

Warszawa, dnia 29.07.2024 r.

Do:

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
62-676 Warszawa

Odwołujący

TARGET Spółka Jawna Anna Łada Marcin Rokicki
ul. Gwiazdzista 15a lok. 400
01-651 Warszawa
target.biuro@gmail.com
tel. 690 470 544
KRS 0000373213

Zamawiający

Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku
Plac Władysława Bartoszewskiego 1, 80-862 Gdańsk
tel. (58) 323 75 53 e-mail: sekretariat@muzeum1939.pl
NIP 5833241894

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 132 ustawy z dnia 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych pod nazwą: **„Świadczenie usługi ochrony fizycznej osób i mienia dla Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku”**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane dnia 01.07.2024. pod nr 387229-2024

Dz.U. S: 126/2024

ODWOŁANIE

I. Działając na podstawie art. 513 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) prawo zamówień publicznych (zwaną dalej „Ustawą”) w imieniu Odwołującego, wnoszę odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, tj. określenia warunku udziału w postępowaniu dla wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez

nieuzasadnione odmienne sformułowanie tego warunku w zakresie doświadczenia względem wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, co prowadzi do ich uprzywilejowanej sytuacji względem wykonawców samodzielnie biorących udział w postępowaniu- zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4, art.117 ust. 1, w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.- dalej: „Ustawa Pzp”);

- II. W związku z opisanym wyżej naruszeniem oraz zgodnie z dyspozycją art. 516 ust. 1 pkt 9) Ustawy Pzp, wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji SWZ w zakresie wskazanym w Odwołaniu, poprzez zmianę zaskarżonych postanowień w sposób określony w Odwołaniu;
- III. Odwołujący wskazuje, iż na podstawie art. 505 Ustawy pzp, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w niniejszym odwołaniu przepisów Ustawy. Po pierwsze Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Wskutek wyżej wskazanych naruszeń Odwołujący ma utrudniony dostęp do zamówienia i w związku z tym może ponieść szkodę, co z kolei może doprowadzić do nieosiągnięcia planowanego zysku poprzez realizację niniejszego zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem.
- IV. Mając na uwadze, że wyjaśnienia treści SWZ stanowiące podstawę niniejszego odwołania zostały zamieszczone na stronie prowadzonego postępowania w dniu 17.07.2024 r., niniejsze odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 1
- V. Odwołujący przekazał Zamawiającemu odwołanie na zasadzie art. 514 Ustawy.

UZASADNIENIE

Stan faktyczny

1. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 132 Ustawy Pzp, której przedmiotem jest **świadczenie usługi ochrony fizycznej osób i mienia dla Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku.**
2. Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w sposób następujący:
Rozdział 10 pkt 2.4 SWZ zdolność techniczna lub zawodowa- opis spełniania warunku:

„Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, wykonał należycie lub w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje:

- co najmniej 2 usługi (2 odrębne Umowy) (wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których te usługi były wykonywane lub są wykonywane wraz z załączeniem dowodów czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie),

Trwające przez okres co najmniej 11 miesięcy każda, polegające na ochronie osób i mienia w budynku państwowej lub samorządowej instytucji kultury wpisanych do rejestru instytucji kultury zgodnie z ustawą z dnia 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (t. j. Dz. U. z 2024 r. poz. 87) o powierzchni użytkowej co najmniej 10 000 m² o wartości co najmniej 1 500 000,00 zł brutto każda.

Przy Umowach wieloletnich, dłuższych niż 11 m-cy, wartość Umowy musi być proporcjonalna do okresu trwania Umowy.

Przykład:

-przy Umowie zawartej na okres 24 m-cy Zamawiający wymaga aby Wykonawca wykazał się wykonaniem Umowy o wartości 3 000 000,00 zł brutto;

-przy Umowie zawartej na okres 18 m-cy Zamawiający wymaga aby Wykonawca wykazał się wykonaniem Umowy o wartości 2 250 000,00 zł brutto.”

(...)

„W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli spełni go co najmniej jeden z wykonawców składających ofertę. Zamawiający dokona oceny warunku posiadania zdolności technicznej lub zawodowej, oceni czy wykaz usług i osób potwierdza spełnianie warunku. Zamawiający dokona oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z formułą spełnia/nie spełnia, w oparciu o oświadczenia i dokumenty złożone przez wykonawcę w ofercie oraz na wezwanie zamawiającego.”

3. A zatem w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, warunek w zakresie doświadczenia zostałby spełniony, gdyby co najmniej jeden z wykonawców wchodzący w skład konsorcjum spełnił wyżej opisane wymagania.

4. Dnia 17 lipca 2024 r. Zamawiający opublikował wyjaśnienia treści SWZ w którym to dokumencie zmodyfikował warunek udziału w postępowaniu dla wykonawców wspólnie biorących udział w postępowaniu w następujący sposób:

Odpowiedź nr 6:

„Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, wykonał należycie lub w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje:
- co najmniej 2 usługi (2 odrębne Umowy) (wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których te usługi były wykonywane lub są wykonywane wraz z załączeniem dowodów czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie), Trwające przez okres co najmniej 11 miesięcy każda, polegające na ochronie osób i mienia w budynku państwowej lub samorządowej instytucji kultury wpisanych do rejestru instytucji kultury zgodnie z ustawą z dnia 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (t. j. Dz. U. z 2024 r. poz. 87) o powierzchni użytkowej co najmniej 10 000 m² o wartości co najmniej 1 500 000,00 zł brutto każda.

W przypadku Wykonawców występujących wspólnie Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawcy wykażą więcej niż 2 wykonane usługi każdorazowo na obiekcie o powierzchni użytkowej co najmniej 10.000 m², których sumaryczna wartość brutto przekroczy 3.000.000 brutto, a czas trwania każdej z umów będzie wynosił minimum 11 miesięcy. W przypadku usług nadal wykonywanych Wykonawcy mogą wykazać usługi, które faktycznie wykonują przez okres minimum 11 miesięcy licząc do dnia składania ofert (warunek dodany- modyfikacja).

Zamawiający nie dopuszcza łączenia powierzchni obiektów i czasu trwania kontraktów w ramach różnych wykazywanych usług.”

Jednocześnie Zamawiający modyfikuje treść SWZ w Rozdziale 10 pkt 2.4 SWZ w miejsce zapisu:

„W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli spełni go co najmniej jeden z Wykonawców składających ofertę.”

Wprowadza się zapis:

„W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli spełni go co najmniej jeden z Wykonawców składających ofertę lub wykonawcy spełnią go łącznie.”

„Powyższe korekty oznaczają, że Wykonawcy działając w ramach konsorcjum mogą wykazać np. w sumie 4 usługi, każda z nich świadczona przez okres minimum 11 miesięcy, każda z nich na obiekcie o powierzchni użytkowej minimum 10.000 m² gdzie każda z umów jest o wartości 750.000 zł.”

5. Odwołujący wskazuje, że ostatni akapit pkt 4 (*Powyższe korekty oznaczają, że Wykonawcy działając w ramach konsorcjum mogą wykazać np.(...)*) niniejszego odwołania **również stanowi treść wyjaśnień SWZ i jej modyfikacji.** Zamawiający zatem w drodze wyjaśnień wskazał w jaki sposób zamierza interpretować postanowienia dotyczące warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do podmiotów biorących wspólnie udział w postępowaniu.

Uzasadnienie zarzutu naruszenia przepisów Ustawy Pzp

6. Porównując warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia odnoszący się do wykonawcy, który samodzielnie bierze udział w postępowaniu do warunku dotyczącego wykonawców wspólnie biorących udział w postępowaniu, wyraźnie dostrzegalna jest w tym zakresie dysproporcja, prowadząca do uprzywilejowania podmiotów zawiązujących konsorcjum.
7. Wykonawcy samodzielnie biorący udział w postępowaniu muszą wykazać się doświadczeniem polegającym na wykonaniu **2 usług** ochrony w obiekcie posiadającym ściśle określone cechy, przy czym wartość **każdej** z tych usług musi wynosić co najmniej 1 500 000 zł brutto.
8. Natomiast wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie **warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli spełni go co najmniej jeden z Wykonawców składających ofertę lub wykonawcy spełnią go łącznie, przy czym:**

*„Powyższe korekty oznaczają, że Wykonawcy działając w ramach konsorcjum mogą wykazać **np.** w sumie 4 usługi, każda z nich świadczona przez okres minimum 11 miesięcy, każda z nich na obiekcie o powierzchni użytkowej minimum 10.000 m² gdzie każda z umów jest o wartości 750.000 zł.”*

9. Powyższy zapis jednoznacznie przesądza o tym, że podmioty wchodzące w skład konsorcjum, mogą **dowolnie sumować** sobie usługi, byleby łączna ich wartość przekroczyła 3 000 000 zł brutto. W konsekwencji tak sformułowanego warunku, wykonawcy wspólnie biorący udział w postępowaniu będą mogli wykazać się wykonaniem **np. 10 usług po 300 000 zł brutto**, co w sposób rażąco odmiennie i na ich korzyść kształtuje sytuację tych podmiotów.
10. Tak skonstruowany warunek udziału w postępowaniu stanowi naruszenie art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4, art. 117 ust. 1, w zw. z art. 16 pkt 1 Ustawy Pzp.
11. Zgodnie z art. 112 ust. 1 Ustawy Pzp, *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.*
12. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający odmiennie określił minimalne zdolności dające rękojmię należytego wykonania zamówienia dla konsorcjów względem podmiotów indywidualnych, przy czym w uprzywilejowanej sytuacji znalazły się podmioty wspólnie biorący udział w postępowaniu, ponieważ ustanowione dla nich odmiennie warunki udziału w postępowaniu są bardziej elastyczne i mniej rygorystyczne w porównaniu do warunków określonych względem indywidualnych wykonawców.
13. Należy zwrócić uwagę, że uprawnienie Zamawiającego do odmiennego sposobu potwierdzania spełniania warunku udziału w postępowaniu dla podmiotów ubiegających się wspólnie o zamówienie nie może prowadzić do zachwiania uczciwej konkurencji i musi być proporcjonalne.
14. Zgodnie bowiem z art. 117 ust. 1 *Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.*
15. Podkreślenia wymaga, że przepis ten nie uprawnia Zamawiającego do określania odmiennego warunku udziału w postępowaniu względem konsorcjów, a jedynie do odmiennego określenia sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.
16. Powyższe stanowisko potwierdzone jest w doktrynie oraz orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej:

„Przepis art. 117 ust. 1 p.z.p. nie uprawnia zamawiającego do określania warunków udziału w postępowaniu innych dla wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i innych dla tych, którzy robią to samodzielnie. Na podstawie art. 117 ust. 1 p.z.p. zamawiający może żądać (jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne), aby warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności zawodowej (np. w zakresie doświadczenia wykonawcy) lub warunek dotyczący sytuacji finansowej (np. posiadanie określonych minimalnych rocznych przychodów lub określonych minimalnych rocznych przychodów w zakresie działalności objętej zamówieniem) spełniał jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (zob. uchwały KIO: z 5.09.2014 r., KIO/KU 74/14, LEX nr 1587158, i z 23.07.2014 r., KIO/KU 62/14, LEX nr 1943362” (J. E. Nowicki [w:] P. Wiśniewski, J. E. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. V, Warszawa 2023, art. 117.).

„Przepis zatem nie stanowi podstawy do ustanowienia specjalnych czy odmiennych warunków uczestnictwa w postępowaniu tylko dla konsorcjów. Warunki udziału w postępowaniu pozostają niezmiennie dla wszystkich wykonawców, natomiast zamawiający może zróżnicować opis sposobu spełniania tych warunków (Komentarz do prawa zamówień publicznych pod red. H. Nowaka, M. Winiarza.- wydanie II)”.

17. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu odmiennie określił warunki udziału w postępowaniu dla podmiotów biorących udział wspólnie i to w dwojaki sposób:
- 1) określił dla konsorcjum wymóg wykazania się więcej **niż 2 wykonanymi usługami każdorazowo na obiekcie o powierzchni użytkowej co najmniej 10.000 m², których sumaryczna wartość brutto przekroczy 3.000.000 brutto- podczas gdy wykonawca indywidualny musi wykazać się wykonaniem** co najmniej 2 usługami (2 odrębne Umowy) (...) o wartości co najmniej 1 500 000,00 zł brutto każda.
 - 2) dopuścił dla konsorcjów dodatkową możliwość łączenia wartości usług: *Powyższe korekty oznaczają, że Wykonawcy działając w ramach konsorcjum mogą wykazać np. w sumie 4 usługi, każda z nich świadczona przez okres minimum 11 miesięcy, każda z nich na obiekcie o powierzchni użytkowej minimum 10.000 m² gdzie każda z umów jest o wartości 750.000 zł- podczas gdy wykonawcy samodzielnie biorący udział w postępowaniu nie mogą sumować wartości wykonanych usług.*
18. W konsekwencji Zamawiający naruszył art. 117 ust. 1 który nie przewiduje odmiennego kształtowania warunku udziału w postępowaniu dla konsorcjów w porównaniu do podmiotów biorących udział indywidualnie.

19. Przedmiotowe naruszenie prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz zachowania zasady uczciwej konkurencji, ponieważ w sposób jednoznaczny faworyzuje wykonawców wspólnie biorących udział w postępowaniu, przy czym tak skonstruowany warunek jednocześnie nie odnosi się do minimalnych zdolności dających rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Wnioski

20. Wnosimy o zmianę treści SWZ w Rozdziale 10 w pkt 2.4 lit. a) poprzez zunifikowanie warunku w zakresie doświadczenia dla wykonawców indywidualnych oraz wspólnie biorących udział w postępowaniu w następujący sposób:

- 1) „Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie lub w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje:
 - co najmniej 2 usługi (2 odrębne Umowy) (wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których te usługi były wykonywane lub są wykonywane wraz z załączeniem dowodów czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie), Trwające przez okres co najmniej 11 miesięcy każda, polegające na ochronie osób i mienia w budynku państwowej lub samorządowej instytucji kultury wpisanych do rejestru instytucji kultury zgodnie z ustawą z dnia 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (t. j. Dz. U. z 2024 r. poz. 87) o powierzchni użytkowej co najmniej 10 000 m² o wartości co najmniej 1 500 000,00 zł brutto każda”;
- 2) „W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzieleni zamówienia, warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli spełni go co najmniej jeden z Wykonawców składających ofertę lub wykonawcy spełnią go łącznie”.
- 3) „Zamawiający nie dopuszcza łączenia powierzchni obiektów i czasu trwania kontraktów w ramach różnych wykazywanych usług.”
- 4) „Przy Umowach wieloletnich, dłuższych niż 11 m-cy, wartość Umowy musi być proporcjonalna do okresu trwania Umowy.”

21. Wykreślenie postanowienia SWZ:

„W przypadku Wykonawców występujących wspólnie Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawcy wykażą więcej niż 2 wykonane usługi każdorazowo na obiekcie o powierzchni użytkowej co najmniej 10.000 m², których sumaryczna wartość brutto przekroczy 3.000.000 brutto, a czas trwania każdej z umów będzie wynosił minimum 11 miesięcy.

W przypadku usług nadal wykonywanych Wykonawcy mogą wykazać usługi, które faktycznie wykonują przez okres minimum 11 miesięcy licząc do dnia składania ofert. Powyższe korekty oznaczają, że Wykonawcy działając w ramach konsorcjum mogą wykazać np. w sumie 4 usługi, każda z nich świadczona przez okres minimum 11 miesięcy, każda z nich na obiekcie o powierzchni użytkowej minimum 10.000 m² gdzie każda z umów jest o wartości 750.000 zł”.

22. Biorąc pod uwagę wyżej przytoczone okoliczności zarzut naruszenia art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4, art.117 ust. 1, w zw. z art. 16 pkt 1 Ustawy Pzp jest w pełni uzasadniony.

Załączniki:

1/ Odpis KRS;

2/ Potwierdzenie wniesienia wpisu od odwołania;

3/ Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.