Sygn. akt: KIO 1163/21

WYROK

z dnia 16 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 czerwca 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę ASPEKT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Muzeum Jana Pawła II i Prymasa Wyszyńskiego z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy BASMA Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę ASPEKT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ASPEKT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych

zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Muzeum Jana Pawła II i Prymasa Wyszyńskiego z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika

2.2. zasądza od wykonawcy ASPEKT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Muzeum Jana Pawła II i Prymasa Wyszyńskiego z siedzibą w Warszawie, kwotę 3 600 złotych 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Sygn. akt: KIO 1163/21

Uzasadnienie

Zamawiający Muzeum Jana Pawła II i Prymasa Wyszyńskiego z siedzibą w

Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „ Usługa ochrony Muzeum Jana Pawła II i Prymasa Wyszyńskiego”. Znak sprawy: 73/DIA/US/2021.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 19 kwietnia 2021 roku wykonawca ASPEKT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ).

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 16 ust. 1 - 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności przy formułowaniu postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Warunków Zamówienia,

2) art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez wadliwy opis przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu,

3) art. 433 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron,

4) ustawy z dnia 26 czerwca 1974r. - Kodeks pracy (tj. Dz.U. z 2020r. poz. 1320) w zakresie przerwy w pracy przysługującej pracownikowi zatrudnionemu na umowę o pracę,

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany kwestionowanych przez odwołującego postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ w zakresie i brzmieniu zaproponowanym przez odwołującego w odwołaniu.

W uzasadnieniu wniesionego odwołania odwołujący odnośnie podniesionych zarzutów wskazał:

W dniu 13 kwietnia 2021 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu oraz w dniu 12 kwietnia 2021 r. SWZ wraz załącznikami dotyczącymi przedmiotowego zamówienia. W ocenie odwołującego postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ naruszały przepisy ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził, iż zamawiający w treści SWZ w Rozdziale VII w pkt. 1.4 postanowił następujący warunek udziału w postępowaniu:

„zdolności technicznej lub zawodowej: warunek zostanie spełniony, jeśli Wykonawca:

1.4.1. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres

prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał (lub, w przypadku świadczeń

powtarzających się lub ciągłych, są wykonywane) należycie, co najmniej:

dwie usługi (umowy) ochrony fizycznej w obiekcie/obiektach użyteczności publicznej, przy

czym:

1) łączna wartość wykonanych usług (umów) jest nie mniejsza niż 500.000,00* zł brutto, oraz

2) czas trwania usługi, o której mowa w pkt. 3) był nie krótszy niż 12 miesięcy;

oraz

3) co najmniej jedna usługa (umowa) była wykonana w muzeum**.

W przypadku usług niezakończonych (wykonywanych) łączna wartość usług (umów) musi być zrealizowana przynajmniej na kwotę 500 000,00* zł brutto oraz w okresie następujących po sobie min. 12 miesięcy z zastrzeżeniem pkt. 1.4.1. ppkt. 2).

*Wartości podane w dokumentach potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w walutach innych niż PLN Wykonawca, a także Zamawiający przeliczy według średniego kursu NBP na dzień zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu dotyczącego przedmiotowego postępowania w Biuletynie Zamówień Publicznych.

**Zgodnie z art. 21 ustawy z dnia 21 listopada 1996 r. o muzeach (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 902).”

W opinii odwołującego opisany przez zamawiającego w SWZ w pkt. 1.4 warunek udziału w postępowaniu nie odzwierciedlał obowiązującego art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp i nie znajduje żadnego uzasadnienia w celu postępowania, jakim jest wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Odwołujący zwrócił uwagę, iż:

- określenie przez zamawiającego doświadczenia wykonawcy w „ochronie fizycznej” jest zbyt szerokie i można tym samym uznać za właściwe wykonanie lub wykonywanie usług nie związanych z przedmiotem zamówienia, gdyż zgodnie z ustawą z dnia 22 sierpnia 1997r. o ochronie osób i mienia (Dz.U 1997 nr 114 poz. 740 z późń. zm,) w art. 3:

