

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

Warszawa, dnia 18.09.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski
Aleksandra Kot
Anna Kuszel-Kowalczyk

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 14 sierpnia 2024 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Państwowy Zespół Ludowy Pieśni i Tańca „Mazowsze” im. T. Sygietyńskiego, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 5 sierpnia 2024 r. (znak: KND/144/23/DKZP) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Świadczenie usług w zakresie całodobowej ochrony osób i mienia dla PZLPiT „MAZOWSZE”

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zasługują na uwzględnienie w części.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu” lub „Kontrolujący”) przeprowadził kontrolę doraźną postępowania prowadzonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest świadczenie usług w zakresie całodobowej ochrony osób i mienia dla PZLPiT „MAZOWSZE”.

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie następujących przepisów, tj.:

- 1) art. 16 pkt 1) ustawy PZP w zw. z art. 241 ust. 1 i 3 ustawy PZP, poprzez określenie w dokumentacji postępowania niezwiązanego z przedmiotem zamówienia kryterium oceny ofert o nazwie „ochrona imprezy masowej”, według którego Zamawiający przyznawał punkty w zależności od ilości obsłużonych przez wykonawcę imprez masowych powyżej 2000 osób każda w ostatnich 3 latach, które to kryterium dotyczy właściwości wykonawcy – doświadczenia w ochronie imprez masowych;
- 2) art. 18 ust. 1 w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP, poprzez zaniechanie niezwłocznego udostępnienia na wniosek ofert Wykonawców biorących udział w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W uzasadnieniu Prezes Urzędu wskazywał m. in., że zgodnie z SWZ ustanowiono kryterium oceny ofert pn. „Ochrona imprezy masowej” o wadze 40%, w którym punkty przyznawano w następujący sposób:

„40 pkt - obsługa 3 (1 impreza masowa = 1 umowa) imprez masowych powyżej 2000 osób każda w ostatnich 3 latach

10 pkt - obsługa 1 imprezy masowej powyżej 2000 osób w ostatnich 3 latach

Zamawiający wymaga razem z ofertą dołączenia referencji. W przypadku braku referencji wykonawca otrzyma 0 punktów.”

Kontrolujący wskazał, że Zamawiający ustanawiając kryterium oceny ofert odnoszące się do właściwości wykonawcy, według którego przyznawał punkty w zależności od ilości obsłużonych przez wykonawcę imprez masowych powyżej 2000 osób każda w ostatnich 3 latach, naruszył przepisy art. 16 pkt 1) ustawy PZP w zw. z art. 241 ust. 1 i 3 ustawy PZP, co w przedmiotowej sprawie miało wpływ na wynik postępowania.

Kontrolujący przedstawił również analizę prawną dotyczącą interpretacji i rozumienia ww. przepisów.

W zakresie drugiego ze stwierdzonych naruszeń, Kontrolujący zwrócił uwagę, że otwarcie ofert w ww. postępowaniu nastąpiło w dniu 25 września 2023 r. W dniu 26 września 2023 r. Wykonawca Holding Hunters Sp. z o.o. Sp. K., który występował w postępowaniu w konsorcjum z innymi podmiotami, skierował do Zamawiającego, na Platformie e-Zamówienia, wniosek o udostępnienie ofert Wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Wobec braku odpowiedzi ze strony Zamawiającego na powyższe, w dniu 17 października 2023 r. ten sam Wykonawca skierował do Zamawiającego ponowną prośbę o realizację przedmiotowego wniosku.

W dniu 26 października 2023 r. Zamawiający opublikował informację o wyniku postępowania.

W dniu 30 października 2023 r. ww. wykonawca po raz kolejny zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie stosownych informacji.

W dniu 31 października 2023 r., Zamawiający przesłał dokumentację, o którą wnioskował Wykonawca wskazując przy tym, że: opóźnienie w jej przesłaniu wynikało z konieczności wyodrębnienia i usunięcia dokumentów, które zostały zastrzeżone jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jak zauważył Kontrolujący od złożenia przez Wykonawcę pierwszego wniosku o udostępnienie ofert do chwili przekazania dokumentacji przez Zamawiającego minęło 35 dni. Zdaniem Kontrolującego okoliczność sprawdzania ofert pod kątem ewentualnych treści zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa nie może uzasadniać odstąpienia przez Zamawiającego od realizacji obowiązków w terminach ustawowych. Te natomiast jednoznacznie określają maksymalny czas na dokonanie czynności niezbędnych przed udostępnieniem ofert, w szczególności zweryfikowanie, czy oferta nie zawiera treści ustawowo chronionych. Zgodnie z art. 74 ust. 2 pkt 1) ustawy PZP termin ten wynosi 3 dni licząc od dnia otwarcia ofert. W przypadku, gdy wniosek o udostępnienie ofert został złożony po upływie ww. 3 dni od dnia otwarcia ofert, Zamawiający powinien być gotowy na ich niezwłoczne udostępnienie, co do zasady nie później niż w dniu następującym po dniu, w którym został złożony wniosek.

Wobec powyższego, mając na uwadze wyżej przedstawione okoliczności faktyczne i prawne Kontrolujący stwierdził, iż Zamawiający poprzez zaniechanie niezwłocznego udostępnienia na wniosek ofert Wykonawców biorących udział w postępowaniu, naruszył art 18 ust. 1 w zw. z art 74 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP.

Następnie pismem z dnia 14 sierpnia 2024 r. Państwowy Zespół Ludowy Pieśni i Tańca „Mazowsze” im. T. Sygietyńskiego, dalej jako: „Zamawiający”, zgłosił umotywowane zastrzeżenia od wyników przeprowadzonej kontroli.

Zamawiający wskazywał m. in., w odniesieniu do naruszeń stwierdzonych w punkcie 1, że organizuje również imprezy masowe i co za tym idzie, zamierzał powierzyć wykonywanie usługi podmiotowi, który ma doświadczenie w zabezpieczaniu takich imprez. Zwrócił uwagę na zapisy Dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którymi kryteria są powiązane z przedmiotem zamówienia, jeżeli dotyczą jego przedmiotu we wszystkich aspektach oraz na wszystkich

etapach jego cyklu życia, co obejmuje czynniki związane z: określonym procesem produkcji, dostarczania lub wprowadzania robót budowlanych, dostaw lub usług na rynek oraz określonym procesem dotyczącym innego cyklu życia tych robót budowlanych, dostaw lub usług – nawet jeżeli czynniki te nie są ich istotnym elementem.

Zamawiający powołał się również na poglądy literatury, zgodnie z którymi Zamawiający ma swobodę w doborze kryteriów, tak aby dokonać zakupu najlepiej odpowiadającego jego potrzebom. Podkreślił również, że kryteria mogą być powiązane również z realizacją zamówienia w szerokim rozumieniu, tj. z dowolnym z aspektów realizacji danego zamówienia, a także z dowolnymi etapami cyklu życia tego zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego, w związku z organizowaniem przez niego również imprez masowych, nie może budzić wątpliwości, że pomiędzy tą działalnością a kwestionowanym przez Kontrolującego kryterium oceny ofert istnieje ścisły związek.

W odniesieniu do drugiego z naruszeń Zamawiający wskazał, że udostępnienie dokumentacji zostało opóźnione na skutek problemów technicznych związanych z funkcjonowaniem platformy. Zamawiający dodał, że kontaktował się telefonicznie z osobą wskazaną w ofercie informując o tych problemach, a zarazem wskazując, że istnieje możliwość zapoznania się z dokumentacją w siedzibie Zamawiającego. Dodał, że w tym okresie pracownicy wnioskodawcy przebywali w siedzibie Zamawiającego, a więc zapoznanie się z dokumentacją w taki sposób nie było związane z niedogodnościami. Co więcej, dokumentacja została wysłana w momencie przywrócenia prawidłowego działania platformy.

Zamawiający przedłożył również pismo z dnia 26 sierpnia 2024 r. (wpływ do Urzędu: 02.09.2024 r.), w którym uzupełnił argumentację zawartą w zastrzeżeniach.

Pismem z dnia 3 września 2024 r. Prezes Urzędu poinformował Zamawiającego, że podtrzymuje stanowisko dotyczące stwierdzonych naruszeń oraz przedstawił w tym zakresie stosowną argumentację, powielając w przeważającej części dotychczas zaprezentowaną argumentację.

Prezes Urzędu w szczególności dodał, że Zamawiający myli weryfikację podmiotową wykonawcy od etapu przedmiotowej oceny ofert. Podkreślił, że etapem postępowania, na którym ocenie podlega doświadczenie wykonawców jest etap kwalifikacji podmiotowej, a nie etap oceny ofert, natomiast miejscem na zawarcie wymagań w zakresie doświadczenia wykonawców jest w SWZ rozdział, w którym Zamawiający opisuje warunki udziału w postępowaniu, a nie kryteria oceny ofert.

Kontrolujący dodał, w zakresie naruszenia opisanego w pkt 2 informacji pokontrolnej, że wnoszący zastrzeżenia nie zakwestionował opisanych w informacji okoliczności stanu

faktycznego, w tym w szczególności faktu, że udostępnił wnioskującemu dokumenty po upływie 35 dni. Co więcej, Zamawiający nie załączył również żadnych dowodów świadczących o wystąpieniu problemów technicznych związanych z funkcjonowaniem platformy, a więc argument ten należy traktować jako czysto gołosłowny. Kontrolujący zwrócił również uwagę na sposób komunikowania się w postępowaniu, a zatem jeżeli Zamawiający faktycznie doświadczył problemów związanych z funkcjonowaniem platformy, to nie było przeszkód by wnioskowaną dokumentację udostępnić wnioskującemu za pomocą poczty elektronicznej.

W związku z powyższym sprawa została przekazana do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Zamawiającego oraz biorąc pod uwagę materiał zgromadzony w sprawie, zważyła, co następuje:

Zastrzeżenia zasługują na uwzględnienie w części.

W pierwszej kolejności Izba pragnie podkreślić, że przy ocenie zastrzeżeń brała pod uwagę tylko i wyłącznie argumentację zawartą w treści pisma stanowiącego zastrzeżenia datowanego na dzień 14 sierpnia 2024 r.

Pismo datowane na dzień 26 sierpnia 2024 r., stanowiące uzupełnienie zastrzeżeń, zostało złożone po upływie terminu określonego w art. 610 ust. 1 ustawy PZP. Uchybienie terminowi skutkowało brakiem możliwości merytorycznego rozpoznania zarzutów przez Prezesa Urzędu. Z tego samego powodu zastrzeżenia te nie mogą zostać ocenione przez Izbę.

Mając powyższe na uwadze, odnosząc się do poszczególnych naruszeń stwierdzonych przez Kontrolującego i wniesionych zastrzeżeń, Izba pragnie wskazać, co następuje:

- 1) naruszenie art. 16 pkt 1) ustawy PZP w zw. z art. 241 ust. 1 i 3 ustawy PZP

Jeśli chodzi o naruszenie art. 16 pkt 1 ustawy PZP, zgodnie z którym Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, wskazać należy, że Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach nie zawarł żadnej argumentacji dotyczącej stwierdzonego naruszenia.

W ich treści próżno szukać jakiegokolwiek uzasadnienia dotyczącego stwierdzonych przez Kontrolującego naruszeń w zakresie ww. przepisu.

Wobec tego tak naprawdę brak jest zastrzeżeń, które Izba mogłaby ocenić. Zamawiający nie objął wniesionymi zastrzeżeniami naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy PZP, co nakazuje uznać, że rozstrzygnięcie w tym zakresie nie zostało zaskarżone, a wynik kontroli powinien się utrzymać.

Przechodząc dalej należy przytoczyć treść art. 241 ust. 1 i 3 ustawy PZP. Zgodnie z tym przepisami:

1. Kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia.
3. Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Zdaniem Izby przepis art. 241 ust. 1 ustawy PZP nie został przez Zamawiającego naruszony. Wyrażając taką opinię Izba wzięła pod uwagę argumentację Zamawiającego dotyczącą opisu przedmiotu zamówienia, tj. organizowania przez niego również imprez masowych.

Zgodnie z załącznikiem nr 2 do Projektowanych Postanowień Umowy, tj. zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia punkt 1.1 głównymi zadaniami, poza funkcją bazy szkoleniowo-warsztatowej i koncertowej Zespołu Mazowsze, są m. in.: organizacja koncertów innych zespołów i artystów; organizacja festiwali artystycznych o zasięgu krajowym i międzynarodowym; przygotowywanie programów telewizyjnych i filmów.

Zgodnie z punktem 3 OPZ *w obiekcie obowiązuje zróżnicowany system pracy personelu PZLPiT „MAZOWSZA”, w który możemy wyróżnić trzy zasadnicze przedziały czasowe: (...)*

– Przedstawienie - od godziny 07⁰⁰ do godziny 23⁰⁰ (w wyjątkowych sytuacjach np. prac montażowych i dekoracyjnych od godziny 05⁰⁰ do godziny 03⁰⁰).

Co więcej w postanowieniach OPZ dotyczących planu ochrony znajduje się pkt 4 lit. c), zgodnie z którym *jednym z obowiązków wykonawcy jest przydzielenie koordynatora obiektu (jednej osoby) z uprawnieniami takimi jak:*

c) Kierownik do spraw Bezpieczeństwa imprez masowych.

Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Izby, nie ma wątpliwości co do tego, że przedmiot zamówienia obejmuje również świadczenie usług ochrony w czasie trwania na obiekcie imprez masowych – jest to część rzeczywistości w jakiej funkcjonuje Zamawiający i obiekty, którymi zarządza. Potwierdza to m. in. ustanowienie przez Zamawiającego wymogu dysponowania kierownikiem do spraw bezpieczeństwa imprez masowych.

Powyższe nakazuje twierdzić, że umiejętność świadczenia usługi ochrony w czasie imprez masowych wydaje się być pożądana i związana z przedmiotem zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest usługa ochrony, ale zgodnie z przyjętym kryterium premiowany jest wykonawca, który ma umiejętności jej świadczenia podczas imprez masowych, a nie ulega wątpliwości, że świadczenie „zwykłej” ochrony różni się znacznie od świadczenia ochrony podczas imprez masowych. Inne są obowiązki osób pełniących służbę, na inne rzeczy należy zwracać uwagę, a z całym procesem wiąże się szereg czynności przygotowawczych oraz

wykonywanych na „żywym organizmie” – o czym świadczyć może obowiązek powołania m. in. koordynatora ds. bezpieczeństwa imprez masowych.

Tym samym wydaje się, że wykonawca posiadający doświadczenie w świadczeniu ochrony w czasie imprez masowych zapewni lepszą jakość usługi niż wykonawca, który takiego doświadczenia nie posiada. Kryterium to można odczytywać jako umiejętność świadczenia usługi na wyspecjalizowanym polu, wyższym jakościowo niż zwykła ochrona, jakim jest ochrona w czasie imprez masowych. Powyższe zdaniem Izby przesądza o związku ustalonego kryterium z przedmiotem zamówienia, co prowadzi do wniosku, że Zamawiający nie naruszył art. 241 ust. 1 ustawy PZP.

W zakresie naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 241 ust. 3 ustawy PZP Izba podtrzymuje zaskarżony wynik kontroli. Ustalone kryterium niewątpliwie odnosi się do właściwości wykonawcy, co stanowi naruszenie ww. przepisu. Słusznie Kontrolujący wskazał, że Zamawiający powinien rozróżnić etap kwalifikacji podmiotowej wykonawców od etapu oceny złożonych przez nich ofert. Etapem postępowania, na którym ocenie podlega doświadczenie wykonawców jest etap kwalifikacji podmiotowej, a nie etap oceny ofert, natomiast miejscem na zawarcie wymagań w zakresie doświadczenia wykonawców jest w specyfikacji warunków zamówienia rozdział, w którym Zamawiający opisuje warunki udziału w postępowaniu, a nie kryteria oceny ofert.

Podkreślenia przy tym wymaga, że zdaniem Izby, uznanie kryterium za dotyczące właściwości wykonawcy nie wyklucza tego, że jest ono związane z przedmiotem zamówienia. Taka też sytuacja zaistniała w niniejszej sprawie. Biorąc pod uwagę treść dokumentacji Izba uznała przedmiotowe kryterium za związane z przedmiotem zamówienia, chociaż niedopuszczalne z punktu widzenia art. 241 ust. 3 ustawy PZP – bo związane również z właściwościami wykonawcy.

Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Izby wynik kontroli powinien zostać utrzymany w zakresie stwierdzonego naruszenia art. 16 pkt 1 i art. 241 ust. 3 i zmieniony w zakresie naruszenia art. 241 ust. 1 ustawy PZP.

Należy również dodać, że zdaniem Izby, stwierdzone przez Kontrolującego naruszenia nie miały ostatecznie wpływu na wynik postępowania. W każdym razie nie zostało to wykazane w treści informacji pokontrolnej.

- 2) naruszenie art. 18 ust. 1 w zw. z art 74 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP, poprzez zaniechanie niezwłocznego udostępnienia na wniosek ofert Wykonawców biorących udział w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia

Izba w całości przychyliła się do argumentacji zawartej w informacji pokontrolnej i uznaje wniesione zastrzeżenia za niezasługujące na uwzględnienie.

Słusznie podnosił Kontrolujący, że wnoszący zastrzeżenia nie kwestionuje opisanych w Informacji okoliczności stanu faktycznego, w tym w szczególności faktu, iż udostępnił Wykonawcy wnioskowaną ofertę po upływie 35 dni. Co więcej, Zamawiający nie opisał na czym miały polegać rzeczony problemy techniczne związane z funkcjonowaniem platformy, jak długo trwały oraz jaki był ich faktyczny wpływ na fakt udostępnienia Wykonawcy Holding Hunters Sp. z o.o. Sp. k. ofert w postępowaniu dopiero po upływie ww. 35 dni od złożenia wniosku.

Ponadto okoliczności, na które uwagę zwracał Zamawiający nie zostały nawet uprawdopodobnione.

Słusznie Kontrolujący zwrócił również uwagę na zasady komunikacji ustalone w SWZ. Nawet jeżeli Zamawiający faktycznie doświadczył problemów związanych z funkcjonowaniem platformy, na której prowadzone było przedmiotowe postępowanie, to należy podkreślić, iż nie było przeszkód, aby wnioskowaną dokumentację udostępnić niezwłocznie za pośrednictwem poczty elektronicznej.

Z punktu widzenia zasad komunikacji nie mają znaczenia również argumenty dotyczące możliwości udostępnienia dokumentacji w siedzibie Zamawiającego.

Wobec powyższego Izba w całości podtrzymuje wynik kontroli w ww. zakresie, w całości uznając za zasadną argumentację przedstawioną przez Kontrolującego.

Mając powyższe na uwadze, Izba wydała opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

.....