

WYROK

z dnia 26 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 lipca 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 czerwca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Solid Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Solid Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie oraz Gustaw Gemini Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Muzeum Narodowe w Szczecinie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Ekotrade Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Sign Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4 495 zł 33 gr (słownie: cztery tysiące czterysta dziewięćdziesiąt pięć złotych trzydzieści trzy grosze) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika w kwocie 3 600 zł, kosztów noclegu w kwocie 215 zł oraz kosztu dojazdu na rozprawę w kwocie 680,33 zł.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Muzeum Narodowe w Szczecinie dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie podstawowym z fakultatywnymi negocjacjami pod nazwą *Świadczenie usług ochrony w sześciu obiektach Muzeum Narodowego w Szczecinie*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), dalej „ustawa Pzp”.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 1 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19 kwietnia 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00035133.

W dniu 16 czerwca 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Solid Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Solid Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie oraz Gustaw Gemini Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie, dalej „Odwołujący”, wnieśli odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp przez błędne uznanie, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Ekotrade Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Sign Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie, dalej „EKOTRADE”, spełniają kryteria udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania właściwą liczbą grup interwencyjnych, w tym również przy udziale podmiotu na którego zasoby się powołuje, który to podmiot jak wskazało EKOTRADE posiada jedynie dwie grupy interwencyjne, a usługę podjazdów grup interwencyjnych zamierza świadczyć na aż pięciu obiektach Zamawiającego;

2.art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty EKOTRADE i niezasadne uznanie wyjaśnień EKOTRADE w zakresie dysponowania przez nie właściwą liczbą grup interwencyjnych, w sytuacji w której w żaden sposób nie wykazano, że posiada deklarowane zasoby (dot. 4 grup interwencyjnych, których posiadanie deklaruje), a tym samym EKOTRADE przedstawiło Zamawiającemu informacje wprowadzające go w błąd w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz zaniechanie odrzucenia oferty EKOTRADE i niezasadne uznanie wyjaśnień EKOTRADE w zakresie powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego za prawidłowe, w sytuacji w której w żaden sposób nie wykazano, że Agencja Vega Security Sp. z o.o. posiada deklarowane zasoby w postaci dwóch grup interwencyjnych, a tym samym EKOTRADE przedstawiło Zamawiającemu informację wprowadzającą go w błąd w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu z uwagi na deklaracje o dysponowaniu tylko dwiema grupami przez ten podmiot w jednoczesnym zleceniu mu usługi dla aż pięciu obiektów Muzeum Narodowego w Szczecinie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty EKOTRADE jako oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownej oceny ofert i dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego w dniu 21 czerwca 2021 r. przystąpili po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Ekotrade Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Sign Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie dalej również „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający pismem z dnia 19 lipca 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący na posiedzeniu w dniu 20 lipca 2021 r. złożył pismo procesowe, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Przystępującego, informacji Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 20 lipca 2021 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *Świadczenie usług ochrony w sześciu obiektach Muzeum Narodowego w Szczecinie*.

Zgodnie z Rozdziałem IX pkt 2 lit. d) tiret vii) specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ”, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej: dysponuje co najmniej sześcioma uzbrojonymi dwuosobowymi grupami interwencyjnymi (GI) wyposażonymi w broń palną krótką oraz środki łączności wykorzystujące dwa różne systemy transmisji informacji np. Telefon GSM i własne łącze radiowe na wydzielonej częstotliwości. Zmotoryzowane grupy interwencyjne (GI) muszą być usytuowane w odległości pozwalającej na dojazd do wszystkich sześciu obiektów Muzeum jednocześnie w czasie do 10 minut, również w godzinach szczytu.

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku udziału w postępowaniu zgodnie z Rozdziałem XI pkt 4 lit. k) SWZ Zamawiający żądał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia złożyli wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami według wzoru, stanowiącego Załącznik nr 6 do SWZ. Wykaz zawierał oświadczenia wykonawcy oraz tabelę składającą się z czterech kolumn: L.p., Opis narzędzi i urządzeń (gdzie w wierszu 4 wskazano dysponuje co najmniej sześcioma uzbrojonymi dwuosobowymi grupami interwencyjnymi (GI) wyposażonymi w broń palną krótką oraz środki łączności wykorzystujące dwa różne systemy transmisji informacji np. Telefon GSM i własne łącze radiowe na wydzielonej częstotliwości. Zmotoryzowane grupy interwencyjne (GI) muszą być usytuowane w odległości pozwalającej na dojazd do wszystkich sześciu obiektów Muzeum jednocześnie w czasie do 10 minut, również w godzinach szczytu), Ilość/sztuki, Podstawa do dysponowania

Do upływu terminu składania ofert złożono dwie oferty, tj. ofertę Odwołującego oraz Przystępującego, która została oceniona najwyżej. Przystępujący do oferty załączył zobowiązanie podmiotu trzeciego - Agencji Ochrony VEGA Security Sp. z o.o. do udostępnienia wykonawcy grup interwencyjnych.

Dalej, Izba ustaliła, że Przystępujący został wezwany, zgodnie z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, w dniu 13 maja 2021 r., do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Po wezwaniu do złożenia podmiotowych środków dowodowych Zamawiający otrzymał również pismo Odwołującego z 17 maja 2021 r., w którym Odwołujący wskazywał, iż w jego ocenie i zgodnie z jego rozeznaniami rynku, Przystępujący nie posiada na terenie miasta Szczecin możliwości świadczenia podjazdów grup interwencyjnych, gdyż wybrał jako podwykonawcę Agencję Ochrony VEGA Security Sp. z o.o. Odwołujący podnosił, że podwykonawca wskazany powyżej jest spółką, która korzysta z naszych usług na terenie miasta Szczecin, zlecając nam właśnie usługę podjazdów grup interwencyjnych. Ochroniamy na mocy łączącej nas umowy nawet należący do tego podwykonawcy magazyn służący przechowywaniu ich broni, co pozwala ocenić, że podmiot ten nie posiada własnych uzbrojonych, dwuosobowych grup interwencyjnych wyposażonych w broń krótką. Odwołujący nie załączył do pisma żadnych innych dokumentów lub dodatkowych informacji.

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych Przystępujący złożył m.in. wykaz narzędzi gdzie w zakresie pkt 4 w kolumnie ilość/sztuki podał 6, a w kolumnie podstawa dysponowania wskazał *Własność firmy, w tym 2 GI w zakresie podwykonawstwa*.

Następnie zamawiający wystąpił do Przystępującego w dniu 1 czerwca 2021 r. z żądaniem wyjaśnień co do dysponowania Grupami Interwencyjnymi oraz zażądał uzupełnienia zobowiązania do udostępnienia zasobów wraz ze złożeniem dowodów potwierdzających realność udostępnienia. Zamawiający wezwał w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu o zobowiązanie podmiotu trzeciego, z którego wynikać będzie *rzeczywisty dostęp do udostępnianych zasobów, tj. w szczególności: - ilość grup interwencyjnych, które będzie udostępniał ww. podmiot, - wskazanie czy udostępnione grupy interwencyjne wyposażone będą w broń palną krótką oraz środki łączności wykorzystujące dwa różne systemy transmisji informacji (np. Telefon GSM i własne łącze radiowe na wydzielonej częstotliwości, - sposób w jaki będzie wykonywane udostępnienie, w szczególności wskazanie czy AGENCJA OCHRONY VEGA SECURITY sp. z o.o. będzie wykonywała bezpośrednio podjazdy grup interwencyjnych (podwykonawstwo); wraz z załączeniem dowodów potwierdzających rzeczywisty dostęp do udostępnianych zasobów*

(umowa współpracy, oświadczenie podmiotu trzeciego, iż posiada grupy interwencyjne bądź inne dokumenty potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu)

Dodatkowo Zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentów o wykaz narzędzi złożony przez podmiot trzeci w zakresie udostępnianego potencjału, tj. dysponowania uzbrojonymi dwuosobowymi grupami interwencyjnymi (GI) wyposażonymi w broń palną krótką oraz środki łączności wykorzystujące dwa różne systemy transmisji informacji np. Telefon GSM i własne łącze radiowe na wydzielonej częstotliwości.

Zamawiający zwrócił się również z żądaniem wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp odnośnie tego, gdzie zlokalizowane będą grupy interwencyjne, którymi dysponuje bezpośrednio Wykonawca (tj. wszyscy konsorcjanci) w celu oceny, czy taka lokalizacja pozwoli na dojazd do wszystkich sześciu obiektów Muzeum jednocześnie w czasie do 10 minut, również w godzinach szczytu.

Przystępujący pismem z dnia 4 czerwca 2021 r. złożył wyjaśnienia wskazując, że *Agencja Ochrony Vega Security Sp. z o.o. dysponuje na terenie miasta Szczecin dwoma grupami interwencyjnymi.*

W załączeniu wykonawca przekazuje poprawione zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów w postaci dwóch grup interwencyjnych. Na potwierdzenie rzeczywistego dostępu do udostępnianych zasobów wykonawca przekazuje również: - protokół odbioru magazynu broni podmiotu udostępniającego zasoby, - pozwolenie na posiadanie broni palnej przez podmiot udostępniający zasoby, - pozwolenie radiowe podmiotu udostępniającego zasoby.

Zgodnie z wezwaniem, wykonawca przekazuje również wykaz narzędzi podmiotu udostępniającego zasoby.

Wykonawca potwierdza, że dysponuje 6 grupami interwencyjnymi wyposażonymi w broń palną krótką oraz środki łączności wykorzystujące dwa różne systemy transmisji informacji, np. telefon GSM i własne łącze radiowe na wydzielonej częstotliwości na terenie Szczecina oraz miejscowości Gryfice.

Podkreślić należy, że grupy interwencyjne są jednostkami mobilnymi, co wynika z natury tego typu usług. Grupy interwencyjne nie są przypisane do konkretnych lokalizacji, gdyż nie są jednostkami dedykowanymi do obsługi wyłącznie jednego klienta. W szczególności w przypadku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający nie wymagał dedykowania grup interwencyjnych do swoich obiektów, a jedynie objęcia tych obiektów ochroną w postaci interwencji grup interwencyjnych ogólnego przeznaczenia.

Ponadto, Zamawiający nie wymagał w SWZ podania lokalizacji grup interwencyjnych przez wykonawców. Wobec powyższego, bezzasadnym jest formułowanie wobec wykonawcy żądania przedstawienia lokalizacji grup interwencyjnych – jest to nieuzasadnione zarówno z technicznego, jak i formalnego punktu widzenia. Wskazać przy tym należy, iż wykonawca składając ofertę i podpisując umowę zobowiązuje się do zapewnienia reakcji GI w czasach w niej zawartych, co zamawiający może skontrolować w trakcie trwania umowy.

Zamawiający w dniu 11 czerwca 2021 r. dokonał wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określona w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Następnie, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że niezasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący podnosił, że Zamawiający błędnie uznał, iż EKOTRADE spełnia kryteria udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania właściwą liczbą grup interwencyjnych, w tym również przy udziale podmiotu, na którego zasoby się powołuje, który to podmiot jak wskazało EKOTRADE posiada jedynie 2 grupy interwencyjne, a usługę podjazdów grup interwencyjnych zamierza świadczyć na aż 5 obiektach Zamawiającego. Odwołujący zarzucił błędną weryfikację przez Zamawiającego dokumentów złożonych w postępowaniu i uznanie, iż Przystępujący posiada wymagane grupy interwencyjne, a także niezasadne uznanie wyjaśnień Przystępującego w zakresie dysponowania bezpośredniego 4 grupami interwencyjnym, w sytuacji gdy Przystępujący nie wykazał posiadania deklarowanych zasobów.

Po pierwsze, należy wskazać, że pismo Odwołującego z dnia 17 maja 2021 r., kierowane do Zamawiającego, nie zawierało żadnych dokumentów, które wykazywałyby, iż Przystępujący nie posiada wymaganych grup interwencyjnych i stanowiłyby podstawę do zakwestionowania złożonych oświadczeń. Także do odwołania nie załączono żadnych dowodów potwierdzających, że Przystępujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Również przedłożone na rozprawie dokumenty nie potwierdzają tezy Odwołującego. Jak słusznie zauważył Zamawiający, wydruki ze stron internetowych nie stanowią miarodajnego środka dowodowego, są to materiały reklamowe, niewykazujące jakimi wszystkimi środkami dysponuje konkretny podmiot. Ponadto, złożone dokumenty nie potwierdzają jaki obecnie potencjał posiada Przystępujący oraz jaki posiadał w dniu składania oferty. Z dokumentów przedłożonych przez Odwołującego nie wynika, że Przystępujący nie posiada wymaganych sześciu grup interwencyjnych.

Po drugie, Odwołujący wskazywał, iż Przystępujący nie przedłożył na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania grupami interwencyjnymi przekonywujących dodatkowych dowodów. Uszło jednak uwadze Odwołującego, że Przystępujący nie był zobowiązany do złożenia jakichkolwiek dowodów, innych niż wykaz narzędzi i urządzeń, co wynika wprost z dokumentacji zamówienia. Jedynym wymaganym w SWZ środkiem

dowodowym na potwierdzenie warunku udziału dotyczącego grup interwencyjnych był wykaz narzędzi i urządzeń, załącznik nr 6 do SWZ. Wykaz ten zawierał oświadczenie wykonawcy, że *dysponujemy lub będziemy dysponować następującymi narzędziami i sprzętem niezbędnymi do wykonania zamówienia* oraz tabelę, gdzie w wierszu nr 4 dotyczącym dysponowania co najmniej sześcioma uzbrojonymi dwuosobowymi grupami interwencyjnymi należało podać jedynie informację o ilości/sztukach oraz podstawę dysponowania. Zatem, samo wskazanie wymaganej liczby grup interwencyjnych oraz podanie podstawy dysponowania (wraz z ewentualnym załączeniem stosownego zobowiązania podmiotu trzeciego) uznawane było za spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła, że w ramach podmiotowych środków dowodowych Zamawiającemu złożono zarówno wykaz narzędzi i urządzeń podpisany przez Przystępującego w zakresie dysponowania 6 grupami interwencyjnymi (Przystępujący wskazał w kolumnie dotyczącej podstawy do dysponowania: *własność firmy, w tym 2 GI w zakresie podwykonawstwa*), jak i pismo (w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego) z dnia 4 czerwca 2021 r., w którym Przystępujący potwierdził, że *dysponuje 6 grupami interwencyjnymi wyposażonymi w broń palną krótką oraz środki łączności wykorzystujące dwa różne systemy transmisji informacji, np. telefon GSM i własne łącze radiowe na wydzielonej częstotliwości na terenie Szczecina oraz miejscowości Gryfice, wraz z uzupełnionym wykazem narzędzi i urządzeń podmiotu trzeciego (w zakresie dysponowania 2 GI)*.

W związku z powyższym to treść powyższych dokumentów stanowiła podstawę oceny czy wykonawca złożył dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Skoro w wykazie narzędzi nie zostały zawarte wymogi odnośnie podania przykładowo numerów i rodzajów pojazdów, Zamawiający nie miał prawa wymagać takich informacji, czy dokumentów w powyższym zakresie na etapie weryfikacji podmiotowych środków dowodowych Przystępującego. W konsekwencji za bezzasadne należy uznać zarzuty Odwołującego, iż Przystępujący nie podał „miarodajnych dowodów”, czy nie wykazał iloma pojazdami dysponuje - czy to w zakresie wykonawców wchodzących w skład konsorcjum, czy to podmiotu trzeciego. Wymogi takie nie zostały wyartykułowane w SWZ, a tym samym Zamawiający nie miał prawa żądać złożenia takich dokumentów, czy dodatkowych informacji od Przystępującego.

Izba uznała również za bezzasadny zarzut braku wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu z uwagą na treść umowy łączącej Przystępującego z podmiotem trzecim - Agencją Ochrony VEGA Security Sp. z o.o. w zakresie dysponowania dwoma grupami interwencyjnymi oraz podjazdów interwencyjnych do 5 obiektów Zamawiającego. Zgodnie z treścią wykazu narzędzi i sprzętu Przystępującego, będzie on realizował przedmiot zamówienia za pomocą własnych czterech grup interwencyjnych oraz dwóch deklarowanych przez podmiot trzeci, dysponując więc łącznie sześcioma grupami interwencyjnymi. Tym samym objęcie ochroną 5 obiektów Zamawiającego przez grupy interwencyjne podmiotu trzeciego, pomimo posiadania przez niego jedynie dwóch grup interwencyjnych, nie stoi na przeszkodzie prawidłowej realizacji zamówienia. Odnosząc się zaś do argumentacji podnoszonej na rozprawie, zgodnie z którą Przystępujący w ofercie wskazał na 5 minutowy czas dojazdu, a w załączniku nr 1 do umowy łączącej Przystępującego z podmiotem trzecim, podano 10 minutowy czas dojazdu, Izba wskazuje, że Odwołujący nie zawarł takiego zarzutu w treści odwołania.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty EKOTRADE i niezasadne uznanie wyjaśnień EKOTRADE w zakresie dysponowania przez nie właściwą liczbą grup interwencyjnych, w sytuacji w której w żaden sposób nie wykazano, że posiada deklarowane zasoby (dot. 4 grup interwencyjnych których posiadanie deklaruje), a tym samym, według Odwołującego, EKOTRADE przedstawiło Zamawiającemu informacje wprowadzające go w błąd w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz zaniechanie odrzucenia oferty EKOTRADE i niezasadne uznanie wyjaśnień EKOTRADE w zakresie powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego za prawidłowe, w sytuacji w której w żaden sposób nie wykazano, że Agencja Vega Security Sp. z o.o. posiada deklarowane zasoby w postaci dwóch grup interwencyjnych, a tym samym EKOTRADE przedstawiło Zamawiającemu informacje wprowadzające go w błąd w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu z uwagi na deklarację o dysponowaniu tylko dwiema grupami przez ten podmiot w jednoczesnym zleceniu mu usługi dla aż pięciu obiektów Muzeum Narodowego w Szczecinie.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Należy wskazać, że przesłanki wykluczenia wykonawcy wynikające z art. 109 ust. 1 ustawy Pzp są fakultatywnymi przesłankami wykluczenia. Na powyższe wskazuje użyty przez ustawodawcę zwrot „może”. Obowiązek wykluczenia wykonawcy z powodu zaistnienia fakultatywnych przesłanek wykluczenia pojawia się wyłącznie wtedy, gdy zamawiający w danym postępowaniu zdecydował się na ich wprowadzenie. O tym, w jaki sposób taka decyzja ma zostać wyrażona w postępowaniu decyduje art. 109 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Izba stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie wymóg wynikający z art. 109 ust. 2 ustawy Pzp nie został przez Zamawiającego spełniony wobec przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, gdyż Zamawiający zastrzegł w postępowaniu jedynie następujące fakultatywne przesłanki wykluczenia: art. 109 ust. 1, 4 oraz 7 ustawy Pzp. Powyższe podstawy wykluczenia z postępowania zostały wskazane zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt 5.2, jak również w SWZ w Rozdziale X pkt 2. W treści dokumentów zamówienia próżno szukać wzmianki o przesłance wykluczenia z postępowania z art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga, że analizowane postępowanie zamawiający prowadzi w trybie podstawowym z fakultatywnymi negocjacjami. Zgodnie z przepisami regulującymi ten tryb, podstawy wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu musiały być określone zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w specyfikacji warunków zamówienia. Zgodnie bowiem z art. 134 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, specyfikacja warunków zamówienia zawiera podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1, jeżeli zamawiający je przewiduje. Z kolei zgodnie z art. 272 ust. 2 ustawy Pzp minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, zakres informacji zawartych w ogłoszeniach zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych, w tym w ogłoszeniach, o których mowa w art. 216 ust. 1 i 3 oraz w

art. 448, a także tryb przekazywania ogłoszeń, mając na względzie rodzaje ogłoszeń, tryby postępowania o udzielenie zamówienia oraz szczególne instrumenty i procedury. Stosownie do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 23 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2439) w ogłoszeniu o zamówieniu należy zawrzeć fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy (Załącznik nr 1 pkt I Zakres informacji zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu niezależnie od trybu udzielenia zamówienia, postępowania o zawarcie umowy ramowej ppkt 6 Kwalifikacja podmiotowa wykonawców tiret 2 informacja o podstawach wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 ustawy – jeżeli zamawiający je przewiduje).

Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest to, że Zamawiający nie miał prawa w tym postępowaniu badać spełnienia przez Przystępującego podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. W tej sytuacji okoliczność, czy Przystępujący złożył prawdziwe czy fałszywe oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu okazało się być pozbawione jakiegokolwiek doniosłości prawnej. Zatem, oświadczenie Przystępującego o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu nie mogło mieć jakiegokolwiek wpływu na decyzje podejmowane przez zamawiającego, gdyż dotyczyło niezastrzeżonej w tym postępowaniu fakultatywnej podstawy wykluczenia, której Zamawiający nie miał prawa badać.

Skoro Zamawiający nie przewidział wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przed upływem terminu składania ofert, to konsekwentnie nie może tego zrobić po upływie terminu składania ofert. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że Zamawiający nie naruszył wskazywanego przez Odwołującego art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. W konwencji także przez wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej nie doszło do naruszenia reguł wyłaniania oferty najkorzystniejszej.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy nPzp oraz w oparciu o przepisy § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....