

WYROK

Warszawa, dnia 9 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Chudzik

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 stycznia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zorga Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Klavo Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Valmind Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie,

w postępowaniu prowadzonym przez Muzeum Historii Polski w Warszawie;

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TARGET Spółka Jawna A.Ł., M.R. z siedzibą w Warszawie, J.G. J.K. ZAMEK Spółka Jawna z siedzibą w Warszawie, Aspekt Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu numerem 4;
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu numerem 3 i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert po uprzednim wezwaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TARGET Spółka Jawna A.Ł., M.R. z siedzibą w Warszawie, J.G. J.K. ZAMEK Spółka Jawna z siedzibą w Warszawie, Aspekt Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp – do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdz. XIX ust. 3 pkt 4 lit. b SWZ;
3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie;
4. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zorga Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Klavo Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Valmind Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie w części 2/3 oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TARGET Spółka Jawna A.Ł., M.R. z siedzibą w Warszawie, J.G. J.K. ZAMEK Spółka Jawna z siedzibą w Warszawie, Aspekt Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w części 1/3 i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 4.2. zasądza od Przystępującego na rzecz Odwołującego kwotę 6 200 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy dwieście złotych zero groszy);
 - 4.3. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 2 640 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące sześćset czterdzieści złotych zero groszy)
 - 4.4. zasądza od Przystępującego na rzecz Zamawiającego kwotę 1 320 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc trzysta dwadzieścia złotych zero groszy).

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:.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Muzeum Historii Polski w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Wykonywanie czynności obsługi publiczności, przez co rozumie się obsługę klienta w kasach biletowych i w sklepie muzealnym oraz usługi polegające na obsłudze ekspozycji i zwiedzających w*

Muzeum Historii Polski w okresie 2 lat Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 27 listopada 2023 r. pod numerem 00719838-2023.

W dniu 22 stycznia 2024 r. Konsorcjum Zorga Sp. z o.o., Klavo Sp. z o.o., Valmind Sp. z o.o. z wniosło odwołanie wobec wyboru oferty Konsorcjum: Target Sp. j. A.Ł. M.R., J.G., J.K., Zamek Sp. j., Aspekt Sp. z o.o. (dalej: Konsorcjum Target) jako najkorzystniejszej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1)art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b w zw. z art.116 ust. 2 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Target w związku z błędnym przyjęciem, że Konsorcjum dysponowało wymaganymi zdolnościami (odpowiednim zespołem), a to przez fakt, że 10/11 zespołu Target jest obecnie zaangażowane w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy, w tym w kilku miastach odległych od Warszawy;
- 2)art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Target, mimo że doświadczenie wskazane w ofercie nie spełnia warunków określonych w Rozdziale XIX pkt. 4 lit. a SWZ, ponieważ usługa wskazana w wykazie nie obejmowała wszystkich elementów obsługi zwiedzających, wymaganych SWZ;
- 3)art. 226 ust. 1 w zw. art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Target, mimo że doświadczenie Konsorcjum wskazane w ofercie nie spełnia warunków określonych w Rozdziale XIX pkt. 4 lit. b SWZ, ponieważ usługa wskazana w wykazie nie obejmowała obsługi organizacyjnej ani technicznej sali widowiskowej o pojemności nie mniejszej niż 300 miejsc siedzących wraz z usługą badania satysfakcji publiczności;
- 4)art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Target, mimo że oferta nie uwzględniała wszystkich kosztów niezbędnych do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów prawa dotyczących minimalnego wynagrodzenia pracowników, oraz innych kosztów niezbędnych na obsługę kontraktu o tej skali.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty Konsorcjum Target.

Zarzut nr 1

Odwołujący podniósł, że spośród 11 osób wskazanych jako zespół Konsorcjum Target, aż 10 osób nadal wykonuje swoje obowiązki na rzecz różnych muzeów, w tym zlokalizowanych w miejscach tak odległych od siedziby Zamawiającego jak Kraków, Malbork i Gdańsk. Zostało to wprost przyznane przez wykonawcę, który w wykazie osób wskazał w opisie długości doświadczenia, jakie te osoby posiadają: *od (...) – do chwili obecnej*.

Ponadto Odwołujący podniósł, że kluczowa funkcja koordynatora całego zespołu miałaby być pełniona przez osobę wykonującą analogiczne obowiązki dla Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku. W zestawieniu z faktem, że osoba ta jest wyraźnie powiązana z Gdańskiem (uczęszcza tam na studia), zachodzi istotna wątpliwość, czy osoba ta będzie w stanie jednocześnie wykonywać swoje obowiązki wymagające częstej obecności na spotkaniach koordynacyjnych, dla dwóch instytucji jednocześnie, nie przekraczając przy tym norm prawa pracy, przy czym instytucja Zamawiającego oddalona byłaby o blisko 350 kilometrów od Gdańska.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że 4 z tych osób, kierowanych na stanowiska wymagające obecności na ekspozycji Zamawiającego, pracują dla tej samej instytucji – Muzeum Historii Żydów Polskich POLIN. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia opublikowanym w postępowaniu, w którym zlecono Target obsługę POLIN, wykonawca zobowiązany jest zapewnić obsługę od 3 (4) do 8 stanowisk w zależności od dnia tygodnia (Odwołujący przedstawił na tę okoliczność wyciąg z SWZ postępowania prowadzonego przez POLIN). Potencjalne uszczuplenie zespołu obsługującego POLIN (stałe lub czasowe) o aż 4 osoby, stanowiłoby istotne ryzyko niedotrzymania obowiązków wykonawcy. Zdublowanie obowiązków mogłoby prowadzić do naruszenia przepisów prawa pracy i będzie musiało prowadzić do konfliktu interesów: wykonawca będzie musiał wybierać między właściwą realizacją umowy zawartej z POLIN albo z Zamawiającym.

Odwołujący stwierdził, że znana jest też osoba mająca pełnić funkcję kasjera – Z.R., były pracownik Odwołującego, obecnie pełniący funkcję kasjera/koordynatora zespołu wykonawcy obsługującego Muzeum Narodowe w Krakowie – oddział w Pawilonie Józefa Czapskiego. Funkcja ta, wymagająca stałej obecności w MNK, byłaby niemożliwa do połączenia z funkcją kasjera u Zamawiającego, który ma siedzibę w Warszawie.

Zdaniem Odwołującego wątpliwe jest, by osoby pracujące i mieszkające (co na pewno ma miejsce choćby w przypadku Z.R.) w tak odległych miastach od siedziby Zamawiającego, miały wyrazić zgodę na zmianę miejsca zamieszkania na Warszawę. Jeśli miałyby dojeżdżać, powstaje dodatkowa wątpliwość, czy koszt takich dojazdów został skalkulowany w cenie oferty, która i tak wydaje się być rażąco niska. Problem zaangażowania zespołu mającego

wykonywać zamówienie na ekspozycji Zamawiającego, w obsługę różnych w tym odległych instytucji, jest widoczny i możliwy do zidentyfikowania w oparciu o samą treść oferty.

Odwolujący stwierdził, że rozumie, iż zespół może zostać skompletowany na potrzeby danego zamówienia po jego udzieleniu, w tym także z osób obecnie zaangażowanych w inne projekty. Niemniej Zamawiający, zgodnie z normą art. 116 ustawy Pzp powinien racjonalnie ocenić, czy taki jest cel wykonawcy i czy jest to w ogóle możliwe. W tym przypadku rozległość problemu (10 z 11 osób) oraz pozostałe ww. argumenty wskazują na fikcyjność dysponowania zespołem wskazanym w wykazie osób, co musi prowadzić do naruszenia interesów Zamawiającego, poprzez faktyczne zastąpienie istotnej części z tych osób innymi, nieposiadającymi wymaganych umiejętności czy wykształcenia. Tym samym ucierpiałaby jakość usługi, na straży której stoją właśnie warunki udziału w postępowaniu. W ocenie Odwołującego zespół Target jest wskazany wyłącznie pro forma aby wypełnić warunki udziału w postępowaniu. Osoby te, w świetle racjonalnej oceny treści oferty, prawie na pewno nie zostałyby ostatecznie skierowane do obsługi Zamawiającego. Takie kształtowanie oferty stanowi naruszenie uczciwej konkurencji w stosunku do innych wykonawców, którzy posiadają dedykowany zespół, niezaangażowany obecnie w obsługę innych instytucji.

