

Wrocław, dnia 10 lutego 2025 r.

Prezes

Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

Odwołujący:

Impel S.A.

ul. A. Stonimskiego 1; 50-304 Wrocław

NIP: 8990106769

Numer telefonu: 727 003 567

Adres poczty elektronicznej: k.stefanska@impel.pl

Przedstawiciel (imię i nazwisko): Kamila Stefańska - pełnomocnik

Zamawiający:

Zamek Królewski w Warszawie - Muzeum Rezydencja Królów i Rzeczypospolitej,

Plac Zamkowy 4, 00-277 Warszawa,

NIP: 5260001312

Numer telefonu: 22 3555219

Adres poczty elektronicznej: zamowienia@zamek-krolewski.pl

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt. 1 i 2 ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2024r. poz. 1320) – dalej: *Ustawa lub pzp*, składamy odwołanie wobec niezgodnych z przepisami Ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego, podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn.: „*Usługa ochrony osób i mienia*”. (wewnętrzny identyfikator: ZN.26.1.1.2025).

I. Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

1. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej - Dz.U. S: 20/2025 pod numerem 62194-2025 z dnia 29/01/2025 r.
 2. Nazwa postępowania: „*Usługa ochrony osób i mienia*”.
- Wewnętrzny identyfikator: ZN.26.1.1.2025.

II. Wskazanie czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy oraz zwięzłe przytoczenie zarzutów:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 112 ust. 1, art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy poprzez:

- a) ustalenie nieproporcjonalnego, dyskryminującego, przekraczającego minimalne poziomy zdolności warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy co skutkuje naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, efektywności oraz bezpodstawnie ogranicza dostęp do postępowania i uzyskania zamówienia wykonawcom zdolnym do należytego wykonania zamówienia w tym Odwołującemu;
 - b) postanowieniu w ww. warunku wymogu legitymowani się przez wykonawców wiedzą i doświadczeniem w wykonywaniu wyspecyfikowanych czynności ściśle odpowiadających treści SWZ, podczas gdy wiedza i doświadczenie w wykonywaniu czynności podobnych do wskazanych w SWZ lub mieszczących się w tej samej grupie czynności co wynikające z SWZ jest wystarczająca do weryfikacji właściwości wykonawcy ze względu na gwarancje i rękojmię należytego wykonania zamówienia.
- 2) art. 16 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nierówne traktowanie wykonawców, którzy mogą ubiegać się o przedmiotowe zamówienie.

III. Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

Odwołujący wnosi o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści SWZ i ogłoszenia, która będzie skutkowałą doprowadzeniem dokumentów zamówienia do zgodności z Ustawą tj. zmianę treści SWZ i ogłoszenia poprzez np. :

sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w następujący sposób lub równoważny:

2. W zakresie doświadczenia, Wykonawca powinien wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonał i prawidłowo ukończył:

1) usługę w zakresie bezpośredniej ochrony fizycznej w budynkach muzeów rejestrowych o wartości nie mniejszej niż 4.000.000 zł brutto rocznie i czasie trwania co najmniej przez jeden rok,

2) usługę dozoru ekspozycji sal wystawowych wykonywanej przez opiekunów ekspozycji w budynkach muzeów rejestrowych o wartości nie mniejszej niż 3.000.000 zł brutto i czasie trwania co najmniej przez jeden rok (przez usługę dozoru ekspozycji Zamawiający rozumie pilnowanie wystaw i eksponatów, sprzątanie wystaw oraz zapewnienie porządku i sprawności ruchu zwiedzających).

Zamawiający nie uzna warunku, w którym mowa w pkt 2.2) za spełniony, jeżeli usługa polegała na ochronie fizycznej obiektu wykonywanej przez pracowników ochrony.

Zamawiający uzna warunek o którym mowa w pkt. 2.2) za spełniony jeśli Wykonawca wykaże się realizacją więcej niż jednej umowy na rzecz więcej niż jednego Zamawiającego o łącznej wartości tych umów nie mniejszej niż 3.000.000,00 zł brutto

3) co najmniej jednej usługi konwoju transportu wartości pieniężnych o wartości co najmniej 50 jednostek obliczeniowych.

- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów:
- a) Opis przedmiotu zamówienia z postępowania pn. „Usługi ochrony dla Muzeum Historii Żydów Polskich POLIN w okresie 24 miesięcy” prowadzone przez Zamawiającego Muzeum Historii Żydów Polskich POLIN ul. Anielewicza 6 00-157 Warszawa numer postępowania: PZP.271.38.2022.
 - b) Opis przedmiotu zamówienia z postępowania pn. „Świadczenie usługi dozoru ekspozycji muzealnych w siedzibie głównej Muzeum Narodowego w Lublinie i jego Oddziałach” Prowadzone przez Zamawiającego Muzeum Narodowe w Lublinie ul. Zamkowa 9, 20-117 Lublin numer postępowania: ZP.271.19.2022.
 - c) Specyfikacja Warunków Zamówienia z postępowania pn. „usługi ochrony osób i mienia (sygn. ZZ.26.1.17.2020)” prowadzonego przez Zamawiającego w 2020 r., którego przedmiot jest tożsamy z przedmiotem niniejszego postępowania.

Wszystkie powyższe na okoliczność, że warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia wykonawcy jest niemożliwy do spełnienia, gdyż nie można go uzyskać świadcząc usługi na rzecz innych podmiotów. W celu wykazania braku zamówień na rynku Polskim spełniających określone przez Zamawiającego wymagania w zakresie doświadczenia.

IV. Wskazanie interesu Odwołującego:

Odwołujący oświadcza, iż ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ obecne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych a w konsekwencji uniemożliwiają mu złożenie oferty i ubieganie się o przedmiotowe zamówienie. Tym samym, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów Ustawy, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, a ponadto jest narażony na szkodę polegającą na pozbawieniu Odwołującego realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu realizacji niniejszego zamówienia.

V. Termin na złożenie odwołania:

Stosownie do przepisu art. 515 ust. 2 pkt 1 Ustawy, odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty, określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 Ustawy.

Zamawiający w dniu 29.01.2025 roku opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

Wpis od odwołania został wniesiony na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych.

UZASADNIENIE

W dniu 29 stycznia 2025 roku zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu oraz SWZ dotyczące przedmiotowego zamówienia. W ocenie Odwołującego postanowienia SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych gdyż:

1. W ppkt. 2 i 3 punktu 2 części III Specyfikacji Warunków Zamówienia Zamawiający określił następujące warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy:

„2. W zakresie doświadczenia, Wykonawca powinien wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonał i prawidłowo ukończył:

- 1) usługę w zakresie bezpośredniej ochrony fizycznej w budynkach muzeów rejestrowych o wartości nie mniejszej niż 4.000.000 zł brutto rocznie i czasie trwania co najmniej przez jeden rok,*
- 2) usługę dozoru ekspozycji sal wystawowych wykonywanej przez opiekunów ekspozycji w budynkach muzeów rejestrowych o wartości nie mniejszej niż 3.000.000 zł brutto rocznie i czasie trwania co najmniej przez jeden rok (przez usługę dozoru ekspozycji Zamawiający rozumie pilnowanie wystaw i eksponatów, sprzątanie wystaw oraz zapewnienie porządku i sprawności ruchu zwiedzających). Zamawiający nie uzna warunku, w którym mowa w pkt 2.2) za spełniony, jeżeli usługa polegała na ochronie fizycznej obiektu wykonywanej przez pracowników ochrony.*
- 3) co najmniej jednej usługi konwoju dzieł sztuki o wartości co najmniej 50 jednostek obliczeniowych.”*

2. Odwołujący podnosi, że ww. warunek w zakresie pkt 2 i 3 jest nieproporcjonalny, nadmierny względem uzasadnionych potrzeb Zamawiającego oraz przekraczający minimalne poziomy zdolności wykonawcy.

3. Odwołujący podnosi, że ww. warunek jest tożsamy z opisem przedmiotu zamówienia obowiązującym w przedmiotowym postępowaniu. Zgodnie z rozdziałem II Opisu przedmiotu zamówienia przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na:

- 1) dozorce ekspozycji sal muzealnych wraz ze sprzątniem oraz wykonywaniem pracy bileterów,*
- 2) dozorce ekspozycji sal muzealnych w czasie organizowanych wystaw czasowych wraz ze sprzątniem,*
- 3) bezpośredniej ochronie fizycznej Zamku Królewskiego w Warszawie zgodnie z jego aktualnym planem ochrony oraz służby portierskiej,*
- 4) ochronie transportów dzieł sztuki (realizacja konwojów),*
- 5) zapewnieniu bezpieczeństwa przedsięwzięć (impres) o charakterze masowym odbywających się na terenie Zamku Królewskiego w Warszawie,*
- 6) dozorce ekspozycji sal muzealnych i obsługi szatni w czasie imprez wewnętrznych¹, wraz ze sprzątniem,*

7) *dozorze ekspozycji sal muzealnych i obsługi szatni w czasie imprez zewnętrznych², wraz ze sprzątniem*

Porównanie treści warunku udziału w postępowaniu oraz opisu przedmiotu zamówienia dowodzi, że zasadnicze i decydujące parametry kwalifikujące usługę, którą legitymuje się wykonawca jako usługę spełniającą wymogi postawione w SWZ są tożsame i identyczne z przedmiotem zamówienia.

Wobec powyższego Zamawiający oczekuje, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia będą legitymowali się doświadczeniem identycznym i tożsamym z przedmiotem zamówienia a nie doświadczeniem podobnym. Zgodnie z Ustawą i aktami wykonawczymi do tejsze, żądanie takie jest niezgodne z prawem, nadmierne, dyskryminujące, nieproporcjonalne i ograniczające konkurencję.

4. Ponadto w zakresie warunku polegającego na świadczeniu usługi dozoru ekspozycji sal wystawowych wykonywanej przez opiekunów ekspozycji w budynkach muzeów rejestrowych o wartości nie mniejszej niż 3.000.000 zł brutto rocznie i czasie trwania co najmniej przez jeden rok (przez usługę dozoru ekspozycji Zamawiający rozumie pilnowanie wystaw i eksponatów, sprzątnie wystaw oraz zapewnienie porządku i sprawności ruchu zwiedzających).

Odwołujący stwierdza, że powyższy warunek jest nadmierny i nieproporcjonalny oraz nieuzasadniony realnymi potrzebami Zamawiającego. Ponadto tak sformułowany warunek jest dyskryminujący i ogranicza dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy mają odpowiedni potencjał do świadczenia zamówienia.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, że zgodnie ze Specyfikacją warunków Zamówienia *Zamawiający przez muzeum rejestrowe rozumie muzeum wpisane do rejestru prowadzonego zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 13 maja 2008 r. (Dz.U. nr 91 poz. 567 z 2008 r.) w sprawie sposobu prowadzenia Państwowego Rejestru Muzeów, wzoru wniosku o wpis do Rejestru, warunków i trybu dokonywania wpisów oraz okoliczności, w jakich można zarządzić kontrolę w celu ustalenia, czy muzeum spełnia nadal warunki wpisu do Rejestru.*

A zatem już tylko z powyższego zapisu wynika, że jest ograniczona liczba podmiotów, w których wykonawca może zdobyć doświadczenie wymagane przez Zamawiającego. Tym bardziej jeżeli mowa o usłudze o tak dużym wolumenie tj. nie mniejszej niż 3.000.000 zł brutto rocznie w zestawieniu z pozostałymi wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego.

Z analizy postępowań prowadzonych w ostatnim czasie przez inne podmioty rejestrowe wynika, że Wykonawca świadczący usługi podobne lub tożsame z przedmiotem niniejszego zamówienia dla tychże podmiotów nie będą mogli wykazać się doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego, ponieważ opiewają na wartość mniejszą niż 3.000.000 zł brutto rocznie.

Poniżej Odwołujący przedstawia analizę wybranych postępowań, w zakresie możliwości uzyskania doświadczenia postawionego przez Zamawiającego jako warunek udziału w niniejszym postępowaniu:

- 1) Postępowanie pn. „Usługi ochrony dla Muzeum Historii Żydów Polskich POLIN w okresie 24 miesięcy” prowadzone przez Zamawiającego Muzeum Historii Żydów Polskich POLIN ul. Anielewicza 6 00-157 Warszawa numer postępowania: PZP.271.38.2022.

W powyższym postępowaniu przedmiot zamówienia obejmował świadczenie usług dla 3 posterunków przez 12 godzin dziennie na salach wystawowych świadczonych przez jednego kwalifikowanego pracownika ochrony dla każdego z posterunków (zgodnie z pkt. 4 Opisu przedmiotu zamówienia- załącznik nr 3 do niniejszego odwołania).



PZP.271.38.2022

			22.00 do 7.00 patrol po budynku muzeum;
PP-4 Wystawa Stała	1 kwalifikowany pracownik ochrony	12 h	Patrol po wystawie stałej;
PP-5 Wystawa Stała	1 kwalifikowany pracownik ochrony	12 h	Patrol po wystawie stałej;
PP-6 Wystawa Stała/Czasowa	1 kwalifikowany pracownik ochrony	12 h	Patrol po wystawie stałej lub czasowej w czasie jej działania;

Zatem wartość usługi w okresie 12 miesięcy jest mniejsza niż postawiony przez Zamawiającego w warunku udziału w postępowaniu poziom 3.000.000 zł brutto rocznie.

- 2) Postępowanie pn. „Świadczenie usługi dozoru ekspozycji muzealnych w siedzibie głównej Muzeum Narodowego w Lublinie i jego Oddziałach” Prowadzone przez Zamawiającego Muzeum Narodowe w Lublinie ul. Zamkowa 9, 20-117 Lublin numer postępowania: ADM-ZP.26.1.15.2023.PW.

W powyższym postępowaniu przedmiot zamówienia obejmował świadczenie usług polegających na dozorcze ekspozycji muzealnych w siedzibie głównej Muzeum Narodowego w Lublinie i jego Oddziałach przez min. 10 – max. 20 pracowników Wykonawcy dziennie, przez co najmniej 5 dni w tygodniu, w tym soboty, niedziele i dni świąteczne, zgodnie z kalendarzem zwiedzania z wyjątkiem dni, w które Muzeum jest zamknięte dla Zwiedzających. Podstawowy minimalny zakres usługi 20 000 roboczogodzin (zgodnie z Opiskiem przedmiotu zamówienia- załącznik nr 4 do niniejszego odwołania).

W powyższym postępowaniu łączna wartość wynagrodzenia wypłaconego z tytułu zrealizowanej umowy opiewała na kwotę 1 191 687,73 zł¹, zatem wykonawca świadczący w/w usługę również nie zdobył doświadczenia odpowiadającego wartością warunkowi udziału w niniejszym postępowaniu.

- 3) Jednocześnie nie można pominąć faktu, że warunki udziału w poprzednim postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego w 2020 r. na tożsame usługi były następujące:

„Właściwe wykonanie lub wykonywanie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie:

*a) usług w zakresie bezpośredniej ochrony fizycznej w muzeach rejestrowych*** o łącznej wartości nie mniejszej niż 2.000.000 zł brutto rocznie i łącznym czasie trwania co najmniej przez jeden rok,*

oraz

*b) usług dozoru ekspozycji sal wystawowych w muzeach rejestrowych*** o łącznej wartości nie mniejszej niż 2.000.000 zł brutto rocznie i łącznym czasie trwania co najmniej przez jeden rok,*

oraz

c) co najmniej jednej usługi konwoju dzieł sztuki o wartości co najmniej 50 jednostek obliczeniowych” (zgodnie z pkt 6.2.4 SIWZ Specyfikacji warunków zamówienia stanowiącej załącznik nr 5 do niniejszego odwołania).

Zatem warunek dotyczący świadczenia usługi dozoru ekspozycji sal wystawowych w muzeach rejestrowych opiewał na wartość nie mniejszą niż 2.000.000 zł brutto rocznie. Już wówczas warunek ten został spełniony wyłącznie przez jednego wykonawcę, który to został wybrany w postępowaniu i świadczył usługę dla Zamawiającego przez ostatnie 48 miesięcy. W obecnie toczącym się postępowaniu Zamawiający podniósł wartość do poziomu nie mniejszego niż 3.000.000 zł brutto rocznie, zatem doświadczeniem takim może się wykazać jedynie wykonawca obecnie świadczący usługę dla Zamawiającego.

5. W zakresie części warunku dotyczącej świadczenia przez Wykonawcę co najmniej jednej usługi konwoju dzieł sztuki o wartości co najmniej 50 jednostek obliczeniowych Odwołujący wskazuje, że:

Zgodnie z załącznikiem nr 3 do Rozporządzenia Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego w sprawie zabezpieczania zbiorów muzeum przed pożarem, kradzieżą i innym niebezpieczeństwem grożącym ich zniszczeniem lub utratą- WYMAGANIA W ZAKRESIE ORGANIZACJI OCHRONY ZBIORÓW W CZASIE TRANSPORTU

¹ Źródło: <https://ezamowienia.gov.pl/mo-client-board/bzp/notice-details/id/08dd3637-9d5a-ff0a-aa0d-d80001d47e95>

Konwój transportu zbiorów wykonuje:

- 1) jeden nieuzbrojony albo uzbrojony pracownik ochrony – w przypadku gdy wartość zbiorów jest równa albo większa niż 0,3 jednostki obliczeniowej i mniejsza niż 1 jednostka obliczeniowa;
- 2) jeden uzbrojony konwojent – w przypadku gdy wartość zbiorów jest równa albo większa niż 1 jednostka obliczeniowa i mniejsza niż 5 jednostek obliczeniowych;
- 3) dwóch uzbrojonych konwojentów – w przypadku gdy wartość zbiorów jest równa albo większa niż 5 jednostek obliczeniowych i mniejsza niż 15 jednostek obliczeniowych;
- 4) trzech uzbrojonych konwojentów – w przypadku gdy wartość zbiorów jest równa albo większa niż 15 jednostek obliczeniowych i mniejsza niż 50 jednostek obliczeniowych;
- 5) czterech uzbrojonych konwojentów – w przypadku gdy wartość zbiorów jest równa albo większa niż 50 jednostek obliczeniowych**

Jednocześnie zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 7 września 2010 r. w sprawie wymagań, jakim powinna odpowiadać ochrona wartości pieniężnych przechowywanych i transportowanych przez przedsiębiorców i inne jednostki organizacyjne

§ 9 ust 1- Konwojowany transport wartości pieniężnych jest chroniony co najmniej przez:

- 1) jednego konwojenta — przy transporcie wartości pieniężnych powyżej 1 do 8 jednostek obliczeniowych,
- 2) dwóch konwojentów — przy transporcie wartości pieniężnych powyżej 8 do 24 jednostek obliczeniowych;
- 3) trzech konwojentów — przy transporcie wartości pieniężnych powyżej 24 do 50 jednostek obliczeniowych;
- 4) czterech konwojentów — przy transporcie wartości pieniężnych powyżej 50 jednostek obliczeniowych.**

Zgodnie z § 1 pkt 8 powyższego rozporządzenia- Przez Konwojenta rozumie się osobę posiadającą licencję pracownika ochrony fizycznej, ochraniającą transport wartości pieniężnych, wyposażoną w broń palną bojową, środki ochrony osobistej oraz środki łączności.

Z powyższych wyjaśnień jasno wynika, że doświadczenie wymagane przez Zamawiającego spełnia także wykonawca wykonujący usługę konwojowania wartości pieniężnych, gdyż wymagania ustawowe dotyczące konwoju wartości pieniężnych powyżej 50 jednostek obliczeniowych oraz zbiorów, gdy ich wartość jest równa lub przekracza 50 jednostek obliczeniowych są takie same.

Wykonawca świadczący usługę konwojowanego transportu wartości pieniężnych ma zatem odpowiednią wiedzę i doświadczenie żeby należycie świadczyć usługi konwoju dzieł sztuki. Nie ma więc żadnych podstaw aby Zamawiający ograniczał warunek udziału w postępowaniu do świadczenia usługi konwojowania dzieł sztuki, wykluczając usługę konwojowania wartości pieniężnych. Wykonawca świadczący usługę konwoju gotówki tak

naprawdę spełnia wymagania postawione przez Zamawiającego i może prawidłowo świadczyć usługę konwoju dzieł sztuki, jednakże Zamawiający ograniczył warunek udziału w postępowaniu wyłącznie do świadczenia usług konwojowania dzieł sztuki, co jest działaniem ograniczającym konkurencję i jest niepoparte potrzebami Zamawiającego ani przedmiotem zamówienia.

Zamawiający realizując zamówienie publiczne korzysta w tym celu, jako beneficjent, z pieniędzy publicznych. Jest zatem zobowiązany do zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zachowanie zasady uczciwej konkurencji oznacza, iż nie można abstrahować od praktyki danego rynku właściwego dla danego rodzaju i typu udzielanego zamówienia. W tym zakresie przytoczyć trzeba stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14.04.2008 r., sygn. X Ga 67/08 *„kształtowanie poszczególnych warunków udziału w postępowaniu nie może być działaniem dowolnym zamawiającego, a poziom postawionych wymagań musi mieć zawsze swoje uzasadnienie w istniejących potrzebach jednostki zamawiającej. Dlatego też każdy dodatkowo, nadmiarowo, postawiony warunek ograniczający konkurencję winien być po pierwsze, niezbędny dla zrealizowania zamówienia, a po drugie, zasadność jego postawienia musi zostać wykazana przez Zamawiającego.”*

6. Zamawiający ma obowiązek określić warunki udziału w postępowaniu w poszanowaniu zasady przejrzystości, a zatem w sposób jasny, precyzyjny i transparentny. Zasada przejrzystości wyznacza bowiem standard dotyczący jakości uzasadnień czynności podejmowanych przez zamawiającego takich jak odrzucenie oferty, wybór najkorzystniejszej oferty czy też unieważnienie postępowania. Służy ona wykonawcom, gdyż:

- pozwala przygotować ofertę kierując się wyłącznie treścią ogłoszenia lub dokumentów zamówienia;
- umożliwia poznanie i ocenę uzasadnienia czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania;
- chroni przed arbitralnością rozstrzygnięć podejmowanych przez zamawiającego.

Zasada przejrzystości jest również korzystna dla zamawiającego, który stosując się do jej wymagań, prowadzi postępowanie na podstawie klarownych warunków zamówienia, co niewątpliwie ułatwia mu ocenę ofert i podjęcie właściwego i dobrze uzasadnionego rozstrzygnięcia².

Z zasady przejrzystości Izba wywiodła zakaz interpretowania niejasnych postanowień dokumentów zamówienia w sposób, który sprowadzałby na wykonawcę negatywne konsekwencje (por. wyrok KIO z 14.09.2022 r., sygn. akt KIO 2249/22), zwłaszcza odrzucenie oferty lub zatrzymanie wadium. Regułę tę uzupełnia nakaz stosowania wobec dokumentów zamówienia przede wszystkim zasad wykładni literalnej (por. wyrok KIO z 21.03.2021 r., sygn. akt KIO 641/22).

² H. Nowak, M. Winiarz (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2023, s. 159

W niniejszym przypadku Zamawiający w sposób oczywisty nie dopełnił ciążących na nim obowiązków, w szczególności nie przestrzega zasady przejrzystości. Zamawiający określił warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nieproporcjonalny, dyskryminujący, przekraczający minimalne poziomy zdolności warunku udziału w postępowaniu co skutkuje naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, efektywności oraz bezpodstawnie ogranicza dostęp do postępowania i uzyskania zamówienia wykonawcom zdolnym do należytego wykonania zamówienia w tym Odwołującemu.

Zamawiający nie może określać wymagań koniecznych do należytego wykonania jakiegokolwiek zamówienia, lecz konkretnego zamówienia objętego umową, którą zamierza zawrzeć w wyniku przeprowadzenia przygotowywanego postępowania (por. wyrok KIO z 20.01.2023 r., sygn. akt 49/23). Treść warunku musi więc uwzględniać obowiązki wykonawcy wynikające z przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego (por. wyrok KIO z 19.04.2022 r., sygn. akt KIO 882/22). Zamawiający powinien wziąć pod uwagę stopień skomplikowania zamówienia, jego zakres bądź przeznaczenie³, a więc swoje rzeczywiste potrzeby (por. wyrok SO w Warszawie z 10.03.2022 r., sygn. akt XXIII Zs 3/22). Nadmiernym, a więc nieproporcjonalnym, warunkiem udziału w postępowaniu będzie warunek eliminujący wykonawcę, który w rzeczywistości byłby zdolny do realizacji udzielanego zamówienia (por. wyrok SO w Warszawie z 06.04.2022 r., sygn. akt XXIII Zs 6/22). Dlatego należy uznać, że naruszenie zasady proporcjonalności będzie jednocześnie skutkowało ograniczeniem konkurencyjności postępowania, a więc będzie sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy PZP, Zamawiający ma obowiązek określić warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Powyższa reguła nie daje Zamawiającemu prawa dowolnego kształtowania warunków udziału w postępowaniu. Oczywiście Zamawiający jest gospodarzem postępowania i ustawa PZP przyznaje mu prawo kształtowania zapisów SWZ, ale nie daje mu w tym zakresie pełnej dowolności. Cel działań, jakie musi podjąć Zamawiający został w tym przypadku jasno wyrażony przez ustawodawcę w przywołanym przepisie, w którym wskazano, iż opis sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu ma służyć realnemu zweryfikowaniu zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Oznacza to, że opis warunków udziału w postępowaniu winien być adekwatny do osiągnięcia określonego celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Powyższe potwierdza także Krajowa Izba Odwoławcza wskazując w wyroku z dnia 15 lutego 2022 r. sygn. akt KIO 261/22 „Z art. 112 ust. 1 i art. 116 ust. 1 p.z.p. wynika, że warunki udziału w postępowaniu są określane w celu zbadania, czy wykonawca posiada zdolność do należytego wykonania zamówienia. Muszą być one zatem określone na takim poziomie, aby

³ H. Nowak, M. Winiarz (red.), op.cit, s. 435 i cyt. tam orzecznictwo KIO

można było sprawdzić, czy dany wykonawca posiada potencjał zapewniający należyte wykonanie zamówienia, ale z drugiej strony ustawodawca wymaga, aby poziom ten wskazywał minimalny wymagany potencjał potrzebny do należytego wykonania zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu muszą być zatem określone w taki sposób, aby w ich ramach badany był ten potencjał wykonawcy, który jest rzeczywiście niezbędny do należytego wykonania zamówienia. Wynika to także z użytego przez ustawodawcę sformułowania "proporcjonalny do przedmiotu zamówienia", co również potwierdza, że warunki nie mogą być nadmierne do przedmiotu zamówienia, w sposób nieuzasadniony ograniczające dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy są w stanie należycie wykonać zamówienie."

7. Odwołujący podnosi, że postawiony przez Zamawiającego warunek zdolności technicznej lub zawodowej narusza zasadę proporcjonalności, równego traktowania wykonawców, przejrzystości oraz efektywności. Zgodnie z utrwalonym i obowiązującym poglądem doktryny i orzecznictwa warunek udziału w postępowaniu nie powinien być zbyt wygórowany. Zamawiający nie jest zobowiązany do dookreślenia wszystkich warunków określonych w art. 112 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Powinien to ustalić jedynie te, które uważa za niezbędne z punktu widzenia zapewnienia prawidłowości wykonania zamówienia. Zamawiający musi to uczynić w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami, mając na uwadze, iż mają one wpływ na krąg wykonawców, którzy mogą się ubiegać o zamówienie. Celem ich wprowadzenia jest bowiem przede wszystkim zapewnienie możliwości wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, nie naruszając przy tym zasady równego traktowania wykonawców czy zasady uczciwej konkurencji, a zatem muszą one być adekwatne i konieczne do osiągnięcia tego celu (por. wyrok KIO z 6 lutego 2018 sygn. akt KIO 127/18).

Odwołujący wskazuje, iż zapewnienie przez Zamawiającego wyboru wykonawcy usługi, który gwarantuje mu niezbędny poziom doświadczenia w realizacji usług tożsamy z przedmiotem zamówienia nie sprowadza się do teoretycznych rozważań nad istota konkurencyjności i umożliwiania szerokiemu kręgowi podmiotów możliwości ubiegania się o zamówienia publiczne. Błąd w zakresie wyboru wykonawcy może skutkować dla Zamawiającego uzyskaniem usługi, która nie będzie odpowiedniej jakości, a tym samym Zamawiający poniesie dodatkowe obciążenia finansowe. Wykonawca wybrany w niniejszym postępowaniu musi zapewnić poziom świadczenia usługi oczekiwany przez Zamawiającego. Ograniczenie ilości podmiotów mogących wziąć udział w postępowaniu poprzez stawianie wygórowanych warunków udziału, które są nadmierne i nie korespondują z przedmiotem zamówienia prowadzi do zmniejszenia kręgu potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o realizację usługi, a tym samym do obniżenia jakości utrzymania czystości w obiektach Zamawiającego.

8. Odwołujący zarzuca, że Zamawiający formułując warunek udziału w postępowaniu w sposób określony w dopuścił się także naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego

traktowania wykonawców, która jest naczelną zasadą prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Poprzez przestrzeganie zasady uczciwej konkurencji, rozumie się nakaz zorganizowania i przeprowadzenia postępowania w taki sposób, aby wykonawcy mogli konkurować o zamówienie publiczne na uczciwych zasadach⁴. Oznacza to, że Zamawiający ma obowiązek przeprowadzenia postępowania w taki sposób, aby odpowiednio opisać przedmiot zamówienia, eliminować z postępowania wykonawców, którzy dopuszczają się czynów nieuczciwej konkurencji, czy też zapobiegać konfliktowi interesów wśród osób, które w postępowaniu występują po stronie zamawiającego.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym np. w treści wyroku KIO z dnia 29 stycznia 2024 r. sygn. akt KIO 43/24 *„Każdy przepis p.z.p. powinien być interpretowany - a działanie i zaniechanie zamawiającego oceniane - przez pryzmat kluczowej zasady wskazanej w art. 16 p.z.p., czyli uczciwej konkurencji. Zasada równego traktowania wykonawców, przejrzystości, jawności, proporcjonalności itp. są również sposobami realizacji zasady uczciwej konkurencji.”* Z powyższego jasno wynika, że zasada uczciwej konkurencji wyrażona w art. 16 ustawy Prawo Zamówień Publicznych jest naczelną zasadą prowadzenia postępowania publicznego.

Zachowanie zasady uczciwej konkurencji jest przedmiotem wielu orzeczeń sądowych. W orzecznictwie akcentuje się przede wszystkim, że celem tej zasady jest przeciwdziałanie występowaniu praktyk mogących zagrażać przejrzystości lub zakłócać konkurencję między oferentami. Najczęstszym przejawem jej łamania jest nieuzasadnione ograniczanie liczby podmiotów mogących się ubiegać o zamówienie publiczne⁵.

To samo dotyczy zasady równego traktowania wykonawców, która jest rozumiana jako nakaz analogicznego traktowania wykonawców znajdujących się w analogicznych sytuacjach. Jako sprzeczne z tą zasadą należy uznać traktowanie dyskryminujące niektórych wykonawców. Nie chodzi tu o nakaz traktowania wszystkich wykonawców jednakowo, lecz o obowiązek stosowania względem nich jednakowej miary⁶.

Krajowa Izba Odwoławcza nie pozostawia wątpliwości, że zasada równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji stanowi podstawę systemu zamówień publicznych i bez jej dochowania nie można mówić o skutecznym kontraktowaniu publicznych zakupów, a zdecydowana większość przewidzianych w p.z.p. zasad ma charakter pomocniczy w celu zagwarantowania jej przestrzegania. Zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nakazuje zamawiającemu taki sposób określenia poszczególnych elementów przygotowywanego postępowania, który stanowić będzie złoty

⁴ H. Nowak, M. Winiarz (red.), op.cit., s. 157

⁵ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (dalej jako KIO) z 28.05.2009 r. (KIO/UZP 641/09), LEX nr 508626; wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 12.05.2006 r. (V Ca 110/06), niepubl.; wyrok KIO z 13.08.2009 r. ([KIO/UZP 972/09](#)), LEX nr 512938; wyrok KIO z 17.07.2009 r. ([KIO/UZP 857/09](#)), LEX nr 509934.

⁶ H. Nowak, M. Winiarz (red.), op.cit., s. 157

środek pomiędzy rzeczywistymi potrzebami zamawiającego a wprowadzanymi ograniczeniami dostępu do zamówienia, ze względu na postawione wymogi odnoszące się zarówno do sposobu wykonania danego zamówienia, jak i niezbędnego poziomu weryfikacji wykonawcy, który da gwarancję jego należytego wykonania (por. wyrok KIO z dnia 6 maja 2024 r. sygn. akt KIO 1241/24).

Przekładając powyższe na grunt niniejszej sprawy należy uznać, że Zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w taki sposób, że znacząco ograniczył krąg podmiotów mogących ubiegać się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W istocie, jak wskazano w rozważaniach poczynionych na gruncie niniejszego odwołania warunek postawiony przez Zamawiającego będzie możliwy do spełnienia wyłącznie przez podmiot świadczący usługę na rzecz Zamawiającego. Działanie takie jest rażącym naruszeniem przepisów prawa.

Mając na uwadze powyższe argumenty Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Załączniki:

1. dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
2. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu;
3. opis przedmiotu zamówienia z postępowania pn. „Usługi ochrony dla Muzeum Historii Żydów Polskich POLIN w okresie 24 miesięcy” prowadzone przez Zamawiającego Muzeum Historii Żydów Polskich POLIN ul. Anielewicza 6 00-157 Warszawa numer postępowania: PZP.271.38.2022;
4. opis przedmiotu zamówienia z postępowania pn. „Świadczenie usługi dozoru ekspozycji muzealnych w siedzibie głównej Muzeum Narodowego w Lublinie i jego Oddziałach” Prowadzone przez Zamawiającego Muzeum Narodowe w Lublinie ul. Zamkowa 9, 20-117 Lublin numer postępowania: ZP.271.19.2022;
5. Specyfikacja Warunków Zamówienia z postępowania pn. „usługi ochrony osób i mienia (sygn. ZZ.26.1.17.2020)” prowadzonego przez Zamawiającego w 2020 r., którego przedmiot jest tożsamy z przedmiotem niniejszego postępowania.