„Ochrona osób i mienia realizowana jest w formie:

1) bezpośredniej ochrony fizycznej:

a) stałej lub doraźnej,

b) polegającej na stałym dozorze sygnałów przesyłanych, gromadzonych i przetwarzanych w elektronicznych urządzeniach i systemach alarmowych,

c) polegającej na konwojowaniu wartości pieniężnych oraz innych przedmiotów wartościowych lub niebezpiecznych;”

Zgodnie z treścią SWZ, na spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, wykonawca mógłby legitymować się doświadczeniem w dozorze sygnałów jak i konwojowaniu wartości pieniężnych, a więc usługach nie związanych z przedmiotem zamówienia.

- wymaganie przez zamawiającego doświadczenia w ochronie fizycznej w obiekcie / obiektach użyteczności publicznej jest kolejnym przykładem nazbyt szeroko przyjętego doświadczenia wykonawcy, znacząco odbiegającego od przedmiotu zamówienia jakim jest całodobowa ochrona obiektów muzeum przez kwalifikowanych pracowników ochrony wyposażonych w środki przymusu bezpośredniego określone w Opisie Przedmiotu Zamówienia, obejmująca nadzór nad systemami zabezpieczenia technicznego wynikającymi z OPZ: SAP, DSO, CCTV, KD, SSWiN, systemem wizualizacji a przede wszystkim objęcia ochroną i odpowiedzialnością za dzieła sztuki i muzealia, sale wystawowe.

Zgodnie z Obwieszczeniem Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 8 kwietnia 2019 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U. 2019 poz. 1065) za budynek użyteczności publicznej - należy przez to rozumieć budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny. W ocenie odwołującego brak zapisu o wymaganiu doświadczenia w bezpośredniej ochronie fizycznej obiektu/ obiektów użyteczności publicznej wyposażonych w systemy zabezpieczenia technicznego zainstalowane w obiektach zamawiającego (SAP, DSO, CCTV, KD, SSWiN, systemu wizualizacji) w połączeniu z obowiązkiem ich obsługi zgodnie z OPZ pozbawia zamawiającego wyboru wykonawcy mającego niezbędne doświadczenie w świadczenie usług ochrony.

- wymagane przez zamawiającego legitymowanie się doświadczeniem w świadczeniu co najmniej dwóch usług (umów) ochrony na łączną wartość wykonanych usług (umów) na kwotę 500 000,00 zł brutto może prowadzić do udziału w postępowaniu Wykonawcy posiadającego minimalne doświadczenie w ochronie fizycznej muzeum, a więc obiektu wymagającego szczególnego doświadczenia w świadczenia usług ochrony. Zgodnie z SWZ Wykonawca może legitymować się doświadczeniem w realizacji jednej usługi (umowy) ochrony fizycznej w obiekcie / obiektach użyteczności publicznej, a jak wykazano powyżej definicja budynku użyteczności jest pojęciem bardzo szerokim i mogącym odbiegać od przedmiotu zamówienia, o wartości 99 % żądanej kwoty i w ochronie muzeum, w tym również w np. w konwojowaniu, o wartości 1% żądanej kwoty.

Odwołujący wskazał, iż ochrona muzeum wymaga specjalistycznego doświadczenia, zaś jej realizacja jest obwarowana dodatkowymi przepisami wykonawczymi, wyróżniającymi muzeum w tym zakresie od pozostałych obiektów użyteczności publicznej - Rozporządzeniem Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 2 września 2014r. w sprawie zabezpieczenia zbiorów muzeum przed pożarem, kradzieżą i innym niebezpieczeństwem grożącym ich zniszczeniem lub utratą (Dz.U. z 2014 poz. 1240), które wskazuje zamawiający w SWZ. Jednocześnie zamawiający w OPZ stawia wysokie wymagania odnośnie pracowników ochrony, szczegółowo formułując ich obowiązki, specjalistyczną wiedzę i umiejętności w zakresie obsługi systemów zabezpieczenia technicznego, wyposażenie pracowników ochrony m.in. w paralizatory elektryczne z wystrzeliwanym ładunkiem, pałki wielofunkcyjne, kajdanki, a więc środki przymusu bezpośredniego wymagającego odpowiedzialnego i zgodnego z przepisami użycia. Odwołujący podkreślił szczególną rangę ochrony muzeum i różnicę w stosunku do ochrony innych obiektów użyteczności publicznej, jaką jest obowiązek posiadania przez każde muzeum Planu ochrony, który wynika z § 27 w/w rozporządzania.

Dalej odwołujący wskazał, iż celem przepisu art. 112 ustawy Pzp jest umożliwienie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcom nie podlegającym wykluczenia z postępowania, a posiadającym wymagane uprawnienia, potencjał, wiedzę i doświadczenie, którzy w przypadku uzyskania zamówienia publicznego zdolni będą do jego należytego wykonania. Zgodnie z aktualną regulacją zawartą w art. 112 ustawy Pzp opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków, o których mowa w ust. 1 ww. przepisu, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Oznacza również, za opinią UZP, iż opis warunków powinien być dokonany „przez pryzmat celu, jakiemu ma on służyć, a więc zapewnienia wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia".

Odwołujący przywołał wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, tj. wyrok z dnia 5 lutego 2021 roku (Sygn. akt: KIO 56/21), wyrok z dnia 4 marca 2021r. (Sygn. akt: KIO 356/21).

Odwołujący stwierdził, iż zamawiający w treści SWZ w Rozdziale VII w pkt. 1.4.1 oraz w Rozdziale XVIII ppkt 2.2 błędnie wskazał definicję muzeum, wskazując jako podstawę prawną: „**Zgodnie z art. 21 ustawy z dnia 21 listopada 1996r. o muzeach (t.j. Dz.U. z 2020r. poz. 902)."

Dalej odwołujący stwierdził, iż zamawiający w treści SWZ w OPZ dopuszcza możliwość ograniczenia zakresu zamówienia pomijając obowiązek wynikający z art. 433 wskazania w umowie minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Dalej odwołujący stwierdził, iż zamawiający w treści SWZ w Załączniku nr 2a „Wykaz Doświadczenia Dowódców Zmiany skierowanych do realizacji Zamówienia" pominął wskazania podstawy do dysponowania pracownikami.

Ponadto odwołujący stwierdził, iż zamawiający w treści SWZ w projekcie Umowy stanowiącej Załącznik nr 5 do SWZ w § 4 ust. 2 w sposób nieuzasadniony narzuca Wykonawcy wymiar etatu w wysokości nie mniejszej niż % etatu. Mając na uwadze, iż zamawiający zastrzega sobie prawo do zmniejszenia w każdym czasie realizacji umowy wymiaru ochrony, to utrzymanie żądanego przez Zamawiającego wymiaru % etatu może być niewykonalne dla Wykonawcy.

Odwołujący stwierdził również, iż zamawiający w treści SWZ wymaga od wykonawcy realizacji przedmiotu zamówienia przez pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974r. - Kodeks pracy (tj. Dz.U. z 2020r. poz. 1320). Jednocześnie, zgodnie ze schematem organizacyjnym ochrony zawartym w OPZ, zamawiający zaplanował jednego pracownika ochrony w godzinach nocnych (19.00 - 9.00 w siedzibie głównej i 18.30 - 10.30 w oddziale). Odwołujący zwrócił uwagę, iż zamawiający wymagając od wykonawcy zatrudnienia pracowników ochrony na podstawie umowy o pracę, planując harmonogram pracy pracowników ochrony, całkowicie pominął wynikające z tytułu zatrudnienia na umowę o pracę prawa pracownika do przysługujących przerw w pracy, a więc prawa do odpoczynku od stanowiska pracy. Odwołujący podkreślił, iż

zamawiający w OPZ wskazał wprost, iż „Za przestrzeganie obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy przez osoby wykonujące zadania wynikające z przyszłej umowy odpowiedzialność ponosi Wykonawca". Zamawiający nie dopuszcza możliwości składania ofert wariantowych oraz rozlicza się z Wykonawcą za przepracowane godziny zgodnie wyznaczonym przez siebie harmonogramem godzin i ilości pracowników ochrony, tym samym wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z przepisami prawa pracy jest nie możliwe.

Odwołujący wniósł o zmianę postanowień treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SWZ w następującym brzmieniu:

- „zdolności technicznej lub zawodowej: warunek zostanie spełniony, jeśli Wykonawca: 1.4.1 w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał (lub, w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych, są wykonywane) należycie, co najmniej:

dwie usługi (umowy) całodobowej bezpośredniej ochrony fizycznej w obiekcie/obiektach użyteczności publicznej wyposażonych w systemy zabezpieczenia technicznego: SAP, DSO, CCTV, KD, SSWiN, system wizualizacji , przy czym:

1) łączna wartość wykonanych usług (umów) jest nie mniejsza niż 500.000,00* zł brutto,

oraz

2) czas trwania usługi, o której mowa w pkt. 3) był nie krótszy niż 12 miesięcy a wartość w tym okresie wyniosła co najmniej 400 000,00 zł brutto;

oraz

3) co najmniej jedna usługa (umowa) była wykonana w muzeum**.

W przypadku usług niezakończonych (wykonywanych) łączna wartość usług (umów) musi być zrealizowana przynajmniej na kwotę 500 000,00* zł brutto oraz w okresie następujących po sobie min. 12 miesięcy z zastrzeżeniem pkt. 1.4.1. ppkt. 2).

*Wartości podane w dokumentach potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w walutach innych niż PLN Wykonawca, a także Zamawiający przeliczy według średniego kursu NBP na dzień zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu dotyczącego przedmiotowego postępowania w Biuletynie Zamówień Publicznych.

**Zgodnie z art. 1 ustawy z dnia 21 listopada 1996 r. o muzeach (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 902)."

- wskazania w umowie minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron,

- wskazania w Załączniku nr 2a „Wykaz Doświadczenia Dowódców Zmiany skierowanych do realizacji Zamówienia" obowiązku podania podstawy do dysponowania pracownikami,

- pozostawienie w gestii Wykonawcy wymiaru etatu przy zatrudnianiu pracowników do realizacji zamówienia,

- dostosowanie treści SWZ do wymaganych przez zamawiającego warunków zatrudnienia pracowników na umowę o pracę i wynikających z tego tytułu praw pracowników

Zamawiający w dniu 5 maja 2021 r. wniósł, w postaci elektronicznej, odpowiedź na odwołanie w której wnosił o oddalenie odwołania i przedstawił swoje stanowisko co do podniesionych zarzutów.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówienie oraz specyfikacji warunków zamówienia wraz ze zmianami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

W terminie wskazanym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca BASMA Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

Izba ustaliła, że:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne o wartości poniżej 750 000 euro, pn. „Usługa ochrony Muzeum Jana Pawła II i Prymasa Wyszyńskiego". W dniu 13 kwietnia 2021 r. opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamówieniu pod numerem 2021/BZP 00031330.

Opisany w treści odwołania stan faktyczny sprawy odpowiada rzeczywistości, wobec czego nie będzie tu powtarzany, wymaga jednak uzupełnienia o następujące kwestie.

Zamawiający w dniu 20 kwietnia 2021 r. opublikował ogłoszenie o zmianie ogłoszenia oraz informację o zmianie SWZ m.in. w zakresie odniesienia do ustawy z dnia 21 listopada 1996 r. o muzeach zawartego w Rozdziale VII ust. 1 pkt. 1.4. ppkt 1.1.4 i w Rozdziale XVIII.2 ust. 2 pkt. 2.2. SWZ nadając im następujące brzmienie: „Zgodnie z art. 1 ustawy z dnia 21 listopada 1996 r. o muzeach (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 902)."

Zamawiający w dniu 27 kwietnia 2021 r. działając na podstawie art. 286 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający dokonał m.in. następujących zmian SWZ:

1) 4 ust. 2 Wzoru umowy - Załącznik nr 5 do SWZ otrzymał brzmienie:

„§ 4 ust. 2 Wykonawca zobowiązuje się, że wszyscy spośród Pracowników świadczących usługi będą w okresie realizacji umowy zatrudnieni na podstawie umowy o pracę, w wymiarze czasu pracy w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1320) nie mniejszym niż wynikający z czasu w jakim dana osoba skierowana jest do wykonywania czynności w ramach Umowy, z uwzględnieniem wymogu, że rotacja osób wykonywujących usługę ochrony ze strony Wykonawcy nie może przekraczać 50%, chyba że większych zmian zażąda Zamawiający."

2) Pkt VIII OPZ - Załącznik nr 1 do SWZ i Załącznik nr 1 do Wzoru umowy - Załącznik nr 5 do SWZ otrzymał brzmienie:

„VIII. Łączny czas pracy w okresie obowiązywania umowy

Zamawiający przewiduje łącznie maksymalnie 27 242 godzin w ramach usługi ochrony, w okresie obowiązywania umowy.

Muzeum zastrzega sobie możliwość niewykorzystania pełnego ww. limitu godzin. Ostateczna liczba godzin wynikać będzie z potrzeb Muzeum.

W przypadku niewykorzystania pełnej powyżej określonej liczby godzin, Wykonawcy nie będzie przysługiwać roszczenie w stosunku do Muzeum.

Zamawiający gwarantuje wykorzystanie 13 621 godzin, z tym że w razie niewykorzystania tej liczby w okresie wskazanym w § 6 Wzoru umowy umowa ulega wydłużeniu do czasu wykorzystania tej liczby godzin, na czas jednak nie dłuższy niż 12 miesięcy."

Izba oceniła zgromadzony materiał dowodowy w następujący sposób:

Izba oceniła, że materiał dowodowy jest wszechstronny i umożliwia wydanie rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp tj. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty; proporcjonalny.

2) art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp tj. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

3) art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp tj. Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej.

4) art. 433 pkt 4 ustawy Pzp tj. Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

5) ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (tj. Dz.U. z 2020 r. poz. 1320)

Na wstępie Izba zwraca uwagę, że zgodnie zustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu.

Z powyższych względów okoliczności podniesione dopiero na rozprawie nie mogły i nie zostały wzięte pod uwagę, jako stanowiące niedopuszczalne rozszerzenie zarzutów zawartych w odwołaniu. W okolicznościach niniejszej sprawy dotyczy to np. kwestii waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji obowiązywania umowy o zamówienie publiczne w terminie dłuższym niż 12 miesięcy, czy też uzasadnienia dla konieczności podania podstawy dysponowania dowódcami zmiany w „Wykazie Doświadczenia Dowódców Zmiany skierowanych do realizacji zamówienia".

W tej sprawie podkreślić należy, iż prawidłowa konstrukcja zarzutu wymaga, tak jak wskazano powyżej, sprecyzowania w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z 1 grudnia 2009 r. (sygn. akt gdzie Izba wskazała, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Brak któregoś z istotnych elementów tworzących zarzut uniemożliwia Izbie uwzględnienie odwołania. Stąd odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze, zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy Pzp. Przy czym nie może się to sprowadzać do samego twierdzenia, że zamawiający błędnie wskazał definicję muzeum, czy też, że pominął w umowie określenie jej minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron lub wskazanie podstawy do dysponowania pracownikami, bądź że w sposób nieuzasadniony zamawiający narzuca wykonawcy wymiar etatu w wysokości nie mniejszej niż % etatu, gdyż należy skonkretyzować okoliczności faktyczne i prawne, które w danej sprawie pozwalają na wyprowadzenie takiego wniosku.

W tej sprawie w odwołaniu, jak to powyżej zrelacjonowano, w uzasadnieniu odwołania tak, a nie inaczej opisano okoliczności faktyczne i prawne, które polegają na bardzo lakonicznym przedstawieniu stanu faktycznego i prawnego. W konsekwencji nie zostało wykazane, że w wyżej wskazanym zakresie zamawiający dopuścił się naruszenia ustawy Pzp w stopniu mającym wpływ na wynik postępowania.

Ponadto Izba zauważa, iż stosownie do art. 552 ust. 1. ustawy Pzp „Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego". Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia - co Izba zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie. Rolą tego przepisu jest uwzględnienie w orzeczeniu aktualnego stanu faktycznego i prawnego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zauważenia również wymaga - co jest istotne dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu - że przepisy ustawy nie zobowiązują Zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, wobec wniesionego odwołania. Powyższe oznacza, iż wydając wyrok Izba zobowiązana była wziąć pod uwagę zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ dokonane już po wniesieniu odwołania, a mające znaczenie dla rozstrzygnięcia odwołania. Należy dostrzec, iż część postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ stanowiących podstawę do wniesienia odwołania przestała istnieć na moment zamknięcia rozprawy. Wobec treści przepisu art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, uznać należy, iż ustawodawca dopuścił możliwość zmiany stanu rzeczy stanowiącego podstawę do wniesienia odwołania w stosunku do stanu rzeczy stanowiącego podstawę orzekania. W rezultacie treść rozstrzygnięcia - która opiera się na stanie rzeczy z chwili zamknięcia rozprawy - może być odmienna od treści rozstrzygnięcia - która opierałaby się jedynie na stanie faktycznym sprawy istniejącym w chwili wniesienia odwołania. W niniejszej sprawie zamawiający dokonał zmian SWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu np. w zakresie: korekty błędnego odesłania do definicji muzeum w warunku udziału w postępowaniu oraz kryteriach oceny ofert, zmiany wymagania wymiaru etatu w wysokości nie mniejszej niż 1/2 etatu, czy też dookreślenia minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron (co przyznał również odwołujący w toku rozprawy). Tym samym, wobec skarżenia przez wykonawcę postanowień SWZ i ogłoszenia o zamówieniu, które na moment zamknięcia rozprawy nie istniały, bowiem Zamawiający dokonał ich zmiany, abstrahując od sposobu sformułowania zastrzeżeń odwołującego w tym zakresie, Izba nie ma podstaw prawnych do stwierdzenia naruszenia, wobec nieistniejących już okoliczności.

Odwołujący główną argumentację odwołania skupił na zarzucie naruszenia przez zamawiającego art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez wadliwy opis warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej. W ocenie Izby również ten zarzut nie potwierdził się. Zamawiający określając sporny warunek udziału w postępowaniu nie naruszył przepisów ustawy Pzp, w szczególności Izba uznała, iż warunek został sformułowany w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia i nie naruszający uczciwej konkurencji. Odwołujący dążył do zmiany kwestionowanego warunku poprzez uczynienie go bardziej restrykcyjnym, a tym samym ograniczenie dostępu do ubiegania się o udzielenie zamówienia podmiotom zdolnym do jego realizacji. W ocenie Izby warunek udziału w postępowaniu nie musi odnosić się do doświadczenia identycznego / tożsamego z przedmiotem zamówienia. Warunek ten ma uprawdopodabniać, iż wykonawca go spełniający jest w stanie zrealizować zamówienie. W szczególności podkreślenia wymaga, iż formułowane warunki udziału w postępowaniu muszą odzwierciedlać minimalne poziomy zdolności.

Omawiając zasadę proporcjonalności, dostrzeżenia wymaga, iż w wyroku z dnia 6 grudnia 2016 r. (sygn. akt KIO 2180/16) Izba odwołała się do orzecznictwa TSUE wskazując, że proporcjonalność polega na określeniu przez zamawiającego wyłącznie takich wymagań, które są konieczne do osiągnięcia zakładanego celu. Wyrażono również pogląd w zakresie rozkładu ciężaru dowodu przy tak rozumianej zasadzie proporcjonalności. Izba uznała, że to od odwołującego się wykonawcy należy oczekiwać argumentacji wskazującej, że postawione przez zamawiającego wymagania są oderwane od zasadniczego celu prowadzenia postępowania i w konsekwencji realizacji zamówienia, stanowiącego jego przedmiot, jak również że są one nieodpowiednie do osiągnięcia zakładanych celów lub pozostają z nimi w wyraźnej dysproporcji.

Proporcjonalność warunku udziału w postępowaniu należy rozumieć jako opisanie warunku na poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie zaś wprowadzanie nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu. Proporcjonalność oznacza zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy przez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, uniemożliwiając ubieganie się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji.

W niniejszej sprawie Izba uznała, iż warunek określony przez zamawiającego wpisuje się w normy i zasady ustalania warunków udziału w postępowaniu. Wymaganie zamawiającego odnosi się do usług ochrony będących przedmiotem zamówienia w szerokim rozumieniu, a wykazywane usługi miały być wykonywane w obiektach użyteczności publicznej, jakim niewątpliwie jest również obiekt zamawiającego. Ponadto jedna z usług miała być wykonana w muzeum, a więc w podmiocie o tożsamej specyfice co zamawiający.

Tak więc, Izba stwierdziła, że postawione przez zamawiającego wymagania nie są oderwane od zasadniczego celu prowadzenia postępowania i w konsekwencji realizacji zamówienia stanowiącego jego przedmiot, jak również, że nie pozostają z nimi w wyraźnej dysproporcji.

Izba wyraża przekonanie, że ustalony przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego warunek nie został ustalony w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia znaczenie ma doświadczenie w wykonaniu usług odpowiadających rodzajowo i terminowo przedmiotowi zamówienia, a zatem odniesienie warunku do ilości umów i czasu wykonywania świadczeń podobnych w skali jednego roku nie stanowi wymagań Zamawiającego o charakterze nieproporcjonalnym i naruszającym zasady uczciwej konkurencji. W warunku, do oceny zdolności wykonawcy do należytego spełnienia zobowiązania umownego, przyjęty został przez Zamawiającego zestaw dokonań wykonawcy, który ma być spełniony łącznie, a cech tego zestawu wymagań Izba nie uznała za przeczące regułom określonym w ustawie Pzp.

Izba podziela argumentację Zamawiającego co do formalnej wadliwości zarzutu dotyczącego ogólnego naruszenia przepisów Kodeksu pracy bez powiązania go z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, a tym samym skonkretyzowania naruszenia w oparciu o ustawę Pzp. Stosownie do art. 505 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, rozumianej jako ustawa Pzp. Słusznie zamawiający zauważył, brak kognicji Izby w zakresie orzekania odnośnie przepisów kodeksu pracy. Wobec powyższego zarzut ten podlegał oddaleniu.

Również w zakresie zarzutu naruszenia art. 16 ustawy Pzp oraz niemożności stanowienia przez ten przepis samodzielnej podstawy zarzutu odwołania Izba podziela argumentację zamawiającego, co do wadliwego skonstruowania zarzutu i uznaje ją za własną. Ponieważ zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp nie opiera się na żadnych okolicznościach faktycznych, Izba stwierdziła jego niezasadność.

Reasumując, w świetle powyższych ustaleń Izba uznała za niezasadne zarzuty odwołania wskazujące na naruszenia przez Zamawiającego przepisów wymienionych w petitum odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).