

WYROK

Warszawa, dnia 21.05.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Agata Mikołajczyk**

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 maja 2024 r. w Warszawie z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, Konsorcjum: **Agencja Ochrony MK Sp. z o.o., Agencja Ochrony Kowalczyk KM Sp. z o.o. z/s w Warszawie**(ul. Jana Kazimierza 64/128, 01248 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Ministerstwo Rozwoju i Technologii z/s w Warszawie** (Pl. Trzech Krzyży 3/5, 00507 Warszawa),

- uczestnik po stronie zamawiającego: wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: **Art-Security Sp. z o.o. Sp. K. z/s w Warszawie** oraz „**ART GROUP**” **Sp. z o.o. z/s w Warszawie** (04-697 Warszawa, ul. Mrówcza 243),

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: (1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Art-Security Sp. z o.o. Sp. K. z/s w Warszawie oraz „ART GROUP” Sp. z o.o. z/s w Warszawie (Konsorcjum ART) oraz odrzucenie tej oferty na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych; (2) ponowne badanie i ocenę ofert z wyłączeniem oferty Konsorcjum ART i dotychczas odrzuconej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, Konsorcjum: Security Emporio Sp. z o.o. sp. K., Emporio Sp. z o.o. i Vigor Security Sp. z o.o. z /s w Poznaniu;

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego: **Ministerstwo Rozwoju i Technologii z/s w Warszawie** (Pl. Trzech Krzyży 3/5, 00507 Warszawa) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego;

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, Konsorcjum: **Agencja Ochrony MK Sp. z o.o., Agencja Ochrony Kowalczyk KM Sp. z o.o. z/s w Warszawie** (ul. Jana Kazimierza 64/128, 01248 Warszawa) kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych tytułem wpisu od odwołania w kwocie 15.000 zł i wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600 zł.

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.

.....

Sygn. akt: 1488/24

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2024r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum: Agencja Ochrony MK Sp. z o.o., Agencja Ochrony Kowalczyk KM Sp. z o.o. z/s w Warszawie (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: Ministerstwo Rozwoju i Technologii z/s w Warszawie. Przedmiotem zamówienia publicznego jest „Świadczenie usługi stałej ochrony fizycznej na terenie nieruchomości pozostającej w trwałym zarządzie Ministerstwa Rozwoju i Technologii w Warszawie”; Nr postępowania BDG-V.2610.32.2023.PC. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane Dz.U. UE w dniu 23.02.2024 r. pod numerem: Dz. U. UE 39/2024 114424-2024.

Odwołujący podał:

(...)

wnosząc odwołanie od czynności Zamawiającego podjętej w Postępowaniu polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Art-Security Sp. z o.o., Sp. k. — Lider Konsorcjum, ul. Mrówcza 243, 04-697 Warszawa oraz „ART GROUP sp. z o.o. — Partner konsorcjum, ul. Mrówcza 243, 04-697 Warszawa (dalej „Konsorcjum ART”) i zaniechaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Kowalczyk. W związku z powyższym, Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1.art. 226 ust 1 pkt 5 w zw. z art. 359 pkt 1 i art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ART mimo, iż oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia, w zakresie w jakim oferuje przedmiot zamówienia w

postaci umundurowania pracowników niezgodny z wymogami OPZ, w tym oferuje niedozwolone elementy kolorowe na klapie z logo wykonawcy, niezgodne z OPZ obuwie i identyfikatory.

2.art. 239 w związku z art. 226 ust 1 pkt 5 i art. 17 ust 2 ustawy PZP poprzez niezgodny z prawem wybór oferty Konsorcjum ART, podczas gdy zaproponowane przez wybranego Wykonawcę umundurowanie wprost nie odpowiada wymogom OPZ a Zamawiający nie dokonał rzetelnego zbadania złożonej oferty, co w konsekwencji skutkowało zaniechaniem odrzucenia ww. oferty.

Wskazując na powyższe zarzuty, wnoszę o:

1. Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum ART;
2. Dokonanie ponownego badania i oceny oraz wybór oferty najkorzystniejszej z wyłączeniem oferty Konsorcjum ART i oferty już odrzuconej (Security Emporio Sp. z o.o. i Emporio Sp. z o.o.);
3. Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów zastępstwa, według rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu lub rozprawie.

Interes, warunki formalne, termin

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ złożył najkorzystniejszą ofertę (w przypadku prawidłowej oceny ofert i odrzucenia oferty pozostałych "konawców") w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, niepodlegając odrzuceniu. Gdyby Zamawiający przeprowadził postępowanie zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych, oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą bowiem otrzymałaby najwyższą liczbę punktów i jako jedyna nie podlegałaby odrzuceniu. Odwołujący ma więc interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż może ponieść szkodę w związku z nieudzieleniem mu zamówienia.

Jednocześnie Odwołujący wskazuje, iż termin na złożenie odwołania został zachowany, bowiem odwołanie wniesione zostało w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 19 kwietnia 2024 roku.

Wpis od odwołania w kwocie 15000 zł został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Potwierdzenie uiszczenia wpisu załączono do niniejszego odwołania. Odwołujący przekazał kopie wniesionego odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu na jego wniesienie.

W uzasadnieniu zarzutów podał:

Zamawiający opisał rodzaj umundurowania pracowników, świadczących usługi na przedmiotowym obiekcie w załączniku nr 2 do SWZ w rozdz. III. OPZ „Realizacja przedmiotu umowy” w następujący sposób:

1.Przedmiot umowy realizowany będzie przy pomocy osób wskazanych w załączniku nr 5 do umowy. Wykonawca zobowiązany jest do wyposażenia:

1.1.Pracowników ochrony i recepcjonistów w identyfikator zawierający nazwę podmiotu zatrudniającego, zdjęcie, imię i nazwisko;

1.2.Pracowników ochrony mężczyzn: jednakowe czarne garnitury (prosta dopasowana marynarka jednorzędowa, spodnie proste w kant sięgające nie więcej niż 4-5 cm nad ziemią, wszystko w tym samym kolorze i odcieniu. Jednakowe białe koszule z długim rękawem, jednakowe krawaty, pantofle pełne w kolorze czarnym. W okresie letnim Zamawiający dopuszcza koszule z krótkim rękawem. Pracowników ochrony kobiety: jednakowe czarne garsonki (dopasowana marynarka jednorzędowa, spódnica do połowy kolana lub spodnie dopasowane, z prostymi nogawkami w kant sięgające nie więcej niż 4-5 cm nad ziemią, wszystko w tym samym kolorze i odcieniu. Jednakowe białe koszule z długim rękawem, pantofle pełne w kolorze czarnym. W okresie letnim Zamawiający dopuszcza koszule z krótkim rękawem. W pozostałym zakresie umundurowanie nie może odbiegać od standardu opisanego powyżej.

1.3.Recepcjonistów mężczyzn: jednakowe czarne garnitury (prosta dopasowana marynarka jednorzędowa, spodnie proste w kant sięgające nie więcej niż 45 cm nad ziemią, wszystko w tym samym kolorze i odcieniu. Jednakowe, w odcieniu jasnego błękitu koszule z długim rękawem, jednakowe krawaty, pantofle pełne w kolorze czarnym. W okresie letnim Zamawiający dopuszcza koszule z krótkim rękawem. Recepcjonistów kobiety: jednakowe czarne garsonki (dopasowana marynarka jednorzędowa, spódnica do połowy kolana lub spodnie dopasowane w kant sięgające nie więcej niż 4-5 cm nad ziemią, wszystko w tym samym kolorze i odcieniu. Jednakowe, w odcieniu jasnego błękitu koszule z długim rękawem, pantofle pełne w- kolorze czarnym. W okresie letnim Zamawiający dopuszcza koszule z krótkim rękawem. W pozostałym zakresie umundurowanie nie może odbiegać od standardu opisanego powyżej.

3. Zamawiający nie dopuszcza w umundurowaniu obuwia innego niż pantofle, . lampasów lub innych kolorowych dodatków poza wymienionymi powyżej elementami odzieży”.

Z przedłożonych przez Konsorcjum ART wraz z ofertą zdjęć wynika, iż zarówno strój, obuwie pracowników jak i identyfikatory nie spełniają wprost wyspecyfikowanych warunków znajdujących się w OPZ. Zamawiający wskazał, że nie dopuszcza w umundurowaniu obuwia innego niż pantofle, lampasów lub innych kolorowych dodatków poza wymienionymi powyżej elementami odzieży podczas gdy na garniturach (na klapie marynarek po prawej stronie zdjęcia)

zarówno mężczyzn jak i kobiet umieszczone zostało logo innego koloru, nie spełniając tym samym wymogu aby wszystko w tym samym kolorze i odcieniu (rozd. III pkt 1.2, 1.3 OPZ) a także stanowiąc inny kolorowy dodatek niedopuszczony w rozdz. III pkt 3 OPZ

Proponowane identyfikatory, których wzory umieszczono na zdjęciach nie spełniają wymogów wskazanych w III. 1.1.1. OPZ bowiem zamiast zdjęcia pracownika zawierają logo.

Jednocześnie Zamawiający wymagał aby obuwie pań stanowiły pantofle pełne w kolorze czarnym, podczas gdy przedstawione zdjęcia pań pracowników ochrony ukazują obuwie innego rodzaju będące niepełnym obuwiem tj. „baleriny”, które są kwalifikowane jako casualowe buty damskie do noszenia na co dzień. Casualowe obuwie zgodnie z powszechnym określeniem stanowi luźny, swobodny i niedbale elegancki sposób ubierania się, który jest odpowiedni na co dzień, w mniej formalnych okolicznościach. Pantofle natomiast zgodnie z współczesną definicją utożsamiane zazwyczaj z eleganckimi wyjściowymi półbutami (źródło <https://pl.wikipedia.org/wiki/pantofle>). Również panie jako recepcjonistki zostały odziane w inne buty tzw. szpilki nie będące pantoflami pełnymi w kolorze czarnym.

Zamawiający nie wskazał, że dopuszcza obuwie na obcasie podczas, gdy takie obuwie uniemożliwia skuteczne pełnienie obowiązków ochrony. Ponieważ wskazany rodzaj umundurowania ukazany na zdjęciach, dołączanych do oferty stanowił jej treść, to tym samym jego niezgodność z wymogami OPZ winna skutkować odrzuceniem oferty, jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Zamawiający wskazał w pkt 5.3 SWZ że jeżeli Wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, Zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

Złożenie przedmiotowych środków dowodowych w przypadku ich braku lub niekompletności jest czymś innym niż ich poprawienie w przypadku stwierdzenia niezgodności z warunkami zamówienia. Nie jest możliwe w świetle przepisów ustawy Pzp, poprawienie złożonych zdjęć w celu ich doprowadzenia do zgodności z wymaganiami SWZ, gdyż stanowiłoby to niedozwoloną w myśl art. 223 ust 1 ustawy PZP zmianę treści oferty.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2023 r. KIO 1204/23: *rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Do najczęściej spotykanych okoliczności skutkujących odrzuceniem oferty na tej podstawie prawnej należą m.in. zaoferowanie przez wykonawcę innego przedmiotu zamówienia niż wymagany przez zamawiającego, w tym przedmiotu nieodpowiadającego wymaganiom określonym w warunkach zamówienia zakres świadczenia wykonawcy lub sposób spełnienia świadczenia, które nie odpowiadały warunkom zamówienia, czy także równoważność zaoferowanego przedmiotu zamówienia lub niewykazanie równoważności*”.

Znacząca jest tutaj także Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 sierpnia 2022 r. KIO/KD 22/22: „Przepis art. 107 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, nie może być interpretowany w ten sposób, że. umożliwia zmianę lub doprecyzowanie ofert po terminie składania ofert stosownie do art. 223 ust. 1 PrZamPubl, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej ofert oraz z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187 dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści Wszelkie uzupełnienia dokumentów czy składane przez wykonawcę wyjaśnienia muszą mieścić się w granicach złożonej oferty i mogą służyć wyłącznie do wykazania prawidłowości jej treści, zakazane jest natomiast oferowanie w tej drodze świadczeń o innych parametrach czy właściwościach, niż wynikające ze złożonej oferty — działanie takie godziłoby w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych określone w art. 16 pkt 1 i 2 Prawa zamówień publicznych”.

O braku możliwości jakiegokolwiek poprawienia lub uzupełnienia oferty w przedmiocie zdjęć ukazujących rodzaj umundurowania, składnych jako przedmiotowe środki dowodowe, świadczy też fakt odrzucenia oferty Security Emporio Sp. z o.o. i Emporio Sp. z o.o., które zawierały podobne niezgodności jak chociażby niedopasowanie marynarek kobiet. W tym przypadku Zamawiający wnikliwie i krytycznie ocenił ofertę i rodzaj umundurowania, zwracając uwagę na wszelkie detale ubioru wynikające ze zdjęć. Z niewiadomych przyczyn takiej oceny i badania Zamawiający zaniechał w stosunku do oferty Konsorcjum ART, wybierając ją jako najkorzystniejszą. Ukazany ubiór i detale umundurowania w tej ofercie wprost nie spełniają wymagań OPZ i nie sposób uznać ich za subiektywne czy ocenne, w świetle ścisłych wymagań specyfikacji. OPZ wprost wskazywał, że nie dopuszcza obuwia innego niż pantofle, lampasów lub innych kolorowych dodatków poza wymienionymi powyżej elementami. Zamawiającego obowiązuje zasada równego traktowania wykonawców, wynikająca z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp wobec tego powinien równo potraktować wykonawców i odrzucić także ofertę Konsorcjum ART.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 16/05/2024) wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu stanowiska podał w szczególności: (...)

Stan faktyczny:

(...)

W celu potwierdzenia zgodności oferowanych usług z wymaganymi cechami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia wykonawcy zobowiązani byli złożyć razem z ofertą przedmiotowe środki dowodowe w postaci: „ośmiu zdjęć cyfrowych w pełnym kolorze, w formacie JPG lub PNG, o rozdzielczości minimalnej pikseli, jakości odwzorowania minimum 200 dpi, dowolnej proporcji (np. 1:1, 4:3, 16:9 lub inne), wielkości pliku do 5 MB, przedstawiające wzór umundurowania zgodny z postanowieniami Rozdziału III pkt. 1.2, 1.3, 2 i 3 OPZ (Załącznik nr 2 do SWZ), w tym:

-cztery zdjęcia pracownika ochrony (dwa zdjęcia umundurowania mężczyzn i dwa zdjęcia umundurowania kobiet),

-cztery zdjęcia pracownika recepcji (dwa zdjęcia umundurowania mężczyzn i dwa zdjęcia umundurowania kobiet).

Zdjęcia przedstawiać muszą całe sylwetki przodem oraz bokiem, zarówno pracownika ochrony, jak i pracownika recepcji.

Dowód nr 3: Zdjęcia umundurowania - w dokumentacji postępowania w wersji elektronicznej.

Wykonawca Security Emporio Sp. z o.o., Sp. k. nie dołączył do oferty ww. przedmiotowych środków dowodowych, zatem na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy PZP został wezwany przez Zamawiającego w dniu 20.03.2024 r. do ich złożenia. Wykonawca uzupełnił przedmiotowe środki dowodowe w dniu 25.03.2024 r.

Dowód nr 4: pismo :*"Wezwanie do złożenia dokumentów 107.2"* oraz Uzupełnione dokumenty (zdjęcia umundurowania) - w dokumentacji postępowania w wersji elektronicznej.

Zamawiający dokonał oceny złożonych ofert zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w pkt 14 SWZ. Oferta Wykonawcy Security Emporio Sp. z o.o., Sp. k. została uznana przez Zamawiającego, jako podlegająca odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 (wzór umundurowania niezgodny z OPZ), natomiast najwyższą liczbę punktów otrzymała oferta Przystępującego. W związku z tym Przystępujący został wezwany w dniu 27.03.2024 r. do złożenia dokumentów na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp.

Dowód nr 5: pismo „Wezwanie do złożenia dokumentów 126.1” - w dokumentacji postępowania w wersji elektronicznej

W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący w dniu 08.04.2024 r. złożył wymagane dokumenty.

Dowód nr 6: Uzupełnione dokumenty - w dokumentacji postępowania w wersji elektronicznej.

Po zbadaniu złożonych przez Przystępującego dokumentów Zamawiający stwierdził brak złożonych informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie osób wskazanych w odpisie KRS. Tym samym, Zamawiający pismem z dnia 09.04.2024 r. wezwał Przystępującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Przystępujący uzupełnił brakujące dokumenty w dniu 09.04.2024 r.

Dowód nr 7: pismo „Wezwanie do uzupełnienia dokumentów 128.1” oraz Uzupełnione dokumenty - w dokumentacji postępowania w wersji elektronicznej

Zamawiający dokonał ponownej analizy złożonych przez Przystępującego dokumentów i uznał, że Wykaz usług złożony przez Przystępującego budzi wątpliwości Zamawiającego co do potwierdzenia przez niego spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tym samym, Zamawiający pismem z dnia 12.04.2024 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień/uzupełnienia dotyczących Wykazu usług na podstawie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp.

Dowód • nr. 8: pismo „Wezwanie do złożenia wyjaśnień/uzupełnienia 128.1.4” oraz

Wyjaśnienie/Uzupełnione dokumenty - w dokumentacji postępowania w wersji elektronicznej

W związku z uznaniem przez Zamawiającego, że Przystępujący wyjaśnił/uzupełnił ostatecznie podmiotowe środki dowodowe, zawiadomił wykonawców za pośrednictwem Platformy zamawiającego w dniu 19.04.2024 r. o wyniku postępowania, gdzie wskazano jako najkorzystniejszą ofertę Przystępującego.

Dowód nr 9: Zawiadomienie o wyniku postępowania - w dokumentacji postępowania w wersji elektronicznej

(...)

Stanowisko Zamawiającego wobec zarzutów Odwołującego:

W pierwszej kolejności należy podkreślić, iż przedmiot sporu w niniejszej sprawie nie dotyczy stricte kwestii prawnych związanych z interpretacją przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz kwestii podjęcia decyzji — uznania, że buty wskazane przez Przystępującego na fotografiach jako element umundurowania spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego zastosowane przez Przystępującego elementy umundurowania nie są zgodne z warunkami zamówienia.

W istocie wszystkie podniesione zarzuty wynikają z przyjętej przez Odwołującego tezy, iż oferowane przez Przystępującego elementy umundurowania są niezgodne z warunkami zamówienia, gdyż w ocenie Odwołującego zarówno strój, obuwie pracowników jak i identyfikatory nie spełniają wprost wyspecyfikowanych warunków wskazanych w OPZ.

Prezentowana przez Odwołującego teza jest błędna, a w konsekwencji — podnoszone zarzuty należy uznać za bezzasadne, z poniższych względów:

ZARZUT 1: naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 359 pkt 1 i art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego mimo, iż oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia, w zakresie w jakim oferuje

przedmiot zamówienia w postaci umundurowania pracowników niezgodny z wymogami OPZ, w tym oferuje niedozwolone elementy kolorowe na klapie z logo wykonawcy, niezgodne z OPZ obuwie i identyfikatory. Powyższy zarzut, w opinii Zamawiającego jest chybiony.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 ustawy Prawa zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę, jeśli ustali, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Ustawa PZP zobowiązuje Zamawiającego do odrzucenia ofertnych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w warunkach zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia.

Odwołujący w odwołaniu z dn. 29.04.2024 r. zarzucił Zamawiającemu niewłaściwe dokonanie oceny oferty Przystępującego poprzez uznanie za dopuszczalne trzech elementów przedstawionych jako przedmiotowe środki dowodowe tj. niedozwolone kolorowe dodatki w klapie marynarek (logo wykonawcy), obuwia oraz wzoru identyfikatora. Zarzutem podniesionym w odwołaniu jest niezgodność oferty Przystępującego z OPZ w zakresie wymaganego obuwia.

Zgodnie z opisanymi w OPZ cechami, osoby realizujące przedmiot umowy powinny posiadać obuwie pełne w kolorze czarnym, pantofle. W ocenie Zamawiającego wymóg ten został przez Przystępującego spełniony.

Zgodnie z definicją w Słowniku Języka Polskiego pantofel to „lekki płtyki but”. Obuwie zwane „pantoflami” na polskim rynku obuwniczym określa się, jako eleganckie obuwie z obcasem lub bez. Inne powszechnie dostępne definicje pantofli dotyczą szerokiego zakresu rodzajów obuwia, w którym to zakresie mieszczą się pantofle widoczne na zdjęciach z oferty Przystępującego. Zamawiający nie ma wątpliwości, że widoczne na zdjęciach Przystępującego obuwie, zarówno na płaskim jak i wysokim obcasie mieści się w powszechnie przyjętej definicji pantofla pełnego (bez odkrytych pięt i palców). W związku z powyższym podkreślić należy, że wbrew postawionemu przez Odwołującego zarzutowi, widoczne na wszystkich zdjęciach obuwie jest pełne.

Zasadą jest, że niezgodność oferty z SWZ musi być jednoznacznie wykazana, a istniejące wątpliwości w zakresie interpretacji postanowień SWZ w zakresie wymagań Zamawiającego nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawcy (tak w wyroku z dnia 25 maja 2021 r., KIO 992/21). Nie można zastosować sankcji jaką jest odrzucenie oferty wykonawcy w sytuacji, gdy wymagania wskazane w zamówieniu dają możliwość różnych interpretacji danych wyrazów. W takim wypadku wszelkie niejasności powinny być interpretowane na korzyść wykonawców biorących udział w postępowaniu (wyrok z dnia 2 marca 2022 r., KIO 366/22). Kierując się ww. wyrokami oferta Przystępującego nie może podlegać odrzuceniu jako niezgodna z OPZ. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 maja 2023 r. KIO 1184/23 „Jak stanowi przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Jeżeli zastosowane przez Przystępującego oznaczenie było zgodne z wymaganiami Zamawiającego, to brak było podstaw do odrzucenia jego oferty.”

Kolejnym zarzutem jest rzekome dopuszczenie przez Zamawiającego innego wzoru umundurowania niż opisano w OPZ tj. z umieszczonym w klapie marynarki kolorowym dodatkiem (logo firmy), pomimo iż zgodnie z treścią OPZ inne kolorowe dodatki nie powinny być elementem umundurowania. Mając na względzie treść ww. wyroku KIO z 25 maja 2021 r., KIO 992/21 Zamawiający dokonał analizy przedłożonych przez Przystępującego dokumentów w tym fotografii. Zamawiający uznał, że przypinki w klapie marynarki nie stanowią integralnej części umundurowania (oferty). Widoczne na fotografiach elementy dodatkowej identyfikacji wizualnej zostały, w opinii Zamawiającego, umieszczone wyłącznie na potrzeby odróżnienia oferty tego konkretnego podmiotu i nie stanowią niedopuszczonego dodatku do umundurowania, o którym mowa w OPZ. Takie rozumowanie potwierdza również jedno z załączonych zdjęć mężczyzny sfotografowanego z profilu, który nie ma przypinki w klapie.

Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający uznał, że ewentualne wątpliwości w zakresie interpretacji postanowień SWZ powinny zostać rozstrzygane na korzyść Przystępującego.

Odnosząc się do identyfikatora Zamawiający podnosi, że wzór identyfikatora nie jest elementem podlegającym ocenie na etapie badania ofert. Wymóg posiadania go wg określonego wzoru został, co prawda opisany w OPZ, jednakże wymagany jest dopiero na etapie realizacji umowy. Wyposażenia pracowników ochrony i recepcjonistów w identyfikator zawierający nazwę podmiotu zatrudniającego, zdjęcie, imię i nazwisko, został opisany w OPZ w Rozdziale III pkt 1.1. Przedstawienie przez Przystępującego wzoru identyfikatora na zdjęciach nie jest sprzeczne z treścią OPZ. Należy podkreślić, że w pkt 5.1. SWZ: - odnosząc się do wzoru umundurowania wskazano na zgodność z postanowieniami Rozdziału III pkt. 1.2, 1.3. 2 i 3 SOPZ (Załącznik do SWZ). Zatem Zamawiający w sposób jednoznaczny i czytelny wyłączył pkt 1.1 Rozdziału III z wymogów określających wzór umundurowania. Potwierdza to również brak identyfikatorów na zdjęciach Odwołującego. Dodatkowo podkreślić należy, że treść dokumentów zamówienia nie zawsze jest możliwa do sformułowania w sposób precyzyjny i jednoznaczny. W praktyce zdarzają się sytuacje, gdy wykonawcy w różny sposób zinterpretują wymogi zamawiającego. Prowadzi to do rozbieżności, które ostatecznie musi rozstrzygnąć zamawiający. W zakresie działań, jakie trzeba podjąć w takim przypadku wypowiadały się sądownie i Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku KIO z 28 kwietnia 2023 r. (sygn. akt KIO 1046/23), podkreślono, że: „Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO (m.in. KIO 1419/22, KIO 3787/21, KIO 2249/22) wszelkie niejasności SWZ należą

wykładać na korzyść wykonawcy". Podobnie w wyroku z 14 września 2022 r. (sygn. akt KIO 2249/22; KIO 2250/22), skład orzekający stanął na stanowisku, że: „Jeżeli zapisy SWZ są niejednoznaczne i dopuszczalna jest szersza interpretacja, to należy pamiętać, że wszelkie niejasności w treści dokumentacji sporządzonej przez zamawiającego należy tłumaczyć na korzyść wykonawców”. Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z 3 sierpnia 2017 r. (sygn. akt KIO/KD 38/17), podkreśliła, że: „Także Izba wskazuje, co nie zostało podniesione przez Kontrolującego, a co należy tu przytoczyć — wszelkie wątpliwości odnośnie treści SIWZ Zamawiający musi rozpatrywać na korzyść wykonawcy. Zostało to celnie wskazane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 16 kwietnia 2015 r. (sygn. akt KIO 660/15, str. 33): »Należy wskazać, że obowiązuje swoista »święta« zasada, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców, [...]«. Reguła ta wynika z prawniczej paremii »In dubio contra proferentem« znaczącej w języku polskim »Wątpliwości należy tłumaczyć przeciw autorowi«. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający jest autorem ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, które zostały zredagowane przez Zamawiającego”. Zamawiający podnosi również, iż bogactwo języka polskiego może powodować brak możliwości znalezienia „wyłącznego” określenia opisującego daną rzecz. Ma to szczególne znaczenie jeżeli chodzi o nazewnictwo danej rzeczy w różnych regionach kraju.

ZARZUT 2: naruszenie art. 239 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez niezgodny z prawem wybór oferty Przystępującego, podczas gdy zaproponowane przez Wybranego Wykonawcę umundurowanie wprost nie odpowiada wymogom OPZ, a Zamawiający nie dokonał rzetelnego zbadania złożonej oferty, co w konsekwencji skutkowało zaniechaniem odrzucenia ww. oferty

Zdaniem Zamawiającego ww. zarzut Odwołującego w zakresie 'niezgodnego z prawem wyboru oferty Przystępującego należy uznać za chybiony.

Zamawiający dokonał szczegółowej analizy załączonych zdjęć umundurowania i nie doszukał się w nich niezgodności z OPZ. Szczegółowe wyjaśnienia w zakresie analizy dokumentacji Przystępującego zostały przedstawione szczegółowo w odniesieniu się do zarzutu nr 1.

Odnosząc się do kwestii równego traktowania o którym pisze odwołujący w ostatnim akapicie, Zamawiający podnosi, że ma świadomość obowiązywania zasady równego traktowania wykonawców, i dlatego zastosował „wnikliwie i krytyczne oceny” wobec wszystkich wykonawców którzy przystąpili do postępowania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie (pismo z dnia 25/04/24) zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Art-Security Sp. z o.o. Sp. K. z/s w Warszawie oraz „ART GROUP” Sp. z o.o. z/s w Warszawie (Uczestnik) wnosząc o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym z dnia 16 maja 2024r. Uczestnik podał: (...) Odwołujący formułując zarzut niezgodności oferty Przystępującego, wskazując na poszczególne rzekome rozbieżności pomiędzy załączonymi zdjęciami a postanowieniami dokumentacji zamówienia, w szczególności z treścią załącznika nr 2 do specyfikacji warunków zamówienia, tj. z opisem przedmiotu zamówienia, posługuje się definicjami do których dokumentacji zamówienia w ogóle nie referowała. Zatem całość argumentacji odwołującego wprowadza, na gruncie postępowania odwoławczego, definicje i sposób rozumienia poszczególnych sformułowań dokumentacji zamówienia, odmienny niż uprzednio sformułowany przez zamawiającego. Za niedopuszczalne należy uznać wprowadzanie przez odwołującego do dokumentacji zamówienia, takich postanowień które nie zostały zdefiniowane przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przywołana przez odwołującego zasada równego traktowania wykonawców przejawia się m. in. w swego rodzaju konsekwencji zamawiającego w zakresie interpretacji postanowień dokumentacji zamówienia, z tym zastrzeżeniem, iż jej ewentualne braki muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawców.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu, albowiem z ustaleń Izby wynika, że oferta Uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Art-Security Sp. z o.o. Sp. K. z/s w Warszawie oraz „ART GROUP” Sp. z o.o. z/s w Warszawie (Uczestnik ART lub Konsorcjum ART) jest niezgodna z warunkami zamówienia, w zakresie w jakim oferuje niedozwolone elementy kolorowe na klapie z logo.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty złożyło 3 wykonawców, a mianowicie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

- 1) Security Emporio Sp. z o.o. Sp. k. (...) oraz Emporio Sp. z o.o. (...) i Vigor Security Sp. z o. o. (...) z/s w Poznaniu;
- 2) Art-Security Sp. z o.o., Sp. k. (...) oraz ART GROUP” Sp. z o.o. (...) z/s w Warszawie (Uczestnik ART. lub Konsorcjum ART);
- 3) Agencja Ochrony MK Sp. z o.o. z/s w Warszawie (...) oraz Agencja Ochrony Kowalczyk KM Sp. z o.o. z/s w Grójcu.

Zgodnie z decyzją z dnia 19/04/2024 Zamawiający odrzucił ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Security Emporio Sp. z o.o. Sp. k. (...) oraz Emporio Sp. z o.o. (...) i Vigor Security Sp. z o. o.(...) z/s w Poznaniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp *z powodu niezgodności oferty z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego w OPZ*. W uzasadnieniu decyzji podał: „Po analizie i weryfikacji przesłanych zdjęć

zamawiający stwierdził, że przedstawione zdjęcia są niezgodne z postanowieniami Rozdziału III pkt 1.2, 1.3, 2 i 3 OPZ, ponieważ koszule miały być odpowiednio niebieskie lub białe, natomiast wykonawca proponuje na jednym ze zdjęć koszule niebieskie z białym kołnierzykiem (fotografia: 2. OCHRONA). Ponadto marynarki kobiet nie są dopasowane. Marynarka jest znacznie za duża. Jednocześnie zdjęcia nie spełniają wymagań rozdzielczości opisanej w SWZ czyli 1600x1200 pikseli”.

W przedmiotowym postępowaniu za najkorzystniejszą – zgodnie ze wskazaną decyzją z dnia 19/04/24 - uznana została oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Art-Security Sp. z o.o., Sp. k. (...) oraz ART GROUP” Sp. z o.o. (...) z/s w Warszawie. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał: „Oferta w/w wykonawcy przedstawia najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny i zgodnie z przyjętymi w pkt 14 SWZ kryteriami oceny ofert uzyskała łącznie największą liczbę punktów, tj. 100,00 pkt. Wybrany Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta nie podlega odrzuceniu”.

W odwołaniu wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum: Agencja Ochrony MK Sp. z o.o., Agencja Ochrony Kowalczyk KM Sp. z o.o. z/s w Warszawie (Odwołujący) podnosząc zarzut zaniechania odrzucenia oferty Uczestnika z naruszeniem art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp wskazali, że przedmiot zamówienia w postaci umundurowania pracowników jest niezgodny z wymogami OPZ z uwagi na oferowanie: (1) niedozwolonych elementów kolorowych na klapie z logo wykonawcy, (2) niezgodnego z OPZ obuwia i (3) niezgodnego z OPZ identyfikatora. W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał na Opis przedmiotu zamówienia (OPZ) w załączniku nr 2 do SWZ, w tym jego rozdział III oraz na postanowienia SWZ (Specyfikacja Warunków Zamówienia).

Zgodnie z rozdziałem III OPZ.

1. Przedmiot umowy realizowany będzie przy pomocy osób wskazanych w załączniku nr 5 do umowy. Wykonawca zobowiązany jest do wyposażenia:

1.1. Pracowników ochrony i recepcjonistów w identyfikator zawierający nazwę podmiotu zatrudniającego, zdjęcie, imię i nazwisko;

1.2. Pracowników ochrony mężczyzn: jednakowe czarne garnitury (prosta dopasowana marynarka jednorzędowa, spodnie proste w kant sięgające nie więcej niż 4-5 cm nad ziemią, wszystko w tym samym kolorze i odcieniu. Jednakowe białe koszule z długim rękawem, jednakowe krawaty, pantofle pełne w kolorze czarnym. W okresie letnim Zamawiający dopuszcza koszule z krótkim rękawem. Pracowników ochrony kobiety: jednakowe czarne garsonki (dopasowana marynarka jednorzędowa, spódnica do połowy kolana lub spodnie dopasowane, z prostymi nogawkami w kant sięgające nie więcej niż 4-5 cm nad ziemią, wszystko w tym samym kolorze i odcieniu. Jednakowe białe koszule z długim rękawem, pantofle pełne w kolorze czarnym. W okresie letnim Zamawiający dopuszcza koszule z krótkim rękawem. W pozostałym zakresie umundurowanie nie może odbiegać od standardu opisanego powyżej.

1.3. Recepcjonistów mężczyzn: jednakowe czarne garnitury (prosta dopasowana marynarka jednorzędowa, spodnie proste w kant sięgające nie więcej niż 4-5 cm nad ziemią, wszystko w tym samym kolorze i odcieniu. Jednakowe, w odcieniu jasnego błękitu koszule z długim rękawem, jednakowe krawaty, pantofle pełne w kolorze czarnym. W okresie letnim Zamawiający dopuszcza koszule z krótkim rękawem. Recepcjonistów kobiety: jednakowe czarne garsonki (dopasowana marynarka jednorzędowa, spódnica do połowy kolana lub spodnie dopasowane w kant sięgające nie więcej niż 4-5 cm nad ziemią, wszystko w tym samym kolorze i odcieniu. Jednakowe, w odcieniu jasnego błękitu koszule z długim rękawem, pantofle pełne w - kolorze czarnym. W okresie letnim Zamawiający dopuszcza koszule z krótkim rękawem. W pozostałym zakresie umundurowanie nie może odbiegać od standardu opisanego powyżej.

1.4. Pracownicy ochrony wykonujący czynności ochronne poza budynkiem w okresie jesienno-zimowym wyposażeni muszą być dodatkowo w obuwie i odzież wierzchnią w kolorze ciemnym, umożliwiającą wykonywanie obowiązków bez względu na panujące warunki atmosferyczne. Niezależnie od pory roku umundurowanie powinno umożliwiać identyfikację osób oraz identyfikację Wykonawcy.

(...)

2. Podczas pełnienia obowiązków osoby realizujące przedmiot umowy będą prezentowały schludny wygląd polegający w szczególności na: czystych, uprasowanych i dopasowanych koszulach umożliwiających zapięcie ich na guziki. Koszule powinny być uszyte z nieprześwitującego materiału i muszą być włożone do spodni lub spódnicy.

Marynarki i spodnie muszą być dopasowane do sylwetki. Wzór umundurowania przez cały okres realizacji umowy musi być zgodny z ofertą Wykonawcy.

W przypadku udziału w realizacji przedmiotu umowy przez osoby posiadające tatuaże, Zamawiający wymaga aby tatuaże były ukryte pod elementami odzieży na czas realizacji obowiązków służbowych

3. Zamawiający nie dopuszcza w umundurowaniu obuwia innego niż pantofle, lampasów lub innych kolorowych dodatków poza wymienionymi powyżej elementami odzieży”.

Zgodnie z rozdziałem 5 SWZ – Przedmiotowe środki dowodowe:

5.1. W celu potwierdzenia zgodności oferowanych usług z wymaganymi cechami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia Wykonawca zobowiązany jest przedstawić:

5.1.1. osiem zdjęć cyfrowych w pełnym kolorze, w formacie JPG lub PNG, o rozdzielczości minimalnej 1600x1200 pikseli, jakości odwzorowania minimum 200 dpi, dowolnej proporcji (np. 1:1, 4:3, 16:9 lub inne), wielkości pliku do 5 MB, przedstawiające wzór umundurowania zgodny z postanowieniami Rozdziału III pkt. 1.2, 1.3, 2 i 3 SOPZ (Załącznik nr 2 do SWZ), w tym:

- cztery zdjęcia pracownika ochrony (dwa zdjęcia umundurowania panów i dwa zdjęcia umundurowania pań),
- cztery zdjęcia pracownika recepcji (dwa zdjęcia umundurowania panów i dwa zdjęcia umundurowania pań).

Zdjęcia przedstawiać muszą całe sylwetki przodem oraz bokiem, zarówno pracownika ochrony, jak i pracownika recepcji.

5.2. Wykonawca zobowiązany jest złożyć wskazane wyżej przedmiotowe środki dowodowe (zdjęcia umundurowania) wraz z ofertą, w postaci elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

5.3. Jeżeli Wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, Zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

5.4. Przekazany wzór umundurowania będzie stanowić podstawę do przeprowadzenia weryfikacji oferty w zakresie zgodności z OPZ. Po zawarciu umowy będzie wykorzystywany w celu kontroli umundurowania.

Rozpoznając podnoszone w odwołaniu zarzuty Izba musi mieć na względzie dyrektywy wskazane w przepisach ustawy Pzp. W niniejszej sprawie w szczególności wynikające z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp a także z art. 555 tej ustawy. W myśl pierwszego z przepisów: „Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne”. Z kolei drugi z nich stanowi, że: „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”.

Także oceniając niezgodność treści oferty z treścią SWZ w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Izba ma na uwadze definicję oferty, zawartą w art. 66 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z tym artykułem ofertą jest oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Chodzi zatem o materialną sprzeczność zobowiązania zawartego w ofercie ze zobowiązaniem, wymaganym przez zamawiającego opisanego w dokumentach zamówienia. Taka niezgodność wystąpi wówczas, gdy m.in. cechy przedmiotu zamówienia wskazane w ofercie nie odpowiadają opisanym w SWZ czy w jej załącznikach, w tym przypadku OPZ.

W niniejszej sprawie wymagane umundurowanie – jego wzór opisany powyżej – podlegało ocenie (pkt 5.1.1. SWZ) na podstawie ośmiu „zdjęć cyfrowych w pełnym kolorze, w formacie JPG lub PNG, o rozdzielczości minimalnej 1600x1200 pikseli, jakości odwzorowania minimum 200 dpi, dowolnej proporcji (np. 1:1, 4:3, 16:9 lub inne), wielkości pliku do 5 MB, zgodny z postanowieniami Rozdziału III pkt. 1.2, 1.3, 2 i 3 SOPZ (...)” które to zdjęcia miały przedstawiać „całe sylwetki przodem oraz bokiem, zarówno pracownika ochrony, jak i pracownika recepcji”. Tak jak wskazano wzór umundurowania miał stanowić podstawę do przeprowadzenia weryfikacji oferty w zakresie jej zgodności z OPZ, a po zawarciu umowy – podstawę do kontroli umundurowania. Tym samym te zdjęcia jako przedmiotowe środki dowodowe niewątpliwie stanowiły element każdej z ofert złożonej w przedmiotowym postępowaniu.

Zgodnie ze wskazanymi opisami SWZ każdy z wykonawców był zobowiązany wykazać na załączonych zdjęciach, że spełnia łącznie wymagania co do umundurowania wg wymagań opisanych w rozdziale III pkt. 1.2, 1.3, 2 i 3 OPZ. Tym samym prezentacja tego umundurowania powinna nastąpić, mając na uwadze odpowiednio art. 355 § 1 i 2 k.c. w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, z uwzględnieniem szczególnie w tej sprawie podwyższonego miernika staranności w działaniu wykonawcy. W myśl tego przepisu „dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność), zaś należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności”. Z kolei ocena Zamawiającego powinna być oparta na postanowieniach dokumentacji i uwzględniać wszystkie elementy oraz wskazywać – w przypadku takich ustaleń - konkretnie te elementy, które są niezgodne z danym wymaganiem i taka niezgodność powinna być w tej decyzji uzasadniona w powołaniu na konkretne postanowienie z dokumentacji. Tak jak podkreśla orzecznictwo KIO, niezgodność oferty z SWZ musi być jednoznacznie wykazana, a istniejące wątpliwości w zakresie interpretacji postanowień SWZ nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawcy, o ile obiektywnie możliwa jest ich interpretacja w różny sposób.

Pierwszy z zarzutów skierowanych wobec oferty Uczestnika ART - naruszenia art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp – jest zasadny z uwagi na pierwszy z zaskarżonych elementów. W tym przypadku bowiem na klapach garnituru oraz garsonek (zarówno tych, które dotyczą pracowników recepcji jak i pracowników ochrony) – zgodnie z fotografiami z przodu (en face), podobnie z boku, widnieje (po ich prawej stronie) niedozwolony element kolorowy na klapie z uwagi na zamieszczone na tej klapie logo.

Izba, nawiązując do postanowień rozdziału III. 3 OPZ i podkreślając szczegółowe wymagania, co do elementów umundurowania (garnituru i garsonek) a także co do wyglądu pracowników w trakcie realizacji zadań wskazuje, że Zamawiający nie dopuścił w tym umundurowaniu żadnych kolorowych dodatków poza wymienionymi w OPZ elementami

odzieży. Niewątpliwie na marynarkach zarówno mężczyzn jak i kobiet na klapie po prawej stronie każdego zdjęcia umieszczone zostało logo innego koloru niż marynarka czy żakiet, nie spełniając tym samym wymogu aby wszystko było w tym samym kolorze i odcieniu (rozdz. III pkt 1.2, 1.3 OPZ) a także stanowiąc inny kolorowy dodatek niedopuszczony w rozdz. III pkt 3 OPZ.

Zgodnie z treścią OPZ inne kolorowe dodatki zostały zaliczone do elementu umundurowania. Zatem Zamawiający nie mógł spornego logo na klapie marynarek kwalifikować jako przypinki w klapie marynarki nie stanowiącej integralnej części umundurowania. Widoczne na fotografiach elementy dodatkowe trudno uznać za umieszczone wyłącznie na potrzeby odróżnienia oferty tego konkretnego wykonawcy oparte na twierdzeniu, że na jednym ze zdjęć – mężczyzny - sfotografowanego z profilu brak jest przypinki w klapie. Po pierwsze każde ze zdjęć (w lewym górnym rogu) zostało opatrzone logo firmy wykonawcy. Ponadto argumentacja Zamawiającego, co do braku przypinki na jednym ze zdjęć, jeżeli tak by było w istocie – mogłaby tylko świadczyć o wariantowości w oferowaniu marynarki, co tym bardziej wobec postanowień punktu 4.5 w związku z pkt 5.4 było niedopuszczalne SWZ, a także wobec wymagań pkt 5.1.1. SWZ dotyczących wymaganych zdjęć. Każde ze zdjęć przodem oraz bokiem ma dotyczyć tego samego umundurowania. Zatem na gruncie tej SWZ przypinki – jak to określał Zamawiający - stanowią niedopuszczony OPZ dodatek do umundurowania w świetle rozdz. III pkt 3 OPZ, co świadczy o niezgodności oferty z treścią SWZ.

Izba ponownie podkreśla, że zgodnie z SWZ – pkt 5.4. -wzór umundurowania na fotografiach miał stanowić podstawę do przeprowadzenia weryfikacji oferty w zakresie zgodności z OPZ, a po zawarciu umowy służyć kontroli umundurowania. W tym postępowaniu Zamawiający w SWZ w punkcie 5.3 przewidział zastosowanie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, który m.in. pozwala na uzupełnienie przedmiotowego środka dowodowego, jednakże tylko w przypadku jego braku lub niekompletności. W tym przypadku w ofercie Uczestnika ART przedmiotowy środek dowodowy jest kompletny i w przypadku marynarki zawiera – co potwierdzają bezspornie zdjęcia – umieszczenie w klapie logo firmy wykonawcy. Dokonując oceny w zakresie tego elementu Izba nie znalazła podstaw do zastosowania w przedmiotowej sprawie art. 65 § 1 kc z uwagi na argumentację Zamawiającego – de facto nie wykazaną na rozprawie zarówno przez Zamawiającego jak i Uczestnika ART., co do możliwego odpięcia logo - gdyż istotą problemu w niniejszej sprawie nie jest kwestia możliwości odpinania dodatku logo, a jego zamieszczenie na ubraniu w kolorze innym niż marynarka. Niewątpliwie formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie powinien mieć charakteru nadrzędnego. Jednakże w przedmiotowej sprawie istotą sporu jest kwestia zamieszczenia na ubraniu kolorowego dodatku, co nie było dopuszczone w OPZ. Tym samym jego uznanie, jak to kwalifikuje Zamawiający jako przypinkę z możliwością jej odpięcia z uwagi na jedno ze zdjęć przedstawiających mężczyznę z boku (co jak podkreślono nie zostało wykazane ani przez Zamawiającego ani Uczestnika), stanowiłoby naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień, o których mowa w art. 16 ustawy Pzp.

Z tego też względu w takim zakresie zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp podlega uwzględnieniu.

W pozostałym zakresie podnoszony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp dotyczący dwóch elementów: pantofli jak i identyfikatora nie podlega uwzględnieniu.

Odnosnie pantofli dla kobiet (bo tego dotyczy zarzut) w przypadku tego zamówienia, Izba zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego co do interpretacji wymaganego rodzaju obuwia na gruncie tej dokumentacji, albowiem ta interpretacja, co do spornych pantofli powinna być powiązana z zakresem zadań przewidzianych do realizacji. W ramach tego przedmiotu zamówienia (*świadczenie usługi stałej ochrony fizycznej na terenie nieruchomości pozostającej w trwałym zarządzie Ministerstwa Rozwoju i Technologii zlokalizowanej przy Pl. Trzech Krzyży 3/5, w Warszawie*) mają być wykonywane nie tylko czynności ochrony, ale i czynności recepcyjne. W tym przypadku Izba wskazuje na pkt 10 OPZ. *Wykonywanie czynności recepcyjnych, w szczególności:*

10.1 obsługa gości i interesantów - w tym udzielanie informacji;

10.2 odprowadzenie gości członków ścisłego kierownictwa do miejsca spotkania;

Także w opisie osób przy pomocy których ma być realizowane zamówienie zostali wyodrębnieni pracownicy ochrony i recepcjoniści. Zgodnie z opisanymi w OPZ cechami, osoby realizujące przedmiot umowy powinny posiadać „pantofle pełne w kolorze czarnym”. W SWZ, w tym OPZ nie zdefiniowano w przypadku kobiet (podobnie i mężczyzn) wymaganego obuwia, odrębnie dla pracownika ochrony i odrębnie dla pracownika recepcji, co by uzasadniało poszukiwanie takich cech w definicji pantofli jak wskazuje Odwołujący powołując się na możliwość skutecznego pełnienia obowiązków ochrony także przez pracownika recepcji. Z uwagi zatem na rodzaje wykonywanych czynności w przypadku tego przedmiotu zamówienia brak jest uzasadnienia do kwestionowania stanowiska, opartego – jak podał Zamawiający - na definicji w Słowniku Języka Polskiego zgodnie z którą pantofel to „lekki płtyki but” oraz, że na polskim rynku obuwniczym pantoflem określa się także eleganckie obuwie z obcasem lub bez. Z kolei inne dostępne definicje pantofli dotyczą szerokiego zakresu rodzajów obuwia, w którym to zakresie mieszczą się pantofle widoczne na zdjęciach z oferty Uczestnika ART.

W tym miejscu Izba ponownie za orzecznictwem KIO podkreśla, że na gruncie Pzp zasadą jest, że niezgodność

oferty z SWZ musi być jednoznacznie wykazana, a w przypadku gdy postanowienia SWZ w zakresie wymagań zamawiającego mogą być obiektywnie różnie rozumiane, to wówczas ich interpretacja nie może być na niekorzyść wykonawcy. Nie można bowiem zastosować sankcji jaką jest odrzucenie oferty wykonawcy w sytuacji, gdy wymaganie wskazane w dokumentacji pozwala obiektywnie na chociażby dwojakie rozumienie danego wymagania. W takim wypadku niejasności nie powinny być interpretowane na nie korzyść wykonawców biorących udział w postępowaniu. Tym samym oferta Uczestnika w zakresie tego elementu nie może być kwalifikowana jako podlegająca odrzuceniu z uwagi na niezgodność jej treści z SWZ

Z tego względu w takim zakresie zarzut naruszenia art. 226 ust. pkt 5) ustawy Pzp nie podlega uwzględnieniu.

Odnosnie identyfikatorów, których wzory umieszczono na zdjęciach, a które zdaniem Odwołującego nie spełniają wymogów wskazanych w III. 1.1.1. OPZ, Izba zwraca uwagę, że w odwołaniu niezgodność identyfikatora odniesiono do zamieszczenia w nim w miejsce zdjęcia, logo firmy. Podnoszony na rozprawie kolor smyczy – jako dodatkowy kolorowy element – nie wynika z zarzutu jak i uzasadnienia odwołania.

Izba zatem tylko w zakresie wskazanym w odwołaniu zwraca uwagę na postanowienia punktu 5.1.1. SWZ, który wzór umundurowania podlegającego ocenie (pkt 5.4 SWZ) odnośni wyłącznie do postanowień Rozdziału III pkt. 1.2, 1.3, 2 i 3 SOPZ (Załącznik nr 2 do SWZ). Natomiast kwestie identyfikatora reguluje pkt 1.1. w rozdziale III OPZ. Tym samym wzór identyfikatora nie jest elementem podlegającym ocenie na etapie badania ofert. Nie stanowi bowiem elementu umundurowania. Wymóg posiadania identyfikatora i jego wzór został opisany w OPZ, jednakże wymagany na etapie realizacji umowy nie został wskazany według punktu 5.4. jako element umundurowania podlegający ocenie na etapie oceny ofert.

Z tego względu w takim zakresie zarzut naruszenia art. 226 ust. pkt 5) ustawy Pzp nie podlega uwzględnieniu.

W konkluzji Izba stwierdza, że za zasadny uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. pkt 5) ustawy Pzp z uwagi na niezgodność treści oferty z SWZ w zakresie pierwszego elementu i brakiem możliwości usunięcia tej niezgodności w zakresie wskazanym. Z tego też powodu ta oferta podlegała odrzuceniu, podobnie jak oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Security Emporio Sp. z o.o. Sp. k. (...) oraz Emporio Sp. z o.o. (...) i Vigor Security Sp. z o. o. (...) z/s w Poznaniu, co wynika z nie zaskarżonej przez tych wykonawców decyzji z dnia 19/04/2024 r. Tym samym Izba nakazując odrzucenie oferty Uczestnika ART także uwzględniła podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 239 Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp z uwagi na wybór oferty tego wykonawcy, a nakazując unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i ponowną ocenę ofert nakazała także pominięcie wskazanej oferty już uprzednio odrzuconej. Decyzja bowiem w takim zakresie nie została zaskarżona przez wykonawcę, którego oferty dotyczyła.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze 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 2020r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

.....