

Sygn. akt: KIO 3288/23

WYROK
z dnia 17 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 listopada 2023 r. przez wykonawcę: **Impel S.A., ul. Antoniego Słonimskiego 1, 50304 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez: **Muzeum Historii Polski w Warszawie, ul. Mokotowska 33/35, 00560 Warszawa** orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: Muzeum Historii Polski w Warszawie, ul. Mokotowska 33/35, 00560 Warszawa:

a) zmodyfikowanie Rozdziału XIX pkt 3.2.1 Specyfikacji Warunków Zamówienia odpowiednio uwagi nr 3 w tym Rozdziale poprzez dodanie dodatkowego zdania, tzn. w ten sposób, że jako jedną usługę na kwotę 2 mln PLN brutto będzie rozumiana także taka usługa, która będzie wykonywana nieprzerwanie na rzecz jednego Zamawiającego na podstawie kilku następujących po sobie bez przerwy kontraktów (umów) trwających wielokrotność 12 miesięcy na przykład 24, 36 miesięcy, wobec potwierdzenia się zarzutu odwołania naruszenia przez Zamawiającego: Muzeum Historii Polski w Warszawie, ul. Mokotowska 33/35, 00560 Warszawa art. 112 ust. 1 i 2 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) poprzez wadliwy opis przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w Specyfikacji Warunków Zamówienia.

2. Kosztami postępowania obciąża Muzeum Historii Polski w Warszawie, ul. Mokotowska 33/35, 00560 Warszawa i

2.1 zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Impel S.A., ul. Antoniego Słonimskiego 1, 50304 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Muzeum Historii Polski w Warszawie, ul. Mokotowska 33/35, 00560 Warszawa** rzecz **Impel S.A., ul. Antoniego Słonimskiego 1, 50304 Wrocław** kwotę **19 409 zł 76 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy czterysta dziewięć złotych siedemdziesiąt sześć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wpisu oraz wydatków pełnomocnika i dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 3288/23

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Ochrona fizyczna obiektu Muzeum Historii Polski w Warszawie – II”. (Numer referencyjny: RZP/33/PN/U/2023), zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24.10.2023 r. pod nr 2023/S 205-644916 przez Muzeum Historii Polski w Warszawie, ul. Mokotowska 33/35, 00560 Warszawa zwanej dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwana dalej: „NPzp” albo „PZP” albo „pzp”. W tym samym dniu opublikowano postanowienia Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ” (na platformie przetargowej pod adresem: <https://muzhp.eb2b.com.pl/>).

Dnia 03.11.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem postanowień SWZ z 24.10.2023 r. złożyło Impel S.A., ul. Antoniego Słonimskiego 1, 50304 Wrocław zwane dalej: „Impel S.A.” albo „Odwołującym”. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (na platformie przetargowej pod adresem: <https://muzhp.eb2b.com.pl/>).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów, które ma wpływ na wynik postępowania w sprawie zamówienia publicznego tj. art. 112 ust. 1 i 2 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wadliwy opis przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w SWZ.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych

przez Odwołującego postanowień SWZ w zakresie i brzmieniu zaproponowanym przez Odwołującego w odwołaniu.

W dniu 24.10.2023 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu oraz SWZ dotyczące przedmiotowego zamówienia. W ocenie Odwołującego postanowienia SWZ naruszają przepisy NPZP.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w treści SWZ w Rozdziale XIX pkt 3.2.1 postawił następujący warunek udziału:

„Wykonawca musi wykazać, iż w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje należycie co najmniej 2 usługi trwające przez okres co najmniej 12 miesięcy każda, polegające na ochronie osób i mienia w budynku/budynkach muzeum wpisanego do Państwowego Rejestru Muzeów prowadzonego przez Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego o powierzchni wystawowej co najmniej 3 000 m², na kwotę min. 2 000 000,00 PLN brutto każda.”

W opinii Odwołującego opisany przez Zamawiającego w SWZ warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie terminu świadczenia usługi przez 12 miesięcy oraz wartości minimalnej usługi na poziomie 2.000.000 PLN brutto, stanowi warunek nadmierny na gruncie przepisu art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt. 2 ustawy prawo zamówień publicznych i nie znajduje żadnego uzasadnienia w celu postępowania, jakim jest wyłonienie wykonawcy, dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający w prowadzonym postępowaniu o zamówienie publiczne określił poziom wymaganego doświadczenia w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, czym bez uzasadnionej przyczyny, bezpodstawnie ograniczył konkurencję w postępowaniu. Powyższe warunki udziału, nie znajdują usprawiedliwienia w realnych powodach (potrzebach zamawiającego), które stopień ograniczenia konkurencji mogą sankcjonować i uzasadniać (wyrok KIO 233/11).

Odwołujący podnosi ponadto, że w poprzednio prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, które obejmowało tożsamy przedmiot zamówienia, Zamawiający również sformułował warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w sposób ograniczający dostęp wykonawców do zamówienia, co skutkowało odwołaniem do KIO i ostatecznie złożeniem oferty tylko przez jednego wykonawcę. Fakt ten potwierdza zatem twierdzenie Odwołującego, że tak postawiony warunek udziału bezwzględnie ogranicza konkurencyjność postępowania. Odwołujący, na dowód powyższych twierdzeń, dołącza dokumenty z poprzedniego postępowania o zamówienie publiczne.

Odwołujący podkreśla, że w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ustawy prawo zamówień publicznych, zamawiający ma prawo i obowiązek opisanie, jak będzie oceniał ich spełnianie przez wskazanie minimalnych wymagań, które muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego. Zamawiający kształtując ten opis, aby nie narazić się na zarzut naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, obowiązany jest zachować niezbędną równowagę pomiędzy jego interesem, polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego, a interesem poszczególnych wykonawców, których nie wolno, poprzez wprowadzanie nadmiernych i wygórowanych wymagań, eliminować z udziału w postępowaniu.” (KIO 1721/11).

Celem przepisu art. 112 ustawy prawo zamówień publicznych jest umożliwienie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcom nie podlegającym wykluczeniu z postępowania, a posiadającym wymagane uprawnienia, potencjał, wiedzę i doświadczenie, którzy w przypadku uzyskania zamówienia publicznego zdolni będą do jego należytego wykonania.

Zgodnie z aktualną regulacją zawartą w art. 112 ustawy prawo zamówień publicznych opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1 ww. przepisu, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Istotne w ocenie Odwołującego jest wskazanie, iż opis sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu, który nie jest w stosunku do niego proporcjonalny, narusza zasadę uczciwej konkurencji.

Zgodnie z opinią UZP, opis warunków powinien być dokonywany „przez pryzmat celu, jakemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia”. Opis warunków udziału w postępowaniu dokonany przez zamawiającego nie może zatem wykraczać poza ten cel.

Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 112 ustawy prawo zamówień publicznych, jeżeli w postępowaniu wymagać będzie przykładowo dysponowania przez wykonawcę potencjałem, który nie będzie niezbędny do prawidłowego wykonania zamówienia. Opis „proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” oznacza, iż „opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia”

Jak powszechnie wiadomo, zasady uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności wynikają wprost z art. 16 ust. 1-3 ustawy prawo zamówień publicznych i są fundamentalnymi zasadami prawa zamówień publicznych. Zamawiający ma obowiązek ich przestrzegania zarówno w fazie przygotowywania, jak i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym także przy opracowywaniu specyfikacji warunków zamówienia. Zamawiający musi postępować tak, aby zapewnić zachowanie uczciwej konkurencji i w przyszłości równo traktować wszystkich wykonawców.

Ponadto drugą równie istotną, co zachowanie uczciwej konkurencji, zasadą sprecyzowaną przez ustawodawcę w art. 16 ust. 1-3 ustawy prawo zamówień publicznych, jest zasada przejrzystości i proporcjonalności w postępowaniu o

udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe oznacza, że Zamawiający zobligowany jest do sprawiedliwego traktowania uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zarówno w fazie przygotowania, jak i przeprowadzenia tegoż postępowania. W szczególności Zamawiający zobowiązany jest do opracowania specyfikacji warunków zamówienia w sposób zapewniający równe traktowanie wszystkich Wykonawców. Za niezgodne z przedmiotową zasadą będzie opisywanie przedmiotu zamówienia, w sposób który uniemożliwił będzie dostęp do udziału w postępowaniu lub stawiął wybranych wykonawców w uprzywilejowanej sytuacji wobec pozostałych.

Orzecznictwo KIO oraz Sądu Okręgowego w Warszawie potwierdza wyrażony wcześniej pogląd o możliwości określania kryteriów oceny spełniania warunków (opisu sposobu spełniania warunków), o ile sformułowane są one w sposób obiektywny nie naruszający zasad uczciwej konkurencji. Ustawa dopuszcza bowiem stawianie kryteriów obiektywnych, zgodnych z zasadami uczciwej konkurencji, mających na względzie charakter i zakres udzielanego zamówienia, które prowadzą do obiektywnej weryfikacji zdolności wykonawców pod względem ich zdolności do należytego wykonania zamówienia publicznego.

Odwolujący wnosił o zmianę postanowień treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SWZw zakresie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej przez:

- uznanie przez Zamawiającego, jako jednej odrębnej usługi, każdego okresu świadczenia tej usługi przez okres 12 miesięcy (każda usługa spełnia warunek wartości min. 2 000 000 zł brutto, ale świadczona jest na podstawie jednej umowy trwającej wielokrotność 12 miesięcy np. 24 lub 36 miesięcy);
- albo: przedłużenie okresu, w którym świadczone były wymagane usługi do 4 lub 5 lat;
- albo: uznanie jako jedną usługę taką usługę, która wykonywana była nieprzerwanie na rzecz jednego zamawiającego na podstawie dwóch lub trzech następujących po sobie bez przerwy kontraktów (umów).

Zamawiający w dniu 06.11.2023 r. (na platformie przetargowej pod adresem: <https://muzhp.eb2b.com.pl/>) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenie przystąpienia nie miało miejsca.

W dniu 15.11.2023 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wносиło oddalenie zarzutów odwołania w całości. Kopia odpowiedzi na odwołanie została przekazana Odwołującemu.

Zamawiający ustosunkowując się do zarzutów przedstawionych przez Odwołującego, dotyczących treści warunków udziału w postępowaniu wskazuje, że warunki udziału w postępowaniu określone zostały w sposób zgodny z przepisami ustawy, są adekwatne do zakresu przedmiotu zamówienia oraz odpowiadają potrzebom Zamawiającego związanym z prawidłową realizacją usług ochrony obiektu, w którym usługi będą świadczone. Odnosząc się do zarzutów zawartych w odwołaniu, Zamawiający wskazał jak poniżej. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu nieadekwatność warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego doświadczenia, określonego w Rozdz. XIX ust. 3 pkt 3.2. SWZ, o treści: „Wykonawca musi wykazać, iż w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje należycie co najmniej 2 usługi trwające przez okres co najmniej 12 miesięcy każda, polegające na ochronie osób i mienia w budynku/budynkach muzeum wpisanego do Państwowego Rejestru Muzeów prowadzonego przez Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego o powierzchni wystawowej co najmniej 3.000 m2, na kwotę min. 2.000.000,00 PLN brutto każda”, do przedmiotu zamówienia, czym bez uzasadnionej przyczyny, bezpodstawnie ograniczył konkurencję w postępowaniu. Zamawiający wskazał, iż powyższy warunek udziału w postępowaniu był przedmiotem rozpoznania przez KIO w wyniku wniesienia odwołań w dniu 3 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę Basma Security W przedmiotowym odwołaniu skład orzekający wskazał wprost, że warunek należy uznać za prawidłowy i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej, w tym w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ”.

Dodatkowo Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone przez Odwołującego do odwołania na okoliczności wskazane w odwołaniu:

- 1) SWZ_3724800 - postępowanie 1;
- 2) SWZ_3858714 - postępowanie 2;
- 3) pytania_do_postepowania_AU-000029 - postępowanie 1;
- 4) informacja_z_otwarcia_ofert_3761287 - postępowanie 1;

5) ogłoszenie o zamówieniu_3858713.

Poza tym, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone przez Odwołującego na rozprawie:

- list referencyjny z 08.11.2023 r. wystawiony przez Muzeum Wsi Lubelskiej w Lublinie na okoliczność wykazania adekwatności doświadczenia w kontekście wnioskowanej zmiany przez Odwołującego w odwołaniu.

Jednocześnie Izba wzięła pod uwagę załączony przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie – wyrok KIO z 18.08.2023 r., sygn. akt: KIO 2290/23.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wzięły pod uwagę treść odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie, jak i stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- art. 112 ust. 1 i 2 PZP poprzez wadliwy opis przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w SWZ.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W następnej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego.

Izba przywołuje wskazaną w pismach treść postanowienia SWZ, w szczególności Rozdziału XIX pkt 3.2.1 w zakresie zdolności technicznej i zawodowej: *„Wykonawca musi wykazać, iż w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje należycie co najmniej 2 usługi trwające przez okres co najmniej 12 miesięcy każda, polegające na ochronie osób i mienia w budynku/budynkach muzeum wpisanego do Państwowego Rejestru Muzeów prowadzonego przez Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego o powierzchni wystawowej co najmniej 3.000 m², na kwotę min. 2.000.000,00 PLN brutto każda.*

Uwaga nr 3.

W przypadku usług będących w trakcie wykonywania, wymagania w zakresie wartości i terminu wykonywania danej usługi, dotyczą części umowy już zrealizowanej (tj. od dnia rozpoczęcia wykonywania usługi do upływu terminu składania ofert) i te parametry (wartość i termin) wykonywania usługi Wykonawca obowiązany jest podać w Wykazie usług. Jedna usługa oznacza jedną umowę.

Uwaga nr 4.

Dla potrzeb oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego powyżej, jeśli wartość lub wartości zostaną podane w walutach innych niż PLN, Zamawiający, jako kurs przeliczeniowy waluty przyjmie średni kurs danej waluty publikowany przez Narodowy Bank Polski w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Jeżeli w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, Narodowy Bank Polski nie publikuje średniego kursu danej waluty, za podstawę przeliczenia przyjmuje się średni kurs waluty publikowany pierwszego dnia, po dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, w którym zostanie on opublikowany.

Uwaga nr 5

Mając na uwadze art. 117 ust. 1 ustawy Zamawiający zastrzega, że w sytuacji składania oferty przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz analogicznie w sytuacji, gdy Wykonawca będzie polegał na zasobach innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 118 ustawy, warunek o którym wyżej mowa, musi zostać spełniony w całości przez Wykonawcę (jednego z Wykonawców wspólnie składającego ofertę) lub podmiot, na którego zdolności w tym zakresie powołuje się Wykonawca - brak możliwości tzw. sumowania zasobów w zakresie doświadczenia. Dodatkowo, Izba wskazuje na pkt 4.2. Rozdziału XIX SWZ Wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (określonych przez Zamawiającego w ust. 3 niniejszego rozdziału SWZ), na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy zostanie wezwany do złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych (aktualnych na dzień ich złożenia): „(...)

- w celu wykazania spełniania warunku z ust. 3.2.1

wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, zgodnie z załącznikiem nr 7 do SWZ;

Uwaga nr 8

Dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy, w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od

niego nie jest wstanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy. Okres, o którym wyżej mowa liczy się wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert. (...)”.

W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu odwołania, Izba uznała w/w zarzut za podlegający uwzględnieniu.

W pierwszej kolejności, Izba wskazuje, że orzeczenie, które zapadło w wyroku KIOz 18.08.2023 r., sygn. akt: KIO 2290/23 dotyczyło oceny warunku udziału z Rozdziału XIX pkt 3.2.1 SWZ w kontekście udzielonej odpowiedzi na pytanie, które zmodyfikowało ten warunek w ówczesnym postępowaniu. Nadto, ocena warunku była dokonywana w kontekście tego, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy dysponowali doświadczeniem w realizacji usługi polegającej na ochronie osób i mienia w budynku/budynkach muzeum wpisanego do Państwowego Rejestru Muzeum prowadzonego przez Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego. Inaczej mówiąc w wyroku uznano, że zamówienie było dostępne dla każdego Wykonawcy, który zrealizował usługę o określonych parametrach, dotyczących ochrony co najmniej jednego budynku muzeum. Dopuszczalne było także wykazanie się realizacją usługi ochrony większej ilości budynków, niezależnie od ich wzajemnego użytkowania. Wyrok w żaden sposób nie odnosił się do terminu świadczenia usługi przez 12 miesięcy oraz wartości minimalnej usługi na poziomie 2 mln zł brutto.

W ocenie Izby, należy zgodzić się z Odwołującym biorąc pod uwagę złożoną na rozprawie referencję z 08.11.2023 r., że zachowanie dotychczasowego warunku spowoduje, iż Wykonawca, który realizował usługę względem jednego Zamawiającego przez 4 lata na wartość usługi około 3, 5 mln zł brutto nie będzie miał doświadczenia na podstawie warunku z Rozdziału XIX pkt 3.2.1. SWZ, a gdyby Wykonawca miał doświadczenie w realizowaniu 1 usługi w analogicznym zakresie, to wówczas spełniałby ten warunek, choć jest to taka sama sytuacja tylko, że formalnie na podstawie kilku umów po sobie następujących bez przerwy.

Zdaniem Izby nie jest to sytuacja zgodna z art. 112 ust.1 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Izba nie przeczy, że jak oświadczył na rozprawie Zamawiający wartość zamówienia jest o wiele większa niż 2 mln zł brutto (ok 7 mln zł), zaś realizacja będzie miała miejsce przez 3 lata w kontekście oczekiwanego terminu świadczenia usługi przez 12 miesięcy. Jednakże aktualna treść warunku oraz sposób jego rozumienia prezentowany przez Zamawiającego jest nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Konieczne jest dodanie, że jako jedną usługę na kwotę 2 mln zł brutto będzie rozumiana także taka usługa, która będzie wykonywana nieprzerwanie na rzecz jednego Zamawiającego na podstawie kilku następujących po sobie bez przerwy kontraktów (umów) trwających wielokrotność 12 miesięcy np. 24, 36 miesięcy. Inaczej mówiąc 1 usługa, to także kilka następujących po sobie umów dających razem 2 mln zł brutto. Nie ma bowiem żadnej różnicy między Wykonawcą, który realizował usługę na podstawie jednej umowy, a Wykonawcą który realizował usługę na podstawie kilku umów.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a) b) Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Jednocześnie obciążając kosztami Zamawiającego i zasądzając od niego na rzecz Odwołującego kwotę 15 000,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz kwotę 3 600,00 zł tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika, jak i dojazdu na rozprawę i parkingu 809,76 zł, czyli łącznie 19 409 zł 76 gr - na podstawie dowodu uiszczenia wpisu i złożonych rachunków.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....