Zarzut nr 2

Odwolujący wskazał, w Rozdziale XIX pkt. 4 lit. a. SWZ Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem polegającym na: (...) obsłudze publiczności, ekspozycji, zwiedzających w instytucjach kultury o wartości brutto min 500 000 PLN brutto (obsługa zwiedzających, dbałość o bezpieczeństwo). Dodatkowo, w treści odpowiedzi na pytanie z dnia 21 grudnia 2023, udzielonym w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający dokonał wykładni, co rozumiane jest pod pojęciem „obsługa zwiedzających i dbałość o bezpieczeństwo”, odnosząc się do OPZ w postępowaniu oraz wyliczając zakres czynności składających się na ww. czynności. Co więcej, Zamawiający wskazał, że *doświadczenie polegające tylko na dozrze i ochronie fizycznej jest niewystarczające ze względu na charakter udzielanych usług*.

Odwolujący podniósł, że Konsorcjum Target przedstawiło wykaz usług posługujący się przekopiowaną z SWZ treścią warunku dotyczącego doświadczenia. Do wykazu dołączono jednak sprzeczne z wykazem co do zakresu przedmiotowego referencje z 8 stycznia 2024 r., z których jasno wynikało, że usługa świadczona na rzecz Zamku Królewskiego w Warszawie – Muzeum. Rezydencja Królów i Rzeczypospolitej świadczona była w przedmiocie, który w skrócie można opisać jako dozór i sprzątanie oraz ochrona i konwojowanie. Zatem Zamawiający powinien uznać takie doświadczenie za nieadekwatne.

Odwolujący podniósł, że jakkolwiek referencje mają co do zasady potwierdzać prawidłowe wykonanie usługi, zawierają także informacje o jej przedmiocie, czego nie sposób pominąć badając ofertę. W sytuacji gdy z jednej strony wykaz usług wypełniony jest treścią przekopiowaną z SWZ a referencją, która zawiera odmienny a naturalny i znacznie bardziej szczegółowy opis usługi jakiej dotyczy, uprawnionym jest przyjęcie, że opis w wykazie jest co najmniej niepełny lub wręcz błędny. Fakt oczywistej na pierwszy rzut oka rozbieżności między ofertą a wymogami Zamawiającego, winien skutkować uznaniem, że wskazane w wykazie usługi nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego, powyższej rozbieżności nie usuwa treść pisma przewodniego z 11 stycznia 2024 r., w treści którego Konsorcjum Target składa ogólne oświadczenie, jakoby usługi wskazane w wykazie usług miały spełniać warunki udziału w postępowaniu. Po pierwsze oświadczenie to nie wnosi do treści oferty nic ponad treść złożonego wykazu usług. Tam już raz wykonawca wskazał te usługi jako rzekomo spełniające warunki udziału w postępowaniu, cytując jego treść z SWZ. Konsorcjum Target w żaden sposób nie wyjaśniło rozbieżności ani nie wykazało zakresu faktycznie wykonanej usługi. Sama treść oświadczenia, mająca „korygować” treść referencji do formy akceptowalnej przez Zamawiającego, nie usuwa żadnych wątpliwości, które Zamawiający powinien był zauważyć i rozstrzygnąć zgodnie z przepisami ustawy i treścią własnych wymogów określonych w SWZ.

Zarzut nr 3

Odwolujący wskazał, że zgodnie w Rozdziale XIX pkt. 4 lit. b. SWZ Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem polegającym na: (...) *obsłudze Sali widowiskowej (obejmująca obsługę techniczną i organizacyjną) o pojemności nie mniejszej niż 300 miejsc siedzących wraz z usługą badania satysfakcji publiczności (także o wartości nie mniejszej niż 500 000 złotych brutto)*. Konsorcjum Target w treści wykazu usług wskazało usługę wykonaną na rzecz Zamku Królewskiego w Warszawie, w okresie 05.2017-04.2021, popierając wykaz referencją wystawioną 22 września 2021 r. Treść referencji dołączonych do wykazu usług wskazuje na zupełnie inny zakres przedmiotowy zamówienia, nieodnoszący się w żaden sposób ani do obsługi, w szczególności technicznej, sali widowiskowej, ani do prowadzenia badań satysfakcji publiczności. Rozbieżność ta winna być zauważona i rozstrzygnięta przez Zamawiającego.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, pismo przewodnie wykonawcy z 10 stycznia 2024 r., zawiera przyznanie, że

część świadczeń wymaganych przez Zamawiającego, a rzekomo wykonywanych w ramach wskazywanych usług (obsługa sali i badania publiczności) była „zlecana” pracownikom wykonawcy – co oznaczałoby, że nie było wykonywane na podstawie umowy a osobnych zleceń, z pominięciem wykonawcy. Nie jest ponadto jasne, czy obsługa sali i badania publiczności prowadzone były w toku obu usług, czy tylko drugiej z nich. Jeśli zaś były one osobno zlecane, jak twierdzi Target w piśmie przewodnim, to nie wchodziły w zakres podstawowej usługi. To, czy Target otrzymał za nie odrębne wynagrodzenie lub nie, jest tu bez znaczenia.

Zarzut nr 4

Odwołujący podniósł, że biorąc pod uwagę:

- wymogi Zamawiającego odnośnie do ilości roboczogodzin, zatrudnienia osób na podstawie umowy o pracę,
- obowiązujące przepisy prawa określające:
- wymiar etatu na podstawie umowy o pracę,
- minimalne wynagrodzenia oraz obciążenia związane z kosztami pracodawcy,
- obciążenia związane z zastępowaniem pracowników korzystających z urlopów lub zwolnień lekarskich,
- koszt obsługi kadrowej i księgowej oraz zapewnienia koordynacji wykonania usługi,
- racjonalny zysk wykonawcy,

nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie Konsorcjum Target. Kwestia powyższa była notyfikowana Zamawiającemu, który mimo to nie wezwał choćby do złożenia wyjaśnień odnośnie do sposobu kalkulacji ceny ofertowej.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpiło Konsorcjum: TARGET Spółka Jawna A.Ł., M.R. z siedzibą w Warszawie, J.G. J.K. ZAMEK Spółka Jawna z siedzibą w Warszawie, Aspekt Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Izba stwierdziła, że ww. Konsorcjum zgłosiło przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na Zamawiającego.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 4, w związku ze złożeniem przez Odwołującego oświadczenia o cofnięciu tego zarzutu.

Izba rozpoznała natomiast – na podstawie art. 523 ust. 3 ustawy Pzp – zarzut nr 3, który został przez Zamawiającego uwzględniony, w związku z wniesieniem przez Przystępującego sprzeciwu wobec tego uwzględnienia.

Zarzut nr 1

Zarzut jest niezasadny.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z rozdz. XIX ust. 3 pkt 9 SWZ: *Wykonawca musi wykazać dysponowanie (dysponuje lub będzie dysponował) osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tj.:*

- 1) *co najmniej jednej osoby na stanowisku Koordynatora, która posiada 12 miesięcy doświadczenia zawodowego w koordynowaniu, zarządzaniu personelem, zna język polski w stopniu co najmniej komunikatywnym, zna język angielski na poziomie min. B2, wykształcenie wyższe lub w trakcie studiów.*

UWAGA: Dopuszcza się, żeby osoba na stanowisku Koordynatora pełniła równolegle funkcje pracownika obsługi publiczności.

- 2) *co najmniej ośmiu osób na stanowisku pracownik obsługi publiczności: Asystent ekspozycji (...)*

- 3) *co najmniej dwóch osób na stanowisku Pracownik obsługi publiczności: Kasjer (...)*

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku Przystępujący przedstawił wykaz osób, w których do poszczególnych

funkcji wskazał następujące osoby:

- 1.K.K. – koordynator, doświadczenie: Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku od dnia 12.07.2022r. – do chwili obecnej,
- 2.M.P. – asystent ekspozycji, doświadczenie: Muzeum Zamkowe w Malborku od 01.01.2023r. do chwili obecnej,
- 3.J.B. – asystent ekspozycji, doświadczenie: Muzeum Historii Żydów Polskich POLIN od 01.01.2023r. do chwili obecnej,
- 4.A.A. – asystent ekspozycji, doświadczenie: Muzeum Historii Żydów Polskich POLIN od 01.01.2023r. do chwili obecnej,
- 5.K.S. – asystent ekspozycji, doświadczenie: Muzeum Historii Żydów Polskich POLIN od 01.01.2023r. do chwili obecnej,
- 6.A.K. – asystent ekspozycji, doświadczenie: Muzeum Narodowe w Warszawie od 01.01.2023r. do chwili obecnej,
- 7.B.K. – asystent ekspozycji, doświadczenie: Muzeum Narodowe w Warszawie od 01.01.2023r. do chwili obecnej,
- 8.W.H. – asystent ekspozycji, doświadczenie: Muzeum Pałacu Króla Jana III w Wilanowie od 01.01.2023r. do chwili obecnej,
- 9.B.B. – asystent ekspozycji, doświadczenie: Muzeum Historii Żydów Polskich POLIN od 01.01.2023r. do chwili obecnej,
- 10.Z.R. – kasjer, doświadczenie: Muzeum Narodowe w Krakowie od dnia 12.07.2023r. do chwili obecnej,
- 11.K.Ż. – kasjer, doświadczenie: ZAMEK Sp.j. od dnia 01.01.2023r. do 31.08.2023r.

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. W ocenie Izby nie zachodziły przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego z powodów wskazanych w ramach przedmiotowego zarzutu.

Po pierwsze podkreślenia wymaga, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie twierdzeń, że Przystępujący nie dysponuje na potrzeby przedmiotowego zamówienia osobami wskazanymi przez niego w wykazie osób. Zarzut został oparty wyłącznie na daleko idących przypuszczeniach Odwołującego, że osoby te *prawie na pewno nie zostałyby ostatecznie skierowane do obsługi Zamawiającego*. Odwołujący nie podjął nawet próby poparcia swoich twierdzeń jakimikolwiek dowodami.

Podniesiony przez Odwołującego zarzut został oparty na twierdzeniach o tym, że 10 z 11 osób wskazanych w wykazie jest zaangażowanych w realizację innych zadań, w odległych od siedziby Zamawiającego miejscach. Okoliczności te, których zresztą Przystępujący nie kwestionował, nie mogą stanowić – zdaniem Izby – dowodu na zasadność zarzutu.

Po pierwsze, nie znając wyniku przetargu wykonawca nie ma obowiązku zatrudniać pracowników przeznaczonych specjalnie do wykonywania zamówienia, o którego udzielenie dopiero się ubiega. Sytuacją typową jest to, że personel wykonawcy jest w trakcie postępowania przetargowego zaangażowany w realizację innych zadań, wykonawca ma natomiast obowiązek tak dysponować swoją kadrą, żeby wywiązać się ze zobowiązań wobec poszczególnych zamawiających. Odwołujący w żadnej mierze nie wykazał, że istnieje jakkolwiek obiektywna niemożliwość skierowania do realizacji zamówienia osób wskazanych przez Przystępującego w wykazie, poprzestał na wyrażeniu jedynie subiektywnych wątpliwości. W szczególności nie zostało wykazane, że Przystępujący jest zobowiązany wcześniej zawartymi umowami do realizowania zamówień za pomocą tych właśnie osób, bez możliwości dokonania zmian w składzie personelu.

Po drugie, o braku możliwości dysponowania wskazanymi w wykazie osobami na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia, nie świadczy fakt, że osoby te obecnie pracują lub mieszkają w miejscach oddalonych od siedziby Zamawiającego. Okoliczność ta nie uprawnia do wniosku, że nie mogą one zostać skierowane do realizacji zamówienia, a Odwołujący nie uprawdopodobnił nawet, że osoby te nie zamierzają zmienić miejsca pracy lub zamieszkania, a tym samym, że zostały wskazane w wykazie osób wbrew swojej woli oraz planom zawodowym.

Podkreślenia wymaga, że subiektywne i gołosłowne wątpliwości Odwołującego w zakresie wywiązania się przez Przystępującego z obowiązku skierowania do wykonywania zamówienia osób wskazanych w wykazie, nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut nr 2

Zarzut jest niezasadny.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z rozdz. XIX ust. 3 pkt 4 lit. a SWZ wykonawca zobowiązany był wykazać się doświadczeniem w wykonaniu

lub wykonywaniu przez okres co najmniej 12 miesięcy usług polegającej na obsłudze publiczności ekspozycji, zwiedzających w instytucjach kultury o wartości brutto min 500 000,00 PLN brutto (obsługa zwiedzających, dbałość o bezpieczeństwo).

W dniu 21 grudnia 2023 r. Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi na pytanie, czy wystarczającym do wykazania spełniania warunku określonego w rozdz. XIX ust. 3 pkt 4 lit. a SWZ jest przedstawienie usług polegających na dozorze i ochronie fizycznej:

Doświadczenie polegające tylko na dozorze i ochronie fizycznej jest niewystarczające ze względu na charakter udzielanych usług. Obsługa publiczności, na której zależy MHP ma być nakierowana na aktywne asystowanie zwiedzającym, ponadto w OPZ Zamawiający szczegółowo opisał, co rozumie poprzez obsługę publiczności. OPZ jednoznacznie wskazuje, że osoby oddelegowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia powinny bardziej wyspecjalizowane niż pracownicy ochrony.

Obsługa publiczności rozumiana przez: udzielanie informacji o ofercie programowej Muzeum tj. ofercie zwiedzania i wydarzeniach naukowych i kulturalnych odbywających się w Muzeum, zwracanie uwagi na osoby potrzebujące pomocy, np. osoby, które straciły orientację w budynku, informowanie o kierunkach na wystawie i rodzajach ścieżek, pomoc gościom w obsłudze wind, jeśli zajdzie taka potrzeba, asysta osób z niepełnosprawnością – dostarczenie wózka inwalidzkiego, który znajduje się w szatni, pomoc w dojściu do toalety czy szatni, wiedza na temat wystaw i eksponatów, ale także sprzedaż biletów, przygotowywanie raportów, obsługa kasy fiskalnej i terminala, zdolność do przeprowadzania badań publiczności, sprzedaż produktów w sklepie muzealnym, dbanie o ekspozycję sklepu muzealnego, wystawianie faktur, realizacja zwrotów zakupionych biletów towarów, przygotowywanie, kontrola, wydawanie i odbiór sprzętu do oprowadzania grupowego. (...)

Na potwierdzenie spełniania tego warunku Konsorcjum Target przedstawiło wykaz usług, w którym w poz. 1 wskazało następujące zadanie:

Lp.	Przedmiot umowy	Wartość usługi zł brutto	Podmiot na rzecz którego usługi zostały wykonane	Data wykonania	Podstawa dostępności usług	
					Własna	Udostępniona
1	Dozór ekspozycji – obsługa publiczności, ekspozycji, zwiedzających, dbałość o bezpieczeństwo ekspozycji, zwiedzających	Ponad 800 000,00 zł brutto	Zamek Królewski w Warszawie	01.05.2021r. – do chwili obecnej	Własna – ZAMEK Sp.j.	

Konsorcjum Target przedstawiło poświadczenie wystawione przez Zamek Królewski w Warszawie, w którym stwierdza się:

Na podstawie zawartej umowy obowiązującej od dnia 01.05.2021 r. do chwili obecnej konsorcjum Spółka Jawna „Zamek” J.G., J.K. i TARGET Spółka Jawna A.Ł. M.R. świadczy dla Zamku Królewskiego w Warszawie usługi ochrony, w następującym zakresie:

- dozoru stałych i czasowych ekspozycji muzealnych;*
- całodobowej ochrony fizycznej kompleksu zabudowań;*
- zadania codziennego, a także czasowego sprzątnięcia sal wystawowych;*
- ochrony różnego rodzaju imprez, wystaw czasowych i wernisaży;*
- konwojowania dzieł sztuki i eksponatów muzealnych dla Zamku Królewskiego o różnych wartościach.*

Do dnia wydania poświadczenia wszelkie usługi realizowane przez Spółki były wykonywane z należytą starannością.

W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo ustalił, że usługa realizowana przez Przystępującego na rzecz Zamku Królewskiego w Warszawie, potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Izba wzięła pod uwagę, że Zamawiający po wniesieniu odwołania zwrócił się do Zamku Królewskiego w Warszawie z prośbą o informację, czy w ramach umowy wskazanej w wykazie usług Przystępujący wykonywał czynności: dozór ekspozycji – obsługa publiczności, ekspozycji, zwiedzających, dbałość o bezpieczeństwo ekspozycji, zwiedzających. Zamawiający uzyskał wyraźne i jednoznaczne potwierdzenie, że zakres umowy obejmował ww.

czynności. Tożsamą informację pozyskaną od Zamku Królewskiego w Warszawie przedstawił w postępowaniu odwoławczym Przystępujący (pismo z 5 lutego 2024 r.). Wobec powyższego należy stwierdzić, że umowa dotyczyła szerszego zakresu usług, niż tylko dozór i ochrona fizyczna (które w świetle udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień były niewystarczające) i obejmowała czynności polegające na aktywnym asystowaniu zwiedzającym.

W ocenie Izby, przedstawiony przez Odwołującego dowód w postaci wyciągu z OPZ dotyczącego usługi wskazanej w wykazie nie daje podstaw do odmiennej oceny. Wynika z niego, że zakres usług był szerszy niż dozór i ochrona fizyczna i obejmował m.in. udzielanie zwiedzającym informacji dotyczących zachowania się na ekspozycji, o kierunkach zwiedzania, drogach ewakuacji, toaletach, kierowanie ruchem zwiedzających, itp.

Ponadto – w ocenie Izby – odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 1 do SWZ nie można rozumieć w ten sposób, że na obsługę publiczności musiały składać się wszystkie kazuistycznie wymienione przez Zamawiającego w tej odpowiedzi czynności. Listę tych czynności należy uznać raczej za wskazanie przykładów tego, co Zamawiający rozumie przez rodzaj czynności określonych przez niego jako *obsługa publiczności*, niż za listę koniecznych elementów usługi, które bez wyjątków musiał obejmować przedmiot zamówienia. W przeciwnym razie należałoby uznać za nieprzydatną na potrzeby warunku udziału w postępowaniu usługę, w odniesieniu do której w OPZ nie wyszczególniono np. pomocy w obsłudze wind, pomocy w dojściu do toalety czy obsługi kasy fiskalnej. Trudno zakładać, aby taka właśnie była intencja Zamawiającego.

Zarzut nr 3

Zarzut jest zasadny.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z rozdz. XIX ust. 3 pkt 4 lit. b SWZ wykonawca zobowiązany był wykazać się doświadczeniem w wykonaniu lub wykonywaniu przez okres co najmniej 12 miesięcy usług polegającej na obsłudze sali widowiskowej (obejmującą obsługę techniczną i organizacyjną) o pojemności nie mniejszej niż 300 miejsc siedzących wraz z usługą badania satysfakcji publiczności (także o wartości nie mniejszej niż 500 000 złotych brutto).

Na potwierdzenie spełniania tego warunku Konsorcjum Target przedstawiło wykaz usług, w którym w poz. 2 wskazało następujące zadanie:

Lp.	Przedmiot umowy	Wartość usługi zł brutto	Podmiot na rzecz którego usługi zostały wykonane	Data wykonania	Podstawa dostępności usług	
					Własna	Udostępniona
2	Dozór ekspozycji – obsługasali widowiskowej (obejmująca obsługę techniczną i organizacyjną) o pojemności ponad 300 miejsc siedzących wraz z usługą badania satysfakcji publiczności	Ponad 800 000,00zł brutto	Zamek Królewski w Warszawie	01.05.2017r. – 30.04.2021r.	Własna – ZAMEK Sp.j.	

Konsorcjum Target przedstawiło poświadczenie wystawione przez Zamek Królewski w Warszawie, w którym stwierdza się:

Na podstawie zawartej umowy od dnia 01.05.2017 r. do dnia 30.04.2021 r. konsorcjum Spółka Jawna „Zamek” J.G., J.K. i TARGET Spółka Jawna A.Ł. M.R. świadczyło dla Zamku Królewskiego w Warszawie usługi ochrony, w następującym zakresie:

- dozoru stałych i czasowych ekspozycji muzealnych;*
- całodobowej ochrony fizycznej kompleksu zabudowań;*
- zadania codziennego, a także czasowego sprzątnięcia sal wystawowych;*
- ochrony różnego rodzaju imprez, wystaw czasowych i wernisaży;*
- konwojowania dzieł sztuki i eksponatów muzealnych dla Zamku Królewskiego o różnych wartościach.*

Do dnia 30.04.2021 r. wszelkie usługi realizowane przez Spółki były wykonywane z należytą starannością.

W ocenie Izby ww. usługi nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Wskazać należy, że Zamawiający uzyskał informację z Zamku Królewskiego w Warszawie na temat zakresu czynności wykonywanych w ramach przedmiotowej umowy (pismo z 31 stycznia 2024 r.). Z informacji tej wynika, że wykonawca wykonywał czynności *dozoru ekspozycji i obsługi techniczno-administracyjnej podczas imprez, w tym sali widowiskowej o pojemności nie mniejszej niż 300 miejsc siedzących; przedmiot umowy nie obejmował usługi badania satysfakcji publiczności*. Informacja ta potwierdza więc niezasadność twierdzeń Odwołującego o nierealizowaniu obsługi, w szczególności technicznej, sali widowiskowej, a Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie dowodów przeciwnych. Jednocześnie Zamek Królewski w Warszawie jednoznacznie potwierdził, że umowa nie obejmowała usługi badania satysfakcji publiczności, co było elementem wymaganym przez Zamawiającego w treści warunku. Oświadczenie własne Przystępującego nie może być natomiast uznane za dowód przeciwny w stosunku do informacji udzielonej przez odbiorcę usług.

Powyższej oceny nie zmieniają również złożone przez Przystępującego dowody. Po pierwsze, pismo wykonawcy J.G. Jerzy Kotwa ZAMEK Sp. j. skierowane do Zamku Królewskiego w Warszawie, z prośbą o wyrażenie zgody na przeprowadzenie badań satysfakcji publiczności (dowód nr 2) potwierdza, że umowa tego zakresu nie obejmowała - gdyby było inaczej, wykonawca nie występowałby z takim pismem, nie musiałby uzyskiwać na takie czynności zgody, ale byłby do tych czynności zobowiązany. Jeśli natomiast badania takie zostały przeprowadzone dla własnych celów wykonawcy, nie na podstawie umowy z Zamkiem Królewskim, ale przy okazji jej wykonywania, nie może to być uznane za spełniające wymagania określone w warunku udziału w postępowaniu. Warunek ten należy bowiem rozumieć w ten sposób, że wykonawca realizował zleconą mu usługę obejmującą badanie satysfakcji publiczności. Jeśli badanie takie nie zostało mu zlecone w ramach umowy, to nie zostało objęte odpowiedzialnością kontraktową wykonawcy, a także wystawionym przez odbiorcę usług poświadczeniem należytej realizacji.

Niezależnie od powyższego, zdaniem Izby, istnieją wątpliwości, czy czynności, na które uzyskano zgodę Zamku Królewskiego w Warszawie, można uznać za badanie satysfakcji publiczności. O ile można stwierdzić, że nie musiały to być badania przeprowadzone z użyciem zaawansowanych narzędzi socjologicznych (wymagania w tym zakresie nie zostały bowiem sprecyzowane), to jednak z przedstawionych przez Przystępującego raportów z tych badań wynika jedynie, że prowadzono rozmowy i odnotowywano opinie zwiedzających, a Przystępujący nie przedstawił wyników takich badań. Nie wiadomo więc, czy wnioski z takich rozmów mogą być uznane za pomocne i miarodajne z punktu widzenia celów, jakim służą badania satysfakcji publiczności.

Potwierdzeniem, że przedmiot umowy obejmował badanie satysfakcji publiczności, nie są również przedstawione przez Przystępującego dowody nr 5 i 6. Po pierwsze, z opisu przedmiotu zamówienia wynika jedynie obowiązek udzielania informacji zwiedzającym, po drugie – przekazywanie przełożonym uwag i spostrzeżeń dotyczących bezpieczeństwa i wykonywanie innych poleceń przełożonych z pewnością nie świadczy o prowadzeniu badań satysfakcji publiczności.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że Przystępujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. XIX ust. 3 pkt 4 lit. b SWZ. Odrzucenie oferty Przystępującego z tego powodu – czego domagał się Odwołujący – byłoby jednak przedwcześnie. Zauważenia wymaga, że kwestionowany wykaz usług został złożony w odpowiedzi na wezwanie skierowane na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, a Zamawiający nie zastosował procedury określonej w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że 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. Nie zostało wykazane, aby zachodziły okoliczności uzasadniające odstąpienie od takiego wezwania. W związku z tym Izba nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert po uprzednim wezwaniu Przystępującego – w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp – do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdz. XIX ust. 3 pkt 4 lit. b SWZ.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 lit. a, b oraz § 7 ust. 2 pkt 3, ust. 4 i ust. 6 z 2020 r. poz. 2437). W związku z uwzględnieniem odwołania w zakresie jednego zarzutu (który został uwzględniony przez Zamawiającego, a Przystępujący wniósł sprzeciw wobec tego uwzględnienia) i oddaleniem odwołania w zakresie dwóch zarzutów, kosztami postępowania, stosownie do jego wyniku, obciążono

Odwołującego w części 2/3 i Przystępującego w części 1/3. Na koszty postępowania odwoławczego składa się wpis w wysokości 15.000 zł, koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3.600 zł, koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3.600 zł oraz koszty dojazdu Zamawiającego na rozprawę w wysokości 358,16 zł (razem 22.558,16 zł). Zatem Odwołujący odpowiada za koszty postępowania do kwoty 15.040 zł, a Przystępujący – do kwoty 7.520 zł.

Przewodnicząca:.....