Sygn. akt: KIO 3799/24

WYROK

Warszawa, dnia 30 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Luiza Łamejko

Protokolant:Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Solid Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Solid Sp. z o.o.
z siedzibą w Krakowie

w postępowaniu prowadzonym przez Centrum Usług Logistycznych z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Holding Hunters Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, Green Hunters Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie, Blue Hunters
Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie i HUNTERS24 Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą
w Grodzisku Wielkopolskim

orzeka:

1.Oddala odwołanie.
2.Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Solid Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Solid Sp. z o.o. z siedzibą
w Krakowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Solid Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie
i Solid Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Solid Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie
i Solid Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:……..

Sygn. akt: KIO 3799/24

U z a s a d n i e n i e

Centrum Usług Logistycznych z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Ochrona Lotniska Warszawa-Babice w Warszawie przez okres 36 miesięcy". Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 17 lipca 2024 r. pod numerem 428287-2024.

W dniu 14 października 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Solid Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Solid Sp. z o.o.
z siedzibą w Krakowie (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego dokonanych ww. postępowaniu
w postaci:

1) nieprawidłowego i nieuzasadnionego odrzucenia oferty Odwołującego z przywołaniem podstawy z art. 226 ust 1 pkt 5) ustawy Pzp referującej do wskazania, iż oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia w sytuacji, kiedy to przesłanki wynikające z tego przepisu w niniejszej sprawie nie miały miejsca;

2) nieprawidłowym i nieuzasadnionym wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Holding Hunters Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, Green Hunters Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie, Blue Hunters
Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie i HUNTERS24 Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą
w Grodzisku Wielkopolskim (dalej: „HUNTERS") w sytuacji, w której oferta HUNTERS nie jest ofertą najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu zgodnie z ustalonymi przez zamawiającego kryteriami oceny ofert,

3) braku poprawienia brzmienia załącznika nr 11 do SWZ złożonego przez Odwołującego – „wykaz sprzętu" w sytuacji, w której było to dopuszczalne w myśl postanowień dokumentacji postępowania oraz przepisów ustawy Pzp.

w konsekwencji:

dokonania nieprawidłowego i niezasadnego wyboru oferty HUNTERS w sytuacji, w której jako ofertę najkorzystniejszą traktować należy ofertę Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)przepisów art. 226 ust 1 pkt 5) w zw. z art. 7 pkt 29 oraz 16 ustawy Pzp

- poprzez błędne uznanie, iż treść oferty Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia w sytuacji, w której uzasadnieniem dla tego staje się dla Zamawiającego okoliczność, iż liczba identyfikatorów dla pracowników ochrony wskazana przez Odwołującego w „wykazie sprzętu" nie jest tożsama z liczbą pracowników jakich Odwołujący planuje zaangażować w procesie realizacji przedmiotu zamówienia – „wykaz osób";

- poprzez nieprawidłowe uznanie, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, a tym samym naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

2) przepisów art. 239 ust 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp

- poprzez nieprawidłowe i nieuzasadnione dokonanie wyboru oferty HUNTERS jako oferty najkorzystniejszej w sytuacji, w której to oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą
w myśl ustalonych przez Zamawiającego kryteriów, jakimi będzie się on kierował przy wyborze ofert

3) przepisów art. 223 ust 2 pkt 3 w zw. z art. 16 ustawy Pzp

- poprzez zaniechanie poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty
z dokumentami postępowania, która nie powoduje istotnej zmiany jej treści, a to zmiany brzmienia „wykazu sprzętu" poprzez poprawienie liczby identyfikatorów tak, by odpowiadała ona liczbie osób, jakie Odwołujący zamierza skierować do realizacji przedmiotu zamówienia;

- poprzez zaniechanie poprawienia przedmiotowego środka dowodowego w postaci „wykazu sprzętu" w sytuacji, w której taką czynność Zamawiający dopuszczał wskazaniami SWZ – IX Opis sposobu przygotowania ofert pkt 13. „Zamawiający przewiduje możliwość wezwania do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, tj. wykazu sprzętu załącznik nr 11 do SWZ";

- poprzez określenie zasad prowadzonego postępowania w sposób nieprawidłowy, nieprzejrzysty i wewnętrznie sprzeczny, powodujący niekorzystne dla biorących w nim udział wykonawców następujące sytuacje – dopuszczalna zmiana w zakresie podmiotowych środków dowodowych (w tym przypadku liczby pracowników kierowanych do realizacji przedmiotu zamówienia) powoduje brak możliwości dostosowania do ich brzmienia przedmiotowych środków dowodowych (w tym przypadku wykazu sprzętu w zakresie liczby identyfikatorów dla pracowników ochrony), co przekonaniem Zamawiającego skutkować ma koniecznością odrzucenia złożonej mu w takiej sytuacji oferty.

Odwołujący wniósł o:

1. Uwzględnienie odwołania w całości,

2. Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty HUNTERS jako oferty najkorzystniejszej.

3. Nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, poprawienia innej omyłki w wykazie sprzętu złożonym wraz z ofertą oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

4. Obciążenie kosztami postepowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa przez Krajową Izbą Odwoławczą.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał, iż Zamawiający uzasadnił decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 4 października 2024 r. tym, że brzmienie „wykazu sprzętu" w części traktującej o liczbie

identyfikatorów dla pracowników ochrony nie koreluje z liczbą pracowników, jakich Odwołujący zamierza skierować do realizacji przedmiotu zamówienia – wskazanie w „wykazie osób".

Odwołujący przyznał, że udzielając odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 19 września 2024 r. poinformował, iż skieruje 33 pracowników ochrony do realizacji zamówionych przez niego usług. Odwołujący potwierdził tym samym, iż udzielając odpowiedzi wskazał na konieczność poprawy „wykazu sprzętu" w zakresie opisującym liczbę przynależnych pracownikom identyfikatorów. Odwołujący konieczność taką wywodził z zasad nie tylko logiki, ale i jasno określonych postanowień stworzonej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania.

W przekonaniu Odwołującego, postanowienia SWZ - Dział IX „Opis sposobu przegotowania ofert" – pkt 13 gwarantować miały zapewnienie spójności wartości, o których traktuje „wykaz osób" i „wykaz sprzętu" – w tym konkretnym przypadku liczby pracowników oraz liczby niezbędnych dla ich pracy identyfikatorów.

Idąc za stanowiskiem wyrażonym przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty, a traktującym o tym że „Wykonawca winien był stosownie dopasować wykaz sprzętu
i wyposażenia do liczby osób" Odwołujący wskazał, że taką konieczność zasygnalizował
i wyraził na nią zgodę.

Odwołujący zauważył, że po złożeniu oferty zmodyfikowany został podmiotowy środek dowodowy – wykaz osób – poprzez zmianę liczby pracowników, jakimi Odwołujący zamierza wykonać przedmiot zamówienia. W ocenie Odwołującego, czynność ta była całkowicie dopuszczalna i Zamawiający jako doświadczony gospodarz postępowań o udzielenie zamówień publicznych winien był się takiej spodziewać lub co najmniej taką przewidywać.

Odwołujący zauważył, że w przedmiotowym postępowaniu dochodzi do sytuacji,
w której wykonanie jednej czynności, całkowicie dopuszczalnej powoduje, iż pozostaje ona
w sprzeczności z ograniczeniami dotyczącymi przedmiotowych środków dowodowych, które jak twierdzi Zamawiający, nie mogą być w takim stanie rzeczy modyfikowane. Rozumowanie takie nakazuje przyjąć, iż poprawienie podmiotowych środków dowodowych mimo, iż dopuszczalne i możliwe, czynić będzie ofertę wykonawcy nieprawidłową.

Odwołujący nie zgodził się z tak prezentowanym stanowiskiem z uwagi na poniższe kwestie:

1. Odwołujący zwrócił uwagę na niekonsekwencję Zamawiającego, który dokonał poprawienia treści pozycji 8 i 9 wykazu sprzętu, który Zamawiający uznaje za przedmiotowy środek dowodowy, zmieniając liczbę urządzeń (zmiana liczby paralizatorów i pałek typu TONFA) uznając, że taka zmiana jest dopuszczalną i nie powoduje zmiany treści oferty.

2. Zmiana przedmiotowego środka dowodowego nie w każdym przypadku jest niemożliwa. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 marca 2023 r., sygn. akt KIO 668/23. Odwołujący zaznaczył, że ustawa nie zabrania poprawienia przedmiotowych środków dowodowych przez ich dostosowanie do bezwzględnych opisów SWZ, to jest takich, na których treść nie ma wpływu oferent. Wymaganiem w tym przypadku była konieczność dopasowania wykazu sprzętu i wyposażenia do liczby osób (pracowników) – na co wyraźnie wskazuje sam Zamawiający.

3. Odwołujący oponuje wobec twierdzeń Zamawiającego, by w jakikolwiek sposób dokonał potwierdzenia niezgodności wykazu sprzętu z wymaganiami Zamawiającego zawartymi
w OPZ.

Odwołujący, nie zgadzając się z podstawą faktyczną odrzucenia złożonej przez Odwołującego oferty wskazał, że z uwagi na to, że treść wykazu osób złożonego przez Odwołującego budziła wątpliwości, Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp żądał od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści tego wykazu. Jednocześnie w SWZ, w punkcie 13, w dziale IX. „Opis sposobu przegotowania ofert", Zamawiający przewidział możliwość wezwania między innymi do poprawienia wykazu sprzętu stanowiącego załącznik nr 11 do SWZ. Oznacza to, że Zamawiający „z góry" przewidział konieczność poprawienia wykazu sprzętu stanowiącego załącznik nr 11 do SWZ, w przypadku poprawienia podmiotowego środka dowodowego - wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. W SWZ sam Zamawiający przewidział konieczność zgodności liczby osób z liczbą identyfikatorów. Zdaniem Odwołującego, skoro sam Zamawiający przewidział w SWZ (punkt 13, w dziale IX. „Opis sposobu przegotowania ofert") możliwość wezwania między innymi do poprawienia wykazu sprzętu stanowiącego załącznik nr 11 do SWZ, to samodzielne poprawienie tego wykazu przez Odwołującego w celu doprowadzenia do zgodności liczby identyfikatorów wskazanych
w wykazie sprzętu stanowiącego załącznik nr 11 do SWZ z liczbą osób w wykazie osób, nie może być uznane za złożenie oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.
W takim przypadku sam Zamawiający musiałby przecież zgodnie z punktem 13, w dziale IX. „Opis sposobu przegotowania ofert" wezwać Odwołującego do poprawienia wykazu sprzętu stanowiącego załącznik nr 11 do SWZ. Złożenie wykazu sprzętu samodzielnie przez Odwołującego czyni wezwanie Zamawiającego do poprawienia wykazu

sprzętu stanowiącego przedmiotowy środek dowodowy za bezprzedmiotowe.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, że Zamawiający zobowiązany jest do wybrania oferty najkorzystniejszej na podstawie przyjętych dla tego kryteriów oceny ofert.

Odwołujący stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu to oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą. Zgodnie z przyjętymi kryteriami (Cena, Kryterium posiadania ISO, Kryterium Analiza ryzyk i zagrożeń) oferta Odwołującego uzyskała łączną punktację w liczbie aż 91 pkt. Kolejny w klasyfikacji punktowej ofert wykonawca zdobył tylko 85,72 (w klasyfikacji uwzgledniającej ofertę Odwołującego).

Odwołujący przyjmując, że złożona przez niego oferta została odrzucona w sposób całkowicie niedopuszczalny i nieuzasadniony wskazał, że również wybór oferty HUNTERS jest czynnością, jaka winna być unieważniona z uwagi na wadliwy jej charakter.

Jak wskazał Odwołujący, Zamawiający zobligowany jest do wyboru oferty, która jest najkorzystniejszą w punktu widzenia jego potrzeb. Potrzeby te odzwierciedlają ustalone przez niego kryteria oceny ofert, a te w sposób oczywisty ukazują, że to oferta Odwołującego taki walor posiada.

Uzasadniając zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 16 ustawy Pzp Odwołujący wskazał na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone
w wyroku z dnia 23 marca 2021 r. (KIO 250/21, KIO 252/21) zgodnie z którym - „W skrócie można jedynie wskazać, że omyłka nie może polegać na celowym działaniu wykonawcy co do zmiany założeń zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na własne. Nie oznacza to jednak, że musi być to jedynie błąd techniczny (na podobieństwo omyłki pisarskiej) ani oznaczać braku świadomości wykonawcy co do swoich działań - po prostu musi być to niezamierzona, niecelowa niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia".

Odwołujący zauważył, że celowo zasygnalizował Zamawiającemu problematykę zaistniałych w trackie postępowania różnic pomiędzy „wykazem osób" a „wykazem sprzętu" tak, by ten mógł nie tylko ocenić jej charakter, ale i wykonać wymagane od niego czynności. Obrazując konieczność dokonania poprawy omyłki Odwołujący posłużył się graficzną formą załącznika – „wykazu sprzętu" – składając tym samym zgodę na jej wprowadzenie. Omyłka nie wynika z działań zamierzonych przez Odwołującego, a powstała jedynie w konsekwencji błędnych założeń czynionych przez samego Zamawiającego na etapie przygotowania postępowania i dotyczących go dokumentów.

Odwołujący ponadto wskazał, że „podstawą zastosowania sankcji, jaką jest odrzucenie oferty wykonawcy i tym samym pozbawienie go szans na uzyskanie zamówienia, musi być stwierdzenie, że oświadczenie woli wykonawcy, jakim jest oferta, w pewnych merytorycznych aspektach pozostaje w sprzeczności z jednoznacznie rozumianymi i niebudzącymi wątpliwości wymaganiami zamawiającego, opisanymi w dokumentach zamówienia. Nie można jednak sankcji takiej zastosować w sytuacji, gdy wymagania te pozostawiają pewne pole do interpretacji. W takim wypadku wszelkie niejasności powinny być interpretowane na korzyść wykonawców biorących udział w postępowaniu".

Odwołujący stwierdził, że dokonując zmiany podmiotowych środków dowodowych, „wpadł w pułapkę" ograniczeń uzupełnionego już wcześniej „wykazu sprzętu" i podanych tam wartości, które mimo przeczących temu wskazań SWZ (DZIAŁ IX pkt 13) zdaniem Zamawiającego nie mogą być zmieniane. W opinii Odwołującego, takie postrzeganie sytuacji przez Zamawiającego jest niedopuszczalne i w sposób oczywisty narusza chronione prawem interesy Odwołującego.

Odwołujący pozostaje w przekonaniu, iż Zamawiający otrzymując od niego odpowiedź informującą o zmianie liczby osób, jakie skieruje on do realizując przedmiotu zamówienia samodzielnie i bez traktujących o tym sugestii Odwołującego dostrzegłby problematykę „wykazu sprzętu" i podanej tam liczby identyfikatorów.

Ponadto, Odwołujący zauważył, że zgodnie z informacją od Zamawiającego z dnia 4 października 2024 r. „informacja o wyborze oferty" czynności przez niego podejmowane wynikały z zastrzeżeń HUNTERS wobec wyboru oferty Odwołującego. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający, jako doświadczony gospodarz postępowań o udzielenie zamówień publicznych winien prowadzić je w poszanowaniu ogółu przewidzianych dla tego zasad prawa. Powinien samodzielnie, w sposób zaangażowany dokonywać analizy każdego istotnego dla postępowania elementu, nie pozwalając na to by jakikolwiek wykonawca wciągał go
w działania o charakterze ukierunkowanym na rywalizację z innymi uczestnikami rynku zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze wskazać należy, iż „liczne zastrzeżenia" dotyczące wyboru oferty Odwołującego skutkowały podjęciem decyzji Zamawiającego o unieważnieniu tej czynności w dniu 17 września 2024 r. ograniczonej do treści – „Zamawiający dokonuje unieważnienia czynności w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej". Odwołujący wskazał, że czynność unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, mimo posiadania wiedzy
o „licznych zaostrzeniach" nie posiadała koniecznych dla jej ważności uzasadnienia faktycznego oraz prawnego. W

ocenie Odwołującego, taka forma pozwala przyjąć, że Zamawiający działał w sposób pozbawiony rzetelnej poprzedzającej tę czynność analizy.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożyło Konsorcjum HUNTERS.

Zamawiający pismem z dnia 25 października 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron
i uczestnika postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba ustaliła, że wykonawca w ramach przedmiotu zamówienia został zobowiązany m.in. do wyposażenia wszystkich osób skierowanych do ochrony fizycznej na posterunkach
w następujące środki do realizacji zadań ochronnych:

a) paralizatory w obwodzie nieprzekraczającym 10 mM - minimum 8 szt.;

b) pałki typu TONFA – minimum 8 szt.;

c) środki łączności telefonii komórkowej (telefony komórkowe) – minimum 8 szt.;

d) środki łączności radiowej (radiostacje) – minimum 8 szt.;

e) lornetki – minimum 8 szt.;

f) latarki halogenowe o dużym zasięgu - minimum 8 szt.;

g) kajdanki – minimum 8 szt.;

h) Wykonawca zobowiązuje się jednolicie i schludnie umundurować wszystkich pracowników ochrony (stosownie do pory roku) oraz wyposażyć ich w identyfikatory (identyfikator musi posiadać zdjęcie, imię i nazwisko pracownika ochrony i jego numer identyfikacyjny) (Załącznik nr 1 do SWZ pkt 2 ppkt 4 lit. h).

Analogiczne zobowiązanie zostało zawarte w Projektowanych postanowieniach umowy
(§2 ust. 19 Załącznika nr 6 do SWZ Projektowane postanowienia umowy).

Zamawiający wymagał, aby wykonawcy złożyli wraz z ofertą przedmiotowy środek dowodowy w postaci wykazu urządzeń oraz całego sprzętu, który wykonawca zamontuje
i będzie używał na lotnisku oraz w który wyposaży swoich pracowników/osoby wykonujące czynności ochrony (włącznie z umundurowaniem i identyfikatorami) – sporządzony według wzoru – załącznik nr 11 do SWZ (Rozdział IX, pkt 9 ppkt 7 SWZ). W Rozdziale IX, pkt 13 Zamawiający przewidział możliwość wezwania do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, tj. wykazu sprzętu załącznik nr 11 do SWZ.

W Opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający stwierdził również, „że w SWZ i w OPZ Zamawiający podał swoje minimalne wymagania zarówno co do osób realizujących zamówienia, ich liczby, jak i co do sprzętu.” (Załącznik nr 1 do SWZ pkt 18 ppk 4). Zamawiający ustanowił ponadto wobec wykonawcy wymaganie: „Wykonawca przygotowując ofertę musi określić ilość zasobów, którymi zamierza realizować zamówienie, nie mniejszą niż wymaga tego Zamawiający w SWZ, ale gwarantującą należyte wykonywanie zobowiązań określonych w OPZ i w umowie.” (Załącznik nr 1 do SWZ pkt 18 ppk 6).

W Załączniku nr 1 do SWZ Opis przedmiotu zamówienia pkt 46 Zamawiający wskazał na wykaz sprzętu jako przedmiotowy środek dowodowy, który musi zawierać informację
o całym sprzęcie zamontowanym na lotnisku oraz o całym sprzęcie, w który zostaną wyposażeni pracownicy i który będzie przez wykonawcę i jego pracowników oraz osoby realizujące czynności ochrony używany (w tym umundurowanie i identyfikatory). Wykaz sprzętu stanowi Załącznik nr 11 do SWZ. 19.

Zamawiający, oprócz postawionych warunków udziału w postępowaniu, gdzie wymagał dysponowania minimalną liczbą osób posiadających określone kwalifikacje, nie narzucił liczby osób, jakie wykonawca powinien skierować do

wykonania zamówienia. Określenie liczby osób niezbędnej do należytej realizacji zamówienia było obowiązkiem wykonawcy.

Odwołujący w złożonym w dniu 12 września 2024 r. Wykazie osób wskazał 32 osoby, w Załączniku nr 20 wskazał listę 71 osób. Z kolei w Wykazie sprzętu w pozycji 17 Odwołujący zaoferował 20 szt. identyfikatorów.

Pismem z dnia 19 września 2024 r. działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących Wykazu osób oraz Wykazu sprzętu. Zamawiający stwierdził, że w Wykazie osób – Załącznik nr 8 do SWZ, Odwołujący wykazał 32 osoby, a w Załączniku nr 20 Odwołujący wykazał listę 71 osób. Z kolei w Wykazie sprzętu w pozycji 17 wskazano 20 identyfikatorów. Zamawiający wymagał odpowiedzi na następujące pytania:

1.Iloma osobami faktycznie Wykonawca zamierza realizować zamówienie?
2.Która lista osób jest obowiązująca (Załącznik nr 8 czy Załącznik nr 20)
3.Dlaczego w Załączniku nr 20 nie ma wszystkich osób wskazanych w Załączniku nr 8?
4.Dlaczego liczba identyfikatorów jest mniejsza od liczby osób przedstawionych w Wykazie osób nr 8 oraz nr 20?
5.Czy wszystkie osoby z Wykazu osób (Załącznik nr 8) będą zatrudnione na umowę o pracę?

W odpowiedzi na ww. wezwanie Zamawiającego Odwołujący złożył zmieniony Wykaz osób, w którym wskazał 33 osoby. Odwołujący przekazał również Zamawiającemu zmodyfikowany Wykaz sprzętu, w którym zaoferował 33 identyfikatory.

Rozpoznając przedmiotową sprawę Izba miała na uwadze, że Wykaz sprzętu, w którym wskazana została liczba identyfikatorów, nie stanowi treści oferty, co przyznał sam Odwołujący w swoim piśmie procesowym. Charakter dokumentu - Wykaz sprzętu został jednoznacznie określony w SWZ jako przedmiotowy środek dowodowy (okoliczność bezsporna).
W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w SWZ przewidział możliwość wezwania do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych (Dział IX ust. 13 SWZ).

Izba zważyła jednak, że ustawodawca wprowadził odmienną od stosowanej wobec podmiotowych środków dowodowych, podstawę wezwania do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego. Art. 107 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że podstawą takiego wezwania może być zaniechanie złożenia przedmiotowego środka dowodowego lub złożenie środka niekompletnego. Okoliczności, w których wykonawca nie składa przedmiotowego środka dowodowego mimo ustanowienia przez zamawiającego takiego wymagania są oczywiste, nie wymagają wykładni. Z kolei przez niekompletność należy rozumieć przede wszystkim niekompletność fizyczną, tj. brak załączenia wszystkich stron dokumentu, widoczny brak części dokumentu, niektóre wady formalne. Uzupełnieniu nie podlegają zatem przedmiotowe środki dowodowe zawierające błędy. Sytuacja, w której złożony przedmiotowy środek dowodowy jest kompletny, ale nie potwierdza właściwości przedmiotu zamówienia, bądź wprost stanowi o niezgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami zamawiającego, stanowi o błędzie w przedmiotowym środku dowodowym, który nie podlega naprawieniu. Uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych nie może bowiem prowadzić do zmiany przedmiotu oferowanego świadczenia.

Taka sytuacja miała miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Nie ulega wątpliwości, że liczba imiennych identyfikatorów powinna być taka sama, jak liczba osób skierowanych do realizacji zamówienia. Okoliczność tę potwierdził sam Odwołujący, który dokonując zmiany liczby osób w Wykazie osób z 32 na 33, uznał za konieczną zmianę liczby identyfikatorów
w Wykazie sprzętu z 20 na 33. Na konieczność dostosowania liczby identyfikatorów do liczby osób skierowanych do realizacji zamówienia wskazywał również Odwołujący w treści odwołania.

Zaoferowanie przez wykonawcę mniejszej liczby identyfikatorów stanowi
o niezgodności oferty z wymaganiami Zamawiającego. Jakkolwiek ten błąd wydaje się błahy w stosunku do całego przedmiotu zamówienia, to jest to jednak błąd, na którego poprawę nie pozwala przepis ustawy Pzp. Z uwagi na powyższe, złożony przez Odwołującego dowód
w postaci wydruku ze strony internetowej Wydawnictwa Akcydensowe S.A. Oddział
w Olsztynie wskazujący na niewielki koszt identyfikatorów oraz przedstawiający, w jaki sposób taki identyfikator może wyglądać, nie może stanowić o uwzględnieniu zarzutu.

Do poprawy przedmiotowego środka dowodowego nie ma również zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako że Wykaz sprzętu nie stanowi treści oferty, Zamawiający nadał mu status przedmiotowego środka dowodowego, co nie było kwestionowane przez wykonawców.

W tych okolicznościach, brak było podstaw do uchylenia decyzji Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, 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 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, dalej jako „rozporządzenie").

Jak stanowi art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak stanowi § 8 ust. 2 rozporządzenia, w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę
w całości, koszty ponosi odwołujący. W takiej sytuacji Izba zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia.

W świetle powyższych regulacji, Izba obciążyła kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego.

Przewodnicząca:……..