

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: **Małgorzata Rakowska**

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 kwietnia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 marca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **MSA SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Ks. Leona Miszewskiego 3 lok. 2, 80-239 Gdańsk (Lider konsorcjum), CIVIS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Plac Defilad 1, 00-901 Warszawa (Członek konsorcjum) i TETTSUI Security Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Ostrołęce, ul. Miła 19,**

07-410 Ostrołęka (Członek konsorcjum) w postępowaniu prowadzonym przez **Muzeum Zamkowe w Malborku, ul. Starościńska 1, 82-200 Malbork**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Agencja Ochrony Osób i Mienia DOGMAT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Lindleya 16, 02-013 Warszawa (Lider konsorcjum), M.P.**

i R.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PATROL DOGMAT Spółka Cywilna M.P. i R.K. z siedzibą w Elblągu, ul. Brzozowa 5, 82-300 Elbląg (Członek konsorcjum), BIURO OCHRONY DOGMAT Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu, ul. Brzozowa 5, 82-300 Elbląg (Członek konsorcjum), D&S DOGMAT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 47/10, 02-672 Warszawa (Członek konsorcjum), GRUPA OCHRONY DOGMAT Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu, ul. Brzozowa 5, 82-300 Elbląg (Członek konsorcjum) i BASMA SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Al. Prymasa Tysiąclecia 58, 01-424 Warszawa (Członek konsorcjum)

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia **MSA SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Ks. Leona Miszewskiego 3 lok. 2, 80-239 Gdańsk (Lider konsorcjum), CIVIS Polska Sp. z o.o.**

z siedzibą w Warszawie, Plac Defilad 1, 00-901 Warszawa (Członek konsorcjum)

i TETTSUI Security Sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Ostrołęce, ul. Miła 19,

07-410 Ostrołęka (Członek konsorcjum) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **MSA SECURITY Sp. z o.o.**

z siedzibą w Gdańsku, ul. Ks. Leona Miszewskiego 3 lok. 2, 80-239 Gdańsk (Lider konsorcjum), CIVIS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Plac Defilad 1, 00-901 Warszawa (Członek konsorcjum) i TETTSUI Security Sp.

z o.o. sp.k. z siedzibą w Ostrołęce, ul. Miła 19, 07-410 Ostrołęka (Członek konsorcjum) tytułem wpisu od odwołania

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 933/24

Uzasadnienie

Muzeum Zamkowe w Malborku, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Usługę ochrony osób i mienia w obiektach w Muzeum Zamkowym w Malborku, oddziale w Zamku w Kwidzynie i oddziale w Zamku w Sztumie”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 23 stycznia 2024 r. pod nr 2024/BZP 00061003.

W dniu 20 marca 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **MSA SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (Lider konsorcjum), CIVIS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Członek konsorcjum) i TETTSUI Security Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Ostrołęce (Członek konsorcjum)**, zwani dalej „Odwolującym”, wnieśli odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na:

1. wyborze w dniu 15 marca 2024 r. jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Agencja Ochrony Osób i Mienia DOGMAT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Lider konsorcjum), M.P. i R.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PATROL DOGMAT Spółka Cywilna M.P. i R.K. z siedzibą w Elblągu (Członek konsorcjum), BIURO OCHRONY DOGMAT Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu (Członek konsorcjum), D&S DOGMAT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Członek konsorcjum), GRUPA OCHRONY DOGMAT Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu (Członek konsorcjum) i BASMA SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Członek konsorcjum), zwanych dalej „konsorcjum DOGMAT”;
2. odrzucenia w dniu 15 marca 2024r. oferty Odwołującego jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
3. zaniechaniu zażądania od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonych przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń – wyjaśnień odnośnie treści złożonego wykazu usług na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu określonym w Dziale V pkt 3.2.1. SWZ oraz referencji Muzeum Wojska Polskiego z dnia 19.02.2024r. i referencji Państwowego Muzeum Etnograficznego w Warszawie z dnia 21 lutego 2024 r.;

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 16 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
2. art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum DOGMAT;
3. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez brak zażądania od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonych przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń – wyjaśnień odnośnie treści złożonego wykazu usług na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu określonym w Dziale V pkt 3.2.1. SWZ oraz referencji Muzeum Wojska Polskiego z dnia 19.02.2024r. i referencji Państwowego Muzeum Etnograficznego w Warszawie z dnia 21 lutego 2024 r.;
4. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez brak wezwania Odwołującego do złożenia, poprawienia, uzupełnienia, wyjaśnienia dokumentów lub oświadczeń odnośnie treści złożonego wykazu usług na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu określonym w Dziale V pkt 3.2.1. SWZ oraz referencji Muzeum Wojska Polskiego z dnia 19 lutego 2024 r. i referencji Państwowego Muzeum Etnograficznego w Warszawie z dnia 21 lutego 2024 r.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum DOGMAT;
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
3. nakazanie Zamawiającemu zażądania od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonych przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń – wyjaśnień odnośnie treści złożonego wykazu usług na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu określonym w Dziale V pkt 3.2.1. SWZ oraz referencji Muzeum Wojska Polskiego z dnia 19 lutego 2024 r. i referencji Państwowego Muzeum Etnograficznego w Warszawie z dnia 21 lutego 2024 r.;
4. nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej;
5. orzeczenie/zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego udział mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunek udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, tj.:

„3.2.1. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca w okresie ostatnich 3 lat liczonych wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonywał nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy lub w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonuje nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy co najmniej jedną (1) usługę ochrony fizycznej obiektów lub budynków wpisanych w Państwowy Rejestr Muzeów prowadzony przez Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego, wartości nie mniejszej niż 1 000 000 zł (w okresie wymaganych warunkiem udziału 12 m-cy),

3.2.1.1. Zamawiający zastrzegł, że w sytuacji składania oferty przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz analogicznie w sytuacji, gdy Wykonawca będzie polegał na zasobach innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 118 Pzp, warunek o którym powyżej mowa w pkt. 3.2.1., musi zostać spełniony w całości przez jednego z Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie lub podmiot, na którego zdolności w tym zakresie powołuje się Wykonawca.

3.2.1.2. W odniesieniu do warunku, o którym mowa w pkt. 3.2.1. powyżej, Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z Wykonawców, którzy wykonują usługi, do realizacji których

te zdolności są wymagane – zgodnie z dyspozycją art. 117 ust. 4 Pzp.”.

Zgodnie z działem VII pkt 2 pkt 2.2. SWZ Wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, zostanie wezwany do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania podmiotowych środków dowodowych, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w Dziale V pkt 3 SWZ (aktualnych na dzień ich złożenia) - m.in. wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych - wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, wraz z dowodami określającymi, czy usługi wykazane w wykazie usług zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa powyżej, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy.

Pismem z dnia 28.02.2024r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego. Odwołujący złożył wówczas wykaz usług na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu określonym w Dziale V pkt 3.2.1. SWZ oraz referencje Muzeum Wojska Polskiego z dnia 19.02.2024r. i referencje Państwowego Muzeum Etnograficznego w Warszawie z dnia 21.02.2024r.

Następnie pismem z dnia 06.03.2024Z. zamawiający poinformował wykonawców, że unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu i przystępuje do powtórzenia czynności badania i oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Zamawiający enigmatycznie tylko wskazał, że po dokonaniu czynności, polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu zamawiający powziął wątpliwości co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, który złożył najkorzystniejszą ofertę wobec czego koniecznym jest unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i ponowne dokonanie czynności zmierzających do wyłonienia najkorzystniejszej oferty.

Kolejno zawiadomieniem z dnia 15.03.2024r. zamawiający poinformował wykonawców, że przy zastosowaniu kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty określonych w SWZ, jako najkorzystniejszą wybrano ofertę złożoną przez konsorcjum DOGMAT. Jednocześnie zamawiający poinformował, iż w przedmiotowym postępowaniu odrzucił ofertę Odwołującego, wskazując art. 226 ust. 1 pkt. 7) ustawy Pzp jako podstawę prawną odrzucenia („zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”). Jako uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Zamawiający wskazał, że na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Dziale V pkt. 3.2.1. SWZ Odwołujący jako najwyżej oceniony załączył wykaz usług, w którym wykazał usługę wykonywaną w terminie od dnia 01.02.2022r. do dnia 01.02.2023r. na rzecz obiektów Muzeum Wojska Polskiego z siedzibą w Warszawie o wartości 1 253 833,71 zł brutto przez firmę MSA SECURITY Sp. z o.o. Do wykazu usług zostały dołączone referencje wystawione przez Muzeum Wojska Polskiego w Warszawie potwierdzające informacje wskazane w wykazie usług.

Na podstawie tak przedłożonych podmiotowych środków dowodowych wykonawca wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, co przełożyło się na wybór oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej. Po wyborze najkorzystniejszej oferty konsorcjum DOGMAT zgłosiło zamawiającemu w piśmie z dnia 05.03.2024r. wątpliwości co do spełnienia przez wykonawcę wybranego w postępowaniu - jako ofertę najkorzystniejszą – warunku udziału w postępowaniu wykazanego w Wykazie usług i referencjach. W konsekwencji czego Zamawiający dokonał unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Zgodnie z art. 128 ust. 5 ustawy Pzp Zamawiający zwrócił się bezpośrednio do Muzeum Wojska Polskiego, który jest w posiadaniu informacji i dokumentów istotnych dla oceny spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu o przedstawienie informacji poświadczających informacje podane w wykazie usług oraz referencjach. Z otrzymanych informacji wynika, że wykonawca MSA SECURITY sp. z o.o. nie świadczył na rzecz Muzeum Wojska Polskiego w terminie wskazanym wykazanej w wykazie usług usługi. Według Zamawiającego powyższe wskazuje na to, że wykonawca konsorcjum firm: MSA Security sp. z o.o., CIVIS Polska sp. z o.o. i TETTSUI Security sp. z o.o. sp.k. wskazał nieprawdziwe dane wprowadzając zamawiającego w błąd, co mogło przelożyć się na wyrządzenie szkody zamawiającemu oraz kontroferentowi. Zamawiający stwierdził dalej, że w związku z powyższym oferta Wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 i art. 14 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. z 2022 poz. 1233). Art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, że „czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”. W art. 5 – 17d tej ustawy wskazano i uszczegółowiono zachowania, które wyczerpują znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Zachowanie Wykonawcy wpisuje się w art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który stanowi, że „czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody. Działanie Wykonawcy przez podanie nieprawdziwych danych w wykazie usług na spełnienie warunku udziału w postępowaniu wraz z nieprawdziwymi informacjami w referencjach ewidentnie są działaniem sprzecznym z prawem oraz dobrymi obyczajami,

gdyż naruszają interes w uzyskaniu zamówienia przez kontroferenta, a także narusza interes Zamawiającego. Podanie przez wykonawcę nieprawdziwych danych, które wprowadziły zamawiającego w błąd spowodowało wybór Wykonawcy, a tym samym mogło doprowadzić do zawarcia umowy, która podlegałaby unieważnieniu na podstawie art. 457 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp. To mogło wpłynąć na przerwanie ciągłości usługi ochronny osób i mienia, co narusza przepisy ustawy o ochronie osób i mienia z dnia 22 sierpnia 1997 r., które wskazują na konieczność zapewnienia realizacji ciągłej ochrony fizycznej w obiekcie podlegającym obowiązkowej ochronie jakim jest Muzeum Zamkowe w Malborku ul. Starościńska 1 wraz z jego oddziałem, tj. Zamek w Kwidzynie przy ul. Katedralna 1. Takie działania Wykonawcy mogło spowodować wyrządzenie szkody nie tylko kontroferenta, ale również Zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że działając z zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji oraz równym traktowaniem wykonawców, która została wskazana w art. 16 pkt. 1) ustawy Pzp, zobowiązany jest do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 7) ustawy Pzp.

Z przedmiotowym stanowiskiem Odwołujący się nie zgodził, wskazując że po przedstawieniu przez Zamawiającego w dniu 08 lutego 2024 r. informacji z otwarcia ofert, która potwierdzała, że ofertą najkorzystniejszą jest oferta Odwołującego, zwrócił się do Muzeum Wojska Polskiego w Warszawie oraz do Państwowego Muzeum Etnograficznego w Warszawie o wystawienie referencji. Pismem z dnia 19 lutego 2024 r. Muzeum Wojska Polskiego w Warszawie potwierdziło należyte wykonanie usługi ochrony fizycznej osób i mienia przez MSA SECURITY Sp. z o.o. w obiektach Muzeum Wojska Polskiego w okresie od dnia 01.02.2022r. do dnia 01.02.2023r. Wartość zrealizowanego zamówienia wyniosła 1 253 833,71 zł brutto. Z kolei pismem z dnia 21.02.2024r. Państwowe Muzeum Etnograficzne w Warszawie zaświadczyło, że konsorcjum firm: Civis Polska sp. z o.o. (lider konsorcjum) oraz Civis Polska CDO sp. z o.o. (członek konsorcjum) świadczyło usługę całodobowej ochrony osób i mienia w obiekcie Państwowego Muzeum Etnograficznego w Warszawie w okresie realizacji usługi: 15.01.2021r. - 31.12.2022r. Wartość zrealizowanych usług: 2 082 840,01 zł brutto (w tym w wybranym okresie 01.01.2022 r. -31.12.2022 r. wartość zrealizowanych usług: 1 159 647,96 zł brutto). Usługa wykonywana była z należytą starannością w sposób rzetelny i solidny. Civis Polska Sp. z o.o. bezpośrednio uczestniczył w realizacji w/w usługi.

Uzyskane referencje i zawarte w nich dane zostały przeniesione przez pracownika spółki MSA SECURITY Sp. z o.o. do formularza wykazu usług na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu określonym w Dziale V pkt 3.2.1. SWZ. Z perspektywy czasu Odwołujący zauważył, że Muzeum Wojska Polskiego w Warszawie wystawiając ww. referencje poczyniło błąd w zakresie okresu wykonania usługi ochrony fizycznej osób i mienia przez MSA SECURITY Sp. z o.o. w obiektach Muzeum Wojska Polskiego – w danym dokumencie został wskazany okres od dnia 01.02.2022r. do dnia 01.02.2023r., gdy tymczasem rzeczywisty okres wykonania usługi ochrony fizycznej osób i mienia przez MSA SECURITY Sp. z o.o. w obiektach Muzeum Wojska Polskiego to okres od dnia 01.02.2023r. do dnia 01.02.2024r. Z kolei Odwołujący nie zauważył danej pomyłki i przeniósł te dane do ww. wykazu usług. Niemniej nie było to ani działanie świadome, ani celowe. Więcej Odwołujący nie miał żadnej korzyści z takiego działania bowiem spełniał on warunki udziału w niniejszym postępowaniu w sposób obiektywny, a ponadto to właśnie jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Co ciekawe Zamawiający nie zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienia - zaniechał zażądania od konsorcjum firm: MSA Security Sp. z o.o., CIVIS Polska Sp. z o.o. i TETTSUI Security Sp. z o.o. Sp. k. wyjaśnień dotyczących treści złożonych przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń – wyjaśnień odnośnie treści złożonego wykazu usług na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu określonym w Dziale V pkt 3.2.1. SWZ oraz referencji Muzeum Wojska Polskiego z dnia 19.02.2024r. i referencji Państwowego Muzeum Etnograficznego w Sp. z o.o., CIVIS Polska Sp. z o.o. i TETTSUI Security Sp. z o.o. Sp. k. do złożenia, poprawienia, uzupełnienia, wyjaśnienia dokumentów lub oświadczeń odnośnie treści złożonego wykazu usług na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu określonym w Dziale V pkt 3.2.1. SWZ oraz referencji Muzeum Wojska Polskiego z dnia 19.02.2024r. i referencji Państwowego Muzeum Etnograficznego w Warszawie z dnia 21.02.2024r.

Zamawiający wskazał, że zwrócił się bezpośrednio do Muzeum Wojska Polskiego o przedstawienie informacji poświadczających informacje podane w wykazie usług oraz referencjach skąd uzyskał informację, że wykonawca MSA SECURITY Sp. z o.o. nie świadczył na rzecz Muzeum Wojska Polskiego w terminie wskazanym wykazanej w wykazie usług usługi. Jednocześnie brak jest jakiegokolwiek informacji aby Zamawiający zwrócił się do Muzeum Wojska Polskiego o wskazanie czy: 1) MSA SECURITY Sp. z o.o. świadczył na rzecz Muzeum Wojska Polskiego usługi w okresie 3 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert (tj. od 01.02.2024r.), 2) czy wykonawca należycie wykonywał nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy lub w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonuje nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy co najmniej jedną (1) usługę ochrony fizycznej obiektów Muzeum o wartości nie mniejszej niż 1 000 000 zł, 3) czy Muzeum Wojska Polskiego wystawiło na rzecz MSA Security Sp. z o.o. referencje z dnia 19.02.2024r. i skąd wynikają w nim rozbieżności ze stanowiskiem wyrażonym później, że wykonawca MSA SECURITY Sp. z o.o. nie świadczył na rzecz Muzeum Wojska Polskiego w terminie wskazanym wykazanej w wykazie usług usługi.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oferta podlega odrzuceniu, jeśli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Zatem wypełnienie znamion czynu nieuczciwej konkurencji musi zachodzić w samej ofercie lub

towarzyszyć jej złożeniu. Nie sposób uznać, że wykonawca, przekazując Zamawiającemu - po złożeniu ofert, informacje na temat przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń – wykazu usług na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu określonym w Dziale V pkt 3.2.1. SWZ oraz referencji Muzeum Wojska Polskiego z dnia 19.02.2024r. i referencji Państwowego Muzeum Etnograficznego w Warszawie z dnia 21.02.2024r. złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji - a tylko w takiej sytuacji ww. przepis mógłby znaleźć zastosowanie. Odwołujący przywołał wyrok Izby z dnia 8 listopada 2023r., sygn. akt KIO 3030/2023 i wyrok Izby z dnia 24 stycznia 2022r., sygn. akt KIO 3781/21 oraz wyrok Izby z dnia 21 stycznia 2022r., sygn. akt KIO 5/22.

Działalnie Odwołującego nie było sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, nie zagrażało lub nie naruszało interesu innego przedsiębiorcy lub klienta – wszak to oferta Odwołującego była ofertą najkorzystniejszą. Odwołujący nie postąpił w danej sytuacji ani celowo, ani niedbale - Odwołujący przekazał Zamawiającemu informacje niezgodne z rzeczywistością w zakresie okresu wykonania usługi ochrony fizycznej osób i mienia przez MSA SECURITY Sp. z o.o. w obiektach Muzeum Wojska Polskiego wskutek, w ocenie Odwołującego niezamierzonego, błędu Muzeum Wojska Polskiego zawartego w dokumencie referencji z dnia 19.02.2024r. i braku zauważenia tejże pomyłki przez Odwołującego. Co niesporne Odwołujący nie dążył poprzez tą czynność – złożenie wykazu i referencji – do uzyskania jak największej liczby punktów w kryterium oceny ofert, bowiem taka czynność oceny jego oferty zadziała się już wcześniej. Zamawiający nie dokonał w niniejszym postępowaniu oceny drugiej z przedłożonych referencji - referencji Państwowego Muzeum Etnograficznego w Warszawie z dnia 21.02.2024r., które potwierdzały samodzielnie spełnianie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu określonym w Dziale V pkt 3.2.1. SWZ.

Odwołujący podniósł także, że poszanowanie zasad udzielania zamówień publicznych ma kluczowe znaczenie dla zapewnienia racjonalnego i sprawnego wydatkowania środków publicznych. Obowiązek ich przestrzegania na gruncie prawa krajowego państw członkowskich wywodzi się z zasad wyrażonych w Traktacie o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), do których odwołują się dyrektywy unijne 2009/81/WE, 2014/25/UE i 2014/24/UE. Przepisy dyrektyw stanowią o udzielaniu zamówień z poszanowaniem zasad TFUE, a w szczególności zasady swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad, które się z nich wywodzą, takich jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Zasady te powinny być stosowane do wszystkich zamówień, niezależnie od ich wartości, a także tych, które nie są objęte dyrektywami, jak również tych, które państwa członkowskie wyłączyły spod stosowania przepisów dyrektyw.

Informacja o wniesieniu odwołania oraz wezwanie do przystąpienia do postępowania odwoławczego wraz z kopią treści odwołania została przesłana w dniu 21 marca 2024 r. elektronicznie za pośrednictwem Platformy zakupowej .

W dniu 25 marca 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Agencja Ochrony Osób i Mienia DOGMAT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Lider konsorcjum), M.P. i R.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PATROL DOGMAT Spółka Cywilna M.P. i R.K. z siedzibą w Elblągu (Członek konsorcjum), BIURO OCHRONY DOGMAT Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu (Członek konsorcjum), D&S DOGMAT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Członek konsorcjum), GRUPA OCHRONY DOGMAT Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu (Członek konsorcjum) i BASMA SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Członek konsorcjum), zwani dalej „Przystępującym”, zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 3 kwietnia 2024 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Agencja Ochrony Osób i Mienia DOGMAT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Lider konsorcjum), M.P. i R.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PATROL DOGMAT Spółka Cywilna M.P. i R.K. z siedzibą w Elblągu (Członek konsorcjum), BIURO OCHRONY DOGMAT Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu (Członek konsorcjum), D&S DOGMAT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Członek konsorcjum), GRUPA OCHRONY DOGMAT Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu (Członek konsorcjum) i BASMA SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Członek konsorcjum), zwanych dalej „Przystępującym”, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez Strony oraz Przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Odwołującego i załączone do odwołania dowody, tj.:

- 1.Referencje Muzeum Wojska Polskiego z dnia 19 lutego 2024 r.
 - 2.Referencje Państwowego Muzeum Etnograficznego w Warszawie z dnia 21 lutego 2024 r.
- Izba dopuściła zawnioskowane przez Zamawiającego i załączone do odpowiedzi na odwołanie dowody, tj.:
- 1.Oferta Odwołującego w tym oświadczenie z art. 125 ust. 1 oraz art. 117 ust. 4 ustawy Pzp.
 - 2.Wykaz usług i referencje przedłożone przez Odwołującego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.
 - 3.e-mail wraz z załącznikami przesłanego Zamawiającemu przez A.N. – wątpliwości.
 - 4.Pismo do Muzeum Wojska Polskiego.
 - 5.Odpowiedź Muzeum Wojska Polskiego.
 - 6.Ogłoszenie o wyniku postępowania nr 2022/BZP 00104479 z dnia 31.03.2022 r.
 - 7.Informacja o kwocie przeznaczony na sfinansowanie zamówienia z dnia 10.12.2021 r. - Muzeum Wojska Polskiego.
 - 8.Informacja z otwarcia ofert z dnia 10.12.2021 r. - Muzeum Wojska Polskiego.
 - 9.Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty cz. nr 1 z dnia 21.02.2022 r. - Muzeum Wojska Polskiego.
 - 10.Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty cz. nr 2 z dnia 21.02.2022 r. - Muzeum Wojska Polskiego.
 - 11.Ogłoszenie o wyniku postępowania nr 2023/BZP 00124786 z dnia 07.03.2023 r..
 - 12.Informacja o kwocie przeznaczony na sfinansowanie zamówienia z dnia 02.12.2022 r. - Muzeum Wojska Polskiego.
 - 13.Informacja z otwarcia ofert z dnia 02.12.2022 r. - Muzeum Wojska Polskiego.
 - 14.Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty cz. nr 2 z dnia 23.01.2023 r. - Muzeum Wojska Polskiego.
 - 15.Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty cz. nr 3 z dnia 23.01.2023 r. - Muzeum Wojska Polskiego.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Odwołującego i złożone na rozprawie dowody, tj.:

- 1.Sprostowanie ze względu na omyłkowe wystawienie referencji z dnia 2 kwietnia 2024 r.
- 2.Rozrachunki (ROK:2023).

Izba dopuściła zawnioskowane przez Przystępującego i złożone na rozprawie dowody, tj.:

- 1.Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 23 lutego 2024 r. (Narodowa Galeria Sztuki - Zachęta).
- 2.Wykaz usług złożony przez MSA Security Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku w postępowaniu prowadzonym przez Narodową Galerię Sztuki – Zachęta).

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny – tożsamy dla wszystkich zarzutów:

Zamawiający w SWZ – Dział V Podstawy wykluczenia oraz warunki udziału w postępowaniu podał:

„3.2. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego udział mogą brać Wykonawcy, którzy spełniają warunek udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, tj.:

3.2.1. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca w okresie ostatnich 3 lat liczonych wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonywał nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy lub w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonuje nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy co najmniej jedną (1) usługę ochrony fizycznej obiektów lub budynków wpisanych w Państwowy Rejestr Muzeów prowadzony przez Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego, wartości nie mniejszej niż 1 000 000 zł (w okresie wymaganych warunkiem udziału 12 m-cy),

3.2.1.1. Zamawiający zastrzega, że w sytuacji składania oferty przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz analogicznie w sytuacji, gdy Wykonawca będzie polegał na zasobach innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 118 Pzp, warunek o którym powyżej mowa w pkt. 3.2.1., musi zostać spełniony w całości przez jednego z Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie lub podmiot, na którego zdolności w tym zakresie powołuje się Wykonawca.

3.2.1.2. W odniesieniu do warunku, o którym mowa w pkt. 3.2.1. powyżej, Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z Wykonawców, którzy wykonują usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane – zgodnie z dyspozycją art. 117 ust. 4 Pzp.”

Zamawiający w SWZ – Dział VII Informacja o podmiotowych środkach dowodowych pkt 2 podał, że „Wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, zostanie wezwany do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania podmiotowych środków dowodowych, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w Dziale V pkt 3 SWZ (aktualnych na dzień ich złożenia): (...) 2.2. wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych - wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, wraz z dowodami określającymi, czy usługi wykazane w wykazie usług zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa powyżej, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy.”

Odwołujący wraz z ofertą złożył Oświadczenie wykonawcy wspólnie ubiegającego się o zamówienie składane na podstawie art. 117 ust.4 ustawy z dnia 11 września 2019 r Pzp (załącznik nr 5 do SWZ), w którym, że „MSA Security sp. z o.o. będzie wykonywała następujący zakres przedmiotu zamówienia*: ochrona fizyczna, umundurowanie”.

Zamawiający, pismem z dnia 15 lutego 2024 r., działając na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia aktualnych na dzień ich złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w tym wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych - wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz, których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, załączając do wezwania wzór wykazu usług.

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący złożył Wykaz usług, w którym podał dwie usługi. Pierwszą wykonaną na rzecz Muzeum Wojska Polskiego w Warszawie w okresie „01.02.2022r. – 01.02.2023r.” o wartości usługi brutto „1 253 833,71 zł” oraz drugą wykonaną na rzecz Państwowego Muzeum Etnograficznego w Warszawie w okresie „15.01.2021r. – 31.12.2022 r.” o wartości usługi brutto „w okresie 01.01.2022r. – 31.12.2022r. wartość realizacji usługi brutto: 1 159 647,96 zł”. Złożył także referencje wystawione przez Muzeum Wojska Polskiego z dnia 19 lutego 2024 r., w którym podano, że Muzeum „potwierdza należyte wykonanie usługi ochrony fizycznej osób i mienia przez MSA SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (...) Usługa była wykonywana od dnia 01.02.2022 roku do dnia 01.02.2023r. wartość zrealizowanego zamówienia wyniosła 1 253 833,71 zł brutto”.

Zamawiający pismem z dnia 28 lutego 2024 r. poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

W dniu 5 marca 2024 r. Zamawiający otrzymał e-mail od Przystępującego, w którym Przystępujący podał w wątpliwość usługę, którą legitymował się Odwołujący i, która była realizowana na rzecz Muzeum Wojska Polskiego, wskazując że „nasuwają się wątpliwości, który z wykonawców realizował te dwie usługi, w jakim terminie usługi te były realizowane, czy wskazana wartość dotyczy jednej usługi, czy jest sumą kilku zamówień?”

Pismem z dnia 6 marca 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Zamawiający, pismem z dnia 6 marca 2024 r., zwrócił się do Dyrektora Muzeum Wojska Polskiego w Warszawie z Wnioskiem o udzielenie informacji publicznej, tj. podanie:

„1.Czy w terminie od dnia 01.02.2022 roku do dnia 01.02.2023 roku na rzecz obiektów Muzeum Wojska Polskiego z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 3, 00-495 Warszawa była wykonywana należycie usługa ochrony fizycznej osób i mienia o wartości 1 253 833,71 zł brutto przez firmę MSA SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku przy ul. Ks. Leona Miszewskiego 3/2, 80-239 Gdańsk, co wynika z referencji z dnia 19.02.2024 roku wystawionych przez Państwa jednostkę – załącznik nr 1.

2.Czy firma MSA SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku przy ul. Ks. Leona Miszewskiego 3/2, 80-239 Gdańsk wykonywała samodzielnie usługę opisaną w pkt. 1, czy też jako członek konsorcjum? Jeżeli w ramach Konsorcjum to proszę podać wszystkich członków konsorcjum.”, załączając do wniosku referencje z dnia 19 lutego 2024 roku wystawione przez Muzeum Wojska Polskiego.

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 11 marca 2024 r., Dyrektor Muzeum Wojska Polskiego w Warszawie podał, że:

„1. We wskazanym okresie MSA SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, adres: ul. Ks. Leona Miszewskiego 3/2, 80-239 Gdańsk, nie świadczyła na rzecz Muzeum Wojska Polskiego w Warszawie usług ochrony fizycznej osób i mienia.

2. W związku z negatywną odpowiedzią na pierwsze pytanie odpowiedź jest bezprzedmiotowa.”.

Zamawiający, pismem z dnia 15 marca 2024 r., poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 7) ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, że oferta Odwołującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający wskazał m.in., że Odwołujący wskazał nieprawdziwe dane wprowadzając Zamawiającego w błąd, co mogło przełożyć się na wyrządzenie

szkody Zamawiającemu oraz kontroferentowi. Jego oferta została więc złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 i art. 14 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj.: Dz.U. z 2022 poz. 1233). Wykonawca naruszył przepisy prawa powszechnie obowiązujące w szczególności art. 3 ust. 1 i art. 14 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj.: Dz.U. z 2022 poz. 1233). Art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, że „czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”. W art. 5 – 17d tej ustawy wskazano i uszczegółowiono zachowania, które wyczerpują znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Zachowanie Wykonawcy wpisuje się w art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który stanowi, że „czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody”. Działanie Wykonawcy przez podanie nieprawdziwych danych w wykazie usług na spełnienie warunku udziału w postępowaniu wraz z nieprawdziwymi informacjami w referencjach ewidentnie są działaniem sprzecznym z prawem oraz dobrymi obyczajami, gdyż naruszają interes w uzyskaniu zamówienia przez kontroferenta, a także narusza interes Zamawiającego. Podanie przez Wykonawcę nieprawdziwych danych, które wprowadziły Zamawiającego w błąd spowodowało wybór Wykonawcy, a tym samym mogło doprowadzić do zawarcia umowy, która podlegałaby unieważnieniu na podstawie art. 457 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp. To mogło wpłynąć na przerwanie ciągłości usługi ochronny osób i mienia, co narusza przepisy ustawy o ochronie osób i mienia z dnia 22 sierpnia 1997 r., które wskazują na konieczność zapewnienia realizacji ciągłej ochrony fizycznej w obiekcie podlegającym obowiązkowej ochronie jakim jest Muzeum Zamkowe w Malborku ul. Starościńska 1 wraz z jego oddziałem, tj. Zamek w Kwidzynie przy ul. Katedralna 1. Takie działania Wykonawcy mogło spowodować wyrządzenie szkody nie tylko kontroferenta, ale również Zamawiającego. Zamawiający działając z zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji oraz równym traktowaniem Wykonawców, która została wskazana w art. 16 pkt. 1) ustawy Pzp, zobowiązany jest do odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 7) ustawy Pzp, który narusza przedmiotową regułą na co również wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w jednym ze swoich wyroków w sprawie o sygn. akt KIO 1285/21 z dnia 25 czerwca 2021 roku.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 16 ust. 1-3 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Oznacza to, że Zamawiający zobowiązany jest do przeprowadzenia postępowania z zachowaniem tych zasad i respektowania ich na każdym etapie postępowania, w szczególności dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W niniejszym stanie faktycznym, co jest niewątpliwe, Zamawiający żądał od wykonawców ubiegającym się o udzielenie tego zamówienia wykazania się doświadczeniem w wykonywaniu lub wykonaniu nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy co najmniej jednej usługi ochrony fizycznej obiektów lub budynków wpisanych w Państwowy Rejestr Muzeów prowadzony przez Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego o wartości nie mniejszej niż 1 000 000 zł (w okresie wymaganych warunkiem udziału 12 m-cy), zastrzegając przy tym, że warunek ten musi zostać spełniony, w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, w całości przez jednego z Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie lub podmiot, na którego zdolności w tym zakresie powołuje się Wykonawca a więc tego wykonawcy, który wykonana usługę do realizacji, której zdolności te są wymagane. Co więcej Zamawiający wymagał aby wykonawcy złożyli oświadczenie według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SWZ, w którym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązani byli wskazać, które usługi wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia wykonywać będą poszczególni wykonawcy.

Odwołujący, co jest bezsporne, do wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie ochrony fizycznej i umundurowania wskazał MSA Security Sp. z o.o. Tym samym, zgodnie z postanowieniami SWZ, zobowiązany był wykazać wymagane przez SWZ doświadczenie tego właśnie wykonawcy, tj. doświadczenie w wykonywaniu lub wykonaniu nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy co najmniej jednej usługi ochrony fizycznej obiektów lub budynków wpisanych w Państwowy Rejestr Muzeów prowadzony przez Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego w terminie i o wartości wskazanej w warunku.

Odwołujący, co także jest bezsporne, wykazał usługę – jak wskazał w Wykazie usług - zrealizowaną przez MSA Security Sp. z o.o. na rzecz Muzeum Wojska Polskiego w Warszawie oraz usługę zrealizowaną przez CIVIS Polska Sp. z o.o. na rzecz Państwowego Muzeum Etnograficznego w Warszawie, a która nie mogła być przedmiotem badania przez Zamawiającego, gdyż potwierdziła doświadczenie tego z wykonawców wchodzących w skład konsorcjum (wykonawcy CIVIS Polska Sp. z o.o.), który – jak wskazał sam wykonawca w przywołanym wyżej oświadczeniu – będzie wykonywał przedmiot zamówienia w zakresie pomocy administracyjnej a nie w zakresie ochrony fizycznej. Zamawiający odstąpił od oceny usługi wskazanej w poz. 2 Wykazu usług z uwagi na złożone i załączone do oferty oświadczenie wynikające z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, w którym wykonawca wskazał, że przedmiot zamówienia w zakresie ochrony fizycznej będzie wykonywał wyłącznie MSA Security Sp. z o.o. z Gdańska natomiast usługę (wyspecyfikowaną w poz. 2 Wykazu usług) wykonywał CIVIS Polska Sp. z o.o. z Warszawy.

Tak więc badaniu podlegała wyłącznie usługa realizowana przez MSA Security Sp. z o.o. Usługę tę Odwołujący

wyspecyfikował w złożonym wykazie usług, podając podmiot na rzecz którego była ona wykonywana a więc Muzeum Wojska Polskiego w Warszawie, okres jej realizacji, tj. „01.02.2022r. – 01.02.2023r.” oraz wartość usługi brutto, tj. „1 253 833,71 zł”. Wykonawca złożył także referencje wystawione przez Muzeum Wojska Polskiego z dnia 19 lutego 2024 r., w których wskazano, że ich wystawca „potwierdza należyte wykonanie usługi ochrony fizycznej osób i mienia przez MSA SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (...) Usługa była wykonywana od dnia 01.02.2022 roku do dnia 01.02.2023r. wartość zrealizowanego zamówienia wyniosła 1 253 833,71 zł brutto”. Referencje zostały podpisane przez Kierownika Działu Ochrony i Obrony Cywilnej Muzeum Wojska Polskiego Pana Jarosława Borkowskiego. Dane podane w wykazie usług i dotyczące usługi referencyjnej wykonywanej na rzecz Muzeum Wojska Polskiego w Warszawie, jak i złożone przez wykonawcę referencje potwierdzające jej należyte wykonanie, potwierdzały spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Na podstawie li tylko tych dwóch dokumentów (wykazu usług i referencji) nie można było podjąć innej decyzji. Decyzja ta na ten właśnie moment była podjęta prawidłowo.

Wątpliwości Zamawiającego pojawiły się dopiero na skutek informacji otrzymanej od Przystępującego. To dopiero te informacje dały bowiem Zamawiającemu podstawę do zweryfikowania nie tylko oświadczenia wykonawcy zawartego w złożonym Wykazie usług, ale również informacji wynikających z poświadczenia dotyczącego należytego wykonania zamówienia pochodzącego od podmiotu, na rzecz którego zamówienie to było realizowane. Dopiero bowiem w sytuacji gdy Zamawiający poweźmie wątpliwości co do treści złożonych dokumentów, a w tym stanie faktycznym tak też się stało – wątpliwości pojawiły się po otrzymaniu informacji od innego wykonawcy, może z tego prawa skorzystać. Zamawiający skierował wówczas stosowny wniosek do wystawcy referencji, tj. Muzeum Wojska Polskiego w Warszawie. Wniosek ten – na co słusznie wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie – zgodnie z art. 128 ust. 5 ustawy Pzp mógł bowiem skierować bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Wniosek został więc skierowany bezpośrednio do wystawcy referencji. Natomiast pytania kierowane do ich wystawcy, wbrew twierdzeniom Odwołującego, były postawione prawidłowo i odnosiły się wprost do treści złożonego przez Odwołującego Wykazu usług i referencji.

W odpowiedzi na powyższe Muzeum Wojska Polskiego w Warszawie będące wystawcą referencji w piśmie kierowanym do Zamawiającego i podpisanym przez Dyrektora Muzeum Wojska Polskiego w Warszawie prof. dr. hab. Bogusława Packa podało, że „We wskazanym okresie MSA SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, adres: ul. Ks. Leona Miszewskiego 3/2, 80-239 Gdańsk, nie świadczyła na rzecz Muzeum Wojska Polskiego w Warszawie usług ochrony fizycznej osób i mienia.”. Oznacza to, że usługi referencyjnej wyspecyfikowanej w Wykazie usług we wskazanym okresie i o podanej wartości na rzecz Muzeum Wojska Polskiego w Warszawie nie wykonywała MSA SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku. A to ten wykonawca (MSA SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku) wskazany był jako ten, który będzie realizował usługę ochrony i to on wymaganym w warunku doświadczeniem winien się wykazać. Warunek ten nie tylko, że nie został spełniony, ale wykonawca przedstawił Zamawiającemu informacje dotyczące realizacji zamówienia, którego faktycznie we wskazanym okresie i na rzecz wskazanego podmiotu nie wykonywał. Tym samym wprowadzając Zamawiającego w błąd i faktycznie – jak wskazał Zamawiający - mogło to przełożyć się na wyrządzenie szkody Zamawiającemu oraz wykonawcom ubiegającym się o udzielenie tego konkretnego zamówienia. Dlatego też działanie wykonawcy polegające na podaniu nieprawdziwych informacji Zamawiający uznał i niewątpliwie mógł uznać za takie, które wyczerpuje znamiona czynu określonego w art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1233), który stanowi, że „czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody”. Dlatego też Zamawiający jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego wskazał art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zgodnie z treścią którego „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”. W myśl tego przepisu Zamawiający ma obowiązek ustalenia w trakcie dokonywania czynności badania i oceny ofert czy oferta nie została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przywołany jako podstawa odrzucenia oferty Odwołującego art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ma istotne znaczenie dla przedsiębiorców z uwagi na pewność obrotu gospodarczego i przejawia się w prawnej dyskwalifikacji działań podważających wiarygodność a tym samym zakłócających przejrzystość rynku. Takim działaniem, w myśl przywołanego przepisu, są nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd informacje o przedsiębiorstwie dotyczące wytwarzanych towarów lub świadczonych usług. Do tej kategorii należą m.in. informacje o świadczonych usługach oraz ich cenach, nieprawdziwe oferty itp. W tym stanie faktycznym za takie Zamawiający uznał podanie przez Odwołującego w Wykazie usług usługi referencyjnej, której we wskazanym okresie i na rzecz wskazanego podmiotu wykonawca MSA SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku nie wykonywał oraz załączenie referencji, które potwierdzały należyte wykonanie usługi we wskazanym w nich okresie przez MSA SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, podczas gdy wykonawca ten usługi tej nie świadczył. Zamawiający wykazał także, że na skutek takiego działania wykonawcy szkodę poniósłby zarówno Zamawiający, jak i konkurujący z Odwołującym wykonawca. Czyn ten może zostać popełniony w warunkach, w których sprawcy może być przypisana wina, polegająca w takim wypadku na celowym

dążeniu do osiągnięcia pożądaných rezultatów w sposób bezprawny, tj. przez rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzający w błąd informacji jeżeli sprawcą jest przedsiębiorca, zwykle będzie on świadomy rynkowych skutków swoich działań. (Ewa Nowińska, Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Warszawa 2008) Wobec tego takie działanie wykonawcy należy uznać za celowe i zmierzające do uzyskania korzyści w postaci tego konkretnego zamówienia kosztem innych wykonawców. Odwołujący nie przedstawił bowiem żadnych dowodów wykluczających celowość jego działania. Przedłożone na rozprawie Sprostowanie ze względu na omyłkowe wystawienie referencji z dnia 2 kwietnia 2024 r. nie tylko, że niczego nie wyjaśniło, ale przeciwnie potwierdziło, na co wskazał na rozprawie Zamawiający i Przystępujący, że i ono nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu i nie dotyczy wykonawcy, który został wskazany w oświadczeniu jako ten, który będzie realizował usługę ochrony lecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – MSA Security Sp. z o.o., CIVIS Polska Sp. z o.o. i TETTSUI Security Sp. z o.o., natomiast przedstawione „rozrachunki” dotyczą roku 2023. Co więcej – jak wykazał Przystępujący – referencjami, które zostały złożone Zamawiającemu wraz z Wykazem usług Odwołujący posługiwał się także w innych postępowaniach (np. postępowanie prowadzone przez Narodową Galerię Sztuki Zachęta). Dlatego też Izba uznała, że działanie Odwołującego wypełniło znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 14 ust. 1 i w konsekwencji skutkować powinno odrzuceniem oferty tego wykonawcy. Zamawiający prawidłowo więc uczynił, odrzucając ofertę Odwołującego.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu – zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że „Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, przedmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki nieważnienia postępowania.”.

Przepis ten znajduje zastosowanie w sytuacji gdy informacje lub dokumenty, które mają zostać złożone przez wykonawców są lub wydają się niekompletne lub błędne. W takiej sytuacji Zamawiający może zażądać ich złożenia, uzupełnienia, bądź doprecyzowania. Niemniej jednak w przypadku wątpliwości, a więc w takiej sytuacji jak miała miejsce w niniejszym stanie faktycznym a te pojawiły się na skutek informacji otrzymanej od Przystępującego, Zamawiający może zastosować art. 128 ust. 5 ustawy Pzp i zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Skoro więc w wyniku złożonego wniosku Zamawiający otrzymał jednoznaczną informację od wystawcy referencji stwierdzającą, że wykonawca MSA SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, którego dotyczyły przedłożone referencja i informacja, o której to usłudze zawarta była w Wykazie usług dotyczą usługi, której wskazany w nim wykonawca w okresie i o wartości której to usługi nie świadczył, brak było podstaw do wzywania tego wykonawcy do złożenia, uzupełnienia, doprecyzowania czy też wyjaśnienia treści wypełnionego wykazu i złożonych wraz z nim referencji. Wykonawca, składając te dokumenty, wprowadził bowiem Zamawiającego w błąd, ale i przedstawił nieprawdziwe informacje dotyczące referencyjnej usługi. Okoliczność tę przyznał także Odwołujący, wskazując przy tym, iż doszło do podania informacji, które faktycznie nie są zgodne z rzeczywistością, ale ich złożenie to wynik omyłki popełnionej przez jego pracownika. Niemniej jednak w żaden sposób okoliczności tej nie wykazał.

Kolejny zarzut dotyczy naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że „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 oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.”. Oznacza to, że 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. Celem tych wyjaśnień jest uzyskanie jednoznacznych informacji dotyczących całości lub części oferty, jak również przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, które są nieprecyzyjne, niejasne, dwuznaczne, budzą wątpliwości interpretacyjne, tak aby możliwa była ocena, czy badana oferta w danym zakresie spełnia wymagania postawione przez zamawiającego. Chodzi przy tym tylko o takie kwestie wymagające wyjaśnień, których ustalenie wymaga wyłącznie udziału wykonawcy. W tym przypadku taka sytuacja nie miała miejsca. Wątpliwości Zamawiającego rozwiązał wystawca referencji. Wobec jego jednoznacznych stwierdzeń dotyczących braku realizacji usługi przez wskazanego wykonawcę w okresie i o wartości, która została podana w Wykazie usług i referencjach brak było podstaw do wzywania Odwołującego do składania jakichkolwiek wyjaśnień. Ustalenia dokonane przez Zamawiającego były jednoznaczne i w sposób nie budzący wątpliwości potwierdzały bowiem, iż wykonawca MSA SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku nie wykonywał usługi referencyjnej we wskazanym okresie na rzecz Muzeum Wojska Polskiego w Warszawie.

Dlatego też Izba uznała, że zarzuty podniesione przez Odwołującego nie potwierdziły się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1) lit. a) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca: