

WYROK

Warszawa, dnia 11 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Bienias**

Protokolant: **Wiktoria Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lutego 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **TARGET Spółka Jawna A.Ł., M.R. z siedzibą w Warszawie oraz ASPEKT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Muzeum Narodowe w Lublinie**,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Impel Security Solutions Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Safety Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Defender Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu nr 2).
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **TARGET Spółka Jawna A.Ł., M.R. z siedzibą w Warszawie oraz ASPEKT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i
 - 3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **TARGET Spółka Jawna A.Ł., M.R. z siedzibą w Warszawie oraz ASPEKT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania.
 - 3.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego 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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 560/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Muzeum Narodowe w Lublinie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usługi dozoru ekspozycji muzealnych w siedzibie głównej Muzeum Narodowego w Lublinie i jego Oddziałach”. Numer referencyjny: ADM-ZP.26.1.15.2023.PW.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 09.11.2023 r., Numer ogłoszenia w Dz.U. S: 216/2023, Numer publikacji ogłoszenia: 00679462-2023.

W dniu 19 lutego 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **TARGET Spółka Jawna A.Ł., M.R. z siedzibą w Warszawie oraz ASPEKT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** wnieśli odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu:

1) zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum: lider **Impel Security Solutions Sp. z o.o.** 1-4. ul. A. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław, partner **Impel Safety Sp. z o.o.**, partner: **Impel Facility Services Sp. z o.o.** 1-4. ul. A. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław, partner: **Impel Defender Sp. z o.o.** 1-4. ul. A. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław, (dalej: **Impel**), którego oferta nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty **Impel**, w sytuacji, gdy Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - doświadczenia bowiem treść złożonych wykazów nie odpowiada stanowi faktycznemu, a ewentualne wezwanie Zamawiającego do poprawienia wykazów stanowiłoby nieuprawnioną ingerencją Zamawiającego w treść oferty;

2) naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie polegające na ponownym wezwaniu do uzupełnienia wykazu osób wykonawcy **Impel** podczas gdy już raz w przedmiotowym postępowaniu wskazany

wykonawcy był wezwany do takiego uzupełnienia;

3) naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty Impel, w sytuacji, gdy oferta Wykonawcy winna podlegać odrzuceniu.

ewentualnie:

4) naruszenie art. 128 ust. 1 poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia wykazu usług, w okolicznościach, gdy złożony przez Impel wykaz usług nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosilo uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Wykonawcy;
- 4) ponowną ocenę i badanie ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.;

ewentualnie:

- 5) nakazanie Zamawiającemu wezwanie Impel do uzupełnienia wykazu usług potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
- 6) zasądzenie kosztów na rzecz Odwołującego w tym kosztów zastępstwa według norm przepisanych

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TARGET Spółka Jawna A.Ł., M.R. z siedzibą w Warszawie oraz ASPEKT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 1 marca 2024 r. (pismo z dnia 1 marca 2024 r.) wnosil o odrzucenie odwołania, ewentualnie oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Impel Security Solutions Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Safety Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Defender Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawcy zgłosili przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Przestępujący przy zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego wnosil o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Przystępujący pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 marca 2024 r. (pismo z dnia 1 marca 2024 r.) wnosil o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 112 ust. 2 pkt 4) ustawy PZP, Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy PZP, Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w , podmiotowych 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 unieważnienia postępowania.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP:

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum

sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy określony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nr 1), nr 3) i nr 4) nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie w powyższym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie. Natomiast w zakresie zarzutu nr 2) odwołania, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze, ze względu na cofnięcie tego zarzutu przez Odwołującego na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba w pierwszej kolejności odniesie się do wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy PZP.

Izba zważy, że zgodnie z art. 528 pkt 5 ustawy PZP, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Izba wskazuje, że Odwołujący w odwołaniu z dnia 8 stycznia 2024 r. w postępowaniu prowadzonym przed Krajową Izbą Odwoławczą pod sygn. akt. 103/24 było żądanie ewentualne w postaci wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie doświadczenia i wykazu osób, a które to postępowanie zostało umorzone przez Krajową Izbę Odwoławczą w formie postanowienia z dnia 25 stycznia 2024 r. na podstawie art. 522 ust. 2 ustawy PZP. Tym samym ww. odwołanie nie podlegało merytorycznemu rozpatrzeniu przez Izbę.

