

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 1 lipca 2020 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 29 maja 2020 r. zgłoszonych do Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego Zamek Królewski w Warszawie - Muzeum

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 19 maja 2020 r., (znak: UZP/DKZP/KND/13/20) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie:

***kompleksowej obsługi transportu dzieł sztuki na wystawę „Rządzić i ośniewać. Klejnoty i jubilerstwo w Polsce w XVI i XVII w.”*** (znak sprawy: ZZ-2110-2/2019)

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

Przewodniczący:	Izabela Niedziałek-Bujak
Członkowie:	Aneta Mlącka
	Andrzej Niwicki

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego dotyczące naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wskazanego w informacji o wyniku kontroli zasługują na uwzględnienie.**

**Uzasadnienie**

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej jako Prezes UZP) wszczął w dniu 16.04.2020 r., na podstawie art. 161 ust. 1 Ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej jako ustawa Pzp) kontrolę doraźną postępowania przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie usługi obejmującej kompleksową obsługę transportu dzieł sztuki na wystawę „Rządzić i ośniewać. Klejnoty i jubilerstwo w Polsce w XVI i XVII w.” W sprawie przeprowadzenia kontroli wpłynęło do Prezesa UZP pismo od K. P. (ART.-TRANSPORTER K.P.) zawierające wniosek o przeprowadzenie kontroli postępowania, w którym miało dojść do naruszeń ustawy Pzp prowadzących do wadliwej czynności wyboru oferty

najkorzystniejszej. Naruszenie wskazane we wniosku (art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp) dotyczyło zaniechania wykluczenia z postępowania firmy Renesans, która nie spełniała warunków udziału w postępowaniu.

Prezes UZP w wyniku przeprowadzonej kontroli w informacji o wyniku kontroli z dnia 19.05.2020 r. stwierdził naruszenie przez Zamawiającego:

1. Art. 22 ust. 1a ustawy Pzp poprzez zawarcie w opisie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej wymogu, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, mającego za przedmiot usługę, prowadził co najmniej 5 lat działalność zawodową (w zakresie transportu dzieł sztuki), co świadczy o opisanu warunku w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia,
2. Art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia, polegającą na określeniu ww. warunku w postępowaniu dotyczącego zdolności wykonawcy niezgodnie z przepisem art. 22 ust. 1a ustawy Pzp.

W uzasadnieniu stwierdzonych naruszeń wskazano na zakres rzeczowy zamówienia obejmujący: wykonanie specjalistycznych opakowań do transportu wytypowanych dzieł sztuki; pakowanie i rozpakowanie obiektów przez wykwalifikowanych pracowników; specjalistyczne przygotowanie bardzo trudnych obiektów do transportu (budowanie rusztowań i zabezpieczeń na ekspozycji w celu demontażu i montażu cennych sukienek z klejnotami, dużych obrazów, demontażu z zabezpieczonych gablot lub szaf ekspozycyjnych klejnotów, pierścieni, guzów, kosztownych zegarków, relikwiarzy naszyjników, pater, łańcuchów złożonych) przez doświadczonych pracowników; realizacja transportu specjalistycznymi środkami lokomocji spełniającymi wymagania Zamawiającego i właścicieli obiektów; przemieszczanie dzieł sztuki – dużych i ciężkich obrazów i zespołów obiektów na terenie wypożyczającego.

Zamawiający ustanowił warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej i wymagał wykazania, iż wykonawca prowadzi od co najmniej 5 lat działalność zawodową w zakresie transportu dzieł sztuki; wykonał usługi pakowania i transportu wystawy krajowej, gdzie ilość obiektów przekroczyła 250 sztuk (z wyłączeniem plakatów); wykonał demontaż, montaż przy użyciu rusztowań trudnych obiektów na terenie kościoła, usługa połączona z transportem.

Na potwierdzenie spełnienia warunku Zamawiający przygotował załącznik nr 4 do siwz – wykaz usług, w którym wskazał, iż wymagane jest wykazanie prowadzenia przez co najmniej 5 lat działalności zawodowej w zakresie transportu dzieł sztuki, wykonania usługi pakowania i

transportu wystawy krajowej, gdzie ilość obiektów przekroczyła 250 sztuk (z wyłączeniem plakatów) oraz wykonanie demontażu, montażu przy użyciu rusztowań trudnych obiektów na terenie kościoła, połączone z transportem.

W postępowaniu ofertę złożył tylko jeden podmiot – Renesans International Exhibitions Sp. z o.o., mający zarejestrowaną działalność w KRS od dnia 16 października 2014 r., natomiast umowa spółki zawarta została w dniu 12 września 2014 r. Zamawiający zawarł umowę z Wykonawcą w dniu 12 kwietnia 2019 r.

Prezes UZP odniósł się w wyniku kontroli do wymagania, aby wykonawca prowadził od co najmniej 5 lat działalność zawodową w zakresie transportu dzieł sztuki, zestawiając ten wymóg z przepisami prawa, w tym art. 22 ust. 1a, art. 22 ust. 1b, art. 22d ust 1 ustawy Pzp oraz §2 ust. 4 pkt 2 oraz § 2 ust. 5 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126).

Zamawiający naruszył przepisy ustawy, gdyż zgodnie z zapisami siwz wykonawca posiadający choćby 3 letnie doświadczenie w zakresie transportu dzieł sztuki, nie mógł spełnić postawionego warunku. O doświadczeniu wykonawcy świadczy okres, rodzaj, wielkość i złożoność zadań składających się na doświadczenie, nie zaś to czy zostało ono nabyte w trakcie zatrudnienia, wykonywania innej pracy zarobkowej lub prowadzenia działalności gospodarczej. W ocenie kontrolującego, przy wymaganiu wykazania się doświadczeniem z okresu ostatnich pięciu lat obejmującym usługi pakowania, transportu, demontażu i montażu, postawiony wymóg był nadmiarowy i prowadził do ograniczenia konkurencji.

W wynikach kontroli wskazano, iż był to warunek nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, gdyż ograniczał dostępność zamówienia dla wykonawców, którzy mają np. 3 letnie doświadczenie w zakresie transportu dzieł sztuki. Powyższe naruszenie art. 22 ust. 1a ustawy Pzp zostało ocenione, jako mające wpływ na wynik postępowania.

Tak ustanowiony warunek stanowił niemożliwą do usunięcia wadę postępowania, o jakiej mowa w art 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Za przywołanym orzecnictwem wskazano, iż wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy jest obiektywna niemożność dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty (tak w postanowieniu SO w Poznaniu z dnia 4 listopada 2005r., sygn. akt. II Ca 941/05). Jeżeli wada postępowania jest usuwalna konieczne i wystarczające jest jej usunięcie, a nie unieważnienie całego postępowania. Jeżeli wady nie da się usunąć i oddziałuje ona na ważność umowy, zamawiający wówczas obligatoryjnie unieważnia postępowanie (tak w wyroku KIO z dnia 2 marca 2017 r., sygn. akt KIO 281/17).

Zamawiający przez sporny warunek doprowadził do tego, że postępowanie już na samym

początku zostało obarczone wadą, której skutki można zaobserwować w ilości ofert, które wpłynęły w niniejszym postępowaniu. Faktycznie jedyną ofertę złożył Wykonawca, który również nie spełniał powyższego warunku, a mimo tego jego oferta została wybrana.

Nie było możliwe konwalidowanie nieprawidłowości poczynionych przez Zamawiającego, gdyż zgodnie z art. 38 ust 4 zd. 1 ustawy Pzp w uzasadnionych przypadkach treść siwz może być zmieniona jedynie przed upływem terminu składania ofert.

Naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp ocenione zostało jako mające wpływ na wynik postępowania.

### **Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli.**

W piśmie z dnia 29.05.2020r., wniesionym do Prezesa UZP Zamawiający złożył zastrzeżenia.

Zamawiający uznał, iż stwierdzone naruszenia art. 22 ust. 1a ustawy Pzp wynika z nieprawidłowej wykładni zapisów siwz oraz przypisania Zamawiającemu intencji nie mających odzwierciedlenia w stanie rzeczywistym.

Zamawiający określił w rozdziale 5 ust. 5b pkt 2 i 3 siwz, jako oddzielne warunki dotyczące minimalnego stopnia doświadczenia zawodowego Wykonawcy, w dwóch odrębnych aspektach. Doświadczenie wynikające z poprawnego wykonania poszczególnych usług o określonym stopniu trudności (pkt 2 i 3) nie jest równoznaczne z doświadczeniem, jakie daje wieloletni staż zawodowy (pkt 1). Sformułowane w ten sposób wymogi pozwalały na uwzględnienie niezmiernie istotnych dla realizacji przedmiotu zamówienia umiejętności i zasobów z kategorii kompetencji miękkich, kultury korporacyjnej i wiedzy instytucjonalnej. Wskazał na oczywistą zależność między długością stażu zawodowego, a stopniem profesjonalizmu. Okres prowadzenia działalności stanowić ma obiektywny miernik doświadczenia, czego wyrazem jest fakt, że kryterium stażu jest powszechnie stosowane przy powierzaniu stanowisk, funkcji i zadań wymagających określonego poziomu kompetencji zawodowych.

Zamawiający nie wymagał, co zdaje się sugerować kontrolujący, posiadania 5-letniego stażu na potwierdzenie doświadczenia wynikającego z dwóch określonych usług. Warunek dotyczący stażu był określony i weryfikowany niezależnie od warunku dotyczącego realizacji określonych usług. Ocena warunku stażowego nie powinna być prowadzona przez pryzmat drugiego z wymienionych warunków, lecz wyłącznie w relacji do przedmiotu zamówienia. Kontrolujący poprzestał wyłącznie na wskazaniu, jako nadmierny tak ustalony warunek stażowy, odnosząc go do wymiaru 3 lat, bez dostatecznego rozeznania całokształtu okoliczności faktycznych wynikający ze specyfiki zamówienia.

Zamawiający przybliżył znaczenie, jakie miała przedmiotowa wystawa, stanowiąca jedno z najważniejszych przedsięwzięć Zamku Królewskiego w Warszawie – Muzeum, na przestrzeni ostatnich lat. Na wystawie prezentowane były zabytki o największej wartości artystycznej i historycznej, wystawione po raz pierwszy w tak szerokim wyborze, jak klejnoty należące w przeszłości do polskich władców z dynastii Jagiellonów i Wazów, a także pochodzące z dawnych skarbców magnackich i szlacheckich, skarbców kościelnych i klasztornych. W sumie pokazano ponad 600 zabytków wypożyczonych z kilkudziesięciu muzeów w kraju i za granicą, skarbców kościelnych w Polsce oraz kolekcji prywatnych.

Wobec olbrzymiej wartości materialnej, jak również trudnej do oceny wartości artystycznej i historycznej zgromadzonych obiektów, Zamek Królewski w Warszawie – Muzeum zobowiązany był do bezwzględnego zagwarantowania bezpieczeństwa i zapewnienia jak najlepszych warunków konserwatorskich dla zabytków na wszystkich etapach wypożyczenia i wystawiania obiektów – od momentu odbioru od właściciela, przez transport, montaż i ekspozycję, aż po zwrot. Łącznie obiektów na wystawę użyczyło 86 właścicieli, a wartość ubezpieczeniowa przekroczyła 89 mln. złotych, jednak rzeczywista wartość historyczna była bezcenna. Niektóre z obiektów wymagały podjęcia prac konserwatorskich, które dawały im nowe życie.

Mając na względzie przedmiot zamówienia i jego wartość, Zamawiający uznał, że wysokie wymagania w stosunku do wykonawców są wyrazem usprawiedliwionej troski instytucji o bezpieczeństwo obiektów oraz spoczywającej na organizatorze wystawy odpowiedzialności. Nie do pomyślenia byłoby powierzenie podmiotowi, który od niedawna prowadzi działalność, tak newralgicznego zakresu prac przy wystawie, jak prace w bezpośredniej styczności z zabytkami i w okolicznościach podwyższonego ryzyka, do jakich należą prace związane z przemieszczaniem zabytków poza miejsce ich stałego przechowywania.

Zamek Królewski nie może tylko realizować wartości dotyczących interesów wykonawców chronionych przepisami Ustawy Pzp kosztem innych dóbr wymagających ochrony. Musiał zabezpieczyć także interes właścicieli zabytków. Do tego dochodzi dobro i bezpieczeństwo dziedzictwa narodowego, które również jest chronione prawem. W grę wchodzi także odpowiedzialność karna za niezapewnienie należytej opieki nad powierzonymi zabytkami.

Zamawiający działał ze świadomością, że przedmiotowy warunek nie podlega weryfikacji poprzez żaden z rodzajów dokumentów wymienionych w rozporządzeniu. Ze względu jednak na istotne znaczenie warunku dotyczącego 5-letniego stażu dla przedmiotowego postępowania, Zamawiający zdecydował o zastosowaniu tego warunku bez jego weryfikacji dokumentowej, lecz wyłącznie w oparciu o wstępne oświadczenie Wykonawców. Warunek został określony w granicach swobody wynikającej z art. 22d ust 1 ustawy Pzp, bez konieczności dopasowywania go do któregośkolwiek z rodzajów dokumentów określonych w rozporządzeniu.

Nie było intencją Zamawiającego weryfikowanie 5-letniego stażu za pomocą wykazu usług. Zapis wspominający o konieczności posiadania 5-letniego stażu znalazł się w treści instrukcji do wykazu usług dodatkowo, na zasadzie przypomnienia, że taki warunek obowiązuje. Zamawiający posiadał ogólną wiedzę o rynku usług transportu dzieł sztuki, z której wynika, że warunek prowadzenia działalności od co najmniej 5 lat będzie w stanie spełnić taka liczba wykonawców, która gwarantuje konkurencję w przetargu. Analiza wskazuje, że większość podmiotów, które mogły potencjalnie uczestniczyć w przetargu, prowadziła działalność gospodarczą w okresie dłuższym niż 5 lat przed terminem składania ofert. Jedynie jeden podmiot (z przedstawionych 13) prowadził działalność w okresie krótszym niż 5 lat (czyli nie spełniał warunku postawionego przez Zamawiającego), ale okres ten był również krótszy niż 3 lata. Dla analizowanego rynku usług transportu dzieł sztuki nie miało praktycznego znaczenia, czy Zamawiający postawi warunek co najmniej 5-letniego, czy też 3-letniego okresu prowadzenia działalności. Tym samym postawienie zakwestionowanego warunku 5-letniego stażu nie mogło mieć i nie miało wpływu na ograniczenie dostępu do zamówienia. Nie doszło zatem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 1a ustawy Pzp).

**Prezes UZP w odpowiedzi na zastrzeżenia podtrzymał w całości stanowisko dotyczące naruszeń wskazanych w informacji.**

Pismem z dnia 16.06.2020 r. znak: UZP/DKZP/WKZ2/421/13(12)/20/SM dot. KND/13/20/DKZP Prezes UZP podtrzymał stanowisko zawarte w informacji o wyniku kontroli i nie uwzględnił zastrzeżeń.

Utrzymując wcześniejsze stanowisko w przedmiocie dotyczącym opisu warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 1 sekcji 5.5b.5.1 siwz, Prezes UZP wskazał, iż ocena prawna przedstawiona w informacji o wyniku kontroli nie odnosi się do warunków dotyczących zdolności technicznej i zawodowej, opisanych w pkt 2 i 3 sekcji 5.5b.5.1 siwz. Intencją Prezesa UZP było wskazanie na fakt, iż Zamawiający z jednej strony wymagając przedstawienia wykazu usług z okresu ostatnich 5 lat rozszerzył konkurencję w postępowaniu, zaś z drugiej strony wprowadzając warunek dotyczący „stażu” ograniczył poziom konkurencji w postępowaniu.

Prezes UZP podtrzymał ocenę warunku, jako opisanego w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Zacytowany w odpowiedzi art. 58 ust. 4 Dyrektywy 2014/24/UE wskazywać ma, iż podstawowym miernikiem stosowanym w zakresie posiadania określonych zdolności technicznych i zawodowych jest wymaganie doświadczenia wykazanego odpowiednimi referencjami dotyczącymi zamówień wykonywanych wcześniej. Dalsze wywody prawne

dotyczą rozumienia przepisów krajowych w tym art. 22 ust. 1 a i art. 22d, tj. rozumienia pojęcia „zdolność techniczna i zawodowa”, która nie została w przepisach zdefiniowana. Pod tym pojęciem należy rozumieć doświadczenie wykonawcy poparte odpowiednimi referencjami. Opisując warunek oraz katalog dokumentów, których przedłożenie wymagane jest w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający ma obowiązek posługiwać się listą dokumentów wskazanych w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów oraz tak opisać warunki, aby dokumenty wymagane na ich potwierdzenie odzwierciedlone były w treści ww. rozporządzenia.

W ocenie Prezesa UZP warunek udziału dotyczący doświadczenia wykonawcy w postaci prowadzenia od co najmniej 5 lat działalności zawodowej w zakresie transportu dzieł sztuki mógł w praktyce zamknąć dostęp do udziału w postępowaniu wykonawcom, którzy spełniali warunek dotyczący zdolności technicznej i zawodowej określony w pkt 2 i 3 sekcja 5.5b.5.1 siwz, z racji braku przez nich wymaganego „stażu” prowadzenia działalności w zakresie transportu dzieł sztuki.

Okresu prowadzenia działalności gospodarczej nie należy w ocenie Prezesa UZP rozpatrywać przez pryzmat doświadczenia, o którym mowa w art. 22d ust. 1 ustawy Pzp. Wiązałoby się to m.in. z dyskryminacją wykonawców prowadzących działalność gospodarczą w krótszym okresie, ale posiadających wymagane doświadczenie w postaci wykonanych usług.

W dalszej treści podtrzymano wniosek co do wystąpienia przesłanki do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Wydając opinię w zakresie naruszeniu art. 22 ust. 1 a Ustawy Pzp i stanowiącego jego konsekwencję naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Ustawy Pzp Izba miała na uwadze ustalenia faktyczne, wynikające z zapisów siwz, które należało zestawić z wykładnią przepisów Ustawy Pzp dotyczących oceny podmiotowej wykonawcy, któremu ma zostać udzielone zamówienie.

W wyniku kontroli, jak również w odpowiedzi na zastrzeżenia Zamawiającego zapisy siwz zostały zakwestionowane, jako naruszające zasadę proporcjonalności przy ustalaniu warunków udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym wymogu prowadzenia działalności w zakresie transportu dzieł sztuki w okresie 5 lat.

**Odnosząc się do podstawy podtrzymanego przez Prezesa UZP stanowiska Izba uznała, iż warunek prowadzenia w okresie 5 lat działalności w zakresie transportu dzieł sztuki, stanowił wymóg związany z oceną zdolności wykonawcy do realizacji**

**zamówienia i pozostawał proporcjonalny do przedmiotu usługi. Tym samym Izba uznała, iż Zamawiający nie naruszył przepisów Ustawy Pzp, w tym wskazanego w podstawie zarzutu art. 22 ust. 1a.**

Zasadniczym dla prezentowanej w dalszej części opinii zagadnieniem było odniesienie się do wyводу prezentowanego szerzej w odpowiedzi na zastrzeżenia Zamawiającego, w którym Prezes UZP dokonał wykładni pojęcia „zdolność techniczna i zawodowa”, które nie zostało zdefiniowane w Ustawie Pzp. Pod tym pojęciem, wg wykładni Prezesa UZP, należy rozumieć doświadczenie wykonawcy poparte odpowiednimi referencjami. Dalej wskazano, iż opisując warunek oraz katalog dokumentów, których przedłożenie wymagane jest w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, zamawiający ma obowiązek posługiwać się listą dokumentów wskazanych w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów oraz tak opisać warunki, aby dokumenty wymagane na ich potwierdzenie odzwierciedlone były w treści ww. rozporządzenia. Następnie przez odniesienie się do zapisów rozporządzenia określającego wymagania wobec wykazu usług, wskazano, iż proporcjonalność warunku należało odnieść do liczby lat, w jakim doświadczenie wykonawcy może być badane, czyli trzech dla usług.

Przyjmując prezentowaną powyżej wykładnię na potrzeby kontroli przyjęto, iż warunek udziału w postępowaniu określający wymagany staż – 5 lat prowadzenia działalności w zakresie transportu dzieł sztuki, który nie koresponduje z zapisami rozporządzenia i dokumentem, jakim jest wykazu usług, nie był proporcjonalny, co prowadziło do naruszenia art. 22 ust. 1 a Ustawy Pzp. Ponieważ Zamawiający wymagał 5 lat doświadczenia, a rozporządzenie w wykazie usług odnosi się do 3 lat, miało to prowadzić do ograniczenia konkurencji postępowania, w którym oferty nie mógł złożyć wykonawca posiadający doświadczenie odpowiednie pod kątem usług referencyjnych, ale zdobyte w ramach prowadzonej krócej działalności gospodarczej.

Odnosząc się do opisanej kwestii prawnej Izba uznała, iż ograniczanie rozumienia „zdolność techniczna i zawodowa” wyłącznie do kategorii zdarzeń opisanych w dokumentach, jakie zamawiający może żądać na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie znajduje oparcia w przepisach Ustawy Pzp. Jak wskazał sam kontrolujący Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia „zdolność techniczna i zawodowa”, co pozwala zamawiającym wypełnić normę ustawową w sposób odpowiedni do celu, jakim jest pozytywne zweryfikowanie przygotowania zawodowego podmiotu ubiegającego się o zamówienie publiczne. Ponadto należy zauważyć, iż w postępowaniach poniżej progów unijnych (a takim było przedmiotowe postępowanie) nie ma obowiązku żądania dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co istotnie osłabia argumentację kontrolującego. Zasadniczo opis wymaganego doświadczenia odbywa się przez wskazanie referencyjnych



usług, dostaw lub robót budowlanych, które pozwalają ocenić, czy doświadczenie jakie podmiot posiada jest wystarczające do tego aby przystąpił do realizacji zamówienia. Oczywistym jest, iż nie każdy podmiot działający na danym rynku posiada wystarczające zdolności praktyczne. Aby je zweryfikować zamawiający uprawniony jest do żądania przedłożenia referencji lub innych równoważnych dokumentów, które potwierdzają należyte wykonania zamówień odpowiednich zakresem, skomplikowaniem, wielkością, itp. do przedmiotu zamówienia.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający takie warunki również określił, żądając od wykonawców wykazania się wykonanymi usługami pakowania i transportu wystawy krajowej, gdzie ilość obiektów przekroczyła 250 sztuk (z wyłączeniem plakatów); wykonanym demontaż, montaż przy użyciu rusztowań trudnych obiektów na terenie kościoła, usługa połączona z transportem. Warunki te nie budziły zastrzeżeń, w kontroli wręcz zaakcentowano jako sprzyjające większemu otwarciu na konkurencję dopuszczenie przez Zamawiającego 5-letniego, a nie jako jest to w rozporządzeniu 3-letniego okresu doświadczenia, w którym referencyjne usługi mogły być zrealizowane. Ponadto kontrolujący, jak i Zamawiający byli zgodni co do tego, iż ocena dokonywana na podstawie wykazu usług nie jest tożsama z oceną doświadczenia wykonawcy wynikającego ze stażu (okresu prowadzenia działalności gospodarczej).

Izba przychyliła się do argumentów Zamawiającego, iż inny jest walor oceny doświadczenia dokonywanej przez pryzmat usług referencyjnych, które dostarczają jedynie fragmentarycznego obrazu działalności podmiotu, gdyż wykonawca wskazuje wyłącznie te usługi, które są odpowiednie dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Co ważne, Ustawa Pzp dopuszcza możliwość wykorzystania w tym celu doświadczenia innych podmiotów, które mogą udostępnić swój potencjał, a tym samym wykonawca, który w ogóle nie zdobył doświadczenia w realizacji referencyjnych usług, traktowany jest jako zdolny do wykonania zamówienia. Ocena ta nie zawsze może być wystarczającą dla stwierdzenia, iż podmiot, któremu zamawiający udzieli zamówienie daje rękojmię należytej realizacji zamówienia finansowanego z środków publicznych. Stąd w ocenie składu orzekającego należy również dopuścić możliwość weryfikacji zdolności podmiotowej wykonawcy, której wyrazem jest również samo funkcjonowanie na rynku, jako profesjonalnego podmiotu trudniącego się działalnością odpowiednią do przedmiotu zamówienia. Można dla przykładu wskazać, iż inaczej zamawiający ocenia przygotowanie zawodowe podmiotu, gdy zamierza udzielić zamówienia ustandaryzowanego od sytuacji, gdy przedmiot zamówienia sam w sobie powoduje, iż nie może być w sposób odpowiedzialny powierzony podmiotowi, który dopiero swoją praktykę rozpoczyna. Przykładowo, inaczej oceniać można doświadczenie i przygotowanie zawodowe, np. firm ochroniarskich, gdy usługi dotyczą klasycznych działań

związanych z ochroną obiektów, czy osób, a inaczej, gdy przedmiotem ochrony stają się szczególne dobra, czy też osoby w państwie. Okoliczności konkretnego zamówienia powinny determinować decyzje o tym w jaki sposób rzeczywiście zweryfikować umiejętności wykonawcy i to przez pryzmat skali zamówienia, jego stopnia skomplikowania, czy innowacyjności należy formułować warunki udziału w postępowaniu. Przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów stanowią wyłącznie narzędzie do zweryfikowania spełnienia warunku udziału w postępowaniu i go nie definiują.

Słuszne są uwagi Zamawiającego co do potrzeby pogodzenia różnych interesów, tak aby możliwe było dokonanie wyboru wykonawcy w zgodzie z przepisami, ale jednocześnie z poszanowaniem szczególnych wymagań, które mogą uzasadniać konieczność szerszej oceny doświadczenia danego podmiotu. W niniejszej sprawie na Zamawiającym spoczywał szczególny obowiązek i odpowiedzialność wynikające z tego, że przedmiotem zamówienia objęte miały być bezcenne zbiory, których właścicielem nie jest Zamawiający. Prezentowane w zastrzeżeniach okoliczności dotyczące przedmiotu wystawy uzasadniały ocenę doświadczenia wykonawcy nie tylko przez samo odniesienie się do usług opisanych w treści warunku ale również w odniesieniu do stażu prowadzonej działalności. Nie można odmówić racji Zamawiającemu, iż lata pracy pozwalają wyżej ocenić przygotowanie wykonawcy, na co składają się zbierane latami doświadczenie, kontakty, umiejętności i zasoby z kategorii kompetencji miękkich, kultury korporacyjnej i wiedzy instytucjonalnej.

W ocenie składu orzekającego, przepisy rozporządzenia nie wprowadzają ograniczenia w tym zakresie, w szczególności nie definiują pojęcia „zdolność techniczna i zawodowa” przez zakreślenie maksymalnego przedziału czasu, w jakim dopuszczalne jest badanie doświadczenia wykonawcy. Dostrzec można niespójność stanowiska kontrolującego, który z jednej strony akceptuje odstępianie od okresu 3 lat dla oceny zdolności technicznej/zawodowej, jako sprzyjające otwarciu zamówienia na większą konkurencję, a z drugiej strony formułuje w sposób kategoryczny wnioski niekorzystne dla Zamawiającego. Rozporządzenie określa wyłącznie dokumenty, na podstawie których zamawiający może oceniać doświadczenie wykonawcy i weryfikować oświadczenia składane w ofercie. Naruszeniem przepisów rozporządzenia jest zatem wykroczenie poza katalog dokumentów w nim opisanych. W tym miejscu należy wskazać na przepis § 4 rozporządzenia, w którym wymieniono wśród dokumentów możliwy do żądania na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej - oświadczenia na temat wykształcenia i kwalifikacji zawodowych wykonawcy lub kadry kierowniczej wykonawcy. Można na tej podstawie przyjąć, iż same kwalifikacje zawodowe to również inne walory związane z wykonawcą, nie mieszczące się w kategorii usług referencyjnych, pozwalających oceniać konkretne zdolności praktyczne.

Zamawiający w postępowaniu nie żądał żadnych dokumentów na potwierdzenie okresu prowadzonej działalności, chociaż informacje te wynikają z podstawowych dokumentów regulujących status wykonawcy (KRS, czy też CEDG) i żądał wyłącznie oświadczenia w ofercie.

Nie można również zgodzić się z kontrolującym, iż postawiony warunek ograniczał konkurencję. Analiza przedstawiona w zastrzeżeniach (do której kontrolujący nie odniósł się) wskazuje, że większość podmiotów, które mogły potencjalnie uczestniczyć w przetargu, prowadziła działalność gospodarczą w okresie dłuższym niż 5 lat przed terminem składania ofert. Jedynie jeden podmiot (z przedstawionych 13) prowadził działalność w okresie krótszym niż 5 lat (ale okres ten był również krótszy niż 3 lata). Dla analizowanego rynku usług transportu dzieł sztuki nie miało praktycznego znaczenia, czy Zamawiający postawi warunek co najmniej 5-letniego, czy też 3-letniego okresu prowadzenia działalności. Tym samym postawienie zakwestionowanego warunku 5-letniego stażu nie mogło mieć i nie miało wpływu na ograniczenie dostępu do zamówienia. Nie doszło zatem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 1a ustawy Pzp).

Ponieważ założenie kontrolującego, jakie było podstawą oceny proporcjonalności warunku ocenione zostało jako nieprawidłowe, również wniosek o naruszeniu w tym zakresie Ustawy Pzp Izba oddaliła.

Z uwagi na prezentowane powyżej argumenty nie było podstaw do utrzymania wyniku kontroli, w tym również w odniesieniu do zarzutu stanowiącego konsekwencję rzekomego naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 1a Ustawy Pzp, tj. zaniechania unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp.

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

**Przewodniczący:** .....

.....

.....