

**WYROK**  
**z dnia 14 lipca 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Klaudia J. Ceyrowska**

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 13 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2020 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane Rystal-Bud Sp. z o.o., ul. Piwowska 25, 25-561 Kielce w postępowaniu prowadzonym przez Park Dziedzictwa Gór Świętokrzyskich "Łysa Góra", Rynek 15, 26-006 Nowa Słupia

przy udziale wykonawcy PPUH AGRO-BUD J. S., ul. 6-go Września 91 A, 27-200 Starachowice zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane Rystal-Bud Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

2.1. zasądza od **Przedsiębiorstwo Budowlane Rystal-Bud Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach** na rzecz **Park Dziedzictwa Gór Świętokrzyskich "Łysa Góra", Rynek 15, 26-006 Nowa Słupia** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu uzasadnionych kosztów postępowania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Kielcach.

**Przewodniczący:**  
**Uzasadnienie**

Zamawiający: Park Dziedzictwa Gór Świętokrzyskich „Łysa Góra” ul. Rynek 15, 26-006 Nowa Słupia Adres do korespondencji: Biuro Projektu: ul. Ściegiennego 2/32, 25-033 Kielce (Wojewódzki Dom Kultury, piętro II, pokój 199) e-mail: dotyczy: przetargu nieograniczonego pod nazwą „Rozbudowa i przebudowa budynku Amfiteatru wraz ze zmianą sposobu użytkowania na Park Dziedzictwa Gór Świętokrzyskich. Znak postępowania: ZP/3/2020/R

ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych - ogłoszenie numer 520679-N-2020 z dnia 2020-03-05 r.

Odwołujący: Przedsiębiorstwo Budowlane Rystal - Bud sp. z o.o. ul. Piwowska 25, 25-561 Kielce wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego - Park Dziedzictwa Gór Świętokrzyskich „Łysa Góra”, podjętych w postępowaniu, polegających na:

1. Niezgodnej z przepisami ustawy czynności oceny i badania ofert,
2. Niezgodnej z przepisami ustawy czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo - Usługowe Agro-Bud J. S. (Agro - Bud) pomimo, iż Wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania,
3. Niezgodnej z przepisami ustawy czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez „Agro-Bud” w spadku (dalej: Agro-Bud) pomimo, iż oferta tego Wykonawcy winna zostać odrzucona jako niezgodna z siwz,
4. Zaniechaniu czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, polegającej na wykluczeniu Wykonawcy Agro-Bud jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,
5. Zaniechaniu czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, polegającej na odrzuceniu oferty Wykonawcy Agro-Bud jako niezgodnej z treścią siwz.

II. Zaskarżonym działaniom i zaniechaniom Zamawiającego zarzuca naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Agro-Bud z postępowania pomimo, iż:

1) Wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu wg R.5 ust. 3 lit. a tiret 2 siwz, tj. warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej,

2) Wykonawca ten polega na zasobach podmiotów trzecich, w stosunku do których nie został wykazany brak podstaw do wykluczenia ich z postępowania,

3) polega na zasobach podmiotu trzeciego innego, aniżeli wskazany w treści wykazu usług,

4) Wykonawca ten powołuje się na doświadczenie i zdolności podmiotu, który nie jest Podwykonawcą ani podmiotem udostępniającym zasoby, a który faktycznie jest autorem co najmniej części koncepcji (próbki) stanowiącej ofertę Wykonawcy,

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Agro-Bud pomimo, że jest ona niezgodna z treścią siwz,

3. art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 9 ust. 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty jw. jako niezgodnej z ustawą, choć część plików stanowiących ofertę ma nazwy w języku angielskim,

4. art. 26 ust. 3 Pzp przez ponowne wezwanie Agro-Bud do złożenia tych samych dokumentów dotyczących wykazania braku podstaw wykluczenia podwykonawcy, na którego zasoby powołuje się Wykonawca w celu wykazania spełnienia warunków określonych w SIWZ.

III. Mając na uwadze powyższe wnosi o nakazanie zamawiającemu:

1. Unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej ..... oferty,

2. Wykluczenie Wykonawcy Agro-Bud z postępowania,

\* 3. Ewentualnie - na wypadek ustalenia, że nie zachodzą podstawy do wykluczenia Wykonawcy jw. z postępowania - odrzucenie oferty Agro - Bud,

4. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

5. Ponowny wybór najkorzystniejszej oferty.

IV. Wymogi formalne odwołania:

1. Oferta Odwołującego została oceniona jako druga w kolejności ważna oferta. Gdyby nie wskazywane w odwołaniu zostałyby ocenione jako najkorzystniejsza, a Odwołujący uzyskałby zamówienie.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje

W pierwszym rzędzie wskazał na szereg działań Zamawiającego świadczących o nierównym i tendencyjnym traktowaniu Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W kolejności omówiono zarzuty odwołania.

I. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy Agro-Bud pomimo, iż Wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

1. Zamawiający w Rozdziale 5 siwz „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” w punkcie 2 ppkt 3 lit. a tiret dwa wymagał, aby w celu wykazania spełniania ustanowionych warunków udziału w postępowaniu, na potwierdzenie spełniania warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej Wykonawca legitymował się doświadczeniem polegającym na wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej dwóch robót budowlanych związanych z budową lub przebudową lub rozbudową budynków użyteczności publicznej, w tym jedna z wykonaniem instalacji elektrycznych i teletechnicznych, instalacji sanitarnych o wartości robót co najmniej 8.000.000,00 zł brutto, dla których wydano pozwolenie na użytkowanie.

W złożonym przez Wykonawcę Agro-Bud wykazie usług, na potwierdzenie spełnienia tego warunku wskazane zostały dwie usługi, z których jedna została zrealizowana przez Agro-Bud, druga natomiast przez Dartom s.c. T.S. S., D. S. (dalej: Dartom) - podmiot trzeci, na którego zdolnościach polega Wykonawca.

Zgodnie z treścią referencji dołączonych do wykazu usług w nim wskazana, tj. „Przebudowa budynku WBiŚ Politechniki Białostockiej wraz budową wewnętrznej instalacji monitoringu oraz budową gruntownego wymiennika ciepła wraz z doziemną instalacją” została wykonana przez konsorcjum, które tworzyły Dartom jako lider oraz Zakład Wykonawstwa Instalacji Sanitarnych i CO A. S. jako członek konsorcjum.

Z treści referencji nie wynika, jaki zakres robót wykonał każdy z członków konsorcjum. Biorąc jednak pod uwagę samą nazwę członka konsorcjum - Pana S. zasadnym jest przyjęcie, że Wykonawca ten realizował roboty sanitarne i zakresu instalacji CO, zaś Dartom pozostałe roboty.

Tym samym, zgodnie z kształtującym się po orzeczeniu TSUE z 4 maja 2017 r. w sprawie Esaprojekt (C-387/14) orzecznictwie KIO

przyjmuje się, że możliwość powoływania się, przez członka konsorcjum na doświadczenie w realizacji robót wykonywanych przez konsorcjum wymaga wykazania, że członek konsorcjum brał realny i konkretny udział w realizacji czy to całości, czy to określonej części danego zamówienia.

2. Zamawiający w Rozdziale 5 siwz „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” w punkcie 2 pkt 3 lit. a tiret trzy wymagał, aby w celu wykazania spełniania ustanowionych warunków udziału w postępowaniu, na potwierdzenie spełniania warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej Wykonawca legitymował się doświadczeniem polegającym na wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej trzech usług polegających na przygotowaniu lub opracowaniu projektu ekspozycji, a także wykonaniu wystawy w budynku użyteczności publicznej typu muzeum, centrum nauki, lub innej powierzchni ekspozycyjnej o wartości nie mniejszej niż 1.000.000 zł. Każda usługa winna zawierać w sobie, minimum, następujące elementy:

a) Wykonanie elementów scenografii i aranżacji wnętrz wraz z projektem i realizacją grafik wielkoformatowych;

b) Dostawa, montaż i uruchomienie systemu multimedialnego wraz z systemem zarządzania ekspozycją i zarządzania wyświetlaną treścią;

c) Wykonanie filmów lub animacji, a także prezentacji multimedialnych wraz z ich wgraniem i konfiguracją na stanowiskach multimedialnych.