Izba zważy, że Zamawiający w dniu 31 stycznia 2024 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy PZP do złożenia wyjaśnienia treści wykazu usług (zał. nr 5 do SWZ) w zakresie warunku opisanego w pkt 7.2.4.1. SWZ, co do sposobu ustalenia wartości tych usług przez Wykonawcę Impel oraz treści wykazu osób (zał. nr 5 do SWZ) w zakresie warunku opisanego w pkt 7.2.4.2. SWZ, co do tego, czy osoby wymienione ww. wykazie osób posiadają 3-letnie doświadczenie na stanowisku dozoru ekspozycji Muzeum oraz gdzie i w jakim okresie zdobyły doświadczenie. Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż w przypadku, gdyby udzielenie wyjaśnień skutkowało zmianą treści wykazu w zakresie dotyczącym informacji znajdujących w wierszach oznaczonych liczbą porządkową od 3 do 10, to na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP wzywa Przystępującego do uzupełnienia wykazu osób w zakresie ww. pozycji.

Należy zwrócić uwagę, że Odwołujący formułując żądanie wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie doświadczenia, patrząc przez pryzmat okoliczności faktycznych podnoszonych przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania z dnia 8 stycznia 2024 r., Izba doszła do przekonania, że Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w ograniczonym zakresie, czyli nie w takim zakresie, jak to argumentował Odwołujący w odwołaniu z dnia 8 stycznia 2024 r.

Z kolei w zakresie wykazu osób, Izba wskazuje, iż mimo, że Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień, czy osoby wymienione w wykazie osób posiadają 3-letnie doświadczenie na stanowisku dozoru ekspozycji Muzeum oraz gdzie i w jakim okresie zdobyły doświadczenie, to Zamawiający jednocześnie wezwał Przystępującego do uzupełnienia wykazu. Izba podkreśla, że na tak sformułowane wezwanie, Przystępujący nie złożył żadnych wyjaśnień, co do złożonego wykazu osób w zakresie opisanym przez Zamawiającego, lecz złożył nowy wykaz osób w zakresie pozycji od 3 do 10.

Izba zgadza się z Zamawiającym, że Odwołujący wnosząc odwołanie z dnia 19 stycznia 2024 r. sformułował zarzut tożsamy z zarzutem odwołania z dnia 8 stycznia 2024 r. Jednakże, biorąc powyższe pod uwagę, Izba nie podziela argumentacji Zamawiającego, że: „Żądania wskazane w odwołaniu z dnia 8 stycznia 2024 r. zostały wykonane przez Zamawiającego”, dlatego też niniejsze odwołanie w ocenie Izby nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy PZP.

Przechodząc do warstwy merytorycznej, Izba zważy, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit.

b) w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Impel, w sytuacji, gdy Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - doświadczenia bowiem treść złożonych wykazów nie odpowiada stanowi faktycznemu, jest zdaniem Izby niezasadny.

Izba zważy, że zgodnie z pkt 7.2.4.1 SWZ, Zamawiający w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu wymagał: „**wykonania lub wykonywania** w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w sposób ciągły przez co najmniej 10 miesięcy co najmniej dwóch (2) usług

polegających na bezpośrednim dozorcze ekspozycji sal wystawowych w instytucjach kultury w godzinach otwarcia dla zwiedzających, o wartości każdej usługi nie mniejszej niż 600 000 zł brutto.

Przez usługę dozoru Zamawiający rozumie pilnowanie wystaw i eksponatów, sprzątanie wystaw oraz zapewnienie porządku i sprawności ruchu zwiedzających.

Uwaga! Przez dwie usługi Zamawiający rozumie usługi świadczone w ramach dwóch odrębnych umów.

Uwaga! W przypadku usług będących jeszcze w trakcie realizacji, Zamawiający będzie brał pod uwagę jedynie wartości usług wykonanych do dnia składania ofert i których okres realizacji wynosi co najmniej 10 miesięcy.

Jeżeli Wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji usług wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz usług (**wg zał. nr 5**) dotyczy usług, w których wykonaniu wykonawca bezpośrednio uczestniczył.

Wartości podane w dokumentach potwierdzających spełnianie warunku w walucie innej niż PLN, Wykonawca powinien przeliczyć na PLN wg średniego kursu walut NBP z dnia publikacji ogłoszenia o niniejszym zamówieniu. W przypadku braku przeliczenia przez Wykonawcę Zamawiający dokona przeliczenia na PLN wg średniego kursu walut NBP na dzień, w którym opublikowano ogłoszenie o niniejszym zamówieniu”.

Izba wskazuje, że w ramach ww. zarzutu Odwołujący podnosił zarzut braku wykazania przez Przystępującego doświadczeniem w zakresie „sprzątania wystaw” w stosunku do usługi realizowanej przez Przystępującego dla Muzeum Śląskiego w Katowicach, jak i do pozostałych obiektów wymienionych w wykazie usług na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w dniu 8 stycznia 2024 r. na wezwanie Zamawiającego, Przystępujący złożył stosowne wyjaśnienia co do spełniania warunku dotyczącego sprzątania.

Izba zważa, że przez usługę dozoru Zamawiający wskazał w SWZ, że pod tym pojęciem rozumie pilnowanie wystaw i eksponatów, sprzątanie wystaw oraz zapewnienie porządku i sprawności ruchu zwiedzających. Warto w tym miejscu zauważyć, że sprzątanie wystaw jest tylko jednym z elementów wchodzących w skład pojęcia „usługa dozoru”.

W ocenie Izby, Odwołujący całkowicie pomija fakt, iż SWZ nie zawiera definicji sformułowania „sprzątanie wystaw”, a to oznacza, że wszelkie wątpliwości należy rozpatrywać na korzyść Wykonawcy. Z tego też względu nie można czynić zarzutu, że Przystępujący zrozumiał „sprzątanie wystaw” inaczej niż to rozumie Odwołujący.

W związku z powyższym, zdaniem Izby, sprzątanie doraźne ograniczające się do czynności porządkowo-czystościowych mających na celu utrzymanie ładu i porządku oraz dbałość o wystawę, a nie konieczność wykazania się profesjonalną i fachową usługą sprzątania wystaw, jest wystarczające do spełniania warunku opisanego w SWZ, co też jednoznacznie potwierdzają słowa Przystępującego zawarte w piśmie procesowym z dnia 1 marca 2024 r.: „wykonawca realizował bieżące czynności porządkowo – czystościowe, takie jak drobne prace porządkowe, usuwanie papierków i drobnych plam, przecieranie opalcowanych witryn, porządkowanie miejsca pracy, pomoc w przeniesieniu cięższych rzeczy, dbałość o estetykę i wygląd obiektu”.

W ocenie Izby, istotne jest również to, że Przystępujący wszystkie te prace wykonywał w ramach każdej z usług, wymienionych w złożonym wykazie usług. Warto zwrócić uwagę, że zgodnie z ust. 1 pkt 3 i 4 OPZ, stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ, Zamawiający opisał obowiązki, jakie będą spoczywać na Wykonawcach przy realizacji zamówienia, a mianowicie: dbałość o stan eksponatów, gablot i sprzętu ekspozycyjnego oraz utrzymuje je w czystości środkami, które zapewnia Muzeum, oraz dbałość o czystość sal wystawienniczych, podłóg, schodów, drzwi, okien i parapetów, środkami, które zapewnia Muzeum.

Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Izby, rozumienie pojęcia „sprzątanie wystaw” przez Odwołującego jest nadinterpretacją pojęcia „sprzątania”, które zostało użyte w pkt 7.2.4.1 SWZ, bowiem jak słusznie zauważył Zamawiający: „sprzątanie wystaw to nie sprzątanie przy użyciu profesjonalnych środków czystości, środków higienicznych i dezynfekcyjnych. Nie jest to sprzątanie przy użyciu urządzeń i sprzętu technicznego”, zwłaszcza że Zamawiający w SWZ nie użył słowa „profesjonalne sprzątanie wystaw”, lecz „sprzątanie wystaw”. Poza tym, co należy podkreślić, Zamawiający wprowadził w SWZ pojęcie „usługa dozoru”, a nie „usługa sprzątania”, nie określając przy tym, na czym ona miałaby polegać i co obejmować, na co wskazywał również Zamawiający na rozprawie.

W związku z powyższym, w ocenie Izby, wszelkie wątpliwości w tym zakresie, należy rozstrzygać na korzyść Wykonawcy, co skutkuje tym, iż dowody wniesione przez Odwołującego w postaci pisma Muzeum Śląskiego z dnia 23 stycznia 2024 r., pisma Nowohuckiego Centrum Kultury z dnia 15 lutego 2024 r., pisma Muzeum Wsi Lubelskiej z dnia 23 stycznia 2024 r., pisma EC1 Łódź z dnia 16 lutego 2024 r., jak również SWZ i OPZ dołączone do odwołania oraz OPZ na rozprawie, nie zmieniają postrzegania i oceny Izby w powyższym zakresie.

Konkludując, zdaniem Izby, ani literalna treść warunku opisanego w pkt 7.2.4.1 SWZ ani potrzeby Zamawiającego, opisane w ust. 1 pkt 3 i 4 OPZ, nie uzasadniają tezy, aby sprzątanie wystaw niezbędne do wykazania warunku, miało nosić cechy inne niż doraźne utrzymanie porządku i czystości. Tym samym, wskazane powyżej przez Izbę dowody Odwołującego, odnoszą się w ocenie Izby do usługi sprzątania o charakterze profesjonalnym.

Z tego też względu, Izba uznała za niezasadny zarzut Odwołującego w powyższym zakresie.

W ramach powyższego zarzutu Odwołujący podniósł również zarzut braku świadczenia przez Przystępującego w sposób ciągły przez co najmniej 10 miesięcy usługi dla EC1 Łódź Miasto Kultury oraz braku wykazania wartości usługi dozoru na rzecz Nowohuckiego Centrum Kultury w okresie 10 miesięcy, która była mniejsza niż 600 000 zł.

Odnosząc się do zarzutu braku świadczenia przez Przystępującego w sposób ciągły przez co najmniej 10 miesięcy usługi dla EC1 Łódź Miasto Kultury, Izba zważa, że Przystępujący wskazał w Wykazie usług (załącznik nr 5 do SWZ), iż świadczył usługi EC1 Łódź Miasto Kultury w okresie od dnia 15.10.2020 r. do dnia 15.10.2021 r.

Izba zważa, że zgodnie z pkt 7.2.4.1 SWZ, Zamawiający w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu wymagał: „**wykonania lub wykonywania** w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w sposób ciągły przez co najmniej 10 miesięcy co najmniej dwóch (2) usług polegających na bezpośrednim dozorcze ekspozycji sal wystawowych w instytucjach kultury w godzinach otwarcia dla zwiedzających, o wartości każdej usługi nie mniejszej niż 600 000 zł brutto. (...)”.

Izba zważa, iż Odwołujący stwierdza w odwołaniu, że EC1 Łódź Miasto Kultury w okresie obowiązywania umowy było zamknięte w okresie 81 dni (na rozprawie Odwołujący wskazuje 79 dni), przedstawiając dowód w postaci pisma EC1 Łódź Miasto Kultury z dnia 18 stycznia 2024 r., z którego wynika, iż: „ W wymienionym we wniosku okresie EC1 pozostawało zamknięte dla odwiedzających w związku z realizacją postanowień Rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii w terminach 7.11.2020 – 29.11.2020, 1.02.2021 – 12.02.2021, 19.03.2021 – 9.04.2021, 28.04.2021 – 21.05.2021”.

Natomiast Przystępujący wskazywał w piśmie procesowym, iż czasowe wyłączenia EC1 dla zwiedzających podczas pandemii COVID miały miejsce w okresie: 07.11.2020 – 29.11.2020, 20.03.2021 – 09.04.2021, 28.04.2021 – 07.05.2021, co daje łącznie 52 dni, a na którą okoliczność Przystępujący wniósł dowód na rozprawie w postaci pisma EC1 Łódź Miasto Kultury z dnia 29 lutego 2024 r., z którego wynika, iż EC1 Łódź Miasto Kultury potwierdziło, iż czasowe wyłączenie obiektu nastąpiło w dniach od 20.03.2021 r. do 09.04.2021 r. oraz że otwarcie Centrum Nauki i Techniki EC1 nastąpiło 08.05.2021 r.

Nadto z pozostałych dowodów wniesionych przez Przystępującego na rozprawie (Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego i informacji z Facebooka) wynika, iż ograniczenia w działalności instytucji kultury i obiektów sportowych obowiązywały od 20 marca 2021 r. do 9 kwietnia 2021, otwarcie muzeów i galerii sztuki nastąpiło 1 lutego 2021 r. w ścisłym rygorze sanitarnym, a także że 8 maja 2021 r. EC1 Łódź Miasto Kultury było otwarte dla zwiedzających.

Izba zważa, że dowody wniesione zarówno przez Odwołującego, jak i Przystępującego uznana za wiarygodne, co skutkuje tym, iż Izba uznała, że Przystępujący świadczył usługę przez okres co najmniej 10 miesięcy. Jednakże należy podkreślić, iż warunek opisany przez Zamawiającego obejmował również wykonywanie usługi w sposób ciągły.

Stwierdzenie Przystępującego, iż: „Usługa ta charakteryzowała się codzienną obecnością pracowników Przystępującego na obiekcie Zamawiającego - EC1 Łódź Miasto Kultury. Pracownicy ci byli zatrudnieni w systemie zmianowym i wykonywali usługi dozoru o powtarzalnym i jednakowym zakresie każdego dnia”, jest w ocenie Izby stwierdzeniem gołosłownym. Przystępujący nie przedłożył bowiem żadnego dowodu świadczącego o powyższym. Nie wynika to również w żaden sposób z poświadczenia należytego wykonania umowy z dnia 15.10.2021 r. wystawione przez EC1 Łódź Miasto Kultury dla Przystępującego.

W związku z powyższym, Izba doszła do przekonania, iż Przystępujący nie wykonywał usługi w sposób ciągły, a tym samym nie potwierdził warunku udziału w postępowaniu polegających na bezpośrednim dozorcze ekspozycji sal wystawowych w instytucjach kultury w godzinach otwarcia dla zwiedzających w sposób ciągły.

Z tego też względu, Izba uznała za zasadny zarzut Odwołującego w powyższym zakresie, ale nie mający wpływu na wynik postępowania.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi, naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

Izba zważa, że dla oceny spełnienia warunku udziału w niniejszym postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.2.4.1. SWZ wystarczającym było wykazanie się co najmniej dwoma usługami. W ocenie Izby, mimo że Przystępujący, zdaniem Izby nie spełniał warunku udziału w postępowaniu w zakresie świadczonej usługi w sposób ciągły na rzecz EC1 Łódź Miasto Kultury, to Przystępujący spełniał warunek w dwóch pozostałych usługach wskazanych w wykazie usług, tj. Muzeum Śląskie w Katowicach, Nowohuckie Centrum Kultury w Krakowie.

Przechodząc do zarzutu braku wykazania przez Przystępującego wartości usługi dozoru na rzecz Nowohuckiego Centrum Kultury w okresie 10 miesięcy, która była mniejsza niż 600 000 zł, Izba zważa, że Przystępujący w wykazie usług z dnia 8 lutego 2024 r. wskazał wartość usługi zrealizowanej przez Przystępującego w okresie 10 miesięcy w wysokości 607 150,07 zł brutto, która to usługa jest realizowana od dnia 05.09.2022 r. do nadal.

Jednocześnie Izba wskazuje, że z poświadczenia należytego wykonania umowy z dnia 8 lutego 2024 r. wynika, że umowa jest zawarta na okres od 05.09.2022 do 05.09.2024 r., a wartość umowy wraz z aneksem wynosi 1 823 870,65

zł.

Izba zważa, że z dowodu wniesionego przez Odwołującego w postaci pisma Nowohuckiego Centrum Kultury z dnia 15 lutego 2024 r., zgodnie z którym: „Do dwóch galerii autorskich jest dedykowanych pięciu pracowników w dniach otwarcia wystaw tj. od czwartku do niedzieli. Czterech pracowników było wymaganych w umowie natomiast aneksem nr 7 zwiększono o 1 pracownika dedykowanego do kontaktu z pracownikami na wystawach”, nie wynika z jaką datą został zawarty aneks nr 7. Odwołujący nie przedłożył ani do odwołania ani na rozprawie dowodu w postaci aneksu nr 7, świadczącego o zawarciu aneksu nr 7 w dniu 25 października 2023 r., a na którym opierał między innymi swoje wyliczenia. Tym samym, w ocenie Izby, wyliczenia dokonane przez Odwołującego mają charakter hipotetyczny i nie mogą stanowić dowodu o prawidłowości dokonanych wyliczeń. Już tylko z tego powodu, zarzut ten nie mógł być uwzględniony przez Izbę.

Nadto Izba zważa, że są to wyłącznie wyliczenia własne Odwołującej jako takie nie mogą stanowić dowodu, który potwierdzałby fakt braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu co do wartości wykazanej usługi.

Niezależnie od powyższego Przystępujący wskazywał w piśmie procesowym, że świadczenie usługi dozoru odbywało się nie tylko od czwartku do niedzieli, ale również w pozostałych dniach, tj. poniedziałki, wtorki i środy, ponieważ w ww. dniach odbywają się wystawy dla grup zamkniętych, co potwierdza dowód wniesiony przez Przystępującego na rozprawie w postaci poświadczenia wykonania usługi z dnia 1 marca 2024 r., z którego wynika, iż: „Zakres umowy obejmuje świadczenie usług ochrony mienia i osób na terenie Nowohuckiego Centrum Kultury w sposób ciągły przez 2 pracowników ochrony. Dodatkowo do dwóch galerii autorskich tj. Jerzego Dudy – Gracza i Zdzisława Beksińskiego dedykowanych jest 5 pracowników ochrony w dniach otwarcia wystaw tj. od czwartku do niedzieli, oraz w pozostałe dni w przypadku grup zorganizowanych. Firma Impel zgodnie z Umową realizuje również usługę ochrony podczas wystaw czasowych w przestrzeniach Nowohuckiego Centrum Kultury oraz poza siedzibą instytucji tj. w Klasztorach, Opactwach i Zakonach na terenie miasta Krakowa”.

Izba zważa, że nie zmienia postrzegania Izby dowód wniesiony przez Odwołującego na rozprawie, iż galeria jest czynna od czwartku do niedzieli.

Jednocześnie Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż wykonywanie usług dozoru nie zostało rozróżnione przez Zamawiającego w treści warunki ze względu na dostępność wystaw dla szerokiej publiczności lub grup zamkniętych.

Biorąc powyższe pod uwagę, wartość usługi wskazanej w wykazie usług przez Przystępującego w okresie 10 miesięcy w wysokości 607 150,07 zł brutto, Izba uznała za wiarygodne, zwłaszcza, że Przystępujący przedstawił na rozprawie opis, w jaki sposób zostało dokonane wyliczenie, a Odwołujący tegoż opisu nie zakwestionował.

Z tego też względu, Izba uznała za niezasadny zarzut Odwołującego w powyższym zakresie.

W związku z powyższym, w ocenie Izby, niezasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, jak również zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP, który jest zarzutem wynikowym.

Z kolei odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia wykazu usług, w okolicznościach, gdy złożony przez Impel wykaz usług nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, jest zdaniem Izby niezasadny.

Biorąc pod uwagę rozważania Izby co do pojęcia „sprzątanie wystaw” oraz spełnienie warunku opisanego przez Zamawiającego w pkt 7.2.4.1. SWZ przez Przystępującego w zakresie dwóch usług wskazanych w wykazie usług, co było jednocześnie wystarczające do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, konieczność zastosowania art. 128 ust. 1 ustawy PZP poprzez wezwanie Przystępującego do uzupełnienia wykazu usług, zdaniem Izby nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym sprawy.

Izba zważa, że pozostałe dowody wniesione przez Odwołującego i Przystępującego, nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 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. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: