

WYROK
z dnia 9 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 sierpnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lipca 2021 r. przez odwołującego Maxus Sp. z o. o. w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Teatr Muzyczny w Łodzi przy udziale:

- wykonawcy Agencja Ochrony ESKORT Sp. z o. o. w Łodzi przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- wykonawcy J. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J. S. Koncesjonowane Biuro Ochrony „MAGNUM” w Łodzi przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dozór obiektu Teatru Muzycznego w Łodzi,
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Teatr Muzyczny w Łodzi i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 7 500,00 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez odwołującego Maxus Sp. z o. o. w Łodzi tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Teatru Muzycznego w Łodzi na rzecz odwołującego Maxus Sp. z o. o. w Łodzi kwotę 7 500,00 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) 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:

.....

U z a s a d n i e

wyroku z dnia 9 sierpnia 2021 r. w sprawie o sygn. akt: 2068/21

Zamawiający – Teatr Muzyczny ul. Północna 47/51, 91-425 Łódź prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dozór obiektu Teatru Muzycznego w Łodzi”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 7 lipca 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00106341/01, dalej zwane jako „postępowanie”.

Postępowanie na usługę, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie podstawowym.

W dniu 12 lipca 2021 r. odwołanie wobec dokumentacji postępowania wniósł wykonawca Maxus Sp. z o.o. ul. 3-go maja 64/66, 93-408 Łódź (dalej zwany „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty (pisownia oryginalna):

1. określenia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej doświadczenia w sposób nieproporcjonalny oraz z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, co w konsekwencji stanowi naruszenie art. 16 oraz art. 112 ust. 1 w związku z art. 116 ust. 1 Ustawy,
2. określenia opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasad proporcjonalności oraz uczciwej konkurencji, poprzez postawienie wymogu realizacji zamówienia z udziałem koordynatora posiadającego poświadczenie bezpieczeństwa wydanego przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego, czym naruszył art. 16 w zw. z art. 99 ust. 4 Ustawy;

Wobec powyższego wniesiono o nakazanie zamawiającemu zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej doświadczenia, poprzez wykreślenie wymogu wykazania się wykonaniem usługi ochrony w obiektach użyteczności publicznej na rzecz zamawiającego wpisanego do rejestru instytucji kultury oraz zmniejszenie wartości usług wykonanych w ciągu roku do kwoty 420 000 zł każda (zarzut nr 1), a także zmiany opisu przedmiotu zamówienia, poprzez wykreślenie wymogu realizacji przedmiotu zamówienia przy pomocy koordynatora posiadającego poświadczenie bezpieczeństwa wydanego przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego (zarzut nr 2).

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał co następuje. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji

na usługę, której zakres obejmuje całodobową ochronę obiektu zamawiającego przy ul. Północnej 47/51 (łącznie z terenem wewnętrznym) przez dwóch wartowników (portiernia nr 1 i nr 2) z możliwością wystawienia dodatkowego wartownika do obsługi wjazdów, ewentualnie innych czynności. Zgodnie opisem przedmiotu zamówienia do zadań osoby zajmującej stanowisko dozoru w portierni 1 jest ochrona i utrzymanie porządku ruchu na parkingu przed teatrem, obsługa wjazdów na teren od strony ul. Północnej, natomiast do zadań stanowiska dozoru w portierni 2 należy ochrona i obsługa centrali telefonicznej. Ponadto zamawiający wymaga, aby każdy z pracowników posiadał umiejętność obsługi systemu p.poż. oraz posiadał schludny mundur, przy czym usługa musi być wykonywana przez pracowników kwalifikowanych, bez orzeczonego stopnia niepełnosprawności. W ocenie odwołującego opis przedmiotu zamówienia świadczy o tym, iż potrzeby zamawiającego nie odbiegają od standardowych wymagań jednostek publicznych na rynku zamówień publicznych. Co więcej, zakres obowiązków pracowników ochrony jest nieduży, co wyraźnie potwierdza nieskomplikowany charakter zamówienia, zatem postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej doświadczenia wykonawcy są nieproporcjonalne oraz ograniczające konkurencję.

Zgodnie z pkt 1.1.4 rozdział IV SWZ odnośnie zdolności technicznej i zawodowej, wykonawca spełni niniejszy warunek, jeżeli wykaże, że wykonał należycie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 3 (trzech) zamówień trwających minimum dwa lata, których przedmiotem był dozór obiektów użyteczności publicznej z czego jeden był realizowany u zamawiającego wpisanego do Rejestru Instytucji Kultury o wartości nie mniejszej niż 500 000,00 PLN brutto każde w jednym roku. Według odwołującego wymóg wykazania usługi ochrony w obiekcie użyteczności publicznej wpisanym do rejestru instytucji kultury jest bezzasadny i nie spełnia w swej istocie celu, jakim jest wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania usługi.

Przez budynek użyteczności publicznej rozumie się budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny. Innymi słowy, budynki użyteczności publicznej przeznaczone są co do zasady na cele publiczne, w których zazwyczaj zwiększony jest ruch osobowy, co rzeczywiście uzasadnia konieczność zapewnienia profesjonalnej ochrony. Bezsprzecznie

jednak, charakterystyka usługi ochrony w budynku użyteczności publicznej administrowanym przez podmiot wpisany do rejestru instytucji kultury nie różni się na tyle od ochrony budynków użyteczności publicznej przeznaczonych na inne cele, aby uzasadniało to stawianie wymogu wykazania się doświadczeniem na rzecz takiej instytucji. Istotnym bowiem substratem usługi ochrony w budynkach użyteczności publicznej w tym przeznaczonych na potrzeby kultury jest przepływ osób przebywających w takim budynku.

Przykładem natomiast postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uzasadniającego szczególne wymagania dla wykonawców w zakresie doświadczenia, byłoby świadczenie ochrony na obszarze, obiekcie lub urządzeniach podlegających obowiązkowej ochronie, zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 o ochronie osób i mienia. Do budynków wymienionych w art. 5 zaliczane są między innymi muzea i inne obiekty, w których zgromadzone są dobra kultury narodowej. Teatry, w tym budynek zamawiającego nie mieści się w pojęciu obiektów wymienionych we wspomnianym art. 5 ww. ustawy. Odnosząc się zaś do niniejszego postępowania, odwołujący z pełnym przekonaniem może stwierdzić, że do ochrony budynku teatru nie są potrzebne szczególne kwalifikacje, odbiegające od zwykłych norm profesjonalizmu, wyrażających się doświadczeniem zdobytym w budynkach użyteczności publicznej różnego rodzaju. Powyższą tezę potwierdza również nieskomplikowany zakres zamówienia, określony w załączniku nr 1 do SWZ, który jest wręcz lakoniczny, co dobitnie pokazuje zachodzącą dysproporcję pomiędzy wymaganiami zamawiającego określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, a warunkami udziału w postępowaniu. W konsekwencji stanowi to naruszenie wyrażonej w art. 16 p.z.p. oraz art. 112 ust. 1 p.z.p. zasady proporcjonalności.

Odnosnie zaś wymogu wykazania usługi ochrony w obiekcie użyteczności publicznej na rzecz zamawiającego wpisanego do Rejestru Instytucji Kultury trwającej minimum dwa lata, o wartości nie mniejszej niż 500 000,00 zł brutto w jednym roku, odwołujący wskazuje, iż wymóg ten bezzasadnie ogranicza konkurencję. Większość usług realizowanych na rzecz instytucji kultury jest zakontraktowanych na rok czasu. Jako przykład odwołujący wskazuje następujące postępowania: Ochrona fizyczna obiektów Muzeum Sztuki w Łodzi - znak sprawy AG.271.3.2020, Ochrona osób i mienia w obiektach siedziby Teatru nowego im. Kazimierza Dejmka w Łodzi - znak sprawy I/XII/2020, Świadczenie usług ochrony osób i mienia w obiektach Muzeum Archeologicznego i Etnograficznego w Łodzi - znak sprawy DZS. 271.2.2021, Ochrona osób i mienia w obiektach Muzeum Tradycji Niepodległościowych w Łodzi przy ul. Gdańskiej 13 - znak sprawy ZP/VIJ2020, Ochrona obiektu osób i mienia w Muzeum - Zamku w Oporowie - znak sprawy MO/ 343-2/2020. Natomiast przykładem postępowania, w którym przewidziano usługę ochrony przez okres dwóch lat jest „Świadczenie usługi ochrony fizycznej obiektów, osób i mienia oraz monitoringu w Muzeum

Kinematografii w Łodzi” - znak sprawy 4/MK/2020, tylko roczna wartość usługi jest poniżej wartości 500 000,00 zł.

Na podstawie powyższego zestawienia wyraźnie widać, że na rynku lokalnym, w Łodzi i okolicach, brak jest postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, które spełniałyby kryteria określone przez zamawiającego. Nie można też podnieść argumentu, że wykonawca może przedstawić dwie usługi następujące po sobie, a wykonane na rzecz tego samego zamawiającego. Oczywistym jest bowiem, że aby mogło dojść do opisanej sytuacji, tj. przedstawienia dwóch następujących po sobie umów, wykonawcy po wykonaniu pierwszej umowy musi być udzielone po raz kolejny zamówienie w reżimie p.z.p., co jest w istocie rzeczy bardzo trudne do zrealizowania, z uwagi, iż taki wykonawca musiałby ponownie złożyć najkorzystniejszą ofertę. W konsekwencji, postawiony przez zamawiającego warunek w sposób znaczący ogranicza konkurencję. Ilość wykonawców, którzy faktycznie mogliby spełnić wymóg zamawiającego jest znikoma, co już w sposób oczywisty ogranicza konkurencję.

Ponadto, odnosząc się do wartości usług w ciągu jednego roku, tj. 500 000,00 zł, niezależnie od tego w jakiego rodzaju budynku użyteczności publicznej te usługi zostały wykonane, również trudno znaleźć uzasadnienie dla tak postawionego warunku. Na uwagę zasługuje fakt, że zamawiający wskazał orientacyjną wartość zamówienia w opublikowanym na stronie internetowej planie zamówień publicznych, na kwotę 750 000,00 zł netto, tj. 922 500,00 zł na okres dwóch lat. Oznacza to, że szacunkowa wartość zamówienia na jeden rok, powiększona o stawkę podatku VAT wynosi 461 250,00 zł. Należy mieć przy tym na uwadze, że głównym składnikiem cenotwórczym usług ochrony jest wynagrodzenie przysługujące pracownikom. Zamawiający powinien oszacować przedmiot zamówienia z należytą starannością, z uwzględnieniem wszystkich elementów mających wpływ na wartość zamówienia, a w szczególności z uwzględnieniem przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę. Obecnie, zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 r., minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 2800,00 zł brutto. Biorąc pod uwagę przewidywany okres realizacji zamówienia, zamawiający szacując jego wartość, obligatoryjnie musiał uwzględnić wartość minimalnego wynagrodzenia za pracę w roku 2021 oraz hipotetyczny wzrost wynagrodzenia minimalnego na rok 2022 oraz 2023. Zaś wykonawcy składający ofertę w postępowaniu, będą musieli wykazać, że wykonali usługi w okresie ostatnich trzech lat, kiedy to stawka minimalnego wynagrodzenia wynosiła: w 2020 r. - 2600,00 zł brutto, w 2019 r. - 2250,00 zł, w 2018 r. - 2100,00 zł. Oznacza to, że wartość tożsamej usługi, wykonanej w tym samym wymiarze czasowym będzie niższa z uwagi na niższe minimalne wynagrodzenie za pracę obowiązujące w latach ubiegłych. W tym zakresie wyraźnie dostrzegalne jest naruszenie zasady proporcjonalności w przedmiotowym postępowaniu. Naruszenie jest tym bardziej oczywiste, że nawet jakby

pominąć powyższe okoliczności, dysproporcja uwidacznia się już „na pierwszy rzut oka”, poprzez porównanie wartości umowy na jeden rok określonej w postawionym warunku udziału w postępowaniu tj. 500 000,00 zł oraz wartości szacunkowej na jeden rok powiększonej o wartość podatku VAT, tj. 461 250,00 zł. Biorąc pod uwagę wyżej przytoczone okoliczności, podniesienie zarzutu nr 1 w *petitum* jest uzasadnione.

W zakresie zarzutu nr 2 odwołujący podniósł, iż zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zamawiający wymaga koordynatora posiadającego poświadczenie bezpieczeństwa wydanego przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego. Powyższy wymóg również jest sprzeczny z zasadą proporcjonalności oraz zasadą uczciwej konkurencji co stanowi naruszenie art. 16 p.z.p. w zw. z art. 99 ust. 4 p.z.p. Pomijając, że zamawiający nie sprecyzował rodzaju klauzuli tajności, do której koordynator powinien mieć dostęp, sam wymóg realizacji usługi ochrony objętej niniejszym postępowaniem przy udziale koordynatora nie znajduje uzasadnienia w opisie przedmiotu zamówienia. Przedmiot zamówienia sprowadza się w istocie rzeczy do obsługi dwóch portierni, w szczególności obsługi systemu p.poż., utrzymania porządku ruchu na parkingu zamawiającego oraz obsługi centrali telefonicznej. Ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych w art. 1 definiuje informacje niejawne jako informacje, których nieuprawnione ujawnienie spowodowałoby lub mogłoby spowodować szkody dla Rzeczypospolitej Polskiej albo byłoby z punktu widzenia jej interesów niekorzystne, także w trakcie ich opracowywania oraz niezależnie od formy i sposobu ich wyrażania. Z kolei art. 5 określa klauzulę „tajności” informacji niejawnych i w ocenie odwołującego żadna z informacji tam zwartych nie będzie przetwarzana w związku z realizacją usługi ochrony na rzecz zamawiającego.

Jak również zgodnie z ww. ustawą do wydawania poświadczeń bezpieczeństwa uprawnione są także inne organy takie jak: SKW oraz pełnomocnicy ochrony. Tym samym wskazywanie jednego konkretnego organu - ABW, pomijając podniesione powyżej zarzuty należy uznać za kolejny przykład ograniczania konkurencji.

Mając na uwadze powyższe, w opinii odwołującego wymóg realizacji usługi przy pomocy koordynatora posiadającego poświadczenie bezpieczeństwa jest niczym nieuzasadniony, nadmierny i nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponadto wymóg ten w sposób znaczący ogranicza konkurencję, ponieważ ogranicza lub zamyka dostęp do niniejszego zamówienia wielu podmiotom profesjonalnie zajmujących się ochroną fizyczną osób i mienia. Co więcej, skutek tak postawionego warunku w opisie przedmiotu zamówienia, zwiększą się koszty realizacji usługi, co będzie również się wiązało z podwyżką cen ofertowych. Nadmierne wymagania, nieodnoszące się do potrzeb zamawiającego powodują, że cele postępowania nie zostaną osiągnięte, a przy tym bezzasadnie ograniczają konkurencję.

Ponadto, wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 2 i 3 p.z.p. skład orzekający dopuścił do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Agencja Ochrony ESKORT Sp. z o.o. ul. Obywatelska 201, 94-111 Łódź zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego i wykonawcę J. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J. S. Koncesjonowane Biuro Ochrony „MAGNUM” ul. gen. Jarosława Dąbrowskiego, nr 225/243, 93-231 Łódź zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, stanowiskiem zamawiającego, stanowiskami przystępujących, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek o których mowa w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto, w ocenie składu orzekającego odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 p.z.p.

Izba – po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu, uwzględniając art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia – stwierdziła, że postawione czynnościom zamawiającego zarzuty znajdują potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, zatem odwołanie zostało uwzględnione.

W przedmiocie zarzutu nr 1 z *petitum* odwołania – określenia przez zamawiającego nieproporcjonalnego i naruszającego zasady uczciwej konkurencji warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącego wymaganego doświadczenia, co stanowi naruszenie art. 16 w zw. z art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 p.z.p., skład orzekający wskazuje co następuje.

Zgodnie z materiałem procesowym zamawiający w ppkt 1.1.4 pkt 1 rozdziału VI SWZ pt. warunki udziału w postępowaniu, wskazał, że o zamówienie mogą się ubiegać wykonawcy, którzy wykażą, że wykonali należycie, nie wcześniej niż w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej

trzy zamówienia trwające minimum dwa lata, których przedmiotem był dozór obiektów użyteczności publicznej, z czego jeden był realizowany u zamawiającego wpisanego do rejestru instytucji kultury, o wartości nie mniejszej niż 500 000,00 zł brutto każde w jednym roku. Odwołujący zarzucił, że sposób ukształtowania warunku jest nieprawidłowy na trzech płaszczyznach: 1) realizacji na rzecz zamawiającego wpisanego do rejestru instytucji kultury, 2) okresu trwania umowy powyżej roku, 3) wartości nie mniejszej niż 500 000,00 zł brutto w jednym roku. Izba ustaliła również, że opis przedmiotu zamówienia został zawarty w załączniku nr 1 do SWZ, a wzór umowy w załączniku nr 2 do SWZ.

W ramach uwag natury ogólnej warto zaznaczyć, że na zamawiającym, który określa zdolności podmiotowe wymagane w postępowaniu, które mają bezpośredni wpływ na możliwość ubiegania się przez wykonawców o udzielenie zamówienia publicznego, ciąży obowiązek zapewnienia, aby określone przez niego wymogi pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, eliminując podmioty przypadkowe, niedające gwarancji rzetelnej realizacji umowy. Zgodnie bowiem z art. 112 ust. 1 p.z.p. zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Postawione wymogi nie mogą być jednak nadmierne, nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, ograniczać uczciwej konkurencji, czy wykraczać poza cel weryfikacji podmiotowej. Każdy warunek udziału w postępowaniu musi również zostać merytorycznie uzasadniony i znajdować usprawiedliwienie w specyfice przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem mówić o potencjale do wykonania zamówienia w sposób hipotetyczny, bez powiązania go z konkretnym świadczeniem, które ma zostać zrealizowane w ramach wykonania danej umowy, tak by możliwa była rzeczywista weryfikacja zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia, o które się ubiega.

Jak również „Określenie warunków podmiotowych musi ponadto polegać na wyznaczeniu „minimalnych poziomów zdolności”, a więc nawiązywać do posiadania doświadczenia w realizacji zamówień, np. robót budowlanych o zbliżonym charakterze, do przedmiotu udzielanego zamówienia. Z ust. 1 nie należy zatem wyprowadzać wniosku o wymogu legitymowania się przez wykonawcę dokładnie takimi samymi zrealizowanymi zamówieniami, jak przedmiot zamówienia, o które się ubiega. Opis warunku nie może więc przenosić na zasadzie 1:1 opisu przedmiotu zamówienia”. (tak E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 112, LEX).

Ponadto, w ocenie Izby, co do zasady, każdy warunek udziału w postępowaniu prowadzi do ograniczenia dostępu do wzięcia w nim udziału. Tym niemniej, ograniczenia takie są dopuszczalne w granicach zachowania zasady uczciwej konkurencji, równego

traktowania wykonawców i proporcjonalności warunku do jego celu – co wynika z konieczności zachowania zasad naczelných określonych w art. 16 pkt 1 i 3 p.z.p., przy braku ograniczenia możliwości złożenia oferty wykonawcom, którzy są w stanie należycie wykonać zamówienie. Zatem o określeniu warunku podmiotowego w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję można mówić wówczas, gdy zostanie on określony na tyle rygorystycznie, że nie będzie to uzasadnione potrzebami zamawiającego, specyfiką wykonania zamówienia, czy też konieczne do wyłonienia wykonawcy zdolnego do należytego zrealizowania umowy.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt postępowania zainicjowanego wniesionym środkiem zaskarżenia, Izba wskazuje, że zamawiający nie był w stanie rzeczowo i merytorycznie uzasadnić postawionych wymogów, zaś z drugiej strony odwołujący przekonująco i racjonalnie, w oparciu o warunki realizacji zamówienia i praktykę rynkową, zanegował wymaganą przez zamawiającego nadmierną zdolność zawodową.

Po pierwsze, warunek udziału w postępowaniu wymaga posiadania doświadczenia w wykonywaniu zamówienia na rzecz zamawiającego wpisanego do rejestru instytucji kultury. Zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (Dz. U. z 2020 r. poz. 194) instytucje kultury uzyskują osobowość prawną i mogą rozpocząć działalność z chwilą wpisu do rejestru prowadzonego przez organizatora. Ustawodawca określił wymagania i warunki prowadzenia rzeczzonego rejestru. Co istotne, wpis do rejestru ma charakter konstytutywny, tj. z chwilą jego dokonania instytucja kultury występuje w obrocie prawnym jako samodzielny, mający osobowość prawną podmiot. Dokonanie wpisu w rejestrze instytucji kultury przez organizatora ma charakter materialno-techniczny, gdyż jest czynnością faktyczną wywołującą skutki prawne oparte na materialnej normie art. 14 ust. 1 DziałKultU (por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Rzeszowie z 19.05.2010 r., sygn. akt: II SA/RZ 275/10, Legalis).

Mając na uwadze powyższe, o ile wpis do rejestru jest niezbędny do prowadzenia działalności instytucji kultury, to samo posiadanie takiego wpisu trudno bezpośrednio powiązać z przedmiotem zamówienia, którym jest pełnienie usługi ochrony. Pomimo, że zamawiający jest wpisany do przedmiotowego rejestru, to fakt ten nie wpływa na szczególny sposób realizacji czynności określonych w umowie. Innymi słowy, usługa ochrony polegająca na wykonywaniu prostych czynności wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia, niczym się nie różni dla jednostki wpisanej do rejestru i dla jednostki nieposiadającej takiego wpisu. Tutaj istotne jest to, do czego będzie zobowiązany wykonawca w toku wykonywania zamówienia – czyli całodobowej ochrony obiektu teatru przez wartowników w portierniach i przez wartownika do obsługi parkingu.

Zamawiający na rozprawie argumentował, że w obiekcie wpisanym do rejestru instytucji kultury, ze względu na specyficzny charakter, występuje znaczący przepływ ludzi,

tylko umknęło uwadze jednostki zamawiającej, że to nie sam wpis do rejestru powoduje taką sytuację (przykładowo do rejestru wpisywane są miejskie biblioteki publiczne, które raczej nie wystawiają spektakli na tysiąc osób, co jako przykład podał zamawiający), a istotny jest charakter czynności i zakres obowiązków wykonywany przez wykonawcę. Gdyby rzeczony wpis powodował jakieś unikalne uwarunkowania mające bezpośredni wpływ na np. sposób wykonywania ochrony budynku, powodujący uzyskanie szczególnych kompetencji i doświadczenia, to można byłoby się zastanawiać nad zasadnością i adekwatnością takiego wymagania, ale nie w tym wypadku – kiedy wpis w żadnej mierze nie wpływa na wyjątkowe warunki pełnienia ochrony budynku. Na realizację usługi wpływają przede wszystkim warunki fizyczne, takie jak powierzchnia obiektu, rodzaj zabezpieczeń, ilość odwiedzających, ryzyko związane z wartością ochranianego mienia, specyfika konstrukcyjna zabezpieczanego obiektu i inne – nie zaś to, czy jednostka dysponująca obiektem formalnie znajduje się w konkretnym rejestrze.

Rację ma odwołujący, że należało się skupić na dozorcze obiektów użyteczności publicznej, dokonując powiązania zwiększonego ruchu osobowego w takich obiektach z weryfikacją zdolności zawodowej wykonawcy, ale bez łączenia tego ze statusem zamawiającego. Skoro bowiem usługa pełniona w budynku użyteczności publicznej, który jest administrowany przez podmiot wpisany do rejestru instytucji kultury, nie różni się od ochrony budynków użyteczności publicznej przeznaczonych na inne cele, to nie ma uzasadnienia wymagania doświadczenia na rzecz konkretnie takiej instytucji. Zatem okoliczność posiadania rzeczzonego wpisu, przez podmiot, na rzecz którego wykonywano wcześniejszą usługę, nie ma rzeczywistego przełożenia na charakter doświadczenia uzyskiwanego przez wykonawcę. Wymóg jest nadmiarowy, ponieważ w celu zbadania zdolności podmiotowej wykonawcy należy skupić się na doświadczeniu wykonawcy w zakresie pełnienia *stricte* usługi ochrony, a nie na formalnym statusie podmiotu, na rzecz którego była ona wykonywana.

Skład orzekający stwierdził więc, że wymaganie przez jednostkę zamawiającą wpisu do rejestru instytucji kultury nie spełnia celu ustanowienia warunku udziału w postępowaniu i w sposób nieuzasadniony eliminuje wykonawców zdolnych do jego wykonania.

Po drugie, w zakresie wymogu wykazania się doświadczeniem w realizacji umowy trwającej minimum dwa lata, o wartości nie mniejszej, niż 500 000,00 zł w jednym roku, skład orzekający uznał, że są to wymogi nieproporcjonalne.

Jak zaznaczono we wcześniejszej części uzasadnienia warunki udziału w postępowaniu stanowią minimalne poziomy zdolności podmiotowej, więc z ostrożnością należy podchodzić do stawiania wymogów większych albo tożsamy do przedmiotu zamówienia. W postępowaniu zamawiający wymaga doświadczenia w realizacji trzech usług trwających po dwa lata, dla zbadania zdolności do pełnienia usługi, która także będzie trwała

dwa lata. Czynności wchodzące w zakres umowy nie są unikalne, a są wręcz powtarzalne i nieskomplikowane, nie wymagają też od wykonawcy kilkuletniego doświadczenia, aby przystąpić do ich realizacji i wykonywać je należycie. Argumentacja zamawiającego ograniczyła się do stwierdzenia, że przyjęto dwuletni okres realizacji zamówienia, stąd taki poziom warunku. Tylko umknęło uwadze strony, że wymagane są aż trzy zrealizowane dwuletnie usługi i to na rynku, na którym zwyczajowo zawiera się umowę na rok, tak jak ustanawiany jest budżet w jednostce. Na potwierdzenie powyższego odwołujący wskazał pięć usług ochrony dla muzeów i teatrów, zaś zamawiający nie wskazał ani jednej usługi zawieranej na dwa lata, więc Izba nie miała podstaw do przyjęcia, że na właściwym rynku taki wymóg będzie warunkiem proporcjonalnym, nieograniczającym konkurencji, skoro umowy na dwa lata nie są spotykane.

Tożsamo, w zakresie wartości umów wynoszących nie mniej niż 500 000,00 zł w jednym roku realizacji, zamawiający nie wykazał, aby ustanowił wymóg adekwatny i proporcjonalny, a tym samym niezbędny do osiągnięcia celu postawienia warunku udziału w postępowaniu. Jest to wartość ponad środki przeznaczone na realizację zamówienia ($24,00 \text{ zł} \times 8760 \times 4 = 840\,960,00 \text{ zł}$ na dwa lata, więc $420\,480,00 \text{ zł}$ na rok), a także znacznie wyższa, niż cena wybranej oferty z $27,10 \text{ zł}$ za godzinę = $474\,792,00 \text{ zł}$ za rok. Jest to także kwota wyższa, niż szacunkowa wartość zamówienia na rok, która powiększona o stawkę podatku VAT wynosi $461\,250,00 \text{ zł}$. Zatem wymóg nie tylko nie wynosi 1:1 w stosunku do przedmiotu zamówienia, a jest od niego wyższy, zaś naruszenie ustawy jest tym bardziej widoczne, że żądano aż trzech takich umów (trwających po dwa lata). O ile zamawiający jest gospodarzem przetargu i ustala treść dokumentacji postępowania, to nie może tego dokonywać z pominięciem wymagań ustawy p.z.p., a stawiając wymóg na poziomie zbliżonym i większym od przedmiotu zamówienia poprzeć to przekonującymi, merytorycznymi argumentami, czego w postępowaniu zabrakło. W opinii składu orzekającego $420\,000,00 \text{ zł}$ wskazane przez odwołującego byłoby jak najbardziej odpowiednie i dziwi, że zamawiający nie zdecydował się na obniżenie wartości wymogu, skoro kwota żądana przez wykonawcę nie jest diametralnie niższa od tej w warunku, a jest wręcz zbieżna ze środkami zamawiającego.

Konkludując, poziom warunku udziału w postępowaniu dotyczący zdolności zawodowej jest nieproporcjonalny, zamawiający zamiast zachować niezbędną równowagę (proporcję) pomiędzy uzyskaniem rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, wprowadził warunek nadmiarowy, w sposób nieuzasadniony ograniczający konkurencję i bezpodstawnie eliminujący wykonawców zdolnych należycie zrealizować zamówienie. W postępowaniu naruszono art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1 i 3 p.z.p. Omawiany zarzut został zatem przez skład orzekający uwzględniony.

Odwołujący zarzucił również zamawiającemu nieproporcjonalny i nadmiarowy wymóg zapewnienia koordynatora, który powinien posiadać poświadczenie bezpieczeństwa wydane przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego (załącznik nr 1 do SWZ, opis przedmiotu zamówienia) – zarzut nr 2 z *petitum* odwołania.

Izba w całości podzieliła stanowisko odwołującego. W ocenie składu orzekającego przedmiot zamówienia nie jest nawet luźno związany z koniecznością przetwarzania danych, do których niezbędne jest posiadanie poświadczenia bezpieczeństwa wskazanego w art. 29 ustawy o ochronie informacji niejawnych z dnia 5 sierpnia 2010 r. (Dz. U. z 2019 r. poz. 742). Zamawiający nie posiada nawet kancelarii tajnej, nie przetwarza takich informacji. Dziwi więc postawiony wymóg, pomijając już, że nie tylko ABW, ale także inne jednostki są uprawnione do przeprowadzenia postępowania sprawdzającego i wydania poświadczenia.

Każde wymaganie postawione wykonawcy powinno posiadać uzasadnienie w obowiązkach na niego nałożonych. Nie można wymagać od przedsiębiorcy uprawnień, które nie są potrzebne do wykonania zamówienia. Jeżeli zamawiający nie potrafi rzeczowo uzasadnić, wskazując na konkretne elementy realizacji umowy do których konieczne byłoby posiadanie przedmiotowych uprawnień, to wymóg jest nadmierny i nieproporcjonalny, co narusza art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 p.z.p. Zabronione jest bowiem ukształtowanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a takim jest uniemożliwienie złożenia oferty wykonawcy, który byłby zdolny do wykonania zamówienia, ale postawiono mu w SWZ niewspółmierny wymóg legitymowania się uprawnieniami, które nie są potrzebne do realizacji umowy.

Stanowisko odwołującego o bezprawnym ograniczeniu konkurencji w postępowaniu znalazło potwierdzenie w ustalonym stanie rzeczy, zaś zamawiający nie wykazał, aby wymóg legitymowania się przez koordynatora poświadczeniem bezpieczeństwa nie naruszał omawianych norm p.z.p. i miał uzasadnienie w warunkach wykonania zamówienia, więc zarzut został przez Izbę uwzględniony.

W normalnym toku procedowania skład orzekający nakazałby zamawiającemu dokonanie modyfikacji dokumentacji postępowania w sposób, którego żądał odwołujący. Tym niemniej, zgodnie z ustalonym stanem rzeczy, zamawiający nie czekając na wyrok Izby dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Nie zdecydowano się na przedłużenie terminu na składanie ofert do czasu wydania orzeczenia, nadal procedowano w postępowaniu, zbadano i oceniono uzyskane oferty (odwołujący nie złożył oferty w postępowaniu), aż do wyboru oferty przystępującego po stronie zamawiającego. Takie zachowanie zasługuje na krytykę z uwagi na jego rażący charakter, a w związku z tym nie tylko nie powinno ono otrzymać ochrony, a musi spotkać się ze zdecydowanym potępieniem. Sprzeciwia się bowiem nie tylko zasadom ogólnym prawa zamówień publicznych, ale stanowi w istocie próbę pozbawienia odwołującego prawa do sądu. Skoro Izba nie ma

możliwości nakazania zmiany dokumentacji postępowania, a obecna jej treść ogranicza konkurencję, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 255 pkt 6 p.z.p.).

Izba stwierdziła, że w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie (wada postępowania) – jednostka zamawiająca w sposób nieprawidłowy, naruszający art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1 i 3 p.z.p. oraz art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 p.z.p., skonstruowała dokumentację postępowania. Naruszenie to stanowi wadę niemożliwą do usunięcia (w obecnym stanie faktycznym brak możliwości naprawienia błędu zamawiającego przy użyciu instrumentów p.z.p.), ponieważ w postępowaniu uniemożliwiono złożenie oferty odwołującemu, co wywołuje nieodwracalny skutek. Przetarg nie może wrócić na prawidłowy tor i żadne przewidziane przez ustawę czynności nie mogą doprowadzić do sanacji czynności składania ofert, która jest niepowtarzalna. Wynik postępowania jest obciążony błędem, ponieważ w sposób bezprawny ograniczono konkurencję, jak również uniemożliwiono odwołującemu możliwość ubiegania się o zamówienie publiczne, co ma wpływ na wadliwy wynik rozstrzygnięcia postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie, bowiem wykazano, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania skład orzekający wydał na podstawie art. 575 n.p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła zamawiającego jako stronę przegrywającą kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez odwołującego wpis.

Przewodniczący:

.....