

WYROK

Warszawa, dnia 15 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Katarzyna Paprocka

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 marca 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2024 r. przez wykonawcę D.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą G.D. w postępowaniu prowadzonym przez Muzeum Budownictwa Ludowego w Sanoku, przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Karabela” Sp. z o.o. oraz Agencja Ochrony „Huzar” Sp.j.

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od Odwołującego D.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą G.D. na rzecz Zamawiającego Muzeum Budownictwa Ludowego w Sanoku kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez: Zamawiającego.

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 647/24

Uzasadnienie

Zamawiający, Muzeum Budownictwa Ludowego w Sanoku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Fizyczna i techniczna ochrona mienia oraz dozоровanie terenów Muzeum Budownictwa Ludowego, tj. Parku Etnograficznego przy ul. Rybickiego 3 oraz budynków przy ul. Traugutta 3 w Sanoku”. Numer referencyjny: PT.MBL.I.2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 16 stycznia 2024 r., pod nr: 2024/BZP 00040768. Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów inijnych.

W dniu 26 lutego 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy D.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą G.D. od czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm., dalej jako „PZP”) oraz wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Jak uzasadnił w odwołaniu, Odwołujący został bezzasadnie wykluczony z postępowania. Twierdzi, że wykazał należycie wymagane przez Zamawiającego doświadczenie w zakresie świadczenia co najmniej 3 usług w zakresie ochrony osób i mienia obiektu lub obiektów użyteczności publicznej, tj. instytucji ochrony dóbr kultury (muzea, skanseny, archiwa, biblioteki), instytucji finansowych, urzędów administracji państwowej i samorządowej – podczas, gdy Zamawiający niesłusznie zakwestionował to doświadczenie, nie uznając obiektu Galerii jako obiektu o charakterze muzealnym. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający rozszerzył na etapie wyboru oferty warunek udziału w postępowaniu uszczegóławiając go o definicje wynikające z aktów prawa, które nie zostały pierwotnie określone w ogłoszeniu. Zamawiający: „W ogłoszeniu użył lakonicznie określenia „obiekt muzealny”, co nie jest tożsame z definicją wskazaną w uzasadnieniu. Ponadto w uzasadnieniu dookreślił definicję słowa „obiekt” o definicję zawartą w ustawie Prawo budowlane

czego nie uczynił w treści ogłoszenia i SWZ." (str. 4 odwołania).

W odpowiedzi z dnia 8 marca 2024 r. na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości, podnosząc, iż podtrzymuje stanowisko, iż Galeria nie jest obiektem muzealnym, zaś nawet gdyby uznać ją za taki obiekt to usługa ochrony tej galerii nie osiągnęła wymaganego warunku wartości 500.000 zł.

Do postępowania zgłosili przystąpienie po stronie Zamawiającego, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Karabela” Sp. z o.o. oraz Agencja Ochrony „Huzar” Sp.j.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

W niniejszej sprawie, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony od niego wpis w wymaganej wysokości. Nadto, odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP.

Izba uznała również, że Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, bowiem posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Odwołujący jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu, która jak wskazał – jest najkorzystniejszą, zaś jej odrzucenie spowoduje utratę zamówienia publicznego. W postępowaniu, wpłynęły do Zamawiającego trzy oferty, w tym: oferta Odwołującego z ceną 915.120,00 zł oraz wykonawcy zgłaszającego przystąpienie z ceną 1.068.066,00 zł, a także oferta Agencji Ochrony Mienia „POGLESZ” S.C. Janina, Maciej i Arkadiusz Pogorzelec z ceną 1.142.265,48 zł. Kryterium oceny ofert stanowiła wyłącznie cena 100% (pkt XXIII.1 SWZ) Tym samym, oferta Odwołującego mogła być uznana za najkorzystniejszą, zawierała bowiem najniższą cenę, ostatecznie została jednak odrzucona – w związku z czym Odwołujący wniósł niniejsze odwołanie. Wskutek zaskarżenia niniejszych czynności i ewentualnego uwzględnienia odwołania, a co za tym idzie unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego, oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Tym samym, Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na pozbawieniu go zysku wynikającego z możliwości uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia i w konsekwencji braku możliwości zawarcia umowy na realizację tego zamówienia. Spełnione są zatem, wynikające z art. 505 PZP, przesłanki materialnoprawne skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Karabela” Sp. z o.o. oraz Agencja Ochrony „Huzar” Sp.j. (dalej jako: „Przystępujący”).

Przedmiot zamówienia polega na fizycznej i technicznej ochronie mienia oraz dozоровaniu terenów Muzeum Budownictwa Ludowego, tj. Parku Etnograficznego przy ul. Rybickiego 3 oraz budynków przy ul. Traugutta 3 w Sanoku wraz z monitoringiem – wymagany jest montaż minimum 9 kamer z systemem rejestrującym całodobowym. Nadto, wykonawca będzie zobowiązany do obsługi elektronicznych systemów zabezpieczeń instalacji przeciwpożarowej i antywłamaniowej, a także do bieżącej konserwacji systemów zabezpieczeń elektronicznych, utrzymania czystości, pielęgnacji zieleni i odśnieżania (pkt IV Specyfikacji Warunków Zamówienia, dalej „SWZ”).

W pkt VIII.1.2. SWZ Zamawiający postawił warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do udziału w postępowaniu w zakresie wykazania, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał lub – w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych – wykonuje 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 lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami o których mowa są referencje lub inne dokumenty wystawione przez podmiot na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych bądź ciągłych są wykonywane (wydane nie wcześniej niż 3 m-ce przed upływem terminu składania), a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy: co najmniej 3 usługi w zakresie ochrony osób lub mienia obiektu lub obiektów użyteczności publicznej, która spełnia następujące warunki:

- usługa wykonywana była przez okres co najmniej 12 miesięcy,
- usługa wykonywana w instytucji użyteczności publicznej, tj. instytucje ochrony dóbr kultury (muzea, skanseny, archiwa, biblioteki), instytucje finansowe, urzędy administracji państwowej i samorządowej,
- w tym co najmniej jedną usługę ochrony osób i mienia wykonywana w obiektach muzealnych, o wartości nie mniejszej niż 500.000,00 PLN netto.

Zgodnie z pkt XI.2.1 SWZ, na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawca winien, m.in. złożyć na wezwanie Zamawiającego: wykaz robót wykonanych w ciągu ostatnich 3 lat.

W złożonym na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych wykazie z dnia 31 stycznia 2024 r. Odwołujący wskazał na potwierdzenie zdolności technicznej lub zawodowej, dotyczącej wykonania co najmniej 3 usług w zakresie ochrony osób lub mienia obiektu lub obiektów użyteczności publicznej – na usługę wykonywaną w rzecz Akademii Techniczno-Humanistycznej w Bielsku Białej w okresie od 1 kwietnia 2020 r. do 31 marca 2021 r. o wartości 735.150,67 zł netto. Do wykazu dołączono list referencyjny nr KN-TR-166/07/2021 potwierdzający wykonanie usługi

polegającej na „Ochronie i dozorze ruchomości i nieruchomości należących lub dzierżawionych lub wynajmowanych przez Akademię Techniczno-Humanistyczną w Bielsku-Białej, oraz usługę polegającą na obsłudze szatni i recepcji w budynkach zlokalizowanych na terenie kampusu Akademii Techniczno-Humanistycznej w Bielsku-Białej przy ul. Willowej 2”. Usługa była realizowana w oparciu o umowę z dnia 04 marca 2020 r. na czas określony tj. 1 kwietnia 2020 – 31 marca 2021 r. na kwotę 904 235,32 zł brutto i została – wg treści tych referencji – wykonana należycie. Teren ochroniany to 73 998 m², na którym znajduje się Hala Sportowa. Dodatkowo, w oświadczeniu własnym z 31 stycznia 2024 r. D.S. oświadczył, iż: „...Usługa była wykonywana na obiekcie, na którego terenie funkcjonuje Galeria mająca charakter obiektu muzealnego ze względu na wystawione przedmioty o wartości muzealno-kulturalnej. Galeria była przedmiotem ochrony w ramach wykonywanej usługi. Galeria w części ma charakter stały a w części stanowi miejsce wystaw i wernisaży okresowych lub okolicznościowych. Informacja ta nie wynika bezpośrednio z załączonych referencji, natomiast referencje wskazują na ochronę całego obiektu Akademii Techniczno-Humanistycznej w Bielsku Białej. Jednocześnie wyjaśniam, iż Akademia Techniczno-Humanistyczna w Bielsku-Białej od 1 września 2023 roku stała się klasycznym uniwersytetem. Nowa nazwa Uczelni to Uniwersytet Bielsko-Bialski. Poniżej załączam opis Galerii potwierdzający charakter muzealny, wskazując jednocześnie kilka przykładów eksponatów o wartości kulturalnej. (...) Swoją działalność galeria zainaugurowała wernisażem wystawy malarstwa Jarosława Modzelewskiego. Do tej pory w galerii odbyło się ponad 30 wystaw. Prezentowano prace m.in. : S.R., M.K., J.D., E.D. czy artystów związanych z nurtem malarstwa geometrycznego. Funkcję kuratora obecnej Galerii Akademickiej pełni prof. ATH dr hab. E.Z. – artysta malarz, performer, od lat związany z bielską ATH. Ważnym aspektem działalności Galerii Akademickiej ATH jest także edukacja artystyczna. Program edukacyjny realizowany jest poprzez wykłady, spotkania z artystami, pokazy filmów, wydawnictwa i warsztaty artystyczne.”

W aktach postępowania znajduje się notatka służbowa z dnia 31 stycznia 2024 r., z której wynika, iż w celu weryfikacji informacji przekazanych przez Odwołującego pracownik Zamawiającego przeprowadziła rozmowę telefoniczną z Kanclerzem Uniwersytetu Panem Łukaszem Sieklińskim. „Na pytanie czy galeria akademicka jest obiektem muzealnym – Pan Kanclerz stwierdził, że trudno jest nazwać ich galerię obiektem muzealnym, jest to galeria uniwersytecka ulokowana w wydzielonym pomieszczeniu w jednym z budynków kampusu o powierzchni ok 30m². (...) Sama galeria natomiast jest otwierana gdy ktoś chce ją pooglądać, nie ma tam ochrony i nie jest czynna cały czas. W dniu 31.01.2024 przeprowadziłam również rozmowę z osobą która odebrała telefon w galerii (ogólnodostępny wskazany na portalach internetowych numer galerii tel. 33 827 92 74), która na pytanie jak funkcjonuje Galeria Akademicka stwierdziła, iż jest udostępniana gdy jest w galerii prezentowana wystawa i jest otwierana gdy ktoś ją chce zobaczyć, nie ma w niej ochrony.” Nadto, w odpowiedzi na pytania Zamawiającego, pismem z dnia 15 lutego 2024 r. Kanclerz Uniwersytetu Bielsko-Bialskiego wyjaśnił, iż Galeria nie jest obiektem muzealnym i nie jest także formalnie zarejestrowana jako galeria czy muzeum. W okresie od 1 kwietnia 2020 r. do 31 marca 2021 r. w Galerii były organizowane i udostępniane dla zwiedzających liczne wystawy czasowe, dla których nie jest prowadzony rejestr. „W związku z tym, że pomieszczenie zajmowane przez Galerię znajduje się na terenie Uczelni była ona dozorowana jak każda inna powierzchnia w budynkach uczelnianych. Galeria nie stanowiła wydzielonego miejsca do całodobowego dozoru. Była chroniona kompleksowo jako mienie Uczelni. W Umowie nie wyznaczono szczególnych wymagań co do ochrony tego pomieszczenia. (...) W Umowie nie określono odrębnej wartości na ochronę Galerii Akademickiej.”

W związku z powyższym, dnia 1 lutego 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego wykonawcę, w trybie art. 128 ust. 4 PZP, do złożenia wyjaśnień, gdyż wątpliwości budzi fakt, iż w ocenie Zamawiającego Akademia Techniczno-Humanistyczna w Bielsku Białej nie jest obiektem muzealnym. W odpowiedzi, Odwołujący wskazał, w szczególności iż: „(...) wątpliwości w zakresie charakteru obiektu muzealnego powinny rozwiązać definicje sformułowane przez Międzynarodowa Rada Muzeów gdzie „Obiekt muzealny” to przedmiot o szczególnej wartości naukowej, historycznej, artystycznej lub kulturowej, przechowywany i wystawiany na pokaz w muzeach itp. obiektach w celach edukacyjnych, pamiątkowych, ochronnych. Na podstawie wcześniej załączonych dowodów w szczególności informacji organizowanych przez Uniwersytet wystaw, galerii i pokazów wskazujących artystów i twórców, których dzieła były wystawiane należy uznać, iż Uniwersytet udostępniał obiekty muzealne. Co więcej ta sama rada zdefiniowała instytucje „Muzeum” nie wyznaczając w tej definicji minimum powierzchni, wielkości wystawy czy też czasu trwania ekspozycji a jedynie uznając cel takiej instytucji cyt.: „Muzeum jest instytucją trwałą, nie obliczoną na zysk, pozostającą w służbie społeczeństwa i jego rozwoju, otwartą dla publiczności, mającą za zadanie gromadzenie, konserwowanie, badanie, rozpowszechnianie i wystawianie materialnych świadectw dotyczących człowieka i jego otoczenia, a to dla studiowania, edukacji i przyjemności.” Galeria uniwersytecka wpisuje się literalnie w te definicje. Zatem usługa wskazana w wykazie obejmuje cyt.: „usługę ochrony osób i mienia wykonywana w obiektach muzealnych” gdyż charakter obiektu nie jest związany z nazwą obiektu a z jego funkcją.” Podkreślił, iż pomieszczenia galerii były objęte całodobowym systemem alarmowym, były również przedmiotem cyklicznych obchodów patrolowych, a wykonawca odpowiadał również za ochronę obiektów

muzealnych znajdujących się na terenie Uniwersytetu, co więcej umowa zawarta na usługę ochrony nie wyłączała odpowiedzialności wykonawcy w zakresie obiektu galerii. Odnosząc się zaś do przeliczenia wartości usługi przez Zamawiającego, wykonawca wskazał, iż SWZ nie obejmował takiego przelicznika lecz wskazywał jedynie na wymaganą wartość usługi nie mniejszą niż 500 tys. zł. Co więcej, jak wyjaśnił Odwołujący, nie można odnosić wartości usługi jedynie do powierzchni chronionej. „Przyjmując logikę szacowania przedstawioną przez Zamawiającego należałoby uznać, iż ochrona metra kwadratowego trawnika przed budynkiem generuje takie same koszty jak ochrona jednego metra pomieszczenia, w którym znajdują się eksponaty. Podczas szacowania wartości usługi ochrony nie ma jednostkowych wartości odnoszących się jedynie do powierzchni. Cena taka uwzględnia charakter obiektów, konieczność zamontowania systemów alarmowych, systemów monitoringowych, zabezpieczeń już istniejących, zaangażowania osobowego w ochronę obiektów ale także wartość chronionych obiektów.”

Mając ww. wyjaśnienia na uwadze, Zamawiający pismem z dnia 19 lutego 2024 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych poprzez wskazanie w wykazie usługi spełniającej warunków SWZ w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej – w terminie do dnia 22 lutego 2024 r. do godz. 9.00. Dnia 21 lutego, Odwołujący w odpowiedzi na ww. wezwanie poinformował, że w zakresie wykazania ww. doświadczenia złożył obszernie wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdzającymi spełnienie warunków udziału – tym samym wskazana w wykazie usługa na rzecz Akademii Techniczno-Humanistycznej w Bielsku Białej spełnia wskazane przez Zamawiającego warunki. Do ww. wyjaśnień D.S. dołączył treść odpowiedzi na zapytania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Uniwersytet Techniczno-Humanistyczny w Bielsku Białej na usługę pełnienia ochrony fizycznej, które w jego ocenie potwierdzają, iż na obiekcie znajduje się czynna galeria podlegająca stałej ochronie oraz monitoringowi oraz, że w galerii znajdującej się na terenie uczelni są przechowywane oraz wystawiane na pokaz przedmioty o szczególnej wartości naukowej, historycznej, artystycznej lub kulturowej a także, że wszystkie budynki na terenie Kampusu podlegają całodobowej ochronie. Nadto, dołączył oświadczenie z dnia 20 lutego 2024 r. pracownika Michała Setlaka realizującego wcześniej ochronę na przedmiotowym obiekcie, również potwierdzające konieczność stałej szczególnej ochrony obiektu.

Dnia 23 lutego 2024 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, tj. oferty Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "Karabela" Sp. z o.o. w Tarnobrzegu oraz Agencja Ochrony „Huzar” Orzechowski sp.j. w Sierpcu oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c PZP, jako złożonej przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, który nie złożył podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Jak uzasadnił Zamawiający, zostały przeprowadzone dwie rozmowy telefoniczne mające na celu weryfikację ww. doświadczenia powołanego przez Odwołującego: pierwsza z Kanclerzem Uniwersytetu Bielsko-Bialskiego jako osobą podpisaną w liście referencyjnym wydany Wykonawcy) oraz drugą z osobą, która odebrała telefon w galerii (numer ogólnie dostępny na portalach internetowych). Jak wynika dalej z ww. zawiadomienia: „Według informacji uzyskanych przez Zamawiającego od Kanclerza Uniwersytetu w Bielsku Białej Pana Ł.S. „...trudno jest nazwać ich galerię obiektem muzealnym, jest to galeria uniwersytecka ulokowana w wydzielonym pomieszczeniu w jednym z budynków kampusu o powierzchni ok 30 m2. Firma głównie ochraniała i dozorowała dzierżawione i wynajmowane przez Akademię budynki, a także zajmowała się obsługą szatni i recepcji w budynkach znajdujących się na terenie kampusu Akademii Techniczno-Humanistycznej w Bielsku- Białej przy ul. Willowej 2” Sama galeria natomiast jest otwierana gdy ktoś chce ją pooglądać, nie ma tam ochrony i nie jest czynna cały czas.” W ocenie Zamawiającego, Odwołujący nieprawidłowo zinterpretował pojęcie „obektu muzealnego”, skoro obiektem zgodnie z prawem budowlanym jest budynek, budowla bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych; także w świetle Nowego Słownika Poprawnej Polszczyzny PWN Warszawa 2020 – Obiekt – oficjalnie: Budynek, budowla, natomiast zgodnie z Małą Encyklopedią Architektury i Wnętrz wyd. 1974, obiekt to m. in. budowla lub nawet zespół budynków. „Natomiast wyraz muzealny jest przymiotnikiem wskazującym przynależność do Muzeum. Wielki Słownik Języka Polskiego definiuje „Muzealny – jako związany z muzeum – budynkiem w którym zabytki z różnych dziedzin sztuki, nauki, techniki są przechowywane i udostępniane zwiedzającym w formie wystaw. Zgodnie z powyższym prawidłową definicją „obektu muzealnego” jest budynek lub zespół budynków należących do Muzeum.” Nadto, analizując wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę, Zamawiający wystąpił z oficjalnym pismem do Uniwersytetu Bielsko-Bialskiego (w dniu 1 września 2023 nastąpiła zmiana nazwy Akademii Techniczno-Humanistycznej). W odpowiedzi, pismem z dnia 15 lutego 2024 r., znak KN-078/23/24 Akademia wyjaśniła, iż „Galeria Akademicka jest pomieszczeniem o powierzchni 79 m2 i znajduje się na IV piętrze w budynku dydaktyczno-administracyjnym. Nie jest obiektem muzealnym i nie jest także formalnie zarejestrowana jako galeria czy muzeum” oraz, że w okresie od kwiecień 2020 r. do końca marca 2021 r. w Galerii były organizowane i udostępniane dla zwiedzających liczne wystawy czasowe, dla których nie jest prowadzony rejestr, zaś o zorganizowanych wystawach można przeczytać na stronie internetowej Uniwersytetu oraz w mediach społecznościowych. Jak dalej wskazała Akademia, „W związku z tym, że pomieszczenie zajmowane przez Galerię

znajduje się na terenie Uczelni, była ona dozorowana jak każda inna powierzchnia w budynkach uczelnianych. Galeria nie stanowiła wydzielonego miejsca do całodobowego dozoru. Była chroniona kompleksowo jako mienia Uczelni. W Umowie nie wyznaczono szczególnych wymagań co do ochrony tego pomieszczenia." Zamawiający wskazał w ww. zawiadomieniu również, że bardzo uważnie przeanalizował dokumenty dotyczące postępowania przetargowego na „Ochronę i dozór mienia Akademii Techniczno-Humanistycznej” znak sprawy KN-ZZ-71/1/LJ/2020 dostępne na stronie BIP Uczelni, w ramach którego to postępowania Wykonawca świadczył usługę ochrony i według jego spostrzeżeń, w dokumentacji przetargowej nie ma ani jednego słowa o wykonywaniu ochrony w Galerii Akademickiej. W efekcie, Zamawiający nie kwestionuje faktu świadczenia przez Odwołującego usługi ochrony, lecz kwestionuje, że usługa była wykonywana w obiekcie muzealnym, czyli – jak wskazał – „(...) budynku, budynkach należących do muzeum, które ze względu na swoją specyfikę, wartość posiadanych eksponatów, zbiorów, muzealiów, funkcjonuje zgodnie z Ustawą o muzeach (Dz. U. z 2022 r. poz. 385.) oraz wymogami ustawowymi dotyczącymi ochrony zbiorów – Rozporządzeniem Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 2 września 2014 r., w sprawie zabezpieczania muzeum przed pożarem, kradzieżą i innym niebezpieczeństwem grożącym ich zniszczeniem lub utratą (Dz. U.2014, poz.1240), Rozporządzeniem Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 30 sierpnia 2004 w sprawie zakresu, form i sposobu ewidencjonowania zabytków w muzeach (Dz. U. 2004 nr 202 poz. 2073), Planem Ochrony Muzeum, Planem Ochrony Muzeum na wypadek konfliktu zbrojnego lub innych sytuacji kryzysowych, Statutem Muzeum, Regulaminem Organizacyjnym i innymi wewnętrznymi procedurami wdrożonymi przez Dyrektora Muzeum.” W świetle powyższego, w ocenie Zamawiającego Odwołujący, pomimo wezwania do wyjaśnień oraz wezwania do wskazania usługi spełniającej wymagania, nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego:

- 1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na pendrive, przesłaną do akt sprawy przez Zamawiającego w dniu 7 marca 2024 r., w tym w szczególności:
 - Ogłoszenie o zamówieniu nr 2024/BZP 00040768 z dnia 16 stycznia 2024 r.,
 - SWZ wraz z załącznikami,
 - Oferta Odwołującego,
 - Informacja z otwarcia ofert z 24 stycznia 2024 r.,
 - Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 23 lutego 2024 r.;
 - Korespondencję z Odwołującym dotyczącą podmiotowych środków dowodowych,
 - Protokół postępowania,
- 2) dokumenty dołączone do odwołania, wymienione w załącznikach odwołania;
- 3) dokumenty złożone przez Odwołującego na rozprawie w dniu 15 marca 2024 r., w tym dokumentację zdjęciową przedstawiającą Galerię oraz opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Akademię Techniczno-Humanistyczną w Bielsku-Białej dotyczący świadczonej przez Odwołującego usługi;
- 4) dokumenty złożone przez Zamawiającego na rozprawie w dniu 15 marca 2024 r., tj. dwie opinie – opinia Z.S. z dnia 10 marca 2024 r. oraz opinia prof. Jana Świącha z 4 marca 2024 r.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Przedmiotem sporu jest ustalenie, czy Odwołujący spełnia postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, dotyczącej wykonania: co najmniej 3 usług w zakresie ochrony osób lub mienia obiektu lub obiektów użyteczności publicznej, która spełnia następujące warunki: usługa wykonywana była przez okres co najmniej 12 miesięcy, usługa wykonywana w instytucji użyteczności publicznej, tj. instytucje ochrony dóbr kultury (muzea, skanseny, archiwa, biblioteki), instytucje finansowe, urzędy administracji państwowej i samorządowej, w tym co najmniej jedną usługę ochrony osób i mienia wykonywana w obiektach muzealnych, o wartości nie mniejszej niż 500.000,00 PLN netto. Jedną z usług, na które – na wykazanie spełnienia ww. warunku – powołał się Odwołujący była usługa wykonana na rzecz Akademii Techniczno-Humanistycznej w Bielsku Białej (aktualnie Uniwersytetu Bielsko-Bielskiego), Zamawiający zakwestionował zaś, by usługa ta w zakresie dotyczącym Galerii znajdującej się na terenie Uniwersytetu, była wykonywana w obiekcie muzealnym i miała wartość nie mniejszą niż 500.000,00 PLN.

Pojęcie „obektu muzealnego” nie zostało prawnie zdefiniowane. Nie zostało również zdefiniowane przez Zamawiającego w SWZ.

Jednocześnie – Odwołujący nie kierował do Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia wniosku o wyjaśnienie treści SWZ w tym zakresie, ani nie złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania kwestionującego treść SWZ. Wobec tego, na obecnym etapie postępowania za późno jest na podnoszenie wątpliwości co do rozumienia treści SWZ. Jednolite jest stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie. W szczególności, zgodnie z wyrokiem z 29 kwietnia 2022 r. (sygn. KIO 1001/22), wykonawca, który twierdzi, że treść dokumentacji budzi

jego wątpliwości – uwzględniając zawodową staranność wymaganą od profesjonalisty (art. 355 § 2 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 PZP) przy zachowaniu absolutnego minimum staranności wymaganej w takim przypadku od przedsiębiorcy – powinien zadać w tym zakresie zamawiającemu pytania celem uzyskania wyjaśnienia i doprecyzowania brzmienia wymogów, jakie ma spełnić.

Wobec braku wskazania przez Zamawiającego w SWZ na konkretną definicję, pojęcie „obiekt muzealny” powinno być interpretowane przy uwzględnieniu obowiązujących przepisów prawa oraz wszelkich innych możliwych instrumentów, w tym rozumienia potocznego. Słusznie w tym zakresie Zamawiający posłużył się słownikiem języka polskiego.

Rację ma Zamawiający twierdząc, iż w świetle Słownika Języka Polskiego PWN – obiekt muzealny to obiekt przynależny do muzeum, „dotyczący muzeum i jego zbiorów”. W zakresie zaś definicji słowa muzeum, Zamawiający powołał się na definicję muzeum zawartą w powszechnie obowiązującej ustawie z dnia 21 listopada 1996 r. o muzeach (Dz.U. 1997, Nr 5, poz. 24 ze zm.). Nie można zatem uznać, iż pojęcie „obiekt muzealny” – wobec braku zawartej w SWZ definicji – nie jest jasne.

W tym kontekście nieprawidłowe było jednak tłumaczenie Zamawiającego – na etapie postępowania odwoławczego – że skoro jakkolwiek obiekt prowadzony przez Akademię Techniczno-Humanistyczną w Bielsku Białej nie znajduje się w wykazie muzeów prowadzonym przez ministra właściwego do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego, oznacza to, że Galeria nie spełnia przesłanek uznania jej za muzeum. W SWZ mowa bowiem o „obiekcie muzealnym” a nie muzeum.

Jakkolwiek w przypadku niejasności postanowień SWZ stosuje się zasadę, że wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji stąd wynikających, tj. takie wątpliwości powinny być interpretowane na korzyść wykonawców – niemniej zasada ta ma moc tylko w razie, gdy mamy do czynienia z niejasnością treści SWZ.

Bez względu na powyższe, odwołanie nie mogło być uwzględnione przez Izbę, z uwagi na brak sformułowania w odwołaniu skutecznego, konkretnego i uzasadnionego zarzutu. Jedyne zarzuty zawarte w odwołaniu, a dotyczące naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 PZP był na tyle ogólny, że nie mógł stanowić samodzielnej podstawy odwołania.

Zgodnie z przywołaną regulacją, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty. Jakkolwiek, Odwołujący wskazał na czym miało polegać naruszenie ww. zasad postępowania, to jednak uczynił to w sposób nieprzekonujący. Zasadę nierównego traktowania odniósł bowiem do pozycji Zamawiającego i wykonawcy, a nie równej pozycji wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba nie znalazła również podstaw do uznania, że doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji – Odwołujący nie wykazał, by konkurencja w postępowaniu została w jakikolwiek sposób zakłócona, w tym np. by któryś z wykonawców miał większe szanse lub pozostawał w lepszej pozycji niż Odwołujący – w związku z okolicznościami innymi niż brane pod uwagę w ramach oceny kryteriów ofert. Odwołujący wskazał, że doszło do naruszenia zasady przejrzystości postępowania wskutek rozszerzenia przez Zamawiającego interpretacji SWZ dopiero na etapie wyboru oferty – niemniej w ocenie Izby do takiego działania Zamawiającego w niniejszej sprawie nie doszło. Zamawiający badając ofertę Odwołującego nie brał pod uwagę innego brzmienia warunku udziału w postępowaniu, niż opisany w SWZ. Fakt, że Odwołujący inaczej rozumiał warunek udziału w postępowaniu niż Zamawiający nie przesądza o tym, że to Zamawiający rozszerzył ten warunek na etapie wyboru oferty.

Niemniej, co najbardziej istotne, to zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, art. 16 PZP nie może stanowić samodzielnej podstawy zarzutu odwołania. „Zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ulegają konkretyzacji na gruncie dalszych przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, odnoszących się do określonych uprawnień i obowiązków zamawiającego. Jeśli czynność lub zaniechanie zamawiającego dotyczy konkretnych przepisów to odwołujący winien skonstruować zarzut poprzez wskazanie zasady i konkretnego przepisu.” (wyrok z dnia 26 marca 2021 r., sygn. KIO 597/21; tak też wyr. z 12 maja 2023 r., sygn. KIO 1196/23). Jeżeli zaś Odwołujący twierdzi, że doszło do naruszenia ww. zasad to winien uściślić taki zarzut poprzez powiązanie go z konkretnym przepisem ustawy. Izba rozpoznająca niniejsze odwołanie popiera powyższy pogląd. Przy czym, należy dodać, iż próba konkretyzacji dopiero na rozprawie, byłaby bezskuteczna – przepisy PZP zakazują bowiem rozszerzania zarzutów po terminie odwołania (art. 555 PZP).

W świetle powyższego, Izba nie miała wątpliwości, iż odwołanie jest nieuzasadnione, gdyż Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający naruszył przepisy PZP, w tym, że doszło do naruszenia ww. zasad postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 552 ust. 1 i art. 554 ust. 1 PZP, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie 557 PZP oraz w oparciu o przepisy 1 i 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 pobieraniu wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437 ze zm.).

Przewodnicząca: