

WYROK

Warszawa, dnia 4 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Odrzywolska
Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 marca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lutego 2024 r. przez wykonawcę ATG Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Chełmku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Państwowe Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SONUS Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz T.D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą T.T. z siedzibą w Opolu

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę ATG Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Chełmku, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ATG Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Chełmku tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy ATG Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Chełmku na rzecz zamawiającego Państwowego Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 509/24

Uzasadnienie

Państwowe Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) - dalej: „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zapewnienie przenośnych urządzeń do bezprzewodowej komunikacji służących do obsługi odwiedzających, obsługi punktów wydawania i odbioru urządzeń, dezynfekcji urządzeń oraz kierowania ruchem odwiedzających w wyznaczonych strefach/stanowiskach”; numer postępowania: 36/6908972023/COO (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”), o wartości szacunkowej powyżej progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 219/2023 00690897-2023 w dniu 14 listopada 2023 r..

W dniu 6 lutego 2024 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SONUS Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz T.D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą T.T. z siedzibą w Opolu (dalej „Konsorcjum” lub „przystępujący”).

W dniu 16 lutego 2024 r. przez wykonawcę ATG Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Chełmku (dalej „odwołujący”) zostało wniesione odwołanie wobec dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Konsorcjum pomimo, iż treść tej oferty w wielu jej punktach jest niezgodna ze Specyfikacją Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) i jako taka powinna podlegać odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów:

1.art. 16 pkt 1 oraz pkt 2 ustawy Pzp - naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz przejrzystości poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum, która była obciążona szeregiem błędów, zaś samo Konsorcjum nie posiada zdolności technicznych oraz zawodowych, co powinno skutkować wykluczeniem z udziału w postępowaniu;

- 2.art. 17 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 2 ustawy Pzp - naruszenie zasady zapewnienia najlepszej jakości usług uzasadnionej charakterem zamówienia oraz naruszenie zasady efektywności poprzez wybór oferty Konsorcjum w sytuacji, w której nie gwarantuje ono uzyskania najlepszych efektów zamówienia, a nawet w ogóle jego realizacji w sposób poprawny ze względu na brak zdolności technicznych i zawodowych oraz brak doświadczenia;
- 3.art. 57 pkt 1 oraz pkt 2 ustawy Pzp - poprzez brak wykluczenia Konsorcjum pomimo braku spełnienia przez Konsorcjum wymagań stawianych uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podczas, gdy zamawiający określił w punkcie 8.3. SWZ wymogi stawiane podmiotom ubiegającym się o udzielenie zamówienia;
- 4.art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp - poprzez brak wykluczenia Konsorcjum w sytuacji, w której - w ocenie odwołującego - przedstawiło ono informacje wprowadzające w błąd, co mogło i miało wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, przejawiając się brakiem wykluczenia Konsorcjum pomimo braku posiadania przez nie zdolności technicznych i zawodowych;
- 5.art. 116 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy Pzp - poprzez brak stwierdzenia przez zamawiającego braku zdolności technicznej i zawodowej Konsorcjum w sytuacji, w której Konsorcjum nie posiada takich zdolności, zaś zamawiający został zawiadomiony o tym fakcie przez odwołującego;
- 6.art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 65 §1 w związku z art. 38 Ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 Kodeks cywilny (Dz.U. z 2023 r. poz. 1610) - dalej: „Kc” - poprzez dokonanie wykładni postanowień punktu 8.3.2. oraz 9.8. SWZ oraz treści referencji przedłożonych przez Konsorcjum w sposób sprzeczny z zasadami wykładni oświadczeń woli, w szczególności z zasadą wykładni językowej i brak wykluczenia Konsorcjum w sytuacji, w której po dokonaniu prawidłowej wykładni punktu 8.3.2. oraz 9.8. SWZ oraz treści przedłożonych referencji, zamawiający powinien dojść do przekonania, że Konsorcjum nie spełnia wymogów udziału w postępowaniu i powinno zostać wykluczone, tym bardziej, że referencje wystawione przez spółkę Santiago sp. z o.o. zostały podpisane niezgodnie z zasadami reprezentacji rzeczowej spółki;
- 7.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b ustawy Pzp - poprzez nieodrzućenie przez zamawiającego oferty Konsorcjum pomimo, że nie spełniało ono warunków udziału w postępowaniu jak i podlega wykluczeniu z postępowania.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: (1) unieważnienia czynności oceny ofert oraz czynności wyboru oferty Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej; (2) dokonania ponownej oceny ofert; (3) odrzucenia oferty Konsorcjum; (4) wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając podnoszone w odwołaniu zarzuty, na wstępie odwołujący przypomniał zapisy punktu 1.5 SWZ, odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia: przedmiotem zamówienia jest usługa zapewnienia przenośnych urządzeń do bezprzewodowej komunikacji służących do obsługi odwiedzających, obsługi punktów wydawania i odbioru urządzeń, dezynfekcji urządzeń oraz kierowania ruchem odwiedzających w wyznaczonych strefach/stanowiskach, która składa się z: (...) 1.5. serwisu, przez co rozumie się wsparcie techniczne dla edukatorów i odwiedzających na terenie byłego obozu Auschwitz I zlokalizowanego przy ulicy Więźniów Oświęcimia 20 w Oświęcimiu, dodatkowo zamawiający przewiduje serwis dla edukatorów i odwiedzających na czas zwiedzania byłego obozu Auschwitz II - Birkenau zlokalizowanego przy ulicy Ofiar Faszyzmu 12 w Brzezince. Następnie wskazał, iż w punkcie 2.5. SWZ, zamawiający zdefiniował serwis w następujący sposób: 2.5.1. przez serwis zamawiający rozumie wsparcie techniczne dla edukatorów i odwiedzających na terenie byłego obozu Auschwitz I polegające między innymi na wymianie niesprawnych urządzeń oraz reakcję na zgłoszenia dotyczące użytkowanych urządzeń w czasie oprowadzania grupy przez edukatorów; 2.5.2. Zamawiający dodatkowo przewiduje serwis dla edukatorów i odwiedzających na czas zwiedzania byłego obozu Auschwitz II-Birkenau; szacowana ilość odborników zapewnianych na terenie byłego obozu Auschwitz II-Birkenau wynosi 20 000; 2.5.3. każde stanowisko wydające urządzenia ma pełnić także funkcję bieżącego serwisu; 2.5.4. czas wymiany urządzeń przy stanowisku do wydawania do 5 minut od czasu zgłoszenia przez edukatora; 2.5.5. czas wymiany urządzeń na terenie byłego obozu Auschwitz I w każdym miejscu do 15 minut od czasu telefonicznego zgłoszenia przez edukatora; 2.5.6. czas wymiany urządzeń na terenie byłego obozu Auschwitz II-Birkenau w każdym miejscu do 30 minut od czasu telefonicznego zgłoszenia przez edukatora (15 min na dojazd, 15 min na dotarcie do grupy); 2.5.7. Wykonawca wyposaży personel serwisu w telefony komórkowe z numerami, które będą dedykowane jedynie do zgłaszania awarii przez edukatorów lub pracowników zamawiającego; 2.5.8. Wykonawca zorganizuje w godzinach otwarcia Muzeum stanowisko serwisu w budynku A-50. Stanowisko to na wniosek zamawiającego będzie między innymi dostarczać urządzenia we wskazanie miejsca na terenie Muzeum jak również świadczyć usługi serwisowe dla edukatorów i odwiedzających na terenie Muzeum, zgodnie z punktem 2.5.1. Zamawiający w sposób obszerny i precyzyjny wskazał na oczekiwania, jakie mają zostać spełnione przez udzielenie zamówienia publicznego. Są one w pełni zasadne i ściśle związane z charakterem zamawiającego, którym jest muzeum działające w przestrzeni pamięci męczeństwa narodów, znajduje się w dużej mierze w przestrzeni otwartej i jest miejscem wizyt ogromnej liczby odwiedzających z całego świata. W tym kontekście kluczowe jest zapewnienie rozwiązań technicznych służących

sprawnej komunikacji odwiedzających z przewodnikami i edukatorami, dostarczaniu wiedzy na temat miejsca, jakim jest muzeum Auschwitz w czasie rzeczywistym, zapewnieniu szybkiej reakcji na awarie sprzętu oraz sprawnej jego obsługi. Gwarancją odpowiedniego poziomu realizacji zamówienia jest wymóg posiadania odpowiedniego doświadczenia przez wykonawcę.

Odwołujący wskazał, że wybrana została oferta Konsorcjum, którego członkowie nie spełniają wymagań określonych przez zamawiającego i nie dysponują zdolnością techniczną i zawodową niezbędną do realizacji zamówienia, na dowód czego odwołujący zgromadził i przedkłada odpowiednie dowody i o czym zawiadomił zamawiającego pismem z dnia 3 stycznia 2024 r.

W dalszej części odwołujący uzasadniał naruszenia SWZ - brak zdolności technicznej lub zawodowej Konsorcjum wskazując, że zgodnie z SWZ o udzielenie zamówienia (punkt 8.3.) mogły starać się podmioty, które mogły wykazać posiadanie: 8.3.2. zdolności technicznej lub zawodowej; zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał w okresie ostatnich czterech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej dwie usługi polegające na zapewnieniu i obsłudze urządzeń do bezprzewodowej komunikacji, w tym: co najmniej jedną usługę o wartości nie mniejszej niż 50 000 zł brutto, łączna wartość wszystkich usług musi wynosić minimum 500 000 zł brutto. Przez urządzenia do bezprzewodowej komunikacji zamawiający rozumie przenośne urządzenia nagłaśniające złożone z nadajnika i mikrofonu oraz odbiorników ze słuchawkami do komunikacji bezprzewodowej. Przez zapewnienie rozumie się udostępnienie urządzeń wraz z obsługą; Przez obsługę zamawiający rozumie: przygotowanie, ustawienie, wydanie, odbieranie, serwisowanie, dezynfekowanie, ładowanie urządzeń. Jak wynika z SWZ (punkt 9.8.) w przypadku Konsorcjum konieczne było „spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu”. Tymczasem odwołujący posiada dowody na to, że żaden z członków Konsorcjum nie posiada takowego doświadczenia, na co odwołujący przedłożył i załączył do odwołania dowody z dokumentów (wiadomości e-maili, faktury, referencji oraz odpisy z KRS).

Dalej wskazywał, iż Konsorcjum jako potwierdzenie (wykazanie) spełnienia warunku udziału w postępowaniu przedłożyło następujące dokumenty: (1) Referencje E.J. i wspólnicy (ul. Bohaterów Westerplatte 10-14, 65-034 Zielona Góra) z dnia 4 grudnia 2023 r., oraz (2) Referencje Santiago Sp. z o.o. (ul. Ozimska 9-11, 45-057 Opole) z dnia 1 grudnia 2023 r. udzielone jednemu z uczestników Konsorcjum - T.T.. Odwołujący jest w posiadaniu referencji ww. podmiotów z 2021 r., które nie są tożsame z tymi przedłożonymi przez Konsorcjum w 2023 r., a które potwierdzają brak spełnienia przez Konsorcjum wymagań udziału w postępowaniu. Co więcej, potwierdzeniem takiego stanu rzeczy jest również korespondencja e-mail prowadzona przez T.T., którą przedłożył Odwołujący. Jak wynika z referencji udzielonych przez Santiago Sp. z o.o. w dniu 11 lutego 2021 r. współpraca z TOMIX - T.D. polegała na „wynajmie urządzeń Tour Guide do bezprzewodowej komunikacji oraz związanych z nimi dodatkowymi usługami polegającymi na dostarczaniu ich w odpowiednich ilościowo zestawach gotowych do natychmiastowej pracy w stanie technicznym i higienicznym nie budzącym najmniejszych zastrzeżeń”. Odwołujący podkreślał, że rzeczne referencje potwierdzają, że T.T. nie zajmuje się świadczeniem usług serwisu i obsługi urządzeń, a tym samym nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Również referencje E.J. i Wspólnicy Sp. J. (Biuro Podróży EXODUS E.J., Z.J. Sp. J) sporządzone w dniu 10 września 2021 r. świadczą o tym, że T.T. nie świadczy usług obsługi oraz serwisu urządzeń służących do komunikacji bezprzewodowej. Jednocześnie zauważył, że członkowie Konsorcjum nie zmienili charakteru prowadzonej działalności i nic nie wskazuje na to, że po roku 2021, świadczyli usługi w szerszym zakresie. W jego ocenie z przedłożonych w postępowaniu odwoławczym dokumentów w postaci referencji Santiago sp. z o.o. z dnia 11 lutego 2021 r., referencji Biura Podróży EXODUS E.J., Z.J. Sp. J. z dnia 10 września 2021 r., jak też z wiadomości e-mail z dnia 25 stycznia 2024 r. wysłanej przez przedstawiciela TOMIX - T.D. oraz wiadomości e-mail z dnia 30 stycznia 2024 r. jednoznacznie wynika, że T.T. nie ma w swojej ofercie obsługi i serwisu urządzeń. Powyższe świadczy o tym, że nie posiada on zdolności technicznych do realizacji przedmiotu zamówienia, a wobec braku spełnienia wymogów w tym zakresie również przez drugi podmiot uczestniczący w Konsorcjum - oferta Konsorcjum powinna zostać odrzucona.

W referencji E.J. i wspólnicy Sp. j. (ul. Bohaterów Westerplatte 10-14, 65-034 Zielona Góra) z dnia 4 grudnia 2023 r. nie wskazano, że T.T. wykonał usługę polegającą na zapewnieniu (a zatem udostępnieniu urządzeń wraz z obsługą - zgodnie z pkt 8.3.2. SWZ określającym warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego) urządzeń do bezprzewodowej komunikacji. Referencja w ogóle nie wskazuje wykonania usługi polegającej na zapewnieniu urządzeń do bezprzewodowej komunikacji, a zatem udostępniającej urządzenia wraz z obsługą. Z referencji nie wynika, że członek konsorcjum spełnił warunek „zapewniania” rozumiany jako „udostępnianie wraz z obsługą” (określony w punkcie 8.3.2. SWZ). Referencja E.J. i wspólnicy Sp. j. nie precyzuje także czy usługa wykonywana w okresie od listopada 2021 r. do listopada 2023 r. została wykonana na kwotę 12.801,23 zł. brutto czy netto. Co istotne, w referencji Biura Podróży EXODUS E.J., Z.J. Sp. j. (ul. Bohaterów Westerplatte 10-14, 65-034 Zielona Góra) z dnia 10 września 2021 r. wskazano jedynie, że: „współpraca została nawiązana w okresie: od 08.2014 i trwa do dnia dzisiejszego. W

ramach współpracy firma TOMIX wykonała dostawy, usługi i serwis związany z systemami Tour Guide do bezprzewodowej komunikacji wykorzystywanej w branży turystycznej. Jednocześnie nadmieniamy, że w okresie od 03.2017 do 10.09 były wykonywane na naszą rzecz usługi z zakresu wynajmu systemów Tour Guide na kwotę 14.544 zł. W ramach tej usługi były dostawy ww. systemów w odpowiednich ilościach sprawnych technicznie, dezynfekujących zgodnie z ustalonym terminarzem". Z przedłożonego dokumentu nie wynika potwierdzenie (wykazanie) spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem nie zostało wykazane, że wykonawca wykonywał w okresie ostatnich czterech lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej dwie usługi polegające na zapewnieniu i obsłudze urządzeń do bezprzewodowej komunikacji, w tym co najmniej jedną usługę o wartości nie mniejszej niż 50.000 zł. brutto, przy czym łączna wartość wszystkich usług musi wynosić minimum 500.000 zł. brutto. Wskazana w referencji kwota 14.544 zł. ani nie spełnia warunku udziału w postępowaniu ani nie wskazuje czy chodzi o kwotę netto czy brutto. Referencja Biura Podróży EXODUS E.J., Z.J. Sp. j. wskazuje wprost, że T.T. wykonywał na rzecz Biura Podróży EXODUS E.J., Z.J. Sp usługi z zakresu wynajmu systemów Tour Guide w ramach, której realizował dostawy tych systemów w odpowiednich ilościach sprawnych technicznie, dezynfekowanych, przy czym zamawiający wprost wskazał, że usługi mają polegać na zapewnieniu (czyli udostępnianiu urządzeń wraz z obsługą) i obsłudze (czyli przygotowaniu, ustawieniu, wydaniu, odbieraniu, serwisowaniu, dezynfekowaniu, ładowaniu) urządzeń do bezprzewodowej komunikacji. Tym samym Referencja Biura Podróży EXODUS E.J., Z.J. Sp. j. nie potwierdzają, że usługi świadczone na rzecz tego podmiotu przez T.T. polegały na obsłudze urządzeń, to jest ich przygotowaniu, ustawieniu, wydaniu, odebraniu, serwisowaniu, dezynfekowaniu i ładowaniu.

W referencji Santiago Sp. z o.o. (ul. Ozimska 9-11, 45-057 Opole) z dnia 1 grudnia 2023 r. co prawda wskazano, że wykonano usługi polegające na zapewnieniu i obsłudze urządzeń do bezprzewodowej komunikacji, ale nie jest to tożsame z referencjami Santiago Sp. z o.o. z dnia 11 lutego 2021 r. Referencja nie wskazuje na czym faktycznie polegała obsługa, a zatem niemożliwe jest jednoznaczne i ponad wszelką wątpliwość stwierdzenie czy członek Konsorcjum spełnił warunek określony przez SWZ przez zamawiającego. W referencji Santiago Sp. z o.o. (ul. Ozimska 9-11, 45-057 Opole) z dnia 11 lutego 2021 r. wskazano, że: „niniejszym pragniemy potwierdzić współpracę z firmą T.T. trwającą od kilku lat. Do jej zadań należy wynajem urządzeń Tour Guide do bezprzewodowej komunikacji oraz związanych z nimi dodatkowymi usługami polegającymi na dostarczaniu ich w odpowiednich ilościowo zestawach gotowych do natychmiastowej pracy w stanie technicznym i higienicznym (...). Potwierdzamy również, że w czasie naszej współpracy wykonywane usługi były fakturowane na poziomie przekraczającym 50.000 PLN brutto za miesiąc rozliczeniowy, jak i ich wartość w sezonie letnim przekraczały 300.000 brutto.” Z przedłożonego dokumentu nie wynika potwierdzenie (wykazanie) spełnienie warunku udziału w postępowaniu, bowiem nie zostało wykazane, że wykonawca wykonywał w okresie ostatnich czterech lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej dwie usługi polegające na zapewnieniu i obsłudze urządzeń do bezprzewodowej komunikacji, w tym co najmniej jedną usługę o wartości nie mniejszej niż 50.000 zł. brutto, przy czym łączna wartość wszystkich usług musi wynosić minimum 500.000 zł. brutto. W referencji Santiago Sp. z o.o. wskazano ogólnie, że „pragniemy potwierdzić współpracę (...) trwającą kilka lat” - nie wskazano żadnego terminu rozpoczęcia współpracy pomiędzy Santiago Sp. z o.o., a T.T.. Na podstawie przedłożonego dokumentu nie jest możliwe zweryfikowanie czy faktycznie firma T.T. wykonała w okresie ostatnich czterech lat przed upływem terminu składania ofert, usługi warunkujące jego możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia. W referencji wskazano co prawda, że „usługi były fakturowane na poziomie 50.000 PLN brutto”, ale nie wskazano precyzyjnie czy wykonywane usługi polegały na zapewnieniu (a zatem udostępnieniu urządzeń wraz z obsługą) i obsłudze (a zatem przygotowaniu, ustawieniu, wydaniu, odbieraniu, serwisowaniu, dezynfekowaniu, ładowaniu) urządzeń do bezprzewodowej komunikacji, a zatem nie da się ustalić, czy referencje te odpowiadają wymogom zamawiającego. W referencji wskazano również, że wartość wykonywanych usług „w sezonie letnim przekraczały 300.000 brutto” - nie wskazano, w jakiej walucie została wyrażona ta wartość, jakkolwiek z kontekstu można wyinterpretować, że chodzi o polskiego złotego. Nie jest jasne jednak w jakim dokładnie okresie wartość usług „przekroczyła 300.000 brutto”.

Odwołujący zauważył, że referencje przedłożone przez Konsorcjum budzą wątpliwości, bowiem sposób ich redakcji, użyte sformułowania świadczą o tym, że zostały sporządzone w taki sposób, aby „spełnić” warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia określone w SWZ, przy czym jak wykazał powyżej - z referencji z 2023 r., które przedłożyło Konsorcjum nie wynika potwierdzenie (wykazanie) spełnienia warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (w szczególności „udostępnienie urządzeń wraz z obsługą” zgodnie z punktem 8.3.2. SWZ), a zatem oferta Konsorcjum powinna podlegać odrzuceniu przez zamawiającego.

Odwołujący zaznaczył także, że o fakcie tym, a zatem niespełnieniu przez jednego z członków Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zawiadamał zamawiającego (pismo odwołującego z dnia 3 stycznia 2024 r.), który pomimo powzięcia wiedzy o przywołanych okolicznościach nie wykluczył Konsorcjum z postępowania pomimo, że dokumentacja przedłożona przez Konsorcjum nie pozwala w żadnym wypadku uznać, że spełnia ono wymagania nałożone przez zamawiającego.

W dalszej części odwołujący odniósł się do naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 16 pkt 1 oraz pkt 2 ustawy Pzp wskazując, że ten naruszył zasady uczciwej konkurencji oraz przejrzystości dokonując wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum, która była obciążona szeregiem błędów, zaś samo Konsorcjum nie posiada zdolności technicznych oraz zawodowych, co powinno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z udziału w postępowaniu. Ponownie wskazał, że przedłożone przez Konsorcjum referencje, rzekomo potwierdzające posiadanie zdolności technicznych, nie pozwalają na uznanie, że Konsorcjum spełnia wymogi stawiane przez zamawiającego.

W jego ocenie poszczególni członkowie Konsorcjum nie dysponują odpowiednim zapleczem technicznym oraz zasobami ludzkimi, by zapewnić usługę serwisu, której wymaga zamawiający. Podkreślił, że indywidualny przedsiębiorca - T.D., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą TOMIX zajmuje się jedynie sprzedażą i wynajmem urządzeń typu tour guide, nie zapewniając przy tym obsługi tych urządzeń, tym bardziej nie zapewnia jej na poziomie wymaganym przez zamawiającego (wynika to jednoznacznie z przywołanych w dalszej części odwołania wiadomości e-mail). Odwołujący wskazał na orzecznictwo KIO, które w niniejszej sprawie winno znaleźć zastosowanie (wyrok KIO z dnia 15 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 1160/23; wyrok KIO z dnia 12 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1162/23; wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 891/23; wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 832/32; wyrok KIO z dnia 13 sierpnia 2019 r., sygn. akt: KIO 1492/19). Podsumowując w tym zakresie swoje stanowisko odwołujący stwierdził, że zamawiający powinien był zweryfikować rzetelnie zdolności Konsorcjum do realizacji przedmiotu zamówienia (posiadanie zdolności technicznych i zawodowych) tym bardziej, że pismem z dnia 3 stycznia 2024 r., przed dokonaniem przez zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty, został zawiadomiony o braku rzeczowej zdolności przez odwołującego.

Odwołujący podkreślał także, że zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów art. 17 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 2 ustawy Pzp tj. naruszył zasady zapewnienia najlepszej jakości usług uzasadnionej charakterem zamówienia, a także dopuścił się naruszenia zasady efektywności poprzez wybór oferty Konsorcjum w sytuacji, w której nie gwarantuje ono uzyskania najlepszych efektów zamówienia, a nawet w ogóle jego realizacji w sposób poprawny ze względu na brak zdolności technicznych i zawodowych oraz brak doświadczenia. Argumentował, że zamawiający prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o szczególnym, unikalnym charakterze. Ze względu na działalność zamawiającego, kluczowe jest zatem, by dostarczony w ramach zamówienia sprzęt oraz usługi świadczone w ramach zamówienia były na najwyższym poziomie. Tylko to bowiem gwarantuje odpowiedni standard realizacji przez zamawiającego jego działań statutowych, wśród których są: „upowszechnianie historii KL Auschwitz”, „prowadzenie w ramach Międzynarodowego Centrum Edukacji o Auschwitzu i Holokauście (...) działalności edukacyjnej obejmującej historię KL Auschwitz i tematy pochodne, w szczególności związane z problematyką wojny, rasizmu, antysemityzmu, ludobójstwa i praw człowieka, w tym: (...) zapewnienie opieki merytorycznej w czasie zwiedzania Muzeum” (§ 6 pkt 6) statutu Państwowego Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu).

Realizowanie tej działalności bez narzędzi komunikacji, które pozwalają na przekazywanie merytorycznej wiedzy odwiedzającym z całego świata jest niemożliwe, zaś postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego de facto zmierzało do zapewnienia zamawiającemu możliwości prowadzenia działalności statutowej we wskazanym zakresie. Wybór Konsorcjum w ocenie odwołującego spowodował, że prawdopodobnie cele postępowania nie zostaną osiągnięte lub zostaną osiągnięte na znacznie niższym od zakładanego poziomie.

Odwołujący wskazał na szereg orzeczeń KIO, w których Izba odnosiła się do naruszenia wyżej wymienionego przepisu, argumentując w tym zakresie w sposób tożsamy do opisywanego w odwołaniu (wyrok KIO z dnia 13 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 291/23; wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 92/23). Zamawiający naruszył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasadę efektywności, która w kontekście konkretnego postępowania, które stało się kanwą wniesienia odwołania, miała znaczenie kluczowe. Zamawiający powinien bowiem w szczególny sposób badać, czy podmiot, który będzie realizował zamówienie publiczne będzie w stanie je wykonać i zrealizować na odpowiednim, wysokim, uzasadnionym potrzebami zamawiającego poziomie.

Odwołujący odniósł się w dalszej kolejności łącznie do wskazywanych przez niego naruszenia art. 57 pkt 1 oraz pkt 2 ustawy Pzp, jak też art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Ponownie stwierdził, że zamawiający powinien był wykluczyć Konsorcjum z udziału w postępowaniu ze względu na brak spełnienia przez niego wymagań stawianych uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący przywołał orzeczenia KIO, w których Izba wskazywała na przesłanki, które muszą wystąpić, aby znalazł zastosowanie przepis art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp (wyrok KIO z dnia 14 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 841/23; wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 778/23; wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2022 r., sygn. akt: KIO 3712/21; wyrok KIO z dnia 22 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO 288/22).

Odwołujący ponownie przypomniał treść wymagań stawianych uczestnikom postępowania, opisanych w punkcie 8.3 SWZ, cytując zapisy SWZ w których zostały określone warunki udziału w postępowaniu dotyczące sytuacji finansowej i zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy ubiegającego się o przedmiotowe zamówienie.

Odwołujący wskazywał, że Konsorcjum ani żaden z jego członków, nie spełniają wymagań w przedmiocie udostępniania urządzeń wraz z obsługą. Spółka Sonus Sp. z o.o. nie ma tego typu działalności w swoim zakresie usług, zaś przedsiębiorca T.D. (prowadzący działalność gospodarczą pod firmą TOMIX), zajmuje się wyłącznie sprzedażą i wynajmem urządzeń tour guide.

Odwołujący podkreślał, że sam wynajem i sprzedaż urządzeń tour guide przez uczestnika Konsorcjum z całą pewnością nie wystarcza, by uznać, że Konsorcjum spełniło warunki udziału w postępowaniu, tym bardziej, że żaden z uczestników nie wykazał, jakoby realizował wcześniej usługi w zakresie wskazanym przez zamawiającego. Jak wynika z wiadomości e-mail wysłanej w imieniu członka konsorcjum - T.D. TOMIX w dniu 25 stycznia 2024 r. (dołączonej do niniejszego odwołania w charakterze dowodu) w odpowiedzi na pytanie, czy istnieje możliwość zapewnienia serwisu wynajmowanych urządzeń w miejscu, gdzie są wykorzystywane, wskazano, że usługi takie nie tylko nie są świadczone, ale także są poza zasięgiem potencjału Konsorcjum. We wspomnianej wiadomości wskazano: „nie jesteśmy w stanie zorganizować jakiegokolwiek pomocy na miejscu - zestawy wysyłamy bezpośrednio do klienta pod wskazany przez niego adres, po zakończonym najmie także kurier odbiera zestaw”.

Również przedstawione przez Konsorcjum referencje budzą wątpliwości. Ich sposób redakcji oraz użyte sformułowania świadczą o tym, że zostały sporządzone w taki sposób, by dokładnie wpisać się w wymogi formalne zamawiającego, lecz nie odpowiadają one w ocenie odwołującego rzeczywistości i wprowadzają w błąd zamawiającego. Jest bowiem oczywiste, że przedłożone referencje wystawione przez spółkę Santiago Sp. z o.o. oraz E.J.i wspólnicy sp. j., po pierwsze nie odpowiadają specyfice doświadczenia wymaganego przez zamawiającego z punktu widzenia oczekiwań, jakie mają zostać spełnione przez wykonawcę, po drugie zaś wskazane w nich usługi nie odpowiadają rynkowej praktyce firm turystycznych, które - jak wynika z informacji uzyskanych przez odwołującego (wiadomości e-mail stanowiące załącznik do niniejszego odwołania) raczej każdorazowo badają rynek i składają zamówienia na urządzenia typu tour guide, z których wynika, że korzystają one z urządzeń tego typu w zdecydowanie mniejszym zakresie niż wynika to z oczekiwań zamawiającego i celów postępowania. Jak wynika chociażby z wiadomości e-mail z dnia 26 stycznia 2024 r. z godz. 13.10 wysłanej przez przedstawiciela przedsiębiorstwa Connect Tour: "Jako organizator turystyki często korzystamy z wynajmu sprzętu tour guide. My akurat od lat współpracujemy z jedną zaufaną firmą w tym zakresie, ale schemat zawsze jest taki sam. Wysyłamy zamówienie mailowe z wszystkimi informacjami (ile sztuk sprzętu potrzebujemy, na jak długi czas, dokąd jedzie wycieczka). Następnie otrzymujemy wycenę wraz z proformą do opłacenia. Dzień przed wyjazdem grupy sprzęt dostarczany jest do siedziby biura przez firmę kurierską. Otwieramy walizkę, sprawdzamy zgodność zamówienia. Później przekazujemy zestaw pilotowi wycieczki, który odpowiedzialny jest za rozdysponowanie sprzętu i prawidłowe użytkowanie go przez turystów. Dzień po zakończeniu wyjazdu do biura przyjeżdża kurier, który odbiera spakowany przez nas sprzęt." Tym samym jest oczywiste, że Konsorcjum nie spełnia wymagań stawianych przez zamawiającego w zakresie doświadczenia i posiadanych zdolności.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący stwierdził, że zamawiający naruszył przepisy Pzp również poprzez brak wykluczenia Konsorcjum w sytuacji, w której - w ocenie odwołującego - przedstawiło ono informacje wprowadzające w błąd, co mogło i miało wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, przejawiając się brakiem wykluczenia Konsorcjum pomimo braku posiadania przez nie zdolności technicznych i zawodowych.

Podnosząc z kolei zarzuty naruszenia art. 116 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy Pzp odwołujący stwierdził, iż Konsorcjum nie posiada zdolności technicznych do tego, by zrealizować zamówienie publiczne. W cytowanej wiadomości e-mail z dnia 25 stycznia 2024 r., na zadane wprost pytanie o działalność przedsiębiorstwa T.T., jednoznacznie wskazano, że brak jest po stronie tego przedsiębiorstwa zdolności do obsługi chociażby jednego wydarzenia - konferencji, która miała odbywać się w jednym miejscu i dla ograniczonej liczby uczestników, nie mówiąc o obsłudze w zakresie oczekiwanym przez zamawiającego, w tym dotyczącej wymogów związanych z dezynfekcją. Jak wynika z SWZ: W zakres usług wchodzi dezynfekcja urządzeń polegająca, usunięciu jednorazowych osłonek nauszných, odpięciu smyczy i przekazaniu ich do prania i dezynfekcji, czyszczeniu mechanicznym, dezynfekcji za pomocą preparatów lub procesów dezynfekujących (usuwających wirusy, bakterie i grzyby) i ponownym przygotowaniu urządzeń do wydania, tj. założeniu nowych osłonek na słuchawki, przypięciu wypranych, zdezynfekowanych smyczy. Proces dezynfekcji musi być przeprowadzony każdorazowo przed kolejnym wydaniem urządzenia.

Podkreślał, że jak wynika z dokumentacji przedłożonej przez Konsorcjum (załącznik 12 do SWZ - oświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie), to właśnie ten uczestnik Konsorcjum odpowiadałby za komponent zamówienia związany z serwisem oraz dostarczeniem urządzeń. Jest zatem oczywiste, że również całe Konsorcjum nie posiada zdolności do tego, by zrealizować zamówienie.

Odwołujący przywołał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, w których wskazywano na rolę, jaką mają w postępowaniu warunki udziału w postępowaniu i ich sposób opisanie przez zamawiającego w SWZ (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 maja 2023 r., sygn. KIO 1087/23; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2023 r. sygn. KIO 49/23; wyrok KIO z dnia 15 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO 261/22).

Jego zdaniem naruszenie wskazywanych przepisów ustawy Pzp jest tym bardziej rażące, że zamawiający został zawiadomiony przez odwołującego o okoliczności stanowiącej podstawę wykluczenia, która powinna znaleźć zastosowanie w niniejszej sprawie, kierując do niego pismo w dniu 3 stycznia 2024 r. Można więc zakładać, że dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 6 lutego 2024 r., zamawiający miał wiedzę na temat okoliczności uzasadniającej wykluczenie Konsorcjum.

W zakresie zarzutów naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 65 § 1 i art. 38 Kc odwołujący na wstępie przypomniał treść przepisu art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, iż do czynności podejmowanych przez zamawiającego w postępowaniu stosuje się przepisy Kc. Sprecyzował, że dotyczy to wszelkich czynności, w tym również oceny składanych przez uczestników oświadczeń woli i wiedzy, a także dokonywania wykładni postanowień dokumentów przetargowych przygotowanych przez zamawiającego.

Odnosząc powyższe do prowadzonego postępowania odwołujący wskazał, że w jego toku Konsorcjum przedłożyło referencje, które nie odpowiadały treści SWZ w zakresie, w jakim miały wykazać posiadanie przez Konsorcjum doświadczenia i potencjału zawodowego i technicznego dla realizacji przedmiotu zamówienia. Podkreślił, że referencje wystawione przez spółkę Santiago sp. z o.o. nie zostały podpisane zgodnie z zasadami reprezentacji spółki, a zatem jako oświadczenie złożone w imieniu spółki są wadliwe i nie mogą mieć waloru poświadczenia poświadczającego wymagane przez zamawiającego doświadczenie.

Jak wynika z art. 38 Kc, „osoba prawna działa przez swoje organy w sposób przewidziany w ustawie i w opartym na niej statucie”. Oznacza to, że każdy przejaw aktywności osoby prawnej mający wywołać określony skutek prawny powinien znajdować odzwierciedlenie w działaniu dokonanym w odpowiedniej formie. Jeżeli „statut” (przez który należy rozumieć również umowę spółki) konstytuuje zasadę łącznej reprezentacji podmiotu, to brak zachowania formy w tym zakresie skutkuje wadliwością czynności prawnej.

Taka sytuacja ma miejsce w związku z wystawieniem przez spółkę Santiago Sp. z o.o. referencji podpisanych wyłącznie przez wiceprezesa zarządu. Z kolei referencje te, na żadnym etapie i w żadnej formie, nie zostały potwierdzone przez spółkę Santiago Sp. z o.o. w sposób konwalidujący ich wadliwość. Tym samym - jako oświadczenie osoby prawnej złożone z naruszeniem zasad jej reprezentacji - należy je uznać za nieistniejące. Jak wynika z odpisu zupełnego KRS dla spółki Santiago, zasady reprezentacji na dzień wystawienia referencji nie zmieniły się w stosunku do obowiązujących obecnie, a które określają sposób reprezentacji spółki Santiago w taki sposób, że jeżeli zarząd jest wieloosobowy do reprezentacji spółki wymagane jest współdziałanie - prezesa zarządu łącznie z wiceprezesem zarządu, lub prezesa zarządu lub wiceprezesa zarządu, przy czym każdy z nich łącznie z innym członkiem zarządu lub prokurentem. Tymczasem pod referencjami widnieje podpis jedynie wiceprezesa zarządu, co powoduje, że na gruncie zasad prawa cywilnego, w tym w zasad składania oświadczeń wiedzy oraz woli oraz ich wykładni, referencje te nie mogą być uznane za dowód posiadania doświadczenia oraz zdolności technicznych i zawodowych przez Konsorcjum. Tym samym żaden z uczestników Konsorcjum nie spełnił wymogów w tym zakresie. Odwołujący przywołał w tym miejscu orzeczenia wskazujące na skutki wadliwej reprezentacji przy składaniu oświadczeń woli w postaci uznania takiego oświadczenia za nieistniejące (wyrok SA w Poznaniu z dnia 27 grudnia 2018 r., sygn. akt: I AGa 186/18; wyrok SN z dnia 22 listopada 2000 r., sygn. akt: IV CKN 1520/00).

Odwołujący wskazał także na naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp traktując ten zarzut, jak zaznaczył, jako mający charakter wynikowy. Mając na uwadze, że zamawiający dopuścił się szeregu uchybień w prowadzonym postępowaniu, doprowadził także do naruszenia wskazanego wyżej przepisu. Przywołał orzecznictwo KIO, w którym wskazuje się na przesłanki odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z treścią SWZ (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 czerwca 2023 r., sygn. KIO 1618/23; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2023 r., sygn. KIO 1204/23; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 maja 2023 r., sygn. KIO 1097/23) wywodząc, że zamawiający na podstawie przedłożonych przez Konsorcjum dokumentów powinien dojść do przekonania, że wobec braku zdolności technicznych i zawodowych Konsorcjum, nie spełnia ono warunków udziału w postępowaniu, a co za tym idzie, powinien być odrzucić ofertę Konsorcjum. Podkreślił przy tym po raz kolejny, że nawet gdyby zamawiający nie doszedł to takiego przekonania samodzielnie, to sam odwołujący przed wyborem najkorzystniejszej oferty zwrócił zamawiającemu uwagę na te okoliczności w piśmie z dnia 3 stycznia 2024 r. Tym samym zamawiający pomimo, że miał wiedzę o braku zdolności technicznych i zawodowych Konsorcjum, zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia.

W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie SONUS Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz T.D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą T.T. z siedzibą w Opolu.

Zamawiający w dniu 28 lutego 2024 r. złożył do akt sprawy pismo procesowe - odpowiedź na odwołanie, w którym

zaprezentował swoje stanowisko w sprawie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego.

Przystępujący, w piśmie procesowym z 28 lutego 2024 r., zaprezentował swoje stanowisko, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Wobec złożonego przez odwołującego na posiedzeniu w dniu 1 marca 2024 r. oświadczenia, iż podtrzymuje zarzuty i żądania opisane w odwołaniu w całości - Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przesłaną przez zamawiającego w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, treścią pism procesowych złożonych przez zamawiającego i przystępującego, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

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

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób.

Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o zamówienie, jego oferta uplasowała się w rankingu na pozycji drugiej, a w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę to oferta odwołującego miałaby szansę zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Poprzez dokonanie i zaniechanie zarzucanych przez odwołującego czynności, zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której odwołujący może utracić szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który planował osiągnąć w wyniku jego realizacji.

Izba dopuściła i oceniła dowody przedłożone przez odwołującego, załączone do odwołania, inne niż stanowiące element dokumentacji postępowania, na okoliczności wskazane przez niego w treści złożonego odwołania w postaci:

1. Wiadomość e-mail z dnia 8 stycznia 2024 r., godz. 15:16, skierowanej do odwołującego wraz z ciągiem korespondencji;
2. Faktury pro forma 3/01/2024, data wystawienia: 4 stycznia 2024 r., sprzedawca T.T., nabywca Raflix Solution R.M.;
3. Wiadomość e-mail z dnia 25 stycznia 2024 r., godz. 16:32, skierowana do odwołującego wraz z ciągiem korespondencji;
4. Wiadomość e-mail z dnia 8 stycznia 2024 r., godz. 12:37, skierowana do odwołującego wraz z ciągiem korespondencji;
5. Wiadomość e-mail z dnia 8 stycznia 2024 r., godz. 18:06, skierowana do odwołującego wraz z ciągiem korespondencji;
6. Wiadomość e-mail z dnia 8 stycznia 2024 r., godz. 18:10, skierowana do odwołującego wraz z ciągiem korespondencji;
7. Wiadomość e-mail z dnia 26 stycznia 2024 r., godz. 13:10, skierowana do odwołującego wraz z ciągiem korespondencji;
8. Wiadomość e-mail z dnia 30 stycznia 2024 r., godz. 10:16, skierowana do odwołującego wraz z ciągiem korespondencji;
9. Referencje Biura Podróży EXODUS E.J., Z.J. Sp. j z dnia 10 września 2021 r.;
10. Referencje E.J. i wspólnicy Sp. j. z dnia 4 grudnia 2023 r.;
11. Referencje Santiago Sp. z o.o. z dnia 11 lutego 2021 r.;
12. Referencje Santiago Sp. z o.o. z dnia 1 grudnia 2023 r.;
13. odpis pełny KRS spółki Santiago Sp. z o.o.;
14. odpis aktualny KRS spółki Santiago Sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisem zawartym w pkt 3 SWZ jest usługa zapewnienia przenośnych urządzeń do bezprzewodowej komunikacji służących do obsługi odwiedzających, obsługi punktów wydawania i odbioru urządzeń, dezynfekcji urządzeń oraz kierowania ruchem odwiedzających w wyznaczonych strefach/stanowiskach, która składa się z: 1.1. zapewnienia przenośnych urządzeń do bezprzewodowej komunikacji służących do obsługi odwiedzających; 1.2. obsługi stref/stanowisk wydawania i odbioru w/w urządzeń; 1.3. obsługi strefy/ stanowiska do dezynfekcji w/w urządzeń (jeżeli wykonawca zdecyduje, o dezynfekcji w budynku zamawiającego); 1.4. kierowania ruchem odwiedzających w wyznaczonych strefach/ stanowiskach; 1.5. serwisu, przez co rozumie się wsparcie techniczne dla edukatorów i odwiedzających na terenie byłego obozu Auschwitz I zlokalizowanego przy ulicy Więźniów Oświęcimia 20 w Oświęcimiu, dodatkowo zamawiający przewiduje serwis dla edukatorów i odwiedzających na czas zwiedzania byłego obozu Auschwitz II - Birkenau zlokalizowanego przy ulicy Ofiar Faszyzmu 12 w Brzezince.

W pkt 8 SWZ- Podstawy wykluczenia i informacje o warunkach udziału w postępowaniu, zamawiający opisał przesłanki wykluczenia wykonawców z postępowania. Zgodnie z pkt 8.2.: Zamawiający wykluczy z postępowania

wykonawcę w przypadkach, o których mowa w: 8.2.1. art. 108 ust. 1 pkt 1) - 6) Pzp (obligatoryjne przesłanki wykluczenia), 8.2.2. art. 109 ust. 1 pkt 1), 4), 6), 9) Pzp (fakultatywne przesłanki wykluczenia). Tym samym, na podstawie akt sprawy, Izba ustaliła, że zamawiający nie przewidział w SWZ podstawy wykluczenia wynikającej z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

W pkt 8.3. opisano warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które spełnić muszą wykonawcy, w tym (pkt 8.3.2.) w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej: zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał w okresie ostatnich czterech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej dwie usługi polegające na zapewnieniu i obsłudze urządzeń do bezprzewodowej komunikacji, w tym: (a) co najmniej jedną usługę o wartości nie mniejszej niż 50 000 zł brutto, (b) łączna wartość wszystkich usług musi wynosić minimum 500 000 zł brutto. Przez urządzenia do bezprzewodowej komunikacji zamawiający rozumie przenośne urządzenia nagłaśniające złożone z nadajnika i mikrofonu oraz odbiorników ze słuchawkami do komunikacji bezprzewodowej. Przez zapewnienie rozumie się udostępnienie urządzeń wraz z obsługą. Przez obsługę zamawiający rozumie: przygotowanie, ustawienie, wydanie, odbieranie, serwisowanie, dezynfekowanie, ładowanie urządzeń.

W pkt 9 opisano: Oświadczenie z art. 125 ust. 1 Pzp (JEDZ) oraz wykaz podmiotowych środków dowodowych, czyli oświadczenia i dokumenty, jakie wykonawca będzie zobowiązany złożyć w celu wykazania braku podstaw wykluczenia oraz potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, zamawiający w pkt 9.1. przewidział, że wykonawca wraz z ofertą składa aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w postaci Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej JEDZ). Oświadczenie w formie JEDZ nie jest podmiotowym środkiem dowodowym stanowi wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu (ppkt. 8.2 SWZ) oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu (ppkt. 8.3 SWZ) na dzień składania ofert. Z kolei w pkt 9.8. wskazano, że zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych: (ppkt 9.8.7.) Wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 4 lat przed upływem terminu składania ofert, 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 oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane; wzór wykazu usług stanowi Załącznik nr 10 do SWZ; jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy.

Izba ustaliła ponadto, że otwarcie ofert w postępowaniu miało miejsce w dniu 20 grudnia 2023 r. W terminie wyznaczonym przez zamawiającego zostały złożone dwie oferty: odwołującego - cena oferty brutto: 16 326 000,00 zł. oraz Konsorcjum - cena oferty brutto: 13 212 000,00 zł.

Zamawiający dokonał oceny ofert, zgodnie z kryteriami opisanymi w SWZ, w konsekwencji czego pismem z 18 stycznia 2024 r. wezwał przystępującego, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia dokumentów podmiotowych.

Konsorcjum, w odpowiedzi na wezwanie, przedłożyło między innymi Wykaz usług, w którym wymieniono trzy usługi: (poz. 1) Usługa polegająca na wynajęciu sprzętu nagłaśniającego, typu tour guide. W ramach usługi sprzęt był serwisowany (ładowany, ustawiany, dezynfekowany), wydawany, odbierany. Jako odbiorcę usługi wpisano: Santiago ul. Ozimska 9-11, 45-057 Opole. Termin realizacji: od 05-2023 do 11-2023. Wartość usługi brutto (w zł.) to 500 000,00 zł.; (poz. 2) Usługa polegająca na wynajęciu sprzętu nagłaśniającego, typu tour guide. W ramach usługi sprzęt był serwisowany (ładowany, ustawiany, dezynfekowany), wydawany, odbierany. Jako odbiorcę usługi wpisano: San tiago ul. Ozimska 9-11, 45-057 Opole. Termin realizacji: od 10-2023 do 11-2023. Wartość usługi brutto (w zł.) to 50 000,00 zł.; (poz. 3) Usługa polegająca na wynajęciu sprzętu nagłaśniającego, typu tour guide. W ramach usługi sprzęt był serwisowany (ładowany, ustawiany, dezynfekowany), wydawany, odbierany. Odbiorca: B.P. Exodus ul. Boh. Westerplatte 10-14, 65-034 Zielona Góra. Usługa świadczona: od 11-2021 do 11-2023. Wartość usługi brutto (w zł.) 12 801,23 zł.

Przy tym, do wyżej opisanego wykazu załączone zostały dwie referencje potwierdzające należyte wykonanie zamówień. W pierwszym liście referencyjnym, wystawionym w dniu 1 grudnia 2023 r., wydanym przez Santiago Sp. z o.o. ul. Ozimska 9-11, 45 -057 Opole stwierdzono: „Niniejszym pragniemy potwierdzić współpracę z firmą TOMIX - T.D. trwającą od kilku lat. Do jej zadań należy wynajem urządzeń Tour Guide do bezprzewodowej komunikacji oraz związanych z nimi niezbędnymi czynnościami polegającymi na; udostępnieniu urządzeń wraz z obsługą, przygotowanie, ustawienie, wydanie, odbieranie, serwisowanie, dezynfekowanie, ładowanie urządzeń i dostarczaniu ich w odpowiednich ilościowo zestawach gotowych do natychmiastowej pracy. Potwierdzamy również, że w okresie od maja 2023 r. do listopada 2023 r. wykonane zostały usługi polegające na zapewnieniu i obsłudze (przygotowanie, ustawienie, wydanie, odbieranie, serwisowanie, dezynfekowanie, ładowanie urządzeń) przenośnych urządzeń nagłaśniających złożonych z nadajnika i mikrofonu oraz odbiorników ze słuchawkami do komunikacji bezprzewodowej. W czasie naszej współpracy

wykonywane usługi były fakturowane na poziomie przekraczającym 50 000, - PLN brutto za m-c rozliczeniowy jak i ich wartość w okresie od 05-2023 r. do 11-2023 r. przekraczała 500 000,- PLN brutto. Jesteśmy usatysfakcjonowani z zaangażowania oraz poziomu dostarczanych przez firmę TOMIX usług. Usługi były wykonane należyście i terminowo. Naszego kontrahenta charakteryzuje bardzo dobra znajomość branży oraz rozumienie naszych potrzeb specyficznych dla naszej branży związanej z turystką". Z kolei w drugiej referencji, wystawionej dnia 4 grudnia 2023 r. przez E.J. i wspólnicy Sp. j., ul. Bohaterów Westerplatte 10-14, 65-034 Zielona Góra, wskazano: „E.J. i wspólnicy Sp. J. potwierdza współpracę biznesową z firmą T.T. z siedzibą w: Opole 45-061, Katowicka 39A. Współpraca została nawiązana w okresie od 2014 r. i trwa do dnia dzisiejszego. W ramach współpracy firma TOMIX wykonała dostawy, usługi i serwis związany z systemami Tour Guide do bezprzewodowej komunikacji wykorzystywanej w branży turystycznej. Wykonane usługi polegały m.in. na zapewnieniu obsłudze (przygotowanie, ustawienie, wydanie, odbieranie, serwisowanie, dezynfekowanie, ładowanie urządzeń) przenośnych urządzeń nagłaśniających złożonych z nadajnika mikrofonu oraz odborników ze słuchawkami do komunikacji bezprzewodowej. Jednocześnie nadmieniamy, że w okresie od 11-2021 r. do 11-2023 r. była wykonywana na naszą rzecz usługa z zakresu jak wyżej systemów Tour Guide na kwotę 12.801,23 zł. Usługa ta polegała na przygotowaniu i ustawieniu urządzeń, wydaniu, odbieraniu, serwisowaniu, dezynfekcji, ładowaniu urządzeń przenośnych nagłaśniających złożonych z nadajnika i mikrofonu oraz odborników ze słuchawkami do komunikacji bezprzewodowej. Firma z pewnością zalicza się do tych, które cenią jakość produktów. Widać dbałość o zachowanie wysokich standardów wykonywania usług. Nie mam zastrzeżeń do rzetelności firmy TOMIX. Widać to w bardzo wysokim standardzie współpracy. Na wysokim poziomie stoi komunikacja z Klientem. Kontakt z firmą TOMIX jest łatwy, za sprawą czego współpraca staje się bezproblemowa”.

Zamawiający dokonał oceny przedłożonego wykazu wraz z referencjami (ocena została dokonana przez Komisję Przetargową w dniach 29-31.01.2024 r. - załącznik do protokołu postępowania) uznając, że Konsorcjum przedłożyło wszystkie wymagane dokumenty, w tym potwierdziło spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W konsekwencji zamawiający w dniu 16 lutego 2024 r. poinformował o wyborze oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Z powyższą decyzją nie zgodził się odwołujący, składając w dniu 26 lutego 2024 r. swoje odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, gdyż odwołujący nie wykazał, iż doszło do naruszenia przez zamawiającego wskazywanych przez niego w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Na wstępie należy przypomnieć treść przepisów, które przywołał odwołujący w treści odwołania a które to regulacje znajdują zastosowanie w niniejszej sprawie.

I tak, zgodnie z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz przejrzysty.

Art. 17 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: (pkt 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz (pkt 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

W myśl art. 57 o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: (pkt 1) nie podlegają wykluczeniu, (pkt 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego.

W art. 109 ust. 1 pkt 10 przewidziano, że z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z kolei w ust. 2 ustawodawca wskazał, iż jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 116 ust. 1 w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów

lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia. Z kolei w myśl ust. 2 tego przepisu oceniając zdolność techniczną lub zawodową, zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

W art. 226 ustawy Pzp uregulowano przesłanki obligujące zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy. Zgodnie z ust. 1 tego przepisu zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (pkt 2) została złożona przez wykonawcę: (lit. a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub (lit. b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Stosownie do art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny. Art. 38 Kc stanowi, że osoba prawna działa przez swoje organy w sposób przewidziany w ustawie i w opartym na niej statucie. Zgodnie z art. 65 § 1 Kc Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Na wstępie Izba zważyła, że odwołujący wskazywał w treści odwołania na naruszenia przez zamawiającego szeregu zapisów SWZ (pkt 2.5.1 - 2.5.8; 9.8; 8.3), zasad prowadzenia postępowania opisanych w art. 16 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp, art. 17 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 2, jak też przepisów ustawy Pzp odnoszących się do przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania i odrzucenia oferty (art. 57 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b ustawy Pzp). Wspólna jednak dla wszystkich wymienionych wyżej zarzutów była ich podstawa faktyczna. Odwołujący bowiem upatrywał wadliwości działań zamawiającego w tym, iż dokonał on wyboru oferty Konsorcjum które, jak twierdził, nie potwierdziło spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz nie posiada zdolności do realizacji przedmiotowego zamówienia. W konsekwencji, jak twierdził odwołujący, zamawiający powinien wykluczyć Konsorcjum z postępowania i odrzucić złożoną przez tego wykonawcę ofertę.

Izba stwierdziła, że żaden z przywołanych wyżej zarzutów nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji postępowania, ani też w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym, w szczególności dowodach przedłożonych przez odwołującego, załączonych do odwołania.

W tym miejscu przypomnienia wymaga, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest procedurą sformalizowaną. Jak trafnie dostrzegł i, co podkreślał odwołujący, zamawiający w SWZ opisuje zarówno przedmiot zamówienia, warunki udziału w postępowaniu, jak też wskazuje jakie dokumenty zobowiązani będą przedłożyć wykonawcy ubiegający się o to zamówienie. Dokonując z kolei oceny zgodności treści oferty z treścią SWZ, jak też oceniając dokumenty składane w postępowaniu zamawiający nie może wykraczać poza zapisy SWZi sprecyzowane w dokumentacji postępowania wymagania, w szczególności nie może dokonywać oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sposób odbiegający od ściśle opisanych i wyartykułowanych w dokumentach zamówienia warunków.

Tym samym, co kluczowe w rozpoznawanej sprawie, ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu następuje wyłącznie w oparciu o dokumenty, które zostały wymienione w SWZ i wyłącznie w granicach postawionego warunku. Zamawiający nie bada zatem, czego zdaje się domagać odwołujący, jaki jest profil działalności danego wykonawcy, jakie inne usługi zrealizował i w jakim zakresie (poza tymi, które wykazywał on w ramach postawionego warunku), czy też nie może odwoływać się do dokumentów składanych w innych postępowaniach, jeśli te nie podważają treści dokumentów przedkładanych w danym postępowaniu.

Należy też zauważyć, iż w odniesieniu do warunku odnoszącego się do doświadczenia przepisy Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r., poz. 2415 ze zm.) - dalej „Rozporządzenie” w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy precyzują, że dokumentem którego zamawiający może żądać i który to poddaje ocenie jest (§9 ust. 1 pkt 2): wykaz dostaw lub usług wykonanych (lub wykonywanych) w okresie ostatnich 3 lat. Z kolei, jak wskazał ustawodawca, wykazanie przez wykonawcę spełnienia doświadczenia, określonego w warunku udziału w postępowaniu, wymaga złożenia - oprócz odpowiedniego wykazu zawierającego opis zadań referencyjnych - także dowodów określających, czy usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Dowody te mają za zadanie potwierdzenie tego, że zrealizowane zamówienia zostały należycie wykonane.

Co istotne, podstawowym dokumentem w postępowaniu, na podstawie którego zamawiający dokonuje oceny

spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest złożony przez wykonawcę na wezwanie wykaz dostaw lub usług. Ten z kolei stanowi oświadczenie wykonawcy co do wykonania przez niego lub wykonywania, w określonym przez odbiorcę okresie i opisanych w treści tego wykazu, dostaw lub usług. To w tym oświadczeniu, co do zasady, powinny znaleźć się wszystkie informacje, niezbędne do zidentyfikowania dostaw czy usług, w zakresie odpowiednim do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zakres wymaganych informacji określa z kolei cytowany powyżej § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia oraz zamawiający, który najczęściej załącza do SWZ odpowiedni wzór Wykazu dostaw/ usług, określając zakres informacji, które są niezbędne do oceny spełnienia warunków udziału w danym postępowaniu.

Z kolei referencje, bądź inne dokumenty sporządzane przez odbiorcę zadań referencyjnych, nie muszą w swojej treści ani zawierać sformułowania „należyście wykonane” lub „należyście wykonywane”, a także nie muszą zawierać wszystkich informacji niezbędnych dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dokumenty te nie mają ustalonej przepisami prawa treści, nie ma też jakiegokolwiek jednego wzoru, który byłby wyznacznikiem tego, jakie informacje w takim dokumencie muszą się znaleźć. Często przecież nie powstają one na potrzeby konkretnego postępowania, a ich treść nie zależy od wykonawcy, który się nimi posługuje. Wystawiane są przez różne podmioty, mogą więc zawierać różne dane, o dowolnym stopniu szczegółowości.

Nie budzi wątpliwości, że wyżej opisywane dwa dokumenty mają całkowicie odmienną funkcję. Winny być zatem oceniane łącznie w takim zakresie, jaki wynika z treści przepisów. Zamawiający, ustalając czy zadanie referencyjne wskazane w wykazie odpowiada treści warunku udziału w postępowaniu, uwzględni zatem treść oświadczenia wykonawcy zawartego w wykazie, biorąc pod uwagę treść dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie, gdyż dowody te stanowią załącznik do wykazu [tak też: Komentarz do § 9 - M. Jaworska (red.), Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Komentarz, Legalis 2023; podobnie w wyroku KIO z dnia 12 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 3468/22, KIO 3498/22; podobnie: wyrok KIO z dnia 30 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO 3354/22; wyrok KIO z dnia 7 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3423/21].

Biorąc pod uwagę powyższe, jak też treść warunku odnoszącego się do doświadczenia wykonawcy, opisanego w pkt 8.3.2 SWZ, Izba nie dopatryła się w działaniach zamawiającego naruszeń przepisów, które odwołujący wskazał w treści odwołania.

Przypomnieć należy, że zamawiający we wskazanym pkt 8.3.2. SWZ sformułował warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej żądając, aby wykonawca wykazał się realizacją w okresie ostatnich czterech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej dwóch usług polegających na zapewnieniu i obsłudze urządzeń do bezprzewodowej komunikacji, w tym: (a) co najmniej jednej usługi o wartości nie mniejszej niż 50 000 zł brutto, (b) o łącznej wartości wszystkich usług minimum 500 000 zł brutto. Zamawiający zdefiniował także w treści warunku co rozumie pod pojęciem „urządzenia do bezprzewodowej komunikacji” tj. przenośne urządzenia nagłaśniające złożone z nadajnika i mikrofonu oraz odbiorników ze słuchawkami do komunikacji bezprzewodowej oraz jak definiuje „zapewnienie” - udostępnienie urządzeń wraz z obsługą (z kolei przez obsługę zamawiający rozumie: przygotowanie, ustawienie, wydanie, odbieranie, serwisowanie, dezynfekowanie, ładowanie urządzeń).

Treść warunku została szczegółowo opisana i sprecyzowano jaki zakres prac musiał zostać zrealizowany przez wykonawcę w ramach zamówień, którymi miał obowiązek potwierdzić swoje zdolności techniczne i zawodowe do realizacji zamówienia.

Jak ustalono na podstawie akt sprawy Konsorcjum, na potwierdzenie spełnienia warunku jak wyżej przedłożyło wykaz zamówień, z którego wynikało bezspornie, że zakres wykonywanych przez niego usług odpowiadał brzmieniu warunku udziału w postępowaniu. Z kolei potwierdzeniem złożonego oświadczenia były referencje od podmiotów Santiago i Exodus, w których opisano zakres świadczonych usług w taki sposób, aby możliwe było ustalenie do jakich usług te referencje się odnoszą, jak też potwierdzono, że zamówienia wymienione w wykazie zostały należyście wykonane.

Stąd nie sposób dopatrzeć się w działaniach zamawiającego naruszeń, na które wskazuje odwołujący. Dokonując oceny złożonych w postępowaniu dokumentów zamawiający prawidłowo doszedł do przekonania, że wykonawca ten potwierdził, że warunki udziału w zakresie doświadczenia spełnia oraz, że przedłożył wymagane przepisami dokumenty.

Z kolei dowody przedłożone przez odwołującego, które załączył do odwołania w postaci korespondencji e-mail, treść której miała podawać w wątpliwość zdolność przystępującego do realizacji zamówienia, nie podważają w żaden sposób prawdziwości oświadczeń składanych przez Konsorcjum w wykazie, czy też poświadczeń składanych przez podmioty, na rzecz których usługi te zostały wykonane, w treści przedstawionych referencji. Jak wyjaśnił przystępujący

na pytanie przewodniczącej skierowane do niego na rozprawie, realizuje on usługi o różnym przedmiocie i złożoności, odpowiadając każdorazowo na potrzeby konkretnego odbiorcy. W niektórych przypadkach świadczy zatem usługi o ograniczonym, w stosunku do tego określonego w treści warunku udziału w postępowaniu zakresie rzeczowym. To jednak nie przesądza w żaden sposób, że nie jest zdolny do realizacji zamówienia. Skoro bowiem wykonywał także usługi, które odpowiadają co do zakresu i złożoności treści warunku sformułowanego przez zamawiającego, to bez znaczenia jest, że przystępujący zrealizował także inne jeszcze usługi. Te bowiem nie były poddawane ocenie przez zamawiającego.

Nie przesądza o tym również dowody w postaci referencji, które jak wskazywał odwołujący, pochodzą od tych samych podmiotów, a które to mają odmienną treść. Odwołujący zdaje się nie dostrzegać, że te wydane zostały w innej dacie, a opisywane w nich usługi zrealizowane zostały w innych terminach niż te wymienione w wykazie usług złożonym w postępowaniu, stąd też skoro dotyczyły innych realizacji to ich zakres przedmiotowy może być różny.

Odnosząc się z kolei do powtarzanego wielokrotnie w treści odwołania oraz na rozprawie zarzutu, że zamawiający miał obowiązek, w związku z przekazanymi mu w piśmie z 3 stycznia 2024 r. informacjami i dowodami, poddać dodatkowej weryfikacji treść złożonych przez Konsorcjum oświadczeń, przez co swoim zaniechaniem naruszył przepisy ustawy Pzp - Izba twierdzi tych nie podziela. Przekazane informacje bowiem nie odnosiły się ani do zakresu doświadczenia, które zamawiający w tym postępowaniu badał, ani też do treści składanych referencji. Odwołujący ani na etapie postępowania, ani też w odwołaniu nie kwestionował w żaden sposób treści wykazu czy zakresu wykonywanych w ramach tych postępowań usług, nie wskazywał, że zrealizowany w tych zamówieniach zakres był inny, niż to opisał przystępujący, nie podważał też treści referencji. Odnosił się całościowo do profilu działalności przystępującego i zakresu realizowanych przez niego innych zamówień. Powyższe nie stanowi wystraszającej przesłanki dla wszczęcia przez zamawiającego dodatkowej procedury wyjaśniającej z tych powodów, które opisane zostały powyżej. W związku z tym, że rolą zamawiającego jest zbadanie czy wykonawca potwierdził spełnianie tych warunków, które zostały opisane w SWZ, za pomocą dokumentów przedłożonych w danym postępowaniu i nie ma podstaw, ani też uprawnień, wynikających z treści przepisów ustawy Pzp, aby badać całokształt działalności danego wykonawcy - stąd zarzuty te należało uznać za niezasadne.

Nie potwierdził się także, zdaniem składu orzekającego, zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. W pierwszej kolejności podkreślić należy, że odwołujący nie wykazał, iż Konsorcjum w tym postępowaniu przekazało informacje nieprawdziwe, wprowadzające zamawiającego w błąd. Ponadto przypomnieć należy, że przesłanki wykluczenia wykonawcy wynikające z art. 109 ust. 1 ustawy Pzp są fakultatywnymi przesłankami wykluczenia. Na powyższe wskazuje użyty przez ustawodawcę zwrot „może”. Obowiązek wykluczenia wykonawcy z powodu zaistnienia fakultatywnych przesłanek wykluczenia pojawia się wyłącznie wtedy, gdy zamawiający w danym postępowaniu zdecyduje się na ich wprowadzenie. O tym, w jaki sposób taka decyzja ma zostać wyrażona w postępowaniu decyduje art. 109 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Izba stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie wymóg wynikający z art. 109 ust. 2 ustawy Pzp nie został spełniony, wobec przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, gdyż zamawiający zastrzegł w postępowaniu jedynie następujące fakultatywne przesłanki wykluczenia: art. 109 ust. 1 pkt 1), 4), 6), 9) Pzp. Powyższe podstawy wykluczenia z postępowania zostały wskazane zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak również w SWZ w pkt 8.2.2. W treści dokumentów zamówienia próżno szukać wzmianki o przesłance wykluczenia z postępowania z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Skoro zamawiający nie przewidział wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przed upływem terminu składania ofert, to konsekwentnie nie może tego zrobić po upływie tego terminu. Wobec powyższego Izba nie stwierdziła, aby doszło do naruszenia przez zamawiającego wskazywanego przez odwołującego art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Zamawiający nie naruszył także przytaczanych przez odwołującego przepisów Kc w zakresie, w jakim twierdził, że złożone referencje, jako że zostały podpisane niezgodnie z zasadami reprezentacji, nie powinny zostać uznane za prawidłowo złożone. W tej kwestii Izba w pełni podziela prezentowany i utrwalony w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pogląd, że referencje stanowią oświadczenie wiedzy, nie zaś oświadczenie woli, a więc mogą być wystawione przez przedstawiciela danego podmiotu, niekoniecznie będącego uprawnionym np. zgodnie z KRS do podpisywania dokumentów w imieniu podmiotu, który taką referencję wystawił. W tym zakresie należy bowiem odróżnić oświadczenia woli, dla których skuteczności konieczne jest zachowanie zasad reprezentacji, od oświadczeń wiedzy. Referencje stanowią oświadczenie wiedzy podmiotu posiadającego w dyspozycji informacje z zakresu objętego ich przedmiotem, może je zatem wystawić każdy, kto ma wystarczający zasób wiedzy pozwalający

zaświadczyć o należytej jakości wykonanych robót budowlanych, dostaw czy usług (tak też w wyroku KIO z dnia 27 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 386/23; wyroku KIO z dnia 21 marca 2023 r., sygn. akt KIO 609/23).

Odwołujący kwestionował przedłożony przez przystępującego dokument, wskazując na wątpliwości co do zakresu zrealizowanych usług w kontekście opisywanego profilu działalności Konsorcjum. Swoich twierdzeń jednak w żaden sposób nie udowodnił, ani nawet nie uprawdopodobnił. Jeśli jak twierdził, wobec złożenia podpisu tylko przez wiceprezesa zarządu, istnieje przypuszczenie, że drugi z członków zarządu nie miał wiedzy o tym, że taki dokument został wystawiony, mógł na przykład skierować do tego podmiotu pismo, wskazujące na te wątpliwości. Wobec braku jakichkolwiek dowodów przedłożonych przez odwołującego, Izba nie miała wobec powyższego podstaw do uznania, by osoby składające swoje podpisy pod treścią listów referencyjnych nie dysponowały dostateczną wiedzą dla potwierdzenia należytego wykonania przedmiotu umowy.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia się zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób prawidłowy, biorąc pod uwagę dokumenty przedłożone przez Konsorcjum w postępowaniu, dokonał oceny spełnienia warunków przez tego wykonawcę, a w konsekwencji dokonał w tym postępowaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, spełniającej wymagania zamawiającego i najwyżej ocenionej w oparciu o kryteria oceny ofert określone w dokumentach zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca:.....