

Sygn. akt: KIO/KD 26/14

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 9 kwietnia 2014 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 17 marca 2014 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

Instytut Hodowli i Aklimatyzacji Roślin Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Radzikowie (05–870 Błonie)

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 10 marca 2014r., (znak **KD/39/13**)

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

usługę ochrony mienia i osób, konwojowanie środków pieniężnych i montaż monitoringu wizyjnego dla Instytutu Hodowli i Aklimatyzacji Roślin – Państwowego Instytutu Badawczego w Radzikowie

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Członkowie: Justyna Tomkowska

Renata Tubisz

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego z dnia 17 marca 2014 r. do informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 10 marca 2014 r. nie zasługują na uwzględnienie

Uzasadnienie

W dniu 18 grudnia 2013 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej Prezes UZP, kontrolujący) na wniosek wszczął kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługę ochrony mienia i osób, konwojowanie środków pieniężnych i montaż monitoringu wizyjnego dla Instytutu Hodowli i Aklimatyzacji Roślin – Państwowego Instytutu Badawczego w Radzikowie u zamawiającego (dalej kontrolowanego) Instytutu Hodowli i Aklimatyzacji Roślin Państwowego Instytutu Badawczego z siedzibą w Radzikowie (05–870 Błonie). Przedmiotem kontroli była prawidłowość zastosowania trybu zapytania o cenę do wyżej wskazanego przedmiotu zamówienia.

W dniu 10 marca 2014r. Prezes UZP w informacji o wyniku kontroli stwierdził, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 70 i 10 oraz art. 95 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007 nr 223 poz. 1655 z późn. zm. – dalej ustawy). Uzasadniając to stanowisko kontrolujący wskazał, że zgodnie z treścią art. 70 ustawy Prawo zamówień publicznych dopuszcza się możliwość udzielenia zamówienia w trybie zapytania o cenę, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych, a wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Zatem, zastosowanie trybu zapytania o cenę jest uzależnione łącznie od wartości zamówienia i jego przedmiotu. Ponadto, ze względu na pozaprzetargowy charakter tego trybu, przesłanki jego zastosowania powinny być interpretowane w sposób ścisły. Przez powszechną dostępność dostaw lub usług, zdaniem kontrolującego, należy rozumieć oferowanie dóbr o pożądanej przez zamawiającego charakterystyce, przez liczne grono podmiotów istniejących na rynku, co w konsekwencji umożliwia łatwy dostęp do tych dóbr przez nieograniczoną ilość zainteresowanych wykonawców. Zatem, zastosowanie trybu zapytania o cenę nie znajduje zastosowania do nabywania towarów lub usług specjalistycznych, a więc wszelkich nietypowych usług wymagających szczególnych kwalifikacji. Natomiast, przedmioty o ustalonych standardach jakościowych to produkty lub usługi typowe, odpowiadające przeciętnym wymaganiom, gwarantujące porównywanie cen takiego samego rodzaju produktów lub usług wykonywanych przez różnych wykonawców, poprzez podanie nazwy produktu lub usługi i przez określenie tylko podstawowych wymaganych parametrów czy zakresu.

Oznacza to według Prezesa UZP, że tryb zapytania o cenę nie może być wykorzystywany do nabywania towarów lub usług specjalistycznych (podobnie Główna Komisja

Orzekająca w orzeczeniu z dnia 5 lutego 2001 r. sygn. sprawy: DF/GKO/Odw.- 255/432/RN-146/00). Nie można go więc stosować do zamówień na wszelkie sprofilowane pod potrzeby zamawiającego lub wymagające szczególnych kwalifikacji dostawy towarów.

Podsumowując kontrolujący stwierdził, iż tryb zapytania o cenę może być stosowany tylko w odniesieniu do takich dostaw lub usług, których standardy jakościowe nie są ustalane indywidualnie przez zamawiającego, na jego konkretne potrzeby, ale zamawiający zaspokaja swoje potrzeby poprzez nabywanie towarów typowych w danej grupie produktów, takich jakie są standardowo oferowane wszystkim, ewentualnie zainteresowanym danym zakupem.

Odnosząc powyższe do kwestii związanej z usługą ochrony osób i mienia będącej przedmiotem niniejszego zamówienia, kontrolujący wskazał, iż usług ochroniarskich nie można zakwalifikować jako usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych. Tryb zapytania o cenę nie może być bowiem stosowany do zamawiania usług nietypowych, wymagających szczególnych kwalifikacji bądź indywidualnego zastosowania, a do takich usług zalicza się właśnie usługi ochroniarskie. Usługa ochrony osób i mienia należy do kategorii usług, do których wykonania niezbędne jest posiadanie przez wykonawców odpowiednich kwalifikacji, w tym w szczególności dysponowanie doświadczonym i wykwalifikowanym personelem zdolnym do wykonania zamówienia. Świadczą o tym również warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego w SIWZ, w których zamawiający wymagał od wykonawców m.in. posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności w postaci koncesji, jak również posiadania doświadczenia w wykonaniu usługi polegającej na wykonaniu co najmniej trzech usług w zakresie świadczenia całodobowej ochrony osób i mienia oraz konwojowania środków pieniężnych. Zamawiający wymagał również w SIWZ dysponowania wykwalifikowanym personelem z odpowiednimi uprawnieniami do realizacji zamówienia, tj. osobą kierującą wykonaniem zamówienia ze strony wykonawcy, posiadającą licencję II stopnia. Ponadto, według Prezesa UZP nieuprawnionym jest twierdzenie, iż usługa ochrony osób i mienia posiada ustalone standardy jakościowe, ponieważ jej szczegółowy zakres jest określony w każdym przypadku indywidualnie w umowie zawartej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Z pkt 7 Regulaminu ochrony obiektów, stanowiącego załącznik nr 1 i 1a do umowy wynika, iż podstawą organizacji pracy i funkcjonowania służby ochrony w obiektach są wytyczne i zalecenia zamawiającego, jak również polecenia w zakresie ochrony obiektu. Jednocześnie, Zamawiający w sposób precyzyjny uszczegółowił obowiązki pracowników ochrony, wskazując, iż w ramach wykonywania usługi zobowiązani są oni m.in. do kontroli wjazdu/wyjazdu samochodów, kontroli ruchu osobowego oraz bagażowej, dokonywania obchodów wokół garaży

i magazynów itp. Powyższe okoliczności przesądzają o niestandardowym charakterze zlecanej usługi, bowiem to zamawiający w głównej mierze precyzował sposób w jaki będzie następowała jej realizacja.

Reasumując, kontrolujący wskazał, iż usługa objęta przedmiotem zamówienia nie mieści się w kategorii usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych. Z uwagi na powyższe, należy stwierdzić, iż zamawiający dokonał wyboru trybu zapytania o cenę z naruszeniem przesłanek określonych w art. 70 ustawy Pzp do udzielenia przedmiotowego zamówienia.

Ponadto kontrolujący ustalił, że zawarcie umowy w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia nastąpiło w dniu 29 czerwca 2012 r. Z dokumentacji przedmiotowego postępowania wynika, że zamawiający zamieścił ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 czerwca 2012 r. Zgodnie z art. 95 ust. 1 ustawy, jeżeli wartość zamówienia lub umowy ramowej jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego albo umowy ramowej zamawiający zamieszcza ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych. Zatem, kontrolujący uznał, iż zamieszczenie przez zamawiającego ogłoszenia o udzieleniu zamówienia przed zawarciem umowy stanowi naruszenie art. 95 ust. 1 ustawy.

W dniu 17 marca 2013 r. zamawiający wniósł zastrzeżenia do informacji o wyniku kontroli. Nie zgadzając się z oceną Prezesa UZP podniósł, że usługi ochrony osób i mienia należą do usług niepriorytetowych. Oznacza to, że w stosunku do usług niepriorytetowych można zastosować złagodzony reżim prawny wprowadzając wiele ułatwień związanych z prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przepis art. 5 ustawy Pzp w obecnym kształcie ma za zadanie umożliwić stosowanie trybów niekonkurencyjnych w sytuacjach uzasadnionych i de facto wyjątkowych. Taką sytuacją wyjątkową i uzasadnioną w ocenie Zamawiającego jest posiadanie tzw. infrastruktury krytycznej: Zgodnie z obecnie obowiązującą ustawą z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym art. 3 pkt. 2, przez infrastrukturę krytyczną należy rozumieć systemy oraz wchodzące w ich skład powiązane ze sobą funkcjonalnie obiekty, w tym obiekty budowlane, urządzenia, instalacje, usługi kluczowe dla bezpieczeństwa państwa i jego obywateli oraz służące zapewnieniu sprawnego funkcjonowania organów administracji publicznej, a także instytucji i przedsiębiorców. Na

podstawie art. 5 ust. 3 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (Dz.U. Nr 114 poz. 740) decyzją Ministerstwa Rolnictwa i Gospodarki Żywnościowej z dnia 15.07.1998 r. niektóre obiekty Instytutu zostały zaliczone do Infrastruktury krytycznej. W związku z powyższym Instytut opracował Plan ochrony IHAR w Radzikowie (dokument z dnia 03.03.2000 r.). Powyższe okoliczności spowodowały, iż skorzystanie z trybów zapewniających konkurencyjność np. przetarg nieograniczony, byłoby z uzasadnionych względów mniej korzystne, a nawet utrudnione. Zaproszono więc pięć firm do złożenia oferty, firm zweryfikowanych przed wszczęciem procedury. Zgodnie z wytycznymi zawartymi w Planie ochrony IHAR w Radzikowie: Zamawiający wskazał, że w postępowaniu wymagał od wykonawców min. posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności w postaci koncesji, licencji II stopnia przez osobę kierującą realizacją zamówienia (lecz nie dla wszystkich pracowników ochrony) jak również posiadania doświadczenia w zakresie całodobowej ochrony osób i mienia oraz konwojowania środków pieniężnych. Zgodnie z art. 5 ustawy Pzp Zamawiający nie ma obowiązku w przypadku usług niepriorytetowych żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu: art. 25 i art. 26 ustawy Pzp (dotyczy to również dokumentów wymienionych w art. 24 ust. 1 ustawy). Jednak zgodnie z wymaganiami określonymi w Planie Ochrony z dnia 03.03.2000 r. Zamawiający żądał dokumentów potwierdzających ww. wymagania. Zdaniem Zamawiającego o typowości tej usługi świadczy to, że Zamawiający potrafił określić obowiązki pracowników. Działania firm ochroniarskich to typowa w danej branży usługa, a standardy jakościowe wynikają z przepisów prawa i zwyczajowo przyjętych schematów działania wykonawców. Natomiast Zamawiający uszczegółowił tylko zakres działań organizacyjno-proceduralnych. Definicję usługi ochrony należy rozumieć poprzez pryzmat ustawy z dnia 22.08.1997r. o ochronie osób i mienia (Dz. U. z 2005r., Nr 145, poz. 1221 z późn. zm.), w szczególności jej art. 2 który określa pojęcia ochrony osób i mienia.

Zamawiający przeprowadził postępowanie w trybie zapytania o cenę, którego wymagania, przynajmniej częściowo można porównać do art. 5 ustawy Pzp w zakresie terminów składania wniosków i żądania wadium. Ponadto zastosowana procedura pozwoliła na zweryfikowanie firm zaproszonych do postępowania. Zamawiający zapraszając pięć firm do złożenia oferty nie naruszył zasad uczciwej konkurencji, ponieważ zastosowanie trybu zapytania o cenę nie skutkuje całkowitym wyłączeniem konkurencji przy udzielaniu zamówienia jak ma to miejsce w przypadku trybów niekonkurencyjnych. Rynek usług ochroniarskich należy dziś do jednego z najdynamiczniej się rozwijających. W Polsce działa około 25 dużych firm branży

ochroniarskiej i blisko 3 tys. firm działających regionalnie lub lokalnie, obsługujących obiekty należące do różnych branż. Świadczy to o powszechnej dostępności do tego rodzaju usług.

Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia „dostawy powszechnie dostępnej o ustalonych standardach jakościowych” nie podaje również definicji „usługi typowej”. W przytoczonej definicji Usługi ochrony nie ma mowy o usługach nietypowych, natomiast mowa jest o działaniach zapewniających bezpieczeństwo osób i przeciwdziałających przestępstwom przeciwko mieniu. W danej branży jest to typowa usługa, a standardy jakościowe wynikają z przepisów prawa i zwyczajowo przyjętych schematów działania wykonawców. Ze względu na zmieniające się interpretacje i orzecznictwa dotyczące możliwości stosowania procedury w trybie „zapytania o cenę” Instytut zrezygnował z jej stosowania. Wyjątek stanowią usługi ochrony osób i mienia, które jeszcze nie tak dawno w wielu interpretacjach i komentarzach wskazywano jako przykład usług powszechnie dostępnych, obok usług sprzątnięcia pomieszczeń czy też dostaw art. biurowych.

Przejawy niezdrowej konkurencji na rynku usług ochroniarskich polegające na oferowaniu usług po rażąco niskich cenach, ustalanych na nierealnym poziomie w oderwaniu od rzeczywistych kosztów ich realizacji, mające na celu jedynie uzyskanie kontraktu (nie jakości usługi) doprowadziły do tego, że Zamawiający zaczęli sięgać po takie tryby udzielania zamówień (np. tryb zapytania o cenę), które nie skutkowały całkowitym wyłączeniem konkurencji, lecz ograniczały dostęp do zamówień przynajmniej części niesolidnym przedsiębiorcom.

Wymogi doświadczenia, potencjału kadrowego i finansowego są w stanie skutecznie ograniczyć liczbę firm mogących potencjalnie uczestniczyć w postępowaniu lecz należy pamiętać, że przepis art. 22 ust. 4 ustawy Pzp wymaga jednak, aby wymogi te były proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Stawianie wysokich wymogów Wykonawcom powoduje, że oferowane przez nich ceny są również wysokie. Ponadto ograniczają dostęp do zamówień firmom małym i średnim.

Zdaniem zamawiającego, Urząd Zamówień Publicznych w piśmie z dnia 10.03.2014 r. nie wziął pod uwagę specyfiki działalności Instytutu i nie ustosunkował się w ogóle do problemów z jakimi instytucja musi sobie radzić w przypadku postępowań na usługi ochrony. Zamawiający pisał o nich w piśmie z dnia 18.02.2013 r i w piśmie z dnia 28.03.2013 r. Obecnie funkcjonujący system zamówień publicznych wspomnianych problemów w branży usług ochroniarskich nie rozwiązuje. Sytuacje tę wykorzystują niektóre nieuczciwe i nierzetelne firmy

ochroniarskie, a Zamawiający nie ma żadnych mechanizmów aby wykluczyć ich z postępowania.

Można zauważyć pewną niekonsekwencję, a wręcz sprzeczność w interpretacji przepisów dotyczących usług ochrony polegającą na tym, że wspomniane usługi traktowane są w opinii UZP jako niestandardowe, specyficzne, wymagające szczególnych kwalifikacji, w szczególności dysponowania doświadczonym i wykwalifikowanym personelem oraz jako usługi, których nie można zakwalifikować do usług powszechnie dostępnych, a jednocześnie zakwalifikowane są do usług niepriorytetowych w stosunku do których można stosować złagodzony reżim prawny, wprowadzając wiele ułatwień związanych z prowadzeniem postępowania, ułatwień dotyczących wymagań w stosunku do wykonawców, jak również możliwości stosowania w uzasadnionych okolicznościach trybów niekonkurencyjnych np. z wolnej ręki.

Zamawiający wskazał, że kontrola doraźna postępowania została przeprowadzona na wniosek firmy OCHRONA-GOT s.c. T.R. G., A. J.. Zamawiający wskazał, że nie otrzymał żadnych referencji, listów polecających itp. pozwalających dowiedzieć się czegoś więcej o poziomie wykonywanych usług. Zamiast tych informacji firma złożyła kolejny wniosek w którym stwierdziła, że nie mamy prawa żądać aby agenci byli zatrudnieni na umowę o pracę ponieważ wymóg ten utrudnia dostęp do zamówienia i żądają aby dokonać zmian w zapisach SIWZ. Zamawiający próbował się zorientować za jaką cenę wspomniana firma oferuje usługi w innych postępowaniach. W jednym z postępowań w którym oferty złożyło sześciu Wykonawców w tym firma OCHRONA-GOT s.c, zaproponowane ceny pięciu oferentów były porównywalne opiewały na kwoty od 400 do 700 tys. zł. Natomiast oferta firmy OCHRONA-GOT s.c. opiewała na kwotę ok. 250 tys. zł. Zamawiający przygotowując się do postępowania, które jest przedmiotem kontroli był w posiadaniu dokumentu Polskiej Izby Ochrony, który przedstawia kalkulacje godzinowej stawki pracownika zatrudnionego na umowę o pracę (w tym pracownika ochrony bez licencji) z uwzględnieniem płacy minimalnej od 01.01.2012 r. Na podstawie tego dokumentu w bardzo prosty sposób Zamawiający mógł oszacować przedmiot zamówienia. Firma OCHRONA-GOT s.c. T.R. G., A. J. nie zrobiła nic aby przekonać Zamawiającego do skierowania zaproszenia w celu złożenia oferty. Natomiast skutecznie przekonała UZP do wszczęcia kontroli doraźnej postępowania. Stosunek roszczeniowy pana Grędy, a także wywieranie nacisku na Zamawiającego aby zmieniać zapisy w SIWZ skłoniły Zamawiającego do podjęcia decyzji o nie zaproszeniu wspomnianej firmy do prowadzonego postępowania. Zamawiający nie bez powodu przedstawił sytuację, która ostatecznie doprowadziła do wszczęcia kontroli doraźnej przez UZP.

W jednym z pism wyjaśniających (pismo D-83/S/2013 z dnia 28.03.2013 r.) Zamawiający napisał: „Ze względu na specyfikę działalności Instytut Hodowli i Aklimatyzacji Roślin Państwowy Instytut Badawczy, jest zainteresowany, aby Wykonawca świadczył usługi ochrony osób i mienia należytej jakości. Jakość to nie tylko spełnienie wymogów formalnych, to również kultura osobista, takt w relacjach międzyludzkich. Od Wykonawcy oczekujemy zapewnienia profesjonalnej, budowanej na pozytywnych relacjach współpracy, radzenia sobie w sytuacjach spornych na drodze dialogu, nakierowanego na rozwiązywanie występujących problemów”. Jest pewna trudność w opracowaniu (na potrzeby prowadzonych postępowań) wskaźników oceniających powyżej opisany wymóg. Nie da się tego zamknąć w określony paragraf, ponieważ w usługach główną rolę pełni człowiek. Dlatego podejście mniej restrykcyjne UZP do udzielanych zamówień na usługi niepriorytetowe przy użyciu trybów niekonkurencyjnych było by rozwiązaniem rozsądnym.

Odnosnie naruszenia wskazanego w pkt 2 informacji o wyniku kontroli Zamawiający potwierdził informację, że zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia przed podpisaniem umowy, ale już po zakończeniu postępowania tj. po zawiadomieniu Wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zamawiający w przesłanym zawiadomieniu z dnia 13.06.2012 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty zaproponował podpisanie umowy z dniem 29.06.2012 r., natomiast wykonawca powiadomił, że umowę może podpisać już z datą 14.06.2012 r. jednak ze względów organizacyjnych po stronie Zamawiającego, powrócono do terminu wskazanego w zawiadomieniu tj. 29.06.2012r. Powyższa sytuacja spowodowała, że do pracownika odpowiedzialnego za zamówienia publiczne informacja ta dotarła zbyt późno. W tym czasie przygotowywane było postępowanie składające się z 30 pakietów i pracownik odpowiedzialny za zamieszczanie ogłoszeń chciał na bieżąco realizować procedury związane z zakończonym postępowaniem. W ocenie Zamawiającego zaistniała sytuacja nie miała wpływu na wynik postępowania.

W dniu 26 marca 2014r. Prezes UZP, odpowiadając na wniesione zastrzeżenia podtrzymał dotychczasowe stanowisko w sprawie.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że art. 70 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający może udzielić zamówienia w trybie zapytania o cenę, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych, a wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Z kolei z art. 10 ust. 2 ustawy wynika, że zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie. Zestawiając te dwie normy prawne należy wysnuć wniosek, że udzielenie zamówienia publicznego w trybie zapytania o cenę jest możliwe wyłącznie, jeśli zamawiający wykaże, że zachodzą wszystkie przesłanki dopuszczalności tego trybu określone w art. 70 ustawy.

Jednocześnie za niezasadne należało uznać powoływanie się zamawiającego na to, iż zamawiana usługa ma charakter niepriorytetowy w rozumieniu art. 5 ustawy Pzp. Dostrzeżenia wymaga, że w przypadku takich usług ustawa Pzp pozwala na odstępnie od przesłanek zastosowania trybu negocjacji z ogłoszeniem dialogu konkurencyjnego oraz licytacji elektronicznej. Jak wynika zatem z literalnego brzmienia ww. przepisu powołana regulacja nie daje zamawiającemu prawa do odstąpienia od ustawowych przesłanek zastosowania trybu zapytania o cenę. A zatem wszczynając postępowanie w tym trybie zamawiający obowiązany był do wykazania przesłanek z art. 70 ustawy Pzp. Z treści tego przepisu wynika, że zapytanie o cenę można zastosować wyłącznie, gdy są spełnione następujące przesłanki:

- a) przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi,
- b) usługi to usługi powszechnie dostępne,
- c) usługi te mają mieć ustalony standard jakościowy,
- d) wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy.

Sporne pomiędzy kontrolującym a kontrolowanym pozostawały przesłanki określone w pkt b i c.

Jak trafnie i wyczerpująco wskazano w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 marca 2014 r. wydanej w sprawie o sygn. akt: KIO/KD 21/14, dokonując analizy pojęcia usługi powszechnie dostępne można posiłkować się zbliżonymi pojęciami używanymi na gruncie ustawy Pzp w innych przepisach tak w odniesieniu do innych trybów, czy przepisów regulujących przebieg procedury. Jako przykład takich przepisów wskazuje się na to, iż:

1. W art. 2 pkt 2a przy definiowaniu dynamicznego systemu zakupów ustawodawca także posłużył się pojęciem usług powszechnie dostępnych,
2. W art. 153 ust. 3 ustawy, w którym stanowi się o umieszczeniu informacji o naborze na stanowisko Prezesa Urzędu w miejscu powszechnie dostępnym w siedzibie Urzędu (...).
3. W ustawie nie ma definicji usług powszechnie dostępnych, ani definicji powszechnej dostępności.

Izba w powołanej uchwale z 26 marca 2014 r. zwróciła również uwagę na fakt, że tryb zapytania o cenę nie został wprowadzony w wyniku implementacji dyrektyw unijnych, gdyż nie odnosi się do zamówień publicznych realizowanych powyżej progów, z których wynika obowiązek stosowania dyrektyw, to bezpośrednio przesłanek jego stosowania nie można odnaleźć i wywodzić z treści dyrektyw. Jak wywiedziono w uchwale, polski ustawodawca przy definiowaniu dynamicznego systemu zakupów także posłużył się pojęciem usług powszechnie dostępnych, a ten tryb jest regulowany na gruncie dyrektywy klasycznej 2004/18/WE. Powyższe pozwala na sięgnięcie do pkt 13 preambuły dyrektywy, z którego wynika, że „z uwagi na szybki rozwój elektronicznych systemów zakupów, należy obecnie wprowadzić odpowiednie reguły, które umożliwią instytucjom zamawiającym pełne wykorzystanie możliwości stwarzanych przez te systemy. W tym kontekście niezbędne jest zdefiniowanie w pełni elektronicznego, dynamicznego systemu zakupów dla zakupów bieżącego użytku, oraz określenie szczególnych reguł tworzenia i funkcjonowania takiego systemu w celu zapewnienia równego traktowania każdego wykonawcy, który chciałby wziąć w nim udział. Każdy wykonawca, który złoży ofertę orientacyjną, zgodnie ze specyfikacją oraz spełni kryteria kwalifikacji powinien mieć możliwość przystąpienia do takiego systemu. Taka technika zakupów umożliwia instytucji zamawiającej, poprzez stworzenie wykazu zakwalifikowanych oferentów oraz umożliwienie udziału nowym oferentom, uzyskanie szczególnie szerokiego wachlarza ofert dzięki dostępnym udogodnieniom elektronicznym, a poprzez to zapewnienie optymalnego wykorzystania środków publicznych dzięki szerokiej konkurencji.”. Ustawodawca unijny zatem przewidział dynamiczny system zakupów do zakupów bieżącego użytku. W tej sytuacji, dokonując wykładni przepisu art. 2 pkt 2 a ustawy należy stwierdzić, że dynamiczny system zakupów może być stosowany dla takich powszechnie dostępnych dostaw i usług, które służą bieżącemu użytkowi. Przymiotnik bieżący oznacza obecny, aktualny, terażniejszy, dzisiejszy, zaś użytek to zastosowanie, posługiwanie się, używanie, użytkowanie. Można zatem powiedzieć, że zakupy bieżącego użytku, to zakupy codziennego, obecnego używania.

Jak również trafnie i wyczerpująco wskazano w uchwale z 26 marca 2014 r., pojęcia powszechnej dostępności, jak i usługi powszechnej, czy usługi powszechnie dostępnej występują na gruncie innych aktów prawa krajowego. Pojęcie usługi powszechnej występuje na gruncie ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz.U.2011.5.13 ze zm.), gdzie mowa jest o powszechnej dostępności do usługi publicznego transportu zbiorowego, ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U.2004.171.1800 ze zm.), gdzie umowa jest o dostępie do powszechnych usług, a także ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz.U.2012.1529), gdzie wskazuje się na powszechne usługi pocztowe. Cechą wspólną wszystkich tych usług jest ich dostępność dla każdego bez względu na to, czy jest osobą fizyczną, czy prawną, czy też inną jednostką organizacyjną, jak również to, czy jest podmiotem prawa prywatnego czy publicznego. Można również uznać, że korzystanie z komunikacji np. miejskiej, czy wysyłanie listów, telefonowanie i korzystanie z Internetu należy do czynności wykonywanych codziennie przez nieograniczony krąg podmiotów. Co potwierdza, że powszechna dostępność zamówienia również na gruncie polskiego prawa może być rozumiana jako zamówienie bieżącego użytku.

Z powołanych przepisów można wysnuć wniosek, że aby daną dostawę czy usługę zakwalifikować jako powszechnie dostępną musi ona służyć każdemu do zaspokajania jego bieżących potrzeb. Biorąc powyższe pod uwagę należy uznać, że o dostępności usługi nie świadczy to od ilu podmiotów na rynku można ją kupić, ale to czy usługa ta służy bieżącemu użytkownikowi przeciętnego odbiorcy. Jak wskazał zamawiający w zastrzeżeniach, decyzją Ministerstwa Rolnictwa i Gospodarki Żywnościowej z dnia 15.07.1998 r. niektóre obiekty jego Instytutu zostały zaliczone do Infrastruktury krytycznej w rozumieniu ustawy z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym. Jak wskazał zamawiający decyzja ta została wydana na podstawie art. 5 ust. 3 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia, z czego należy wnioskować, że obiekty te są obiektami podlegającymi obowiązkowej ochronie.

Tym samym należy przyznać rację kontrolującemu, że usługa ochrony mienia i osób w odniesieniu do infrastruktury krytycznej w rozumieniu ustawy o zarządzaniu kryzysowym, nie jest usługą powszechnie dostępną, gdyż nie służy bieżącemu użytkownikowi przeciętnego odbiorcy. Zainteresowani zakupem tego rodzaju usługi będą przede wszystkim ci, którzy mają prawny obowiązek chronienia takiej infrastruktury. Nie będzie to zatem zaspokajanie potrzeby o charakterze codziennym, bieżącym. Z tego względu istnienie konkurencyjnego rynku podmiotów oferujących usługi ochrony osób i mienia nie może być uznane za wystarczające dla przyjęcia, że taki przedmiot zamówienia jest usługą powszechnie dostępną.

Tym samym w ocenie Izby kontrolujący prawidłowo ocenił, że zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanki powszechnej dostępności zamawianej usługi, co już samo w sobie przemawia za uznaniem, że nie było podstaw do zastosowania trybu zapytania o cenę.

Odnosząc się natomiast do drugiej z przesłanek, tj. ustalonych standardów jakościowych usługi, to w ocenie Izby nie świadczy o spełnieniu tej przesłanki okoliczność, że zamawiający był w stanie opisać przedmiot zamówienia oparty na Planie ochrony IHAR w Radzikowie w „Regulaminie ochrony obiektów”, stanowiącym załącznik nr 1 i 1a do umowy. Wbrew stanowisku zamawiającego przesłanka ustawowa nie odnosi się do standardów, które zamawiający ustali opisując przedmiot zamówienia, lecz standardów już na rynku ustalonych, a więc funkcjonujących niejako niezależnie od opisu dokonywanego przez zamawiającego, na które to standardy można się powołać, wskazując nazwę zamawianego towaru czy usługi i podając kilka podstawowych informacji je charakteryzujących. Tymczasem sposoby zabezpieczenia osób i mienia w jednostkach zamawiającego nie są ustalone, zależą od jego własnych i indywidualnych uwarunkowań, które opisane zostały w planie ochrony i regulaminie ochrony, stanowiących załącznik do umowy. Powyższe okoliczności świadczą o tym, że nie da się określić jednego standardu usługi ochrony osób i mienia dla wszystkich typów organizacji i każdorazowo na potrzeby danej instytucji usługa ochrony osób i mienia będzie miała inny zakres, już choćby z uwagi na różne rodzaje ochronionych obiektów, ich specyfikę, liczbę, wskazanie liczby posterunków, ich rozmieszczenia, opracowania regulaminu ochrony, specyficznych obowiązków pracowników ochrony. Tym samym zakres i standardy usługi ochrony osób i mienia każdorazowo trzeba będzie dostosować do potrzeb instytucji, która taką usługę zamawia. W konsekwencji należało uznać, że również przesłanka usługi o ustalonych standardach jakościowych nie została przez zamawiającego wykazana i kontrolujący prawidłowo uznał, że zastosowanie trybu zapytania o cenę nie nastąpiło przy spełnieniu wszystkich przesłanek wynikających z art. 70 ustawy. W konsekwencji za prawidłowe należy także uznać, to, że kontrolujący dopatrył się naruszenia art. 10 ustawy, gdyż zastosowanie trybu zapytania ocenę w przypadku gdy nie wykazano zaistnienia wszystkich przypadków (przesłanek) zastosowania tego trybu określonych w ustawie było niedopuszczalne.

W ocenie Izby nie zasługiwały również na uwzględnienie zastrzeżenia zamawiającego odnośnie naruszenia wskazanego w pkt 2 informacji o wyniku kontroli. Zamawiający przyznał, że umowę w sprawie zamówienia publicznego zawarł w dniu 29 czerwca 2012 r., podczas gdy ogłoszenie o

udzieleniu zamówienia zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych już w dniu 14 czerwca 2012 r. Tymczasem, zgodnie z art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający ma obowiązek zamieścić ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych. niezwłocznie „po” zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Brzmienie tego przepisu nie pozostawia jakiegokolwiek pola do interpretacji. Udzielenie zamówienia następujące dopiero w chwili zawarcia umowy w sprawie zamówienia. Stąd też ogłoszenie o udzieleniu zamówienia nie może być zamieszczone w publikatorze przed podpisaniem umowy, jak to miało miejsce w analizowanej sprawie. Powody zaistnienia takiej sytuacji jak również okoliczność, iż stwierdzone naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania pozostawały bez znaczenia. Podkreślić należy, że zgodnie z art. 166 ust. 1 ustawy Pzp kontrolujący ma obowiązek wskazania w informacji o wyniku kontroli wszelkich naruszeń, a nie jedynie naruszeń „mających wpływ na wynik postępowania”.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej w sprawie sygn. akt KIO/ KD 26/14 nie zasługują na uwzględnienie.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....