W złożonym wykazie usług Wykonawca Agro - Bud wskazał na dwie usługi zrealizowane przez podmiot Trias sp. z o.o. (podmiot trzeci będący podwykonawcą i jednocześnie udostępniającym zasoby), tj.:

1) Utworzenie Laboratorium Młodego Mistrza i Odkrywcy w Białymstoku (realizowaną na rzecz Białostockiego Parku Naukowo-Technologicznego),

2) Zaprojektowanie, wykonanie kompleksowej produkcji, montażu i instalacji wystawy pn.: „Baza Kosmiczna” (realizowaną na rzecz Białostockiego Parku Naukowo - Technologicznego). Tymczasem z dołączonych do wykazu referencji wynika, że żadna z tych usług nie została zrealizowana przez podmiot Trias sp. z o.o., a ponadto druga ze wskazanych usług nie została zrealizowana na rzecz podmiotu Białostocki Park Naukowo - Technologiczny, ale na rzecz Fundacji Przyjaciół Planetarium i Muzeum Mikołaja Kopernika w Toruniu.

Według utrwalonego orzecznictwa KIO treść przedstawionego w ofercie wykazu wykonanych dostaw (usług) oraz treść referencji powinny być analizowane łącznie, jednak z treści każdego z tych dokumentów bezwzględnie powinno wynikać, jaki podmiot zrealizował zamówienie (KIO 2148/11). W sytuacji stwierdzonych rozbieżności nie sposób jednoznacznie ustalić, czy AgroBud wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

3. Zamawiający w Rozdziale 5 siwz „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” w punkcie 2 pkt 3 lit. b dwa wymagał, aby w celu wykazania spełniania ustanowionych warunków udziału w postępowaniu, na potwierdzenie spełniania warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawca dysponował zespołem osób, spełniających określone w siwz wymagania.

Wobec wątpliwości Zamawiającego co do spełniania przez osoby wskazane w ofercie Agro - Bud wymagań określonych w siwz Wykonawca Agro-Bud w toku postępowania wzywany był do złożenia wyjaśnień dotyczących spełniania przez wskazane osoby mające pełnić funkcje Kierownika Budowy, Kierownika Robót (instalacje sanitarne), Kierownika Robót (instalacje elektryczne) Kierownika Robót (telekomunikacja), Grafika.

Wykonawca Agro - Bud nie złożył wymaganych wyjaśnień (patrz punkt III odwołania poniżej). Zamawiający natomiast nie wykazał, w jaki sposób i na jakiej podstawie ustalili, że wbrew jego początkowym wątpliwościom osoby te spełniają wymagania ustanowione w siwz.

II. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy Agro-Bud pomimo, iż Wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia.

Zgodnie z merytoryczną treścią oferty Wykonawca ten powołuje się na doświadczenie i zdolności podmiotu, który nie jest podwykonawcą ani podmiotem udostępniającym zasoby, a który faktycznie jest autorem co najmniej części koncepcji (próbki) stanowiącej ofertę Wykonawcy.

Jednym z wymaganych przez Zamawiającego elementów oferty w części merytorycznej było przygotowanie przez Wykonawców animacji przedstawiającej Cyklopów w trakcie pracy (Rozdział 18 siwz Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert).

W złożonej wraz z ofertą próbkę znajduje się wymagana animacja, jednakże zgodnie z zawartymi w niej informacjami została ona wykonana nie przez Wykonawcę Agro-Bud, ale przez podmiot 3D Artisan, który to podmiot nie występuje w żadnym charakterze w ofercie tego Wykonawcy. W szczególności nie jest to ani podmiot, na którego zasobach polega Wykonawca Agro-Bud, nie jest to też podwykonawca, któremu zamierzałby powierzyć wykonanie tej części zamówienia. Mało tego, ani w treści oferty, ani z dalszych złożonych w postępowaniu dokumentów czy wyjaśnień nie wynika, że Wykonawca Agro-Bud dysponuje prawami autorskimi do animacji.

Powyższe okoliczności nakazują zadać oczywiste w tej sytuacji pytanie, kto jest autorem koncepcji (próbki) animacji - Agro-Bud czy też podmiot, który nie bierze udziału w postępowaniu. Konsekwencją stwierdzonej sytuacji jest zasadnicza wątpliwość co do zdolności wykonania przedmiotu umowy przez Agro-Bud szczególnie w sytuacji, w której ani nie jest autorem, ani właścicielem koncepcji animacji, a jej autor nie jest podmiotem udostępniającym zasoby ani podwykonawcą?

Podobna sytuacja występuje w odniesieniu do wymaganej zapisami siwz próbki materiału graficznego, która zgodnie z treścią oferty, została sporządzona przez dr A.B., który również nie występuje w prowadzonym postępowaniu w żadnym formalnym charakterze. Zgodnie z powszechnie dostępnymi w internecie informacjami Pan A. B. na stałe związany jest z Uniwersytetem Śląskim oraz Stowarzyszeniem Delta. Z zawodu paleontolog, geolog, muzeolog, grafik i informatyk programista. Łącząc te wszystkie umiejętności, profesjonalnie zajmuje się trójwymiarowymi rekonstrukcjami kopalnych organizmów i ich środowisk naturalnych na potrzeby wydawnictw, filmu, telewizji, muzeów i parków tematycznych. Jako nauczyciel z powołania efekt swoich prac chętnie przedstawia w formie prezentacji multimedialnych.

Również w tym przypadku, przy braku jakichkolwiek formalnych umocowań Pana B. w przetargu (tzn. występowania jako podmiot udostępniający zasoby, podwykonawca, osoba oddana do dyspozycji przez inny podmiot udostępniający zasoby czy też podwykonawcę) oraz wobec braku jakichkolwiek danych wskazujących na nabycie przez Agro-Bud praw autorskich do utworu autorstwa Pana B. należy powtórzyć powyższe pytania o zdolność Agro-Bud do stworzenia i realizacji koncepcji będącej przedmiotem zamówienia, jak również o podstawy prawne posługiwania się cudzym utworem i możliwością jego wykorzystania w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższych okoliczności należy uznać, że podniesione kwestie wskazują na brak możliwości samodzielnej realizacji przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę Agro-Bud. a tym samym na nie spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

III. Naruszenie art 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy Agro-Bud pomimo, iż Wykonawca ten polega na zasobach podmiotu trzeciego, co do których nie wykazał braku podstaw do wykluczenia ich z postępowania oraz naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp poprzez ponowne wezwanie Wykonawcy do złożenia tych samych dokumentów dotyczących podwykonawcy.

Zgodnie ze złożoną ofertą Wykonawca Agro - Bud polegał na zasobach podmiotów trzecich. Dwa z tych podmiotów to spółki Trias Avi sp. z o.o. oraz Digiservice sp. z o.o.

Pismem z dnia 6 maja 2020 roku Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Wykonawcę Agro-Bud do uzupełnienia złożonych dokumentów poprzez dostarczenie oświadczenia o niepodleganiu wykluczenia z postępowania przez Digiservice sp. z o.o., które zostało złożone w niewłaściwej formie. Wobec wątpliwości dotyczących spełniania warunku udziału w postępowaniu, wezwał również Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących osób wskazanych przez Agro - Bud jako pełniące funkcje Kierownika Budowy, Kierownika Robót (instalacje sanitarne), Kierownika Robót (instalacje elektryczne) Kierownika Robót (telekomunikacja), Grafika.

Pismem z dnia 8 maja 2020 roku Wykonawca Agro - Bud, działając przez pełnomocnika - Pana P. C. złożył wymagane wyjaśnienia i uzupełnienie treści oferty.

Ponieważ ani z dokumentów złożonych wraz z ofertą Wykonawcy Agro - Bud, ani z wpisu do CEiDGiG nie wynikało, że Pan C. jest osoba umocowaną do działania w imieniu Agro - Bud, Zamawiający kolejnym pismem z dnia 11 maja wezwał Wykonawcę Agro - Bud do złożenia pełnomocnictwa dla Pana C.. Jednocześnie, wobec ustalenia, że Wykonawca Agro - Bud przedłożył nieaktualne dokumenty na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia podmiotu udostępniającego zasoby - Trias AVI sp. z o.o., Zamawiający wezwał Agro - Bud do przedłożenia aktualnego na dzień składania ofert zaświadczenia z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych.

11 maja Wykonawca Agro - Bud przedłożył pełnomocnictwo dla Pana P. C. oraz złożył wyjaśnienia.

Jak okazało się w toku postępowania, Pan J. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Agro - Bud 3 maja 2020 roku zmarł. Za jego życia nie został ustanowiony zarządca sukcesyjny - nastąpiło to dopiero 12 maja 2020 roku, gdy jako zarządca sukcesyjny ustanowiona została Pani M. S.. Tym samym, w okresie pomiędzy 3 a 12 maja brak było jakiegokolwiek podmiotu uprawnionego do reprezentowania Wykonawcy Agro - Bud, w tym do składania w jego imieniu oświadczeń, wyjaśnień czy uzupełnień dokumentów. W

szczególności nie był uprawniony do działania w imieniu Agro - Bud Pan C., którego pełnomocnictwo stosownie do treści art. 101 ust. 2 kodeksu cywilnego, wygasło wraz ze śmiercią Pana S., tj. z dniem 3 maja 2020 roku.

Art. 102. Ust 2 k.c. Umocowanie wygasa ze śmiercią mocodawcy lub pełnomocnika, chyba że w pełnomocnictwie inaczej zastrzeżono z przyczyn uzasadnionych treścią stosunku prawnego będącego podstawą pełnomocnictwa

Okoliczność tę dostrzegł sam Zamawiający, który pismem z dnia 15 maja 2020 roku poinformował Wykonawcę Agro - Bud, że wobec wygaśnięcia pełnomocnictwa dla Pana C. złożone wyjaśnienia i uzupełnienia w dniu 13 maja 2020 roku uważa za niezłożone, po czym ponownie wezwał w/w Wykonawcę do złożenia tych samych dokumentów, ponownie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. W konsekwencji, w odniesieniu do podmiotu Trias AVI sp. z o.o. Zamawiający ustalił, że podmiot ten nie wykazał braku podstaw do wykluczenia go z postępowania, i w konsekwencji na podstawie art. 22a ust. 6 ustawy PZP zażądał aby Wykonawca w terminie do dnia 18 maja 2020 roku zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo do zobowiązania się do osobistego wykonania części zamówienia, którą zamierzał powierzyć Trias AVI sp. z o.o., czego jednak Wykonawca nie wykonał.

Analogiczny skutek należy również rozciągnąć na wyjaśnienia i uzupełnienie oferty złożone przez Wykonawcę w dniu 8 maja 2020 roku, a podpisane przez pełnomocnika - Pana C.. Uzupełnienia w tym terminie dotyczyły podmiotu Digiservice sp. z o.o. i również winny zostać uznane przez Zamawiającego za niezłożone.

W świetle powyższego uznać należy, że Wykonawca Agro - Bud nie wykazał braku podstaw do wykluczenia z postępowania w odniesieniu do podmiotów Trias AVI sp. z o.o. oraz Digiservice sp. z o.o., na zasobach których polegał i które miały być jego podwykonawcami przy realizacji przedmiotu umowy. Wbrew żądaniu Zamawiającego, nie zastąpił również tych podmiotów innymi podmiotami, ani nie zobowiązał się do samodzielnego zrealizowania odpowiednich części zamówienia. Tym samym nie mógł polegać na zasobach tych podmiotów, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, że nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu zarówno w odniesieniu do posiadania odpowiedniego doświadczenia. W konsekwencji Wykonawca Agro-Bud winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, czego jednak Zamawiający zaniechał.

Zamawiający w wezwaniu z dnia 15 maja 2020 r. działając na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp ponownie wezwał wykonawcę Agro-Bud do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia podwykonawcy - firmy TRIAS AVI Sp. z.o.o., na którego zasoby powołuje się Wykonawca w celu wykazania spełnienia wymagań określonych w SIWZ. Z orzecznictwa KIO wynika natomiast możliwość wyłącznie jednokrotnego wzywania wykonawców do uzupełnienia danego dokumentu.

IV.Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Agro-Bud pomimo, że jest ona niezgodna z treścią siwz,

W siwz w rozdziale 18. Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert Zamawiający wskazał, że kryteriami oceny ofert będą 3 kryteria S Cena, S Jakość, s Doświadczenie osób.

Ocena w kryterium jakości miała być dokonana w oparciu o złożoną wraz z ofertą próbkę. Próbką miała zawierać 3 elementy:

- 1.Próbkę projektu aranżacji plastycznej wystawy - Przestrzeni nr 6 : Łysica,
- 2.Próbkę materiału graficznego (Las lub Rośliny Gór Świętokrzyskich)
- 3.Próbkę materiału multimedialnego / animacji.

Szczegółowe wymagania merytoryczne w odniesieniu do każdej z tych próbek zawarte zostały w załączniku nr 6 do siwz - Szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia.

Ponadto w specyfikacji Zamawiający wskazał, że brak przedstawienia próbki do oceny skutkować będzie przyznaniem 0 punktów w ramach tego podkryterium, natomiast przekazanie próbki niezgodnej z opisem przedmiotu zamówienia będzie skutkować odrzuceniem oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2) Pzp.

W dokumentacji postępowania znajduje się protokół z dnia 18 maja 2020 roku z posiedzenia Komisji powołanej do oceny próbek złożonych w postępowaniu.

Zgodnie z treścią tego protokołu próbka złożona przez Wykonawcę Agro - Bud jest w wielu miejscach niezgodna z wymaganiami Zamawiającego (opisem przedmiotu zamówienia). Można tu w szczególności wskazać na następujące ustalenia komisji:

7. W odniesieniu do próbki projektu aranżacji plastycznej wystawy - Przestrzeni nr 6: Łysica komisja stwierdza wprost, że:

a)„zagospodarowanie przestrzeni wystawy w próbce budzi sporo zastrzeżeń, jest nie do końca zgodne z wytycznymi Zamawiającego (w tym: niezgodne w wielu kluczowych elementach, takich jak no. powierzchnia ruchu)” (strona 5 protokołu),

b)Koncepcja zabudowy wyjścia z przestrzeni drewniany „portalem” krytym strzechą jest nieprawidłowe pod kątem estetycznym i merytorycznym,

c)wbrew wymaganiom Zamawiającego, na próbce nie pokazano, gdzie wykorzystane będą zalecone przez Zamawiającego monitory 55",

d)„na generalna ocenę próbki negatywnie jednak wpływają jej mankamenty - opisane powyżej. Wobec powyższego uznać należy, że próbka nie spełnia wszystkich wymagań Zamawiającego, ale spełnia w sposób ponadpodstawowy

Powyższa konstatacja (punkt dl należy ocenić jako kuriozalna i rażąco sprzeczna z zasadami logicznego rozumowania. Skoro bowiem sam Zamawiający przewiduje rygor odrzucenia oferty w przypadku, gdy przedłożona próbka będzie niezgodna z opisem przedmiotu zamówienia (wymaganiami określonymi przez Zamawiającego), to nie sposób takiej próbki ocenić jako spełniającej wymagania w określonym stopniu, zgodnie z przyjętą skalą ocen.

Prawidłowe postępowanie Zamawiającego winno prowadzić do sprawdzenia, czy próbka jest zgodna z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego (opisem przedmiotu zamówienia) i dopiero w następstwie stwierdzenia tej zgodności przyznanie określonej punktacji, w zależności od stwierdzonego poziomu spełnienia tych wymagań.

Tymczasem Zamawiający postępuje wbrew ustanowionym przez siebie zasadom - wobec stwierdzenia niezgodności próbki z wymaganiami uznaje, że niezgodność ta skutkuje jedynie przyznaniem obniżonej oceny. Takie działanie wprost przesadza o naruszeniu przepisów ustawy Pzp i reguł postępowania określonych w siwz.

Dodatkową okolicznością przesądzającą o niezgodności treści oferty (próbki) z siwz w tym punkcie jest to, że Zamawiający w siwz wymagał kategorycznie, aby próbka składała się z części graficznej na planszy o wymiarach 100x70 (1 egz.) i części opisowej na max 3 stronach w formacie A4. Złożona próbka w części opisowej liczy 4 strony.

2. W odniesieniu do próbki materiału graficznego Wykonawcy mogli alternatywnie przedstawić bądź to grafikę przedstawiającą las, bądź też kompozycję 6 rysunków morfologii roślin występujących w Górach Świętokrzyskich (schemat grafiki do planszy - merytoryka do ustalenia na etapie realizacji inwestycji).

Wykonawca Agro - Bud przedłożył jedną grafikę, która nie jest elementem graficznym, ale opisem z elementami grafiki. Nie stanowi też kompozycji 6 rysunków morfologii roślin. Tym samym wprost jest niezgodna z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Cytując ustalenia komisji:

„Wykonawca złożył grafikę, która, biorąc pod uwagę wymagania zawarte w OPZ, trudno będzie zastosować w takiej postaci w Sali nr 9, a jednocześnie nie jest ona kompozycją 6 rysunków morfologii roślin występujących w Górach Świętokrzyskich. Wg OPZ grafika „Las” ze względu na swoją lokalizację, miała być grafiką poglądową, budującą klimat i atmosferę miejsca. Złożona grafika zawiera obszerny, bardzo specjalistyczny tekst (przekaz wiedzy) wymagający zatrzymania się - jest to nośnik przekazu wiedzy, a nie tak jak tego wymagał Zamawiający, element czysto graficzny. Nie można jej natomiast potraktować jako kompozycji 6 rysunków morfologii roślin - bo nie ma niezbędnych w tym zakresie konkretów i detali. inne wymagania takie jak: metoda wizualna i techniczna, prezentacja, estetyka, kolorystyka, czytelność wizualna - są spełnione, ale nie na ponadstandardowym (ponadpodstawowym) poziomie.

Generalnie uznać należy, że grafika spełnia wymagania w sposób podstawowy”.

Powołany cytat z ustaleń komisji nie wymaga w zasadzie szerszego komentarza - komisja wprost stwierdza, że przedłożona próbka nie jest ani grafiką przedstawiającą las, ani nie jest kompozycją 6 rysunków morfologii roślin. Skoro tak, to nie będąc ani jednym ani drugim, to w jaskrawy i oczywisty sposób nie jest to próbka zgodna z wymaganiami Zamawiającego, co dostrzega i stwierdza sama komisja.

O czym nie wspomina w swym protokole komisja próbka ta zatytułowana jest „Praca konkursowa las”, i przedstawia zdjęcia gołoborza i lasu sosnowego, oraz zawiera elementy dźwiękowe (instalację dźwiękową), czego Zamawiający nie przewidywał i nie wymagał. Plansza z tekstem i grafiką zaopatrzona jest z tyłu w głośnik, z którego po włączeniu lektor czyta tekst z planszy. Sam Wykonawca Agro - Bud zaleca Zamawiającemu przed przystąpieniem do oceny próbki podłączenie jej do prądu i wciśnięcie guzika uruchamiającego odtworzenie ścieżki dźwiękowej z lektorem.

Tymczasem, zamiast przenieść swoje ustalenia na grunt Pzp i siwz i wobec stwierdzenia niezgodności próbki odrzucić ofertę jako niezgodną z siwz, przyznaje jej minimalną liczbę punktów. Powyższe sprawia, że w pełni aktualne są powyższe uwagi zawarte w punkcie 1, dotyczącym Próbkę projektu aranżacji plastycznej.

3. Również w odniesieniu do trzeciego elementu składającego się na wymaganą przez Zamawiającego próbkę - materiału multimedialnego / animacji należy uznać, że jest ona niezgodna z wymaganiami Zamawiającego. W tym punkcie Zamawiający wymagał, aby była to Animacja przedstawiająca Cyklopów w trakcie pracy. Ogromne postacie w formie cieni, przemieszczają się, przenoszą i rzucają kwarcytowe głazy, tworząc uzupełnienie elementu scenograficznego - Skalna Budowla. Wydają przy tym przedziwne odgłosy obrazujące zmęczenie, wysiłek i trud czy ból. Rzucaniu głazów towarzyszy iskrzenie oraz dźwięki tła otaczającej

przestrzeni. Przedłożona przez Wykonawcę Agro - Bud próbka tego elementu jest niezgodna z wymaganiami z następujących powodów:

- 1) Zamawiający wyraźnie wymagał, aby pojawiające się postacie miały formę cieni. Tymczasem w próbce Agro - Bud pojawiają się rzeczywiste postacie,
- 2) próbka została złożona w kilku formatach, podczas gdy należało do oferty załączyć tylko jedną próbkę animacji,
- 3) Animacja miała zgodnie z wymogami Zamawiającego uzupełniać scenografię skalnej budowy, podczas gdy przedstawiony materiał to uniemożliwia.

Przesunięcie kadru (kamery) ze skały na postacie uniemożliwia wkomponowanie obrazu z istniejącą, fizyczną zabudową scenografii. Osobną kwestią są opisane powyżej nieprawidłowości dotyczące autorstwa tego materiału. Jego autorem jest bowiem przedsiębiorstwo 3D Artisan M.H., a sam materiał opatrzony jest klauzulą zastrzegającą wszelkie prawa autorstwa na rzecz autora. Podmiot ten nie jest podwykonawcą Agro-Bud, brak też jakiegokolwiek informacji o ewentualnym przeniesieniu autorskich praw majątkowych na rzecz Agro - Bud. Na jakiej podstawie Zamawiający korzysta z tego materiału na właściwych polach eksploatacji w sytuacji, gdy podmiot przekazujący ten materiał nie jest ani autorem ani właścicielem utworu?

Powyższe okoliczności w sposób jednoznaczny potwierdzają, że stanowiąca część oferty próbka Wykonawcy jest niezgodna z wymaganiami określonymi w siwz, a tym samym powinna zostać odrzucona jako niezgodna z treścią siwz.

V. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w związku z art. 9 ust. 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty Agro-Bud jako niezgodnej z ustawą, chociaż część plików stanowiących ofertę posiada nazwy w języku angielskim,

Wykonawca wraz z ofertą dołączył kilka plików na poczet przyszłych próbek. Część z tych próbek została nazwana w języku angielskim np.:

- próbka las nosi nazwę „Holy\_Cross\_Mountains-Fir\_forest\_and\_stone\_run”,
- s- filmy noszą nazwy: „cyclops\_shadow\_sound”, „cyclops\_shadow\_sound\_FULL-HD”, „cyclops\_shadow\_sound\_HD-READY”.

Tymczasem zgodnie z normą określoną w art. 9 ust. 2 Pzp postępowanie prowadzi się w języku polskim, co dotyczy także dokumentów składanych przez Wykonawców. Tym samym wobec posługiwania się przez Wykonawcę Agro - Bud plikami o nazwach wyrażonych w języku angielskim winno skutkować odrzuceniem jego oferty jako niezgodnej z treścią art. 9 ust. 2 pzp. Załączono: /.../ 4. Zdjęcia - próbka materiału graficznego „LAS”

5. Płyta CD: nagranie - próbka materiału graficznego „LAS” firmy Agro-Bud, próbka materiału multimedialnego - animacja „Cyklopi” firmy Agro-Bud

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego. W przedstawionym stanowisku stwierdził, co następuje.

Wskazał na brak interesu odwołującego.

Zgodnie z treścią art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Odwolujący, formułując zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp dąży do tego, aby odrzucić ofertę uznaną jako najkorzystniejszą, gdyż w ocenie próbek znajdują się sformułowania, które, zdaniem Odwołującego, świadczą o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Pomijając aspekt dotyczący zgodności czy też nie próbki z SIWZ, podnieść należy, że w stosunku do Odwołującego, w tym samym dokumencie, również pojawiają się zarzuty dotyczące niezgodności treści złożonej próbki z SIWZ. W treści tego dokumentu wskazano chociażby, że Odwołujący „założył wykorzystanie nie monitorów 55” , jak wymagał Zamawiający, ale projekcję tylną z wykorzystaniem projektora pod szklaną podłogą źródła. Jest to niezgodne z wymaganiami OPZ”. Zgodnie z twierdzeniami złożonymi przez Odwołującego i przenosząc je wprost na ocenę złożonej przez niego próbki, również oferta złożona przez Odwołującego winna podlegać odrzuceniu.

Biorąc to pod uwagę, gdyby uwzględnić złożone odwołanie, doszłoby do sