin wynikający z art. 94 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych oznacza, że żaden z Wykonawców nie jest w stanie sprostać postawionym warunkom co oznacza, że spełnienie świadczenia jest niemożliwe i powoduje, że zawarta Umowa będzie nieważna - równoczesne naruszenie art. 387 kc oraz nierówne traktowanie Wykonawców, bowiem dotychczasowy Wykonawca znajduje się na uprzywilejowanej pozycji, gdyż jego pracownicy posiadają już karty identyfikacyjne - równoczesne naruszenie art. 7 Prawa zamówień publicznych, a jednocześnie określenie w projekcie Umowy, że usługa musi rozpocząć się w dniu 1 października 2015 r., a niedotrzymanie tego terminu stanowi podstawę do odstąpienia od Umowy, co w sytuacji braku możliwości zawarcia Umowy w dniu 1 października 2015 r. z przyczyn obiektywnych oznacza, że Zamawiający będzie bezpodstawnie uprawniony do odstąpienia od Umowy, co jest sprzeczne z art. 353(1) kc.,
- 3) opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wyznaczenie jednego terminu wizji lokalnej podczas której Wykonawcy będą mogli zapoznać się z obiektem oraz Planem Ochrony Lotniska Warszawa/Modlin, podczas gdy z uwagi na wielkość obiektu, ilość dokumentów oraz fakt, że Zamawiający nie przewiduje zapoznania się z Programem Ochrony Lotniska, do którego odwołuje się jako element Opisu Przedmiotu Zamówienia, żaden z Wykonawców nie uzyska informacji niezbędnych do właściwego przygotowania oferty i skalkulowania wszystkich ryzyk wynikających ze świadczenia usługi, a ponadto preferuje Wykonawców, którzy świadczyli usługę na lotnisku i znają wskazany dokument - co dodatkowo narusza art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych;

- 4) opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie, że w uzasadnionych przypadkach Zamówienie dotyczące obsady poszczególnych stanowisk może być złożone z 24 godzinnym wyprzedzeniem nie określając co rozumie przez pojęcie „uzasadnione przypadki”, co powoduje, że Wykonawcy nie posiadają informacji umożliwiających przygotowanie oferty, a ponadto czas spodziewanej reakcji jest zbyt krótki, co oznacza, że żaden z Wykonawców nie jest w stanie spełnić świadczenia w tym zakresie i powoduje, że zawarta Umowa będzie nieważna - równoczesne naruszenie art. 387 kc;
- 5) opisanie przedmiotu zamówienia poprzez zapewnienie możliwości delegowania osób zatrudnionych do wykonywania innych czynności związanych z ochroną lotniska cywilnego we wskazanym na terenie lotniska miejscu nie określając do jakich czynności osoby te mogą być delegowane i na jaki okres czasu oraz wskazując, że delegowanie nie wpływa na wynagrodzenie Wykonawcy, co powoduje, że Wykonawcy nie są w stanie należycie skalkulować swoich ofert i będą one nieporównywalne;
- 6) opisanie przedmiotu zamówienia poprzez zastrzeżenie sobie uprawnień do egzaminowania nowych pracowników i przeprowadzania corocznych egzaminów kwalifikacyjnych dla pracowników pod kątem: znajomości przepisów ustawy o ochronie osób i mienia, przepisów krajowych i międzynarodowych dotyczących ochrony lotnictwa cywilnego, procedur służby ochronnej, znajomości technik interwencyjnych, sprawności fizycznej, znajomości języka angielskiego nie będąc podmiotem uprawnionym do przeprowadzania jakichkolwiek egzaminów, a dodatkowo nie określając warunków przeprowadzenia egzaminów oraz szczegółowych wymagań, jakie osoby poddane egzaminowi miałyby zaliczyć z wynikiem pozytywnym egzamin co powoduje, że może dojść do nierównego traktowania Wykonawców i arbitralnych decyzji Zamawiającego w tym zakresie, co narusza również art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych;
- 7) opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie, iż Zamawiający jest uprawniony do odsunięcia pracownika od wykonywania czynności w sytuacji gdy:
  - jego stan wskazuje na spożycie alkoholu,
  - zachowuje nieodpowiednią postawę wobec pasażera oraz przełożonego,
  - lekceważy obowiązujące na lotnisku Uchwały, Zarządzenia, Decyzje, Procedury, Regulaminy, Instrukcje,
  - nie ma umiejętności pracy w grupie -  
nie określając, co Zamawiający rozumie pod pojęciami „stanu wskazującego na spożycie”, „nieodpowiednia postawa”, „lekceważenie” czy „brak umiejętności” co



oznacza, że będą to arbitralne decyzje Zamawiającego, a dodatkowo w odniesieniu do stanu wskazującego na spożycie okoliczność ta powinna wynikać z przeprowadzonego badania, a nie oceny Zamawiającego;

- 8) opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie, że w przypadkach uzasadniających zmianę Planu Ochrony Lotniska Warszawa/Modlin wynikających z konieczności dostosowania obsady i liczebności pracowników ochrony, Wykonawca jest zobowiązany niezwłocznie dostosować się do uzgodnionego Planu Ochrony nie wskazując de facto w jakim czasie Wykonawca będzie zobowiązany dostosować się do tych wymagań oraz nie wskazując na maksymalną ilość zwiększenia, co powoduje, że Wykonawca nie jest w stanie określić czy w takiej sytuacji będzie mógł spełnić należycie świadczenie;
- 9) opisanie przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny poprzez wskazanie, że ta sama przyczyna tj. przerwanie realizacji usługi może stanowić podstawę odstąpienia lub natychmiastowego rozwiązania Umowy, co pociąga za sobą różne konsekwencje w szczególności co świadczenia usługi po otrzymaniu oświadczenia woli;
6. naruszenia art. 353(1) kc w zw. z art. 484 § 1 i 2 kc w zw. z art. 5 kc poprzez zastrzeżenie kary umownej za odstąpienie w wysokości 5.000.000 zł, oraz kary za nie podjęcie, odstąpienie lub opóźnienie rozpoczęcia przez Wykonawcę realizacji zadania w wysokości 2.000.000 zł, które to kary są rażąco wygórowane i nieadekwatne do wartości przedmiotu zamówienia, a w odniesieniu do drugiej z wymienionych kar z uwagi na fakt, że nie jest możliwe podjęcie realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, biorąc pod uwagę wymagane terminy złożenia wniosków do uzyskania czasowych kart identyfikacyjnych i obarczenie całkowitą odpowiedzialnością za niedotrzymanie terminu Wykonawcy, dodatkowo oznacza, że kara ta będzie naliczona automatycznie po podpisaniu Umowy;
7. naruszenia art. 142 ust. 5 w zw. z art. 144 Prawa zamówień publicznych poprzez błędne uznanie, że okoliczności wskazane w art. 142 ust. 5 Prawa zamówień publicznych stanowią podstawę do wprowadzenia zmian do Umowy i są uzależnione od woli Stron podczas, gdy są to klauzule waloryzacyjne, które Strony są zobowiązane zastosować w razie ziszczenia się przesłanek wskazanych w tym przepisie;
8. naruszenia art. 353(1) kc w zw. z art. 484 § 1 kc poprzez niezgodne zastrzeżenie, że w razie:
  - 1) Opóźnienia operacji lotniczych z przyczyn zależnych od Wykonawcy,
  - 2) Przerwy w realizacji przedmiotu umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy,

- 3) Nieodpowiedniego zachowania pracownika Wykonawcy w stosunku do pasażerów lub osób nie będących pasażerami potwierdzone w wyniku przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego/skargowego
- Zamawiającemu będzie przysługiwać kara umowna oraz dodatkowo szkoda wynikła z ewentualnych roszczeń innych podmiotów, podczas gdy zgodnie z dyspozycją art. 484 § 1 kc zdanie drugie wysokość odszkodowania winna być pomniejszona o wartość zapłaconej kary umownej;
9. naruszenia art. 353(1) kc w zw. z art. 484 § 1 kc poprzez wskazanie, iż Wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej za „wszelkie naruszenia prawa i postanowień Umowy, a zwłaszcza zaniedbania powstałe przy realizacji Umowy ze strony Wykonawcy, które spowodują lub mogą spowodować straty w ochranianym mieniu lub substancji budynków, a w szczególności zaniedbanie lub zaniechanie podjęcia działań mających na celu ochronę mienia Zamawiającego przed kradzieżą lub zniszczenie” co jest sprzeczne z dyspozycją wskazanego przepisu, który nakazuje jednoznaczne i precyzyjne określenie przypadków powodujących możliwość naliczenia kary umownej;

#### DODATKOWE ZARZUTY DLA CZĘŚCI 1

10. naruszenia art. 387 kc poprzez określenie świadczenia niemożliwego do spełnienia, polegającego na tym, aby zapewnić średnią minimalną przepustowość na jednym stanowisku kontroli bezpieczeństwa na poziomie 120 pasażerów na godzinę co jest niemożliwe z uwagi na infrastrukturę Zamawiającego;
11. naruszenia art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i 484 § 1 kc poprzez wskazanie, iż Wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej za naruszenia przepisów Decyzji Komisji 774/2010 z dnia 13 kwietnia 2010r. podczas, gdy jest to dokument nie opublikowany i Wykonawcy nie wiedzą za jakie naruszenia mogą mieć naliczoną karę umowną, co powoduje że nie są w stanie należycie ocenić i skalkulować swoich ofert;
12. naruszenia art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez jego nie zastosowanie i opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nie wyczerpujący, niedokładny oraz przy użyciu niezrozumiałych określeń, a ponadto w sposób uniemożliwiający prawidłowe przygotowanie ofert, które będą porównywalne, nie podając istotnych okoliczności mogących mieć wpływ na ich sporządzenie tj.:

- 1) opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań dla personelu, iż ich znajomość angielskiego ma być na poziomie komunikatywnym nie wyjaśniając, co należy rozumieć pod pojęciem „komunikatywny”;
- 2) opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie, że krawaty i apaszki składające się na część umundurowania zapewni nieodpłatnie Zamawiający przy zastrzeżeniu, że ich wartość powinna być uwzględniona w cenie Wykonawcy, przy czym Zamawiający nie wskazał jaka to jest wartość, co powoduje, że Wykonawcy mogą w tym zakresie wskazywać różne wartości, a ponadto w sytuacji gdy są one zapewniane nieodpłatnie nie ma potrzeby uwzględniania tej wartości w cenie Wykonawcy;

#### DODATKOWE ZARZUTY DO CZĘŚCI 2

13. naruszenia art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez jego nie zastosowanie i opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nie wyczerpujący, niedokładny oraz przy użyciu niezrozumiałych określeń, a ponadto w sposób uniemożliwiający prawidłowe przygotowanie ofert, które będą porównywalne, nie podając istotnych okoliczności mogących mieć wpływ na ich sporządzenie tj. wskazanie wymagań dla personelu, iż ich znajomość angielskiego ma być na poziomie podstawowym nie wyjaśniając, co należy rozumieć pod pojęciem „podstawowy”.

W konsekwencji tak sformułowanych zarzutów Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w treści SIWZ w następujący sposób:

1. zmianę terminu do składania ofert zgodnie z dyspozycją art. 52 Prawa zamówień publicznych tj. na czas nie krótszy niż 40 dni od przekazania zaproszenia do składania ofert, uwzględniając ewentualną zmianę postanowień SIWZ dokonaną w wyniku uwzględnienia niniejszego odwołania;
2. zamieszczenie w treści SIWZ sposobu oceny ofert w zakresie kryterium „Usługi kontroli bezpieczeństwa lub ochrony osób i mienia, świadczone nieprzerwanie przez okres co najmniej 24 miesięcy na lotniska użytku publicznego”;
3. zmianę opisu przedmiotu zamówienia poprzez naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez wskazanie w treści SIWZ, że od dnia 01.07.2016r., osoby wykonujące zadania na rzecz Zamawiającego tj. Dowódcy Zmian i osoby kierowane na stanowisko przełożonego w rozumieniu przepisu pkt. 4.1.2.11 załącznika do Rozporządzenia (UE) nr 185/2010 posiadały poświadczenie

bezpieczeństwa uprawniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „poufne” i „Confidentiel UE/UE Confidentiel”;

4. zmianę opisu przedmiotu zamówienia poprzez udostępnienie Wykonawcom dokumentów, na które powołuje się Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia, a w szczególności Plan Ochrony Lotniska, Program Ochrony Lotniska oraz wewnętrzne dokumenty Zamawiającego alternatywnie poprzez wyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia bez potrzeby zapoznawania się z tymi dokumentami;
5. zmianę postanowień dotyczących rozpoczęcia świadczenia usług i terminu złożenia kompletnej dokumentacji do uzyskania czasowych kart identyfikacyjnych poprzez przyjęcie, że w terminie 3 dni roboczych od zawarcia Umowy, Wykonawca jest zobowiązany przedstawić kompletną dokumentację do uzyskania czasowych kart identyfikacyjnych, a rozpoczęcie świadczenia usługi nastąpi po otrzymaniu przedmiotowych kart identyfikacyjnych od Zamawiającego;
6. wykreślenie ewentualnie zmianę postanowień dot. konieczności zapewnienia dodatkowej obsady w ciągu 24 godzin od powiadomienia przez Zamawiającego w uzasadnionych przypadkach poprzez doprecyzowanie przez Zamawiającego, co rozumie przez uzasadnione przypadki oraz wydłużenie czasu reakcji do co najmniej 48 godzin;
7. wykreślenie ewentualnie zmianę postanowień dot. możliwości delegowania pracowników Wykonawcy poprzez określenie do jakich czynności mogą być oddelegowani, na jak długi okres czasu oraz ile razy Zamawiający może skorzystać z tego uprawnienia;
8. wykreślenie postanowień dot. możliwości egzaminowania przez Zamawiającego pracowników Wykonawcy;
9. zmianę postanowień dotyczących odsunięcia pracownika od wykonywania czynności poprzez uznanie, że pracownik może być odsunięty od wykonywania obowiązków, gdy znajduje się w stanie po użyciu alkoholu, przy jednoczesnym sprecyzowaniu, co Zamawiający rozumie pod pojęcie „stan po użyciu alkoholu” oraz wykreślenie bądź ewentualnie doprecyzowanie pojęć „nieodpowiednia postawa”, „lekceważenie” czy brak umiejętności” w kontekście sformułowanych postanowień;
10. zmianę postanowień dotyczących zmiany Planu Ochrony Lotniska Warszawa/Modlin poprzez określenie w jakim czasie Wykonawca będzie zobowiązany dostosować się do tych zmian oraz określając maksymalną ilość zwiększenia obsady;

11. zmianę postanowień dotyczących odstąpienia od Umowy lub jej natychmiastowego rozwiązania z powodu przerwania realizacji usługi poprzez sprecyzowanie, czy okoliczność ta będzie podstawą do odstąpienia czy do rozwiązania Umowy;
12. zmianę postanowień dotyczących kar umownych poprzez ustalenie poziomu kar umownych za odstąpienie oraz za nie podjęcie, odstąpienie lub opóźnienie rozpoczęcia przez Wykonawcę realizacji zadania w sposób procentowy w odniesieniu do wartości netto Umowy, przyjmując odpowiednio stawki 10% i 2%;
13. wykreślenie postanowień dotyczących zmiany Umowy w związku z zaistnieniem przesłanek określonych w art. 142 ust. 5 Prawa zamówień publicznych i zastąpienie następującymi:

*„1. Zamawiający zobowiązuje się, iż w przypadku wystąpienia jednej ze zmian przepisów wskazanych w art. 142 ust 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 j j Prawo zamówień publicznych, tj. 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*

*dokona waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w sposób opisany w ust 2-6 poniżej.*

*2. W wypadku zmiany; o której mowa w ust 1 pkt 1) powyżej, wartość netto wynagrodzenia Wykonawcy (tj. bez podatku od towarów i usług) nie zmieni się, a określona w aneksie wartość brutto wynagrodzenia zostanie wyliczona z uwzględnieniem stawki podatku od towarów i usług, wynikającej ze zmienionych przepisów.*

*3. W przypadku zmiany, o której mowa w ust 1 pkt 2) powyżej, wynagrodzenie Wykonawcy zostanie podwyższone o wartość, o jaką wzrosną całkowite koszty wykonania Umowy ponoszone przez Wykonawcę, a wynikające z podwyższenia wynagrodzeń poszczególnych pracowników biorących udział w realizacji pozostałej do wykonania, w momencie wejścia w życie zmiany, części zamówienia, do wysokości wynagrodzenia minimalnego obowiązującej po zmianie przepisów lub jej odpowiedniej części, w przypadku osób zatrudnionych w wymiarze niższym niż pełen etat.*

*4. W przypadku zmiany, o której mowa w ust 1 pkt 3) powyżej, wynagrodzenie Wykonawcy zostanie podwyższone o wartość, o jaką wzrosną całkowite koszty wykonania Umowy ponoszone przez Wykonawcę, wynikającą ze wzrostu kosztów wykonawcy zamówienia publicznego oraz drugiej strony umowy o pracę lub innej umowy cywilnoprawnej łączącej wykonawcę zamówienia publicznego z osobą fizyczną nieprowadzącą działalności gospodarczej, wynikających z konieczności odprowadzenia dodatkowych składek od wynagrodzeń osób zatrudnionych na umowę o pracę lub na podstawie innej umowy*

cywilnoprawnej zawartej przez wykonawcę z osobą fizyczną nieprowadzącą działalności gospodarczej, a biorących udział w realizacji pozostałej do wykonania, w momencie wejścia w życie zmiany, części zamówienia przy założeniu braku zmiany wynagrodzenia netto tych osób.

5. W przypadkach, o których mowa w ust 1 pkt. 2) i 3), przed dokonaniem waloryzacji, Wykonawca winien złożyć Zamawiającemu pisemne oświadczenie o wysokości dodatkowych kosztów wynikających z wprowadzenia zmian, o których mowa w ust 1 pkt 2) i 3).

6. Waloryzacja wchodzić będzie każdorazowo w życie z dniem wejścia w życie zmian przepisów, o których mowa w ust 1 pkt 1) - 3).”

14. wykreślenie postanowień dotyczących kar umownych w zakresie konieczności zapłaty odszkodowań na rzecz podróżnych, przewoźników itp.
15. wykreślenie postanowień dotyczących przypadków naliczania kar umownych za „wszelkie naruszenia prawa i postanowień umownych, a zwłaszcza zaniedbania powstałe przy realizacji Umowy ze strony Wykonawcy, które spowodują lub mogą spowodować straty w ochranianym mieniu lub substancji budynków, a w szczególności zaniedbanie lub zaniechanie podjęcia działań mających na celu ochronę mienia Zamawiającego przed kradzieżą lub zniszczenie”;
16. zmianę postanowień dotyczących średniej minimalnej przepustowości na jednym stanowisku kontroli bezpieczeństwa poprzez określenie progu na poziomie 80-90 pasażerów na godzinę
17. zmianę postanowień dotyczących kar umownych w zakresie w jakim odnoszą się do przepisów Decyzji Komisji 774/2010 poprzez opisanie naruszeń stanowiących podstawę naliczenia kary umownej lub załączenie do treści SIWZ przedmiotowej Decyzji Komisji nr 774/2010;
18. zmianę postanowień poprzez doprecyzowanie pojęcia komunikatywny w odniesieniu do wymagania dotyczącego znajomości języka angielskiego przez pracowników;
19. wykreślenie postanowienia dotyczącego obowiązku uwzględnienia wartości apaszki i krawata w cenie oferty;
20. zmianę postanowień poprzez doprecyzowanie pojęcia podstawowy w odniesieniu do wymagania dotyczącego znajomości języka angielskiego przez pracowników.

Na posiedzeniu Odwołujący wycofał zarzuty oznaczone numerami 1, 2, 4, 5.2, 5.8, 9, 12 i 13.

## Sygn. akt KIO 1902/15

W dniu 31 sierpnia 2015 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Poczta Polska spółka akcyjna w Warszawie, Impel Security Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Gwarant Agencja Ochrony spółka akcyjna w Opolu (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- a) art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych oraz art. 353<sup>1</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - kodeks cywilny (Dz.U 2014 poz. 121 - dalej „k.c.”) w zw. z art. 14 i art. 139 Prawa zamówień publicznych oraz art. 144 Prawa zamówień publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który uniemożliwia ustalenie zakresu przedmiotu zamówienia, a zatem oszacowanie rzeczywistych kosztów realizacji zamówienia przez wykonawcę, Zamawiający nie wskazał bowiem precyzyjnie, ilu i jakich pracowników ochrony będzie wymagał od wykonawcy w trakcie realizacji zamówienia od wykonawcy, co więcej Zamawiający zastrzegł sobie możliwość dokonywania swobodnych zmian w przedmiocie zamówienia z 24-godzinnym wyprzedzeniem, jednocześnie zaś określił ogólną liczbę potrzebnych pracowników w sposób sprzeczny z danymi szczegółowymi, powyższe stanowi ponadto naruszenie zasady faktycznej równości stron umowy oraz słuszności kontraktowej, do których odsyła art. 353<sup>1</sup>k.c., gdyż umożliwia Zamawiającemu jednostronne modyfikowanie zakresu zobowiązania wykonawcy, a ponadto poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który umożliwia swobodną modyfikację przedmiotu umowy - Tabela nr 1 w załączniku Ia i Ib, pkt 1.6.i) 2.4, 2.5, 2.11 w załączniku nr Ia pkt 7.i), 2.4, 2.5 i 2.7 w załączniku nr Ib, Tabela nr 1 w załączniku nr 3a i 3b, § 6 ust 1 pkt 3 Załącznika nr 3a i 3b;
- b) art. 353<sup>1</sup> oraz art. 484 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 Prawa zamówień publicznych oraz pkt 8,10,11 i 12 załącznika nr 1 do ustawy z dnia 2 lipca 2002 r. - Prawo lotnicze (Dz.U. 2013, poz. 1393 - dalej „PrLotn”) oraz pkt 1.3, 1.4, 4.1, 5.1 załącznika do decyzji Komisji ustanawiającej szczegółowe środki w celu wprowadzenia w życie wspólnych podstawowych norm ochrony lotnictwa cywilnego nr 774 z dnia 13 kwietnia 2010 r., poprzez ustanowienie kar umownych, które przewyższają szkodę, jaką może ponieść Zamawiający, gdyż szkoda ta ograniczona jest do kar, jakie mogą zostać nałożone na Zamawiającego zgodnie z odpowiednimi przepisami, natomiast Zamawiający ustanawia kary daleko wyższe, ponadto Zamawiający ustanawia kary w sposób umożliwiający dochodzenia od wykonawcy dwukrotnie tych samych kar w odniesieniu do jednego wydarzenia, a także zastrzegł kary umowne, co do których nie została precyzyjnie określona przesłanka ich naliczenia, wreszcie nie zastrzegł limitu maksymalnej

wysokości kar umownych, którego mogą zostać naliczone w związku z realizacją zamówienia, co stanowi naruszenie zasady faktycznej równości stron umowy oraz słuszności kontraktowej, do których odsyła art. 353<sup>1</sup> k.c. - § 12 ust. 1 pkt l.a), l.d), l.e), l.g, pkt 2.a)-c), pkt 4.k) załącznika nr 3a oraz § 12 ust. 1 pkt 3.k) załącznika nr 3b;

- c) art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych oraz art. 144 Prawa zamówień publicznych oraz art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 Prawa zamówień publicznych poprzez odwołanie się w opisie przedmiotu zamówienia, do pisanych wielką literą Uchwał, Zarządzeń, Regulaminów oraz Instrukcji organizacyjnych przy jednoczesnym braku ich wskazanie lub zdefiniowania w treści SIWZ co uniemożliwia określenie przedmiotu zamówienia, a także umożliwia Zamawiającemu dowolną zmianę istotnych postanowień umowy poprzez zmianę wskazanych dokumentów lub wprowadzenie nowych dotyczących przedmiotu zamówienia, powyższe stanowi ponadto naruszenie zasady faktycznej równości stron umowy oraz słuszności kontraktowej, do których odsyła art. 353<sup>1</sup> k.c., gdyż umożliwia Zamawiającemu jednostronne modyfikowanie zakresu zobowiązania wykonawcy - pkt 1.6 o) oraz 2.2. d) Załącznika nr la oraz pkt 1.7.o) i 2.2.d) Załącznika nr lb oraz § 3 ust. 6 Załącznika nr 3 a i 3b;
- d) art. 29 oraz art. 26 i nast. ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (Dz.U. z 2014 r., poz. 1099 - dalej „Ustawa o ochronie”), poprzez zastrzeżenie w opisie przedmiotu zamówienia możliwości egzaminowania pracowników w zakresie znajomości przepisów o ochronie osób i mienia, a także procedur służby ochronnej oraz znajomości technik interwencyjnych i sprawności fizycznej, podczas, gdy pracownicy skierowani do realizacji przedmiotu zamówienia muszą spełniać wymagania nałożone bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, które zakładają konieczność znajomości tych regulacji i praktyk, zatem egzaminowanie ich przez Zamawiającego wkracza w materię zastrzeżoną dla administracji państwowej, co więcej Zamawiający zastrzegając sobie prawo domagania się obecności pracowników na egzaminach nie precyzuje zasad odpłatności za obecność pracowników wykonawcy na tych egzaminach - pkt 2.1. Załącznika nr la i lb;
- e) art. 58 § 2 k.c, w zw. z art. 353 k.c, w zw. z art. 14 i art. 139 Prawa zamówień publicznych, poprzez zastrzeżenie w opisie przedmiotu zamówienia możliwości odsunięcia pracownika wykonawcy od pełnienia pracy z nieprecyzyjnie wskazanych przyczyn, czyli z powodu nieodpowiedniej postawy wobec pasażera lub przełożonego, bez wskazania, co Zamawiający rozumie pod pojęciem nieodpowiedniej postawy, a także z dowolnej innej nieokreślonej przyczyny, co stanowi nadużycie pozycji Zamawiającego oraz naruszenie zasady faktycznej równości stron umowy oraz słuszności kontraktowej, do których odsyła art. 353<sup>1</sup>k.c., gdyż zastrzega Zamawiającemu możliwość dowolnego



- odsuwania pracowników wykonawcy od realizacji przedmiotu zamówienia - pkt 2.2.b) i pkt 2.2.j) Załącznika nr Ia i Ib;
- f) art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych oraz art. 58 § 2 k.c. w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 Prawa zamówień publicznych, poprzez nakazanie pracownikom wykonawcy dbania o zachowanie przepustowości w punkcie kontroli bezpieczeństwa, podczas, gdy z opisu przedmiotu zamówienia co do zasady wynika jedynie konieczność dbania o bezpieczeństwo osób i mienia, a nie analiza logistyki i funkcjonowania portu lotniczego, co więcej im szybsze ma być wykonywanie kontroli tym mniej będzie ono efektywne, zatem Zamawiający nakłada na wykonawców dodatkowe obowiązki niż wynikające z ogólnego opisu przedmiotu zamówienia, a obowiązki te pozostają w sprzeczności z uprzednio nałożonymi na wykonawcę i zależą od działań Zamawiającego, co sprawia, iż nie tylko doszło do nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, ale także do naruszenia zasady faktycznej równości stron umowy oraz słuszności kontraktowej, do których odsyła art. 353<sup>1</sup> k.c. - pkt 2.2.e), 2.7 oraz 2.10 Załącznika nr Ia, a także pkt 2.2.e) Załącznika nr Ib oraz § 3 ust. 7 Załącznika nr 3a;
- g) art. 31 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz.U. z 2014 poz. 1182 - dalej „u.o.d.o.”) w zw. z art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 14 i 139 Prawa zamówień publicznych, poprzez niewskazanie przetwarzanie jakich danych osobowych ma zostać powierzone wykonawcy - § 7 ust. 5 Załącznika nr 3a i 3b;
- h) art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych oraz art. 58 § 2 k.c. w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 Prawa zamówień publicznych, poprzez nałożenie na wykonawców niedookreślonych wymogów wykraczających poza przedmiot zamówienia, a związanych z koniecznością przedstawiania raportów dotyczących przygotowania do świadczenia usługi, podczas, gdy przedmiotem zamówienia jest objęte jedynie świadczenie, a nie przygotowanie do świadczenia, ponadto Zamawiający nie definiuje pojęcia przygotowania do świadczenia usługi, nie jest więc możliwe jednoznaczne ustalenie, czego dotyczy wskazany wymóg, ani też w jaki sposób wykonawca powinien go realizować - pkt 2.13.c) załącznika nr Ia oraz pkt 2.9.c) załącznika nr Ib;
- i) art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez nakazanie wykonawcom uwzględnienia w cenie ofertowej ubrań zapewnianych nieodpłatnie przez Zamawiającego, co jest zapisem niezrozumiałym, a jednocześnie uniemożliwia ustalenie sposobu obliczenia ceny ofertowej - pkt 3.2 fragment zawarty po tabeli Załącznika nr Ia i Ib;
- j) art. 29 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych oraz art. 58 § 2 k.c. w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 Prawa zamówień publicznych, poprzez nałożenie na wykonawcę kosztów związanych z dysponowaniem radiotelefonami, przy jednoczesnym zastrzeżeniu sobie dowolności w zmianie liczby radiotelefonów, co do których Zamawiający będzie

wymagał, by znajdowały się w dyspozycji wykonawcy, co umożliwił Zamawiającemu dowolne podnoszenie kosztów wykonania przedmiotu zamówienia uniemożliwiając prawidłowe ustalenie kosztów, a zatem i ceny ofertowej wykonawcom, a także potencjalnie narusza konkurencję, gdyż podmiot mający wiedzę o zakresie planowanych przez Zamawiającego zmian będzie miał możliwość precyzyjniejszego skalkulowania ceny, co stanowi naruszenie zasady faktycznej równości stron umowy oraz słuszności kontraktowej, do których odsyła art. 353<sup>1</sup> k.c., gdyż umożliwia Zamawiającemu jednostronne dokonywanie czynności, które zmieniać będą sytuację kontraktową wykonawcy jako jego kontrahenta - pkt 3.4 Załącznika nr 1a i 1 b,

- k) § 2 pkt 3 lit. a Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 16 grudnia 2013 roku w sprawie dokumentowania działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia (Dz.U. 2013 poz. 1739) w zakresie, w jakim Zamawiający nakazuje prowadzić dziennik zadań, podczas, gdy przepisy nakładają na wykonawcę prowadzącego specjalistyczną uzbrojoną formację ochrony obowiązek prowadzenia dziennika zmiany - § 5 ust. 4 Załącznika nr 3a i 3b;
- l) art. 96 k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 Prawa zamówień publicznych, poprzez zastrzeżenie, iż umocowanym do składania oświadczeń w imieniu wykonawcy będzie osoba inna niż umocowana zgodnie z przepisami ustawy lub na podstawie stosownego pełnomocnictwa, a więc umożliwienie składania wszelkich oświadczeń woli w imieniu wykonawcy w odniesieniu do Zamawiającego szeregowemu pracownikowi wykonawcy - § 9 ust. 2 Załącznika nr 3 a i 3b;
- m) art. 58 - § 2 k.c. w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 Prawa zamówień publicznych, poprzez nakazanie wykonawcy złożenia oświadczenia o zapoznaniu się z treścią instrukcji powierzanych urzędów, podczas gdy Zamawiający nie wskazał, że instrukcje te w ogóle wykonawcy przekaże, co stanowi naruszenie zasady słuszności kontraktowej, do której odsyła art. 353<sup>1</sup> k.c., gdyż zmusza wykonawcę do poświadczenia okoliczności niezgodnej z prawdą - § 9 ust. 3 zd. ostatnie Załącznika nr 3a;
- n) art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych oraz art. 58 § 2 k.c. w zw. z § 1 oraz art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 Prawa zamówień publicznych, poprzez nakazanie wykonawcy stosowania się do wszelkich dowolnych poleceń Zamawiającego, bez względu na okoliczność, czy są one zasadne, zgodne z przepisami i obejmują zadania wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia - § 10 ust. 3 Załącznika nr 3a i 3b;
- o) art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych oraz art. 58 § 2 oraz art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 Prawa zamówień publicznych, poprzez arbitralne zastrzeżenie sobie przez

Zamawiającego możliwości żądania zmiany osoby pracownika wykonawcy z przyczyn innych, niż nienależyte wykonanie czynności przez tego pracownika, w szczególności w sytuacjach, gdy Zamawiający subiektywnie „uzna” czynności pracownika za wadliwe, lub ustali, iż współpraca tego pracownika z pracownikami Zamawiającego, jakkolwiek nie nosząca znamion nie prawidłowej ze strony pracownika wykonawcy, jednak nie gwarantuje prawidłowego wykonania przedmiotu umowy, powyższe stanowi ponadto naruszenie zasady faktycznej równości stron umowy oraz słuszności kontraktowej, do których odsyła art. 353<sup>1</sup> k.c., gdyż umożliwia Zamawiającemu jednostronne modyfikowanie zakresu zobowiązania wykonawcy - § 17 ust. 3 załącznika nr 3a i 3b;

- p) art. 29 ust. 1 p.z.p., art. 14, art. 139 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 58 § 2 k.c., art. 473 § 1 k.c. poprzez zastrzeżenie dla Zamawiającego uprawnienia do rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym w oparciu o nieprecyzyjne przesłanki odstąpienia, tj. nieprecyzyjne sformułowanie „negatywna ocena działalności Zamawiającego, dokonana przez uprawnione podmioty zewnętrzne, mogąca mieć wpływ na działalność Zamawiającego, związana z działaniami Wykonawcy”, i które stanowią okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, a co najmniej może nie ponosić odpowiedzialności- § 14 ust, 8 pkt 4 załącznika nr 3a i 3b;
- q) art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, art. 139 § 1 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 353\* k.c. w zw. z art. 58 § 2 k.c., art. 473 § 1 k.c. poprzez zastrzeżenie dla Zamawiającego uprawnienia do rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym w oparciu o nieprecyzyjne przesłanki odstąpienia, tj. nieprecyzyjne sformułowanie „przerwanie realizacji Usługi”, i które stanowią okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności - § 14 ust 8 pkt 3 załącznika nr 3a i 3b;
- r) art. 29 ust. 1, art. 139 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 58 § 2 k.c., art. 473 § 1 k.c. poprzez zastrzeżenie dla Zamawiającego uprawnienia do rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym w razie użycia przez pracowników wykonawcy środków przymusu bezpośredniego (w szczególności siły fizycznej w postaci chwytów obeszładniających lub innych podobnych technik obrony) z naruszeniem obowiązujących przepisów prawa, a zatem z powodów innych niż nienależyte wykonanie Umowy podczas, gdy uprawnienie takie Zamawiający może zastrzec jedynie w razie użycia przez pracowników wykonawcy w ramach wykonywania Umowy środków przymusu bezpośredniego (w szczególności siły fizycznej w postaci chwytów obeszładniających lub innych podobnych technik obrony), z naruszeniem obowiązujących przepisów prawa - § 14 ust. 8 pkt 8 załącznika nr 3a i 3b

- s) art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 10 § 1 i 11 § 1 kodeksu pracy oraz w zw. z art. 22 Konstytucji RP poprzez wprowadzenie zakazu zatrudniania, w jakiegokolwiek formie, przez Wykonawcę pracowników Służby Ochrony Lotniska zatrudnionych w tym samym czasie przez Zamawiającego oraz zastrzeżenia na wypadek naruszenia wymienionego wyżej zakazu na rzecz Zamawiającego uprawnienia do odstąpienia od umowy i naliczania kar za odstąpienie od Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - § 9 ust. 10 zd. 1 załącznika nr 3a i 3b;
- t) art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 140 Prawa zamówień publicznych poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego możliwości zmiany Planu Ochrony, który statuuje podstawowy zakres usług wykonawcy, co może prowadzić do zmniejszenia albo rozszerzenia zakresu usług bez określenia warunków dokonania takiej zmiany, przy jednoczesnym obowiązku dostosowania zakresu usługi wykonawcy do zmienionego Planu Ochrony, co nie pozwala na przyjęcie, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a jednocześnie może prowadzić do sytuacji, że zakres świadczenia wykonawcy nie będzie tożsamy z zakresem świadczenia wykonawcy zawartym w ofercie;
- u) art. 29 ust. 1 p.z.p, poprzez nieprecyzyjne określenie zakresu świadczenia wykonawcy poprzez sformułowanie, „Przedmiot Umowy obejmuje realizację: (...) 2) zadań wynikających z ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (tj. Dz. U. z 2014 r. poz. 1099; dalej Ustawa o ochronie osób i mienia), 3) zadań wynikających z ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. nr 182, poz. 1228 ze zm.; dalej: Ustawa o ochronie informacji niejawnych) - § 1 ust. 5 załącznika 3a i 3b;
- v) art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 58 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „ZNKU”) poprzez zobowiązanie wykonawcę oraz osoby przez niego zatrudnione do utrzymania w tajemnicy, w okresie realizacji Przedmiotu Umowy, jak i po jego ustaniu, „*informacji oraz danych o Zamawiającym*”, w szczególności danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, oraz nie wykorzystywania ich w innych celach niż określone w Umowie.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o:

- a) nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ poprzez:
1. wykreślenie w Załączniku nr 1a do SIWZ pkt 1.6 (i)

2. wykreślenie w Załączniku nr 1a w tabeli w rzędzie drugim w kolumnie drugiej wskazania „od 2 do 18” i określenia liczby kwalifikowanych pracowników ochrony będących operatorem kontroli bezpieczeństwa, których wymaga Zamawiający;
3. wykreślenie w Załączniku nr 1a w tabeli w rzędzie trzecim w kolumnie drugiej wskazania „od 0 do 6” i określenia liczby kwalifikowanych pracowników ochrony będących operatorem kierunkowym albo pracownikiem sprawdzającym karty pokładowe („boarding”), których wymaga Zamawiający;
4. wykreślenie w Załączniku nr 1a w tabeli w rzędzie czwartym w kolumnie drugiej wskazania „od 3 do 25” i określenia liczby pracowników ochrony, których wymaga Zamawiający;
5. zmianę treści zdania pierwszego pkt 2.5 w Załączniku nr 1a i 1b i nadanie mu następującej treści: *„Obsada na zmianie w czasie obsługi operacji lotniczych wynosi 20 godzin na dobę”*;
6. zmianę treści zdania pierwszego pkt 2.11 w Załączniku nr 1a i pkt 2.7 w załączniku nr 1b i nadanie mu następującej treści: *„Wykonawca zapewnia w ramach stanowisk przewidzianych w Tabeli 1 możliwość delegowania osób do wykonywania innych doraźnych czynności, z zastrzeżeniem, że zadania te będą wyłącznie związane z ochroną portu lotniczego”*;
7. wykreślenie w Załączniku nr 1b w tabeli w rzędzie drugim w kolumnie drugiej wskazania „od 5 do 19” i określenia liczby kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, których wymaga Zamawiający;
8. wykreślenie w Załączniku nr 1b w tabeli w rzędzie czwartym w kolumnie drugiej wskazania „od 6 do 2 0\*” i określenia liczby pracowników ochrony, których wymaga Zamawiający;
9. zmianę treści § 1 ust. 7 załącznika nr 3a i 3b i nadanie mu następującej treści: *„Plan Ochrony może być zmieniany w oparciu o aktualną analizę zagrożeń. Taka zmiana Planu Ochrony będzie powodowała konieczność zmiany Umowy”*;
10. zmianę treści § 3 ust. 4 załącznika nr 3a i 3b poprzez wykreślenie jego ostatniego zdania;
11. zmianę treści tabeli nr 1 rząd drugi kolumna druga w załączniku nr 3a poprzez wykreślenie wskazania „od 0 do 6” i określenie liczby kwalifikowanych pracowników ochrony będących operatorem kierunkowym albo pracownikiem sprawdzającym karty pokładowe („boarding”), których wymaga Zamawiający,
12. zmianę treści tabeli nr 1 rząd trzeci kolumna druga w załączniku nr 3a poprzez wykreślenie wskazania „od 2 do 18” i określenia liczby kwalifikowanych pracowników ochrony będących operatorem kontroli bezpieczeństwa, których wymaga Zamawiający;

13. zmianę treści tabeli nr 1 rząd czwarty kolumna druga w załączniku nr 3a poprzez wykreślenie wskazania „od 3 do 25” i określenie liczby pracowników ochrony, których wymaga Zamawiający,
14. zmianę treści tabeli nr 1 rząd drugi kolumna druga w załączniku nr 3b poprzez wykreślenie wskazania „od 5 do 19” i określenie liczby kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, których wymaga Zamawiający,
15. zmianę treści tabeli nr 1 rząd trzeci kolumna druga w załączniku nr 3b poprzez wykreślenie wskazania „od 6 do 20” i określenie liczby pracowników ochrony, których wymaga Zamawiający,
16. zmianę § 12 ust. 1 załącznika nr 3a i wprowadzenie w nim następujących zmian:
  - i. zmianę wysokości kary umownej za naruszenie wskazane w l)a) do kwoty 500,00 zł;
  - ii. zmianę wysokości kary umownej za naruszenie wskazane w l)d) do kwoty 10.000,00 zł;
  - iii. zmianę wysokości kary umownej za naruszenie wskazane w l)e) do kwoty 10.000,00 zł;
  - iv. zmianę wysokości kary umownej za naruszenie wskazane w l)g) do kwoty 10.000,00 zł;
  - v. wykreślenie kary umownych wskazanych w 2.a) - c);
  - vi. wykreślenie kary umownej wskazanej w 4)k);
17. zmianę § 12 ust. 1 załącznika nr 3b wykreślenie kary umownej wskazanej w 3.k);
18. wykreślenia w załączniku nr 1a pkt 1.6.o) oraz pkt 2.2.d), w załączniku nr 1b pkt 1.7.o) oraz pkt 2.2.d), oraz zmianę § 3 ust. 6 zd. 1 Załącznika nr 3a i 3b i nadanie mu następującej treści: *„Wykonawca zobowiązany jest do wykonania Umowy przy zachowaniu należytej staranności, w szczególności przestrzegania przepisów o których mowa w § 1 ust. 5 Umowy”;*
19. wykreślenia w załączniku nr 1a i 1b pkt 2.1.;
20. wykreślenia w załączniku nr 1a i 1b pkt 2.2.b) i 2.2.j);
21. wykreślenie w załączniku nr 1a i 1b pkt 2.2,e) i 2.7 oraz w załączniku 1b pkt 2.10, a także w załączniku nr 3a i 3b § 3 ust. 7 zd. 2;
22. zmodyfikowanie § 7 ust. 5 załącznika nr 3a i 3b, poprzez wskazanie w jego treści danych osobowych, których przetwarzanie zostanie powierzone wykonawcy;
23. wykreślenie pkt 2.13 .c) załącznika nr 1 a i 1 b;
24. zmianę treści pkt 3.2 (po tabeli) załącznika nr 1a poprzez wykreślenie zdania drugiego tego punktu;

25. zmianę treści pkt 3.4 zd. 2 załącznika nr 1a i 1b i nadanie mu następującej treści: *Namawiający wymaga aby Wykonawca dysponował radiotelefonami przenośnymi w ilości 0sztuk*
26. zmianę treści § 5 ust. 4 i § 8 ust. 1 Załącznika nr 3a i 3b, poprzez zamianę odniesienia do dziennika zadań na odniesienie do dziennika zmiany;
27. zmianę treści § 9 ust. 2 Załącznika nr 3a i 3b i nadanie mu następującej treści: *„Wykonawca wyznacza Dowódcę Zmiany, jako osobę nadzorującą pracę osób realizujących Usługę. Osoba ta jest odpowiedzialna za przebieg służby na danej zmianie”;*
28. zmianę treści § 9 ust. 3 zd. ostatnie załącznika nr 3a i nadanie mu następującej treści: *„JPo podpisaniu umowy Zamawiający przekaze Wykonawcy instrukcje użytkowania urządzeń niezbędnych do wykonywania Przedmiotu Umowy, Wykonawca i jego pracownicy skierowani do realizacji Przedmiotu Umowy zobowiązani są niezwłocznie zapoznać się z treścią przekazanych instrukcji*
29. wykreślenie § 10 ust. 3 zd. 2 załącznika nr 3a i 3b;
20. wykreślenie § 17 ust. 3 zd. 1 załącznika nr 3a i 3b;
31. wykreślenie § 14 ust. 8 pkt 3, 4 i 8 załącznika nr 3a i 3b;
32. wykreślenie § 9 ust. 10 zd. 1 załącznika nr 3a i 3b;
33. zmianę treści § 1 ust. 7 załącznika nr 3a i 3b i nadanie mu następującej treści: *„Plan Ochrony może być zmieniany w oparciu o aktualną analizę zagrożeń. Taka zmiana Planu Ochrony będzie powodowała konieczność zmiany Umowy”;*
34. zmianę treści § 1 ust. 5 załącznika nr 3a i 3b poprzez doprecyzowanie jakiego rodzaju zadania określone w ustawie o ochronie osób i mienia oraz ustawie o ochronie informacji niejawnych wchodzi w zakres świadczenia wykonawcy;
35. Zmianę treści § 7 ust. 1 załącznika 3a i 3b poprzez zastąpienie sformułowania: *„Wykonawca oraz osoby przez niego zatrudnione - zarówno w okresie realizacji Przedmiotu Umowy, jak i po jego ustaniu - zobowiązują się do utrzymania w tajemnicy i bez uprzedniej pisemnej zgody Zamawiającego nie ujawniania osobom trzecim informacji oraz danych o Zamawiającym, w szczególności stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, oraz nie wykorzystywania ich w innych celach, niż określone w Umowie”* sformułowaniem *„Wykonawca oraz osoby przez niego zatrudnione - zarówno w okresie realizacji Przedmiotu Umowy, jak i po jego ustaniu - zobowiązują się do utrzymania w tajemnicy i bez uprzedniej pisemnej zgody Zamawiającego nie ujawniania osobom trzecim informacji oraz danych o Zamawiającym, które zostaną uznane przez Zamawiającego za poufne, o czym Zamawiający poinformuje wykonawcę, w szczególności informacji oraz danych o Zamawiającym stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, oraz nie wykorzystywania ich*

*w innych celach, niż określone w Umowie, do czasu ustaniu stanu poufności tych informacji i danych”;*

- b) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego zgodnie ze spisem przedstawionym na rozprawie.

#### **Sygn. akt KIO 1981/15**

W dniu 11 września 2015 r. wykonawca Stekop spółka akcyjna w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
- 2) art. 7 ust. 3 prawa zamówień publicznych poprzez dokonanie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 3) art. 22 ust. 1 pkt 2 prawa zamówień publicznych poprzez niedopuszczenie do udziału w postępowaniu Odwołującego, który spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,
- 4) art. 24 ust. 2 pkt 4 prawa zamówień publicznych poprzez jego zastosowanie w stosunku do Odwołującego w sytuacji, gdy Odwołujący spełnia warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu,
- 5) § 1 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej jako Rozporządzenie) poprzez jego błędną wykładnię i przyjęcie, że Odwołujący wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu może wykazać się jedynie usługami, których wartość w okresie ostatnich trzech lat przed terminem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przekracza kwoty określone przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, a w konsekwencji wykluczenie Odwołującego z postępowania.

W konsekwencji podniesionych zarzutów Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i w jej wyniku zaproszenie Odwołującego do złożenia oferty,



- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego (według rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź na rozprawie).

### **Sygn. akt KIO 2008/15**

W dniu 14 września 2015 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Poczta Polska spółka akcyjna w Warszawie, Impel Security Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Gwarant Agencja Ochrony spółka akcyjna w Opolu (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, art. 7 Prawa zamówień publicznych oraz art. 25 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych w zw. z § 3 ust. 1 pkt 3 w zw. z § 7 ust. 1 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013.231) poprzez wykluczenie Odwołującego z udziału w Postępowaniu z powodu rzekomego przedłożenia Zamawiającemu przez Odwołującego nie poświadczonego za zgodność z oryginałem zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że spółka Gwarant Agencja Ochrony S.A. nie zalega z opłacaniem podatków według stanu na dzień 2 czerwca 2015 roku, podczas gdy Odwołujący przedłożył takie zaświadczenie potwierdzone *zgodność* wraz z pismem przewodnim podpisanym przez osobę uprawnioną do reprezentacji Odwołującego, a tym samym uczynił zadość wezwaniu Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu skierowanemu do Odwołującego stosownie do art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych;
2. art. 65 k.c. w zw. z art. 14 Prawa zamówień publicznych poprzez pominięcie, przy dokonywaniu oceny odpowiedzi Odwołującego zawartej w piśmie z dnia 27 sierpnia 2015 roku na pismo Zamawiającego z dnia 26 sierpnia 2015 roku, faktu, że kopia zaświadczenia wydanego przez Naczelnika Opolskiego Urzędu Skarbowego z dnia 2 czerwca 2015 roku dla spółki Gwarant Agencja Ochrony S.A. została sygnowana *zgodność* i dołączona jako załącznik do pisma przewodniego Odwołującego z dnia 27 sierpnia 2015 roku stanowiącego odpowiedź na wezwanie Zamawiającego datowane na 26 sierpnia 2015 roku do uzupełnienia dokumentów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału, które zostało podpisane przez osobę umocowaną do reprezentacji

Odwołującego, tj. Pana P. S. .

W konsekwencji Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w Postępowaniu;
- b) dokonania ponownego zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty w Postępowaniu;
- c) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego zgodnie ze spisem przedstawionym na rozprawie;

Do postępowań odwoławczych skutecznie zgłosili przystąpienia:

- wykonawca Stekop spółka akcyjna w Warszawie, przystępujący do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1902/15 po stronie Odwołującego,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Konsalnet Ochrona spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i Konsalnet Security spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, przystępujący do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 1981/15 oraz KIO 2008/15 po stronie Zamawiającego.

Zamawiający nie uwzględnił żadnego z czterech odwołań i wnosił o ich oddalenie.

**II.** Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania, Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie, w którym wniesiono wszystkie cztery odwołania, połączone zarządzeniami Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do łącznego rozpatrzenia, w trybie przetargu ograniczonego. W dniu 21 sierpnia 2015 r. Zamawiający zaprosił wszystkich czterech odwołujących do składania ofert i przekazał im specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ). W związku z postanowieniami SIWZ zostały wniesione odwołania sygn. akt KIO 1897/15 i KIO 1902/15.

Następnie Zamawiający w dniu 4 września 2015 r. powtórzył badanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i poinformował o wykluczeniu z postępowania dwóch odwołujących. W związku z tą czynnością Zamawiającego zostały wniesione odwołania sygn. akt KIO 1981/15 i KIO 2008/15.

Ponieważ w postępowaniu, prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego czynność badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu powinna nastąpić przed zaproszeniem do składania ofert i przekazaniem wykonawcom SIWZ, Izba w pierwszej kolejności rozpoznała odwołania wniesione w związku z wykluczeniem odwołujących z postępowania, tj. odwołania sygn. akt KIO 1981/15 i KIO 2008/15.

Na wstępie Izba stwierdziła, że obaj odwołujący mają interes we wniesieniu odwołań, broniąc swojego statusu wykonawcy w postępowaniu. Wykluczenie ich z udziału w postępowaniu uniemożliwia dalsze ubieganie się o udzielenie zamówienia.

### **Sygn. akt KIO 1981/15**

Izba z urzędu dopuściła jako dowód w sprawie dokumentację postępowania sygn. akt KIO 874/15 oraz KIO 888/15, ponieważ w wyniku wyroku zapadłego w tych sprawach został ostatecznie ukształtowany opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Inne dokumenty przywołane w uzasadnieniu znajdują się w aktach niniejszego postępowania odwoławczego (w kopiach przekazanych przez Zamawiającego).

Na podstawie ogłoszenia, ogłoszenia o jego zmianie, po zapoznaniu się z wyrokiem sygn. akt KIO 874/15 oraz KIO 888/15 oraz wnioskiem Odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, Izba ustaliła, co następuje:

I tak, w celu ustalenia prawidłowości czynności Zamawiającego, polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania, na podstawie ogłoszenia, ogłoszenia o jego zmianie, po zapoznaniu się z wyrokiem sygn. akt KIO 874/15 oraz KIO 888/15 oraz wnioskiem Odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, Izba ustaliła, co następuje:

1. Zamawiający postanowił, że wykonawca w zakresie posiadanie niezbędnych do realizacji zamówienia wiedzy i doświadczenia, powinien wykazać się realizacją:

Dla części pierwszej zamówienia: „wykonał (lub wykonuje) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu co najmniej 3 usługi z zakresu ochrony osób i mienia, świadczone w obiektach podlegających obowiązkowej ochronie, zgodnie z art 5 ustawy z dnia 22,08,1997 r. o ochronie osób i mienia, przy czym okres każdej usługi w jednym obiekcie (w oparciu o jedną lub więcej umów) nie może być krótszy niż 24 miesiące, w tym:

a) minimum 1 (jedna) z wykazanych usług musi dotyczyć zapewnienia w trybie 24h na dobę przez 7 dni w tygodniu usługi ochrony osób i mienia w formie bezpośredniej ochrony fizycznej w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 22.08.1997 r. o ochronie osób i mienia, w obiekcie użyteczności publicznej o kubaturze minimum 30 000 m<sup>3</sup> i o wartości minimum 1 000 000,00 PLN netto, oraz

b) minimum 2 (dwie) z wykazanych usług muszą dotyczyć zapewnienia w trybie 24h na dobę przez 7 dni w tygodniu usługi ochrony osób i mienia w formie bezpośredniej

ochrony fizycznej w rozumieniu przepisów art. 5 ustawy z dnia 22.08.1997 r. o ochronie osób i mienia, obszarów, obiektów lub urządzeń podlegających obowiązkowej ochronie o wartości minimum 1 000 000,00 PLN netto każda”.

Dla części drugiej zamówienia: „wykonał (lub wykonuje) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co najmniej 3 usługi z zakresu ochrony osób i mienia, świadczone w obiektach podlegających obowiązkowej ochronie, zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 22.08.1997 r. o ochronie osób i mienia, przy czym okres każdej usługi w jednym obiekcie (w oparciu o jedną lub więcej umów) nie może być krótszy niż 24 miesiące, w tym:

- a) minimum 1 (jedna) z wykazanych usług musi dotyczyć zapewnienia w trybie 24h na dobę przez 7 dni w tygodniu usługi ochrony osób i mienia w formie bezpośredniej ochrony fizycznej w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 22.08.1997 r. o ochronie osób i mienia, w obiekcie użyteczności publicznej o kubaturze minimum 30 000 m<sup>3</sup> i o wartości minimum 1 000 000,00 PLN netto, oraz
- b) minimum 2 (dwie) z wykazanych usług muszą dotyczyć zapewnienia w trybie 24h na dobę przez 7 dni w tygodniu usługi ochrony osób i mienia w formie bezpośredniej ochrony fizycznej w rozumieniu przepisów art. 5 ustawy z dnia 22.08.1997 r. o ochronie osób i mienia, obszarów, obiektów lub urządzeń podlegających obowiązkowej ochronie o wartości minimum 1 000 000,00 PLN netto każda”.

„W przypadku ubiegania się o zamówienie na obie części, spełnienia warunków nie można wykazać przez powołanie się na tą samą usługę o wartości 1 000 000 min zł, co oznacza, że wartość pojedynczej usługi wystarczającej dla spełnienia danego warunku w obu częściach łącznie musi wynosić minimum 2 000 000 PLN netto każda.

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku Wykonawcy zobowiązani są do złożenia wykazu głównych usług (dla każdej części, o którą ubiega się wykonawca) wykonanych/ wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie; wzór wykazu stanowi załącznik nr 4a i 4b do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu”.

2. Odwołujący składając wniosek o dopuszczenie do udziału (w obu częściach postępowania), w załączonym do wniosku wykazie wskazał trzy usługi (czyli jedną usługę więcej ponad wymagania Zamawiającego). Zgodnie z Załącznikiem nr 4b do wniosku Odwołujący wskazał: 1) usługę wykonaną na rzecz ELEWARR sp. z o.o., której wartość wynosi ponad 300 000 zł netto, realizowaną w okresie od dnia 01.05.2005 r. do chwili obecnej, 2) usługę wykonaną na rzecz PIT-RADOWAR S.A., której wartość wynosi ponad

1 000 000 zł netto, realizowaną w okresie od dnia 13.11.2011 r. do dnia 12.12.2014 r., 3) usługę wykonaną na rzecz MĘSKO S.A., której wartość wynosi ponad 2.000.000 zł netto, realizowaną w okresie od dnia 30.04.2004 r. do chwili obecnej.

3. Zamawiający, po powtórным badaniu wniosków, wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, ponieważ doświadczenie, którym się on legitymuje, co do wartości lub długości świadczenia wykracza poza trzyletni okres przed terminem składania wniosków. Z powyższym nie zgodził się Odwołujący i wniósł odwołanie.

Analizując podniesione zarzuty odwołania, Izba stwierdziła, że różnica w stanowiskach stron sprowadzała się do tego, czy można zaliczyć, jako posiadanie odpowiedniego doświadczenia zawodowego, okres wykraczający poza trzy lata przed terminem składania wniosków. Zdaniem Zamawiającego - nie, co było ostatecznym powodem wykluczenia Odwołującego z postępowania. W ocenie Izby jednak Zamawiający nie ma racji. Z opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu wynikało, że określone usługi (których zakres przedmiotowy nie był sporny) musiały mieć określoną wartość (spełnienia czego Zamawiający nie kwestionował) i trwać nie krócej, niż 24 miesiące oraz być wykonane/wykonywane w okresie trzech lat przed terminem składania wniosków. Zasadniczo spór ograniczał się jedynie do tej ostatniej kwestii - czy usługi wykonywane znacznie dłużej, niż 24 miesiące, ale których czas wykonania rozpoczął się dużo wcześniej, i zakończył się, co prawda, w okresie trzyletnim przed terminem składania wniosków, ale w trakcie tych trzech lat usługa trwała krócej, niż 24 miesiące - czy takie usługi mogą być brane pod uwagę jako wymagane doświadczenie. Zdaniem składu orzekającego, w żaden sposób nie wynika z opisu warunku taki wymóg, jak chce Zamawiający - aby warunek udziału w postępowaniu spełniały jedynie usługi trwające co najmniej 24 miesiące w trzyletnim okresie poprzedzającym termin składania wniosków. Jeżeli taka była intencja Zamawiającego, to nie została ona wyrażona w opisie warunku (poza oceną pozostaje, czy taki opis byłby zgodny z przepisami Prawa zamówień publicznych).

Jednoznacznie w odniesieniu do usług ciągłych orzecznictwo przyjmuje, że określenie „wykonanie usług” oznacza, że usługi mają być zakończone w okresie trzyletnim przed terminem składania wniosków/ofert. Data rozpoczęcia ich świadczenia nie ma znaczenia; dla zbadania, kiedy zostały „wykonane” konieczne jest ustalenie daty zakończenia wykonywania usługi. Izba w pełni podziela poglądy wyrażone w przywołanych w odwołaniu orzeczeniach, opierających się na interpretacji § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 19 lutego 2013 r.) - KIO 1725/11, KIO 2563/11.

Nie można się zgodzić z argumentacją Zamawiającego, prezentowaną w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie, że powyżej opisane stanowisko odnośnie terminu wykonywania usług nie może go dotyczyć, bowiem jest on zamawiającym sektorowym, i stosuje przepis art. 138 c ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, a więc - zdaniem Zamawiającego - nie stosuje przepisów rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Nawet, gdyby ten pogląd podzielić, to Zamawiający w ogłoszeniu użył dokładnie takich samych sformułowań, jak w rozporządzeniu w § 1 ust. 1 pkt 3 - a w ocenie Izby nie można dopuszczać do sytuacji, gdy identyczne sformułowania (w tym przypadku: w ogłoszeniu, SIWZ i w obowiązujących przepisach rozporządzenia) będą inaczej interpretowane, w zależności, czy wynikają z recepcji przepisu rozporządzenia, czy pochodzą z innego źródła (są własną inwencją Zamawiającego).

Nie można również zaakceptować poglądu Zamawiającego, że w postępowaniu sygn. akt KIO 888/15 Odwołujący wyraził pogląd, który mógł wskazywać, że rozumie opis warunku tak, jak chce obecnie Zamawiający. Nawet gdyby uznać, że tak było (z czym Odwołujący na rozprawie w niniejszym postępowaniu odwoławczym się nie zgadzał, wskazując, że w poprzednim postępowaniu jego argumentacja odnosiła się do innej kwestii - równoczesności świadczenia kilku usług), to nie można byłoby takiego stanowiska uznać za przesądzające dla interpretacji postanowień ogłoszenia i SIWZ w zakresie opisu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. O interpretacji warunku przesądza bowiem jego opis, a nie poglądy, jakie odnośnie tej interpretacji miały Strony w poprzednich postępowaniach odwoławczych (co może mieć jedynie walor pomocniczy, informacyjny). Dla rozstrzygnięcia niniejszego odwołania istotne jest wyłącznie to, że w odniesieniu do kwestii, czy wymagane 24 miesiące trwania usługi musi się mieścić w okresie trzech lat przed terminem składania ofert, w odwołaniach sygn. akt KIO 874/15 i KIO 888/14 nie podnoszono zarzutów, a więc wydane wcześniej orzeczenie nie zawierało rozstrzygnięcia w tym zakresie.

Niezależnie od wcześniejszych argumentów, Zamawiający zauważał ponadto, że inna jest wartość doświadczenia nabytego w czasie wykonywania usługi o określonej wartości, np. 1 000 000 zł, jeżeli trwa ona np. 10 lat, a inna - jeżeli trwa 24 miesiące. Jest to oczywiste, jednak wymogu odnośnie średniorocznej wartości wykonywanych usług (czy danej usługi) Zamawiający nie postawił, dlatego powyższy argument również nie ma znaczenia dla oceny sytuacji wykonawcy w postępowaniu.

W konsekwencji Izba doszła do wniosku, że Zamawiający nieprawidłowo wykluczył Odwołującego z postępowania, czym naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych. W konsekwencji Izba nakazała unieważnienie decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

## Sygn. akt KIO 2008/15

W niniejszej sprawie stan faktyczny nie był sporny: Odwołujący nie dołączył do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wymaganego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego. Wezwany do uzupełnienia dokumentów, przy piśmie z dnia 27 sierpnia 2015 r. złożył kopię zaświadczenia. Oryginał pisma wraz z załączoną kolorową kopią zaświadczenia Zamawiający okazał Izbie do wglądu na rozprawie. Izba na tej podstawie ustaliła, że na tymże piśmie znajduje się adnotacja Zamawiającego o dacie jego złożenia - wpłynęło 31 sierpnia 2015 r. Pismo jest trzystronicowe, bez numeracji stron. Pierwsze dwie strony są parafowane, a na trzeciej stronie, pod treścią pisma, został umieszczony podpis osoby uprawnionej do reprezentacji. W treści pisma wskazano, że w odpowiedzi na wezwanie, Odwołujący składa zaświadczenie wydane przez naczelnika urzędu skarbowego. Do pisma załączono kolorową kopię zaświadczenia – dwie strony, na osobnych kartach. Na pierwszej stronie widnieje pieczęć o treści „za zgodność”. Innych adnotacji, paraf, podpisów na zaświadczeniu brak.

Wobec powyższego, Zamawiający w dniu 4 września 2015 r. wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. Informując o decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, Zamawiający zauważył, że z uwagi na wykluczenie, wcześniejsza czynność zaproszenia do składania ofert jest bezskuteczna. Z powyższą decyzją nie zgodził się Odwołujący, w związku z czym wniósł rozpatrywane odwołanie.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, co do którego Strony były zgodne, jednak przypisywały mu odmienne skutki prawne, Izba stwierdziła, że nie doszło do wskazywanych w odwołaniu naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych. Izba w całości podzieliła stanowisko Zamawiającego: z samego faktu załączenia wymaganego dokumentu do pisma, złożonego w odpowiedzi na wezwanie, nie można domniemywać, że zaświadczenie jest wystarczające do stwierdzenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, ani, że zostało złożone w przepisanej formie. Gdyby zaakceptować taki pogląd, wystarczyłoby przedłożenie, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, jakiegokolwiek dokumentu, w dowolnej formie. Ustawodawca dopuszcza potwierdzanie kopii dokumentów za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, nie precyzując, w jaki sposób można tego dokonać. Wystarczające jest zatem wyrażenie woli w tym zakresie przez wykonawcę i złożenie podpisu pozwalającego na jego identyfikację na tym dokumencie. Można byłoby rozważyć, czy powyższe elementy mogłyby zostać wyrażone w piśmie przewodnim, jednak w tym wypadku tak się nie stało - z pisma przewodniego złożonego przez wykonawcę wynika, że składa on oryginał zaświadczenia. Z kolei na kopii załączonego zaświadczenia brak jakiegokolwiek podpisu wykonawcy. Dlatego nie można przyjąć, że zaświadczenie

zostało złożone w wymaganej formie - tj. oryginału albo kopii dokumentu potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie przedłożył kopię dokumentu, która nie została przez niego potwierdzona za zgodność z oryginałem. W takiej sytuacji w ocenie składu orzekającego niemożliwe jest kolejne wezwanie - ponawiania wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych sprowadzałoby się do wzywania „do skutku”, co naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców. Dlatego Zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca nie wykazał, że nie podlega wykluczeniu, i w konsekwencji prawidłowo wykluczył Odwołującego z postępowania.

Na powyższą ocenę nie ma wpływu, że Zamawiający uprzednio uznał, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, i zaprosił go do składania ofert. Zamawiający może zweryfikować własną, wcześniej dokonaną czynność, jeżeli dojdzie do wniosku, że była wadliwa. W rezultacie należy przyjąć, że Zamawiającym, że czynność zaproszenia do składania ofert, będąca następstwem wcześniejszego wadliwego uznania, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, była bezskuteczna.

#### **Sygn. akt KIO 1897/15**

W odpowiedzi na zarzuty podniesione w odwołaniu, Zamawiający, odnosząc się kolejno do (niewycofanych) zarzutów odwołania wskazywał, że:

„Zarzut nr 3 dotyczący naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 dotyczy zaniechania, które zostało uzupełnione w drodze czynności wyjaśnień treści SIWZ zgodnie z art. 38 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał sposób oceny ofert w przywoływanym kryterium, tym samym odwołanie nie dotyczy naruszenia, które nie może mieć jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania. Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w zakresie tego zarzutu na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Zarzut nr 5.1) dotyczący odwołania się do Planu Ochrony Lotniska i przepisów wewnętrznych zamawiającego w OPZ jest niezasadny. Zgodnie z art. 138c ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp zamawiający może zobowiązać wykonawców do zachowania poufnego charakteru przekazywanych informacji. Plan ochrony lotniska jest dokumentem niejawnym i zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnej nie może być udostępniany w inny sposób niż w kancelarii tajnej. Zamawiający wskazał na taki sposób zapoznania się z Planem w rozdziale VII pkt 7 SIWZ. Postanowienie to nie zostało objęte odwołaniem. Zarzut nieudostępnienia dokumentów jest natomiast w świetle powyższego oczywiście bezzasadny. Ponadto sformułowany zarzut dotyczy naruszenia art 29 ust. 1 i 2, Przepisy te w żaden sposób nie odnoszą się do udostępniania OPZ lecz do jego sporządzania. Tym samym nie mogą być naruszone poprzez wymóg by zapoznanie się z niektórymi



(niejawnymi) dokumentami składającymi się na OPZ miało miejsce w szczególnych warunkach. Odwołanie się do przepisów wewnętrznych w tym uchwał, zarządzeń, Regulaminów i Instrukcji oraz tym podobnych dokumentów wskazuje na konieczność realizacji zamówienia zgodnie z prawem wewnętrznym. Podobnie jak w przypadku aktów prawa powszechnie obowiązującego w opisie przedmiotu zamówienia niemożliwe jest opisanie wszystkich stanów prawnych, które mogą wystąpić w toku realizacji zamówienia.

Ponadto w części przywoływanych przez Odwołującego postanowień SIWZ akty te nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia. Np. Obowiązkiem wykonawcy wyrażonym w pkt 2.13 lit i) zał 1a i 1b do SIWZ jest zapoznanie pracowników z ich treścią. Konieczność i sposób jego wypełnienia nie wynika więc z treści aktów.

Zarzut nr 5.3 dotyczący wyznaczenia jednego terminu wizji lokalnej oraz braku możliwości zapoznania się z Programem Ochrony Lotniska i naruszenia wskutek powyższego art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Zarzut ten jest bezzasadny. Wizja lokalna to w rozumieniu przepisów ustawy Pzp zebranie wykonawców, o którym mowa w art. 38 ust. 3 ustawy. Naruszenie art. 29 przy jej ustanawianiu jest więc niemożliwe. Przepis ten nie odnosi się do wizji lokalnej. Ani art. 29 ani żaden inny przepis nie stanowi o obowiązku ustalenia wizji lokalnej w terminach wskazywanych przez wykonawców. Brak więc przepisu, który mógłby naruszyć zamawiający w przywoływanych postanowieniach SIWZ. Co więcej art. 38 ust. 3 jednoznacznie wskazuje na „zebranie wykonawców” w liczbie pojedynczej. Ustanawiając jeden termin wizji lokalnej zamawiający zachował się więc zgodnie z tym przepisem. Nietrafna jest także ta część zarzutu, że zamawiający nie udostępnił Planu Ochrony Lotniska. W odpowiedzi na zarzut 5.1 zamawiający przywołał postanowienia SIWZ wskazujące na zasady zapoznawania się z tym Planem. Zamawiający zwraca uwagę, że SIWZ nie ogranicza do zapoznawania się z Planem wyłącznie do czasu wizji lokalnej.

Zarzut nr 5.4 dotyczący naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 387 Kc poprzez wskazanie że w „uzasadnionych przypadkach” zamówienie na obsadę stanowisk może być złożone z wyprzedzeniem 24 godzinnym jest nieuzasadniony gdyż, sformułowany wymóg jest dokładny jednoznaczny zrozumiały i wyczerpujący, a poza tym identyczny dla wszystkich. Nie narusza więc żadnej normy art. 29 ust 1 i 2. Jest też możliwy do spełnienia i nie mieści się w pojęciu świadczenia niemożliwego w rozumieniu art. 387 który dotyczy wyłącznie obiektywnej niemożliwość świadczenia. Świadczenie jest obiektywnie niemożliwe do wykonania, jeśli nie może go spełnić nie tylko jeden wykonawca, ale każdy. Jak słusznie podkreśla Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 18 marca 2013 r. (sygn. akt: I ACa 872/12): Świadczeniem niemożliwym określa się świadczenie nie dające się urzeczywistnić, inaczej niewykonalne, tj. takie które jest obiektywnie niemożliwe - gdy nie może go spełnić nie tylko dłużnik, ale każda inna osoba. Brak odwołań innych wykonawców w tym zakresie pośrednio potwierdza że w ich ocenie świadczenie to jest możliwe do

spełnienia. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, że spełnienie świadczenia jest niemożliwe. Zamawiający wskazuje, że lotnisko jest miejscem wykonywania zamówienia, w którym nie sposób przewidzieć wszelkich sytuacji, które mogą się wydarzyć. Stąd profesjonalny wykonawca musi być gotów do szybkiej reakcji na nietypowe sytuacje. Uzasadnione przypadki, co wynika z samego kontekstu w którym pojęcie zostało użyte to przypadki inne niż przewidywalne i typowe, ujmowane w comiesięcznych zamówieniach na obsadę stanowisk.

Żądanie szybkiego działania w „uzasadnionych przypadkach” zostało użyte właśnie w opozycji do standardowych planów obsady stanowisk. W ocenie zamawiającego jest to taki zakres ryzyka, prawidłowej realizacji umowy, który bez naruszenia prawa zamawiający może przenieść na wykonawcę. Żądanie wykonawcy by zamawiający definiował w opisie przedmiotu zamówienia pojęcia języka codziennego takie jak „uzasadniony” wykracza poza prawo do korzystania ze środków ochrony prawnej gdyż zamawiający nie ma obowiązku wprowadzania definicji pojęć językowo zdefiniowanych.

Zarzut 5.5 dotyczący delegowania osób do innych czynności. Zamawiający wskazuje na nietrafność zarzutu. Zakres delegacji opisany w § 3 ust. 9 zał 1a oraz 3 ust 7 zał 1b, jest ściśle określony. Po pierwsze - delegowanie może dotyczyć wyłącznie czasu wykonywania czynności przez daną osobę. Po drugie - wyłącznie do czynności ochrony Portu Lotniczego a więc zbliżonych do tych, które osoba wykonuje stale (objętych przedmiotem zamówienia), a także w granicach Portu Lotniczego, po trzecie do czynności doraźnych, a więc krótkotrwałych. Osoba delegowana wykonując wskazane jej czynności doraźne nie wykonuje w tym czasie czynności zasadniczych na jej stanowisku. Wynagrodzenie z tego tytułu nie jest ani pomniejszane ani powiększane, a więc krótkotrwałe oddelegowanie nie wpływa na koszty wykonawcy. Nie sposób uznać za niedopuszczalną konstrukcji umownej, która dopuszczana jest nawet rygorystycznych przepisach kodeksu pracy, który takie oddelegowanie uznaje za dopuszczalne. Zamawiający nie przekroczył więc zasady obowiązku współpracy przy realizacji umowy. W ocenie zamawiającego współpracy takiej stara się unikać Odwołujący żądający by jakiegokolwiek ryzyka wynikające z realizacji umowy w miejscu będącym w ciągłym użytkowaniu przez osoby postronne go nie obciążały. Usługa ochrony nie może ograniczać się do wykonywania czynności ściśle wskazanych. Jej celem jest bowiem zapewnienie bezpieczeństwa ochranianemu obiektowi. Próba niedostrzegania tego celu stoi w sprzeczności z cywilistycznymi zasadami współpracy przy realizacji umów i osiągnięcia raczej celu umów niż ich literalnego wykonania.

Zarzut 5.6 jest bezzasadny i wewnętrznie niespójny. W zakresie argumentacji prawnej wskazano na naruszenie art. 29 ust 1 i 2 oraz art. 7 do którego doszło zdaniem odwołującego w treści SIWZ. Podobnie jak w przypadku innych objętych analogicznym zarzutem postanowień SIWZ także ten wymóg specyfikacji jest dokładny jednoznaczny

zrozumiały i wyczerpujący, a poza tym identyczny dla wszystkich. Nie narusza więc żadnej normy art. 29 ust 1 i 2.

W uzasadnieniu faktycznym Odwołujący wskazuje, że do naruszenia zasady równego traktowania może dojść w przyszłości. Odwołanie nie może dotyczyć okresu realizacji umowy lecz postępowania o jego udzielenie. Domniemania obaw równego traktowania wykonawców w toku realizacji umowy są bezpodstawne, nieudowodnione i niezrozumiałe. Dotycząc zdarzenia przyszłego nie mogą być na podstawie gołosłownych twierdzeń uznane za zasadne. Zamawiający nie zamierza różnicować swoich zachowań w zależności od tego który z wykonawców uzyska zamówienie. Przewidziane egzaminy mają zapewnić utrzymanie stałego, wysokiego poziomu wykonywania zamówienia, co przy zmienności otoczenia prawnego, zatrudnianiu nowych osób i wrażliwości czynności polegających na pracy z pasażerami jest w pełni uzasadnione i nie zabronione jakimkolwiek przepisem prawa. Przewidzianych czynności zamawiającego nie można mylić z uprawnieniem ustawowym co zdaje się sugerować Odwołujący. Zamawiający poprzez postanowienia umowy zapewnia sobie jedynie prawo do stałej oceny kwalifikacji osób które ją wykonują.

Zarzut 5.7. Odwołujący podobnie jak w zarzucie nr 5.4 domaga się by zamawiający definiował w opisie przedmiotu zamówienia pojęcia języka codziennego takie jak lekceważenie, brak umiejętności pracy w grupie, nieodpowiednia postawa wobec pasażera. Zamawiający nie ma obowiązku wprowadzania definicji pojęć językowo zdefiniowanych i jasnych nie tylko dla profesjonalnego uczestnika rynku lecz dla każdego. Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, w którym definiowano by na jego potrzeb każde słowo jest niewykonalne. Taka wykładnia art. 29 w której nakładano by na zamawiającego sugerowany obowiązek byłaby wykładnią prowadzącą do absurdu i niemożności wywiązania się z obowiązku. Wykładnia prawa, prowadzona w ten sposób jest niedopuszczalna i poddana stałej krytyce orzeczniczej. Z kolei stan wskazujący na spożycie alkoholu jako zdefiniowany w przepisach prawa nie wymaga definicji tym bardziej. Znajomość prawa powinna także Odwołującemu wskazać, że skoro zabronione jest mniej to tym bardziej zabronione jest więcej, a więc także stan nietrzeźwości uprawnia do podjęcia wskazanych w SIWZ kroków. Nie można też domagać się od zamawiającego by wskazał w SIWZ jako jedyne akty, do których przestrzegania są obowiązani pracownicy, akty obecnie obowiązujące. Użycie sformułowania ogólnego wskazuje że chodzi o akty zarówno przyszłe jak i obecne. Zamawiający wskazuje też że pracownicy muszą je znać, a obowiązek zapoznawania z nimi wszystkich pracowników nakłada na wykonawcę postanowienie 2.13 lit i) zał 1a i 1b) do SIWZ.

Zarzut 5.9. Odwołujący nie wskazuje, jaki przepis jego zdaniem naruszył zamawiający wskazując jedną przyczynę jako możliwą podstawę zarówno odstąpienia od umowy jak i jej natychmiastowego rozwiązania. Nie sposób uznać, że doszło poprzez takie sformułowanie

umowy do naruszenia art. 29 ustawy, gdyż przepis ten dotyczy opisu przedmiotu, a nie sposobu realizacji umowy. Jest także jednoznaczny zrozumiący i wyczerpujący oraz z identycznym skutkiem dla wszystkich wykonawców, a więc naruszenie zarówno ust.1 jak i ust. 2 wspomnianego artykułu nie ma miejsca. Zamawiający zwraca także uwagę, że obowiązek jednoznacznego opisanie przedmiotu zamówienia nie oznacza braku możliwości wyboru sankcji umownych za jej naruszenia. Postanowienia umów, że sankcja będzie nakładana wedle wyboru strony z katalogu sankcji zawartych w umowie są stałą praktyką w umowach cywilnoprawnych w tym umowach o zamówienie publiczne. Przywoływane postanowienia wzoru umowy nie przewidują dublowania sankcji. Przewidują jedynie wybór jej rodzaju przez stronę, która jest poszkodowana działaniem drugiej ze stron. Jest to sformułowanie jednoznaczne i nie może budzić wątpliwości co do takiej możliwości. Odwołujący domagając się zmiany w/w postanowień nadaj w ocenie zamawiającego pojęciu jednoznaczny inne znaczenie niż wskazują na to definicje językowe zgodnie z którymi słowo to oznacza nie budzący wątpliwości co do zrozumienia. Prawo wyboru sankcji przez poszkodowanego nie narusza przepisów o jednoznaczności OPZ.

Zarzut 6 Wysokość kar umownych objętych odwołaniem została ustalona adekwatnie do szkody jaką może ponieść zamawiający w wyniku zdarzeń, których kary dotyczą. Odstąpienie od umowy lub nie podjęcie lub opóźnienie w rozpoczęciu realizacji umowy skutkuje koniecznością zamknięcia portu lotniczego. Brak wykonywania usług ochrony zarówno w zakresie kontroli osób jak i kontroli dostępu (cz. 1 i 2) uniemożliwia w sposób bezwzględny prowadzenie działalności portu. Oznaczać to będzie konieczność zapłaty kar umownych przewoźnikowi a także może skutkować zaprzestaniem przez przewoźnika wykonywania lotów do Portu Warszawa - Modlin. Jest powszechną informacją, że jedynym przewoźnikiem który stale obsługuje połączenia z tego portu jest Ryanair. Rezygnacja z wykonywania tych połączeń może oznaczać całkowite zamknięcie portu na co z powodów oczywistych zamawiający nie może się zgodzić.

Kara umowna pełni rolę zabezpieczenia umowy i jej wykonania oraz pełni zarazem funkcję odszkodowawczą. W przypadku umowy zawieranej wskutek postępowania objętego odwołaniem zamawiający nawet mimo tak wysokiej kary umownej nie osiągnie odszkodowania równego ewentualnej szkodzie powstałej wskutek zamknięcia lotniska, wywołanej naruszeniem, za które karę ustalono. Może za to osiągnąć efekt zabezpieczenia, tj zapobieżenia naruszeniom całkowicie niemożliwym do zaakceptowania z opisanych wyżej przyczyn. Takie ustalenie kary umownej nie jest więc rażąco wygórowane odpowiadając skutkom jakie naruszenie umowy może wywołać. Niewłaściwe jest przy tym ustalenie kary w sposób proponowany przez Odwołującego tj jako pewien (niewielki) procent od wartości umowy. Szkody zamawiającego z tytułu naruszeń (braku realizacji) tej umowy to szkody których związek z wynagrodzeniem umownym jest niewielki. Faktyczny brak

ochrony(kontroli osób i kontroli dostępu) powoduje skutki dalece przekraczające wynagrodzenie za świadczenie usług ochrony tj realne ryzyko trwałego zamknięcia lotniska. Zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego z 14 lipca 1976 r., (I CR 221/76, OSNCP 1977, nr 4, poz. 76) kara umowna może być rażąco wygórowana gdy szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czyli zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary. Taka sytuacja nie ma miejsca w niniejszym postępowaniu. Zamawiający zwraca także uwagę, że wysokość kary umownej jest składnikiem swobody kontraktowania, Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z dnia 14 maja 2013 r. (I ACa 174/13) wskazał, że istota kary umownej uregulowanej w art. 483 § 1 k.c. wyraża się w tym, iż zarówno samo jej zastrzeżenie jak i szczegółowe jej uregulowanie zależą od umownego uznania i ułożenia przez strony. Ma do niej zatem w pełni zastosowanie zasada swobody umów (tak samo wyrok Sądu Najwyższego z 20 maja 1998 r., I CKN 671/97). Także Sąd Apelacyjny w Lublinie w wyroku z dnia 14 listopada 2012 r. (I ACa 437/12) stwierdził: „Kara umowna jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wprowadzanym do umowy w ramach swobody kontraktowania, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązania”. Swoboda ta nie została naruszona, a ze względu na równowagę konsekwencji jakie poniesie zamawiający poprzez wskazane naruszenia umowy przez wykonawcę z wysokością kar umownych. Na taki sposób postrzegania kar umownych jako właściwy także wskazuje orzecznictwo – np. Sąd Okręgowy w Opolu w wyroku z dnia 23 lipca 2013 r. (Sygn. akt IC 247/12), który wskazał: „Wbrew swej nazwie kara umowna nie jest karą w ścisłym tego słowa znaczeniu (ius puniendi), lecz jedynie zastrzeżoną sankcją cywilnoprawną na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania.

Jednocześnie zamawiający zwraca uwagę, że okoliczności wskazujące na niemożność rozpoczęcia realizacji umowy na które wskazuje odwołujący to okoliczności tożsame z przedstawionymi w zarzucie 5.2. Jak wskazujemy w odpowiedzi na ten zarzut, SIWZ w tym zakresie został zmodyfikowany wskutek odpowiedzi na pytania wykonawców, stąd zarzut w tej części jest niezgodny ze stanem faktycznym i jego uwzględnienie nie powinno mieć miejsca ze względu na art. 192 ust 2 ustawy Pzp.

Zarzut 7. Zamawiający w drodze czynności wyjaśnień treści SIWZ zgodnie z art. 38 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał na dokładny sposób dokonywania waloryzacji wynagrodzenia, który odpowiada żądaniu wykonawcy w części zawartej w żądaniu 13 w punktach 1-4. Zamawiający wnosi tym samym o oddalenie odwołania w tym zakresie na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Żądania wskazane w dalszych punktach nie mogą być uwzględnione jako sprzeczne z prawem. W punkcie 5 odwołujący oczekuje, że zdjęcie z siebie wyrażony w przepisie art.

142 ust. 5 obowiązek udowodnienia, iż zmiana powoduje ponoszenie zwiększonych kosztów, zaś w punkcie 6 domniemywa, że zawsze zwiększone koszty dla Wykonawcy powstaną w chwili wejścia w życie zmienianych przepisów, Abstrahuje w ten sposób od sytuacji, w której to wykonawca w umowach z osobami wykonującymi zamówienie zabezpieczył się przed wzrostem kosztów przerzucając je na te osoby np. na pewien czas, do końca okresu rozliczeniowego. Tym samym zamawiający w odpowiedzi na pytania do SIWZ wskazuje zgodnie z przepisem że zwiększenie wynagrodzenia będzie wywoływać skutek od tego momentu od którego powstaje faktyczne zwiększenie kosztów. Nie mogą być więc w ocenie zamawiającego podstawą uwzględnienia odwołania.

Zarzut 8 W objętych zarzutem postanowieniach nie dochodzi do naruszenia ani art. 353<sup>1</sup> kc, ani art. 484 § 1 Kc. Odwołujący jako faktyczną okoliczność naruszenia w/w przepisów wskazuje fakt, że poza stałą (określoną kwotowo) karą umowną za zdarzenia których dotyczy, kara ta zostanie powiększona o wysokość szkody wynikłej z roszczeń innych podmiotów, Nie ulega wątpliwości, że kara została ustalona adekwatnie do szkody która powstanie wskutek naruszenia. Jej pierwszy .wyrażany kwotowo składnik to kara za szkody jakie poniesie zamawiający, występujące mimo braku roszczeń ze strony innych podmiotów. Warto zwrócić uwagę na naruszenia, za które została ona ustalona (przerwy w realizacji przedmiotu umowy, doprowadzenie do opóźnień lotów, potwierdzone naganne zachowanie wobec pasażerów). Szkada która w wyniku takich naruszeń powstaje wynika z dezorganizacji pracy lotniska, konieczności kierowania pracowników zamawiającego w trybie awaryjnym do wykonywania umowy podczas przerw w jej realizacji przez wykonawcę, utraconych korzyści z racji pogorszenia opinii o lotnisku wśród potencjalnych pasażerów. Szkada ta jest niezależna od szkody wynikającej z roszczeń innych podmiotów. Roszczenia te, których powstaniu winien jest wykonawca powodują szkodę dodatkową i przewidzenie za nią odrębnej kary umownej jest w pełni zasadne.

Zarzut 10. Zamawiający wskazuje, że przepustowość na jednym stanowisku kontroli bezpieczeństwa osiągnięta u zamawiającego przekracza obecnie przepustowość żadaną w SIWZ. Zarzut świadczenia niemożliwego jest więc nietrafny.

Zarzut 11. Decyzja KE z dnia 23 kwietnia 2010 r nr 774/2010 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 podobnie jak wszelkie decyzje Komisji Europejskiej jest składnikiem prawa wtórnego UE i podlegają publikacji w Dz.U UE. Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za ewentualne uchybienia KE w zakresie publikacji decyzji. Wskazuje jednak, że decyzja ta jest powszechnie dostępna w domenie publicznej np pod adresem [http://www.europari.europa.eu/meetdocs/2009\\_2014/documents/com/com\\_com\(2010\)0774\\_/com\\_com\(2010\)0774\\_en.pdf](http://www.europari.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2010)0774_/com_com(2010)0774_en.pdf).”

Izba w całości podzieliła zacytowane powyżej stanowisko Zamawiającego.

Ponadto, podkreślić należy, co następuje: w odniesieniu do zarzutu nr 3, dotyczącego naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 Prawa zamówień publicznych, nie było kwestionowane, że Zamawiający zmodyfikował SIWZ, wskazując sposób oceny ofert w przywoływanym kryterium. Jeżeli sposób oceny ofert przedstawiony w modyfikacji SIWZ nie satysfakcjonuje Odwołującego, może wnieść na modyfikację SIWZ odwołanie.

Zarzut nr 5.1 - zasadniczo nie było sporne, że Plan Ochrony lotniska jest dokumentem niejawnym i zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnej nie może być udostępniany w inny sposób niż w kancelarii tajnej, co Zamawiający przewidział w rozdziale VII pkt 7 SIWZ. Okoliczność, że w innym postępowaniu inny zamawiający sporządził wyciąg z planu ochrony, nie ma znaczenia dla oceny prawidłowości czynności Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Zgodnie z art. 138c ust. 1 pkt 1) Prawa zamówień publicznych zamawiający może zobowiązać wykonawców do zachowania poufnego charakteru przekazywanych informacji. W ocenie Izby Zamawiający udostępniając dokument niejawny w kancelarii tajnej nie naruszył żadnego przepisu, jak również wyznaczając jeden termin wizji lokalnej (zarzut nr 5.3).

Zarzuty nr 5.4, 5.5 i inne dotyczące pojęć nieostrych w projekcie umowy - w ocenie Izby wykonawca nie wykazał, że istnieje potrzeba zdefiniowania każdego pojęcia użytego w projekcie umowy. Pojęcia takie, jak „uzasadnione przypadki”, zakres delegacji opisany w § 3 ust. 9 zał 1a oraz 3 ust 7 zał 1b, „lekceważenie”, „brak umiejętności pracy w grupie”, „nieodpowiednia postawa wobec pasażera” są zrozumiałe. Rację ma Zamawiający, że nie można od niego oczekiwać wprowadzania definicji każdego sformułowania. Okoliczność, że umowa zakłada pewną elastyczność, nie może przesądzać, że jest niezgodna z przepisami, a tym bardziej, że opis przedmiotu zamówienia jest niejasny czy niezrozumiały.

Co do zarzutu nr 5.9 - Odwołujący nie wskazał, żadnego przepisu, który miałby zostać naruszony, a odnośnie zarzutu nr 7 - Zamawiający za pomocą wyjaśnień treści SIWZ wskazał na sposób dokonywania waloryzacji wynagrodzenia, który odpowiada żądaniu wykonawcy w części zawartej w żądaniu 13 w punktach 1-4.

Oдноśnie zarzutu nr 10 - Odwołujący w ocenie Izby w żaden sposób nie udowodnił, ani nawet nie uprawdopodobnił, że kwestionowana przez niego przepustowość wymagana przez Zamawiający jest niemożliwa do dochowania. Zasadniczo nawet nie polemizował z oświadczeniem Zamawiającego, że obecnie osiągnięta przepustowość na jednym stanowisku kontroli bezpieczeństwa przekracza przepustowość żadaną w SIWZ.

Co do zarzutu nr 11 - Zamawiający w § 12 pkt 2 projektu umowy powołał się na decyzję KE z dnia 13 kwietnia 2010 r. nr 774/2010 ustanawiającą 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. W ocenie Izby Zamawiający nie ma obowiązku do SIWZ załączać przepisów prawa, na które się powołuje.

Dodatkowo odnośnie kar umownych (zarzuty nr 6 i 8), Izba zauważyła, że Odwołujący postulował obniżenie bądź wykreślenie kar umownych przewidzianych przez Zamawiającego w projekcie umowy załączonym do SIWZ. Wysuwając powyższe żądania, Odwołujący zarzucał naruszenie art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego oraz art. 484 § 1 i 2 k.c. oraz art. 5 k.c. polegające na przyznaniu Zamawiającemu szeregu kar umownych, nieuzasadnionych co do wysokości (rażące wygórowanie).

Wobec tak postawionych zarzutów i żądań odwołania, Izba nie mogła stwierdzić naruszeń żadnego przepisu Prawa zamówień publicznych. Po pierwsze, Izba nie może oceniać ewentualnego naruszenia przepisów Kodeksu cywilnego przez naruszenie zasad współżycia społecznego przy ustalaniu wysokości kar umownych. Wysokość kar umownych, w przypadku ich naliczenia, będzie mógł miarkować właściwy sąd powszechny i Izba nie jest upoważniona do ingerowania w kompetencje sądu. Niewątpliwie kary umowne są narzędziem wykorzystywanym przez Zamawiającego do mobilizowania wykonawcy do prawidłowego wykonywania umowy, a kary umowne w skarżonym projekcie umowy dostosował Zamawiający do zagrożeń, które mogą wystąpić po naruszeniu przez wykonawcę obowiązków umownych. Na tym etapie – przed przystąpieniem do realizacji umowy i wystąpieniem przesłanki do naliczenia kar umownych - nie można ocenić, czy ewentualna kara umowna będzie nadmierna, wygórowana i nieadekwatna do rzeczywistej szkody (którą Odwołujący zdaje się bagatelizować). Po drugie, w określeniu kar umownych, nawet na wysokim poziomie, nie można się dopatrzeć naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji – kary umowne są określone jednakowo dla wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Izba nie ma kompetencji, aby oceniać, że doszło do „rażącego uprzywilejowania pozycji Zamawiającego” – Zamawiający, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jego organizatorem, „gospodarzem”, jego pozycja z natury jest uprzywilejowana, a umowa o wykonanie zamówienia publicznego ma charakter adhezyjny. Nawet, gdyby uprzywilejowanie Zamawiającego było – jak twierdzi Odwołujący - „rażące”, to w przepisach Prawa zamówień publicznych, których ewentualne naruszenie Izba bada, trudno dopatrzeć się podstawy do oceny stopnia uprzywilejowania Zamawiającego.



W konsekwencji nie mogła uznać, że zarzuty podnoszone w odwołaniu zostały udowodnione, i oddaliła odwołanie.

### **Sygn. akt KIO 1902/15**

Odwołujący podnosił szereg zarzutów wobec postanowień SIWZ, zreferowanych w części I uzasadnienia. Przeważająca część zarzutów pokrywała się z zarzutami podnoszonymi w postępowaniu odwoławczym sygn. akt KIO 1897/15. Odwołujący składał wnioski dowodowe - w piśmie z 23 września 2015 r., m.in. do zobowiązania Zamawiającego do udostępnienia na rozprawie Planu Ochrony.

Na rozprawie przyznał, że sam ma możliwość zapoznania się z Planem Ochrony jako aktualny wykonawca usługi.

W odpowiedzi na zadane na rozprawie pytanie przewodniczącej, na jaką okoliczność Odwołujący składa wniosek dowodowy w piśmie z 23 września br. o dopuszczenia dowodu z ujawnienia na rozprawie Planu Ochrony (w przywołanym piśmie nie wskazano okoliczności, w związku z którymi zawnioskowano przeprowadzenie dowodów), Odwołujący odpowiedział, że zarzuty dotyczą takiego opisu przedmiotu zamówienia, który wskazuje na dowolność zakresu świadczenia. To właśnie Plan Ochrony rozstrzyga o zakresie świadczenia.

Izba oddaliła tak sformułowany wniosek dowodowy o udostępnienie Planu z uwagi na fakt, iż, po pierwsze, stanowiłoby to de facto już na etapie rozprawy o rozstrzygnięciu niektórych zarzutów obu odwołań wniesionych na postanowienia SIWZ, po drugie - sam Odwołujący wskazywał, że jako aktualny realizator usługi ma dostęp do przedmiotowego Planu Ochrony. Wobec tej ostatniej okoliczności rodzi się wątpliwość odnośnie interesu prawnego w składaniu wniosku o ujawnienie dokumentu, który jest Odwołującemu znany.

Niezależnie od powyższego, Izba stwierdziła, że wobec faktu, że Odwołujący został zasadnie wykluczony z postępowania, to nie ma interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w kwestionowaniu postanowień SIWZ. Wobec powyższego, Izba oddaliła przedmiotowe odwołanie

Reasumując, orzeczono jak w sentencji.

Na podstawie art. 192 ust. 8 Prawa zamówień publicznych wydano orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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).

**Przewodniczący:**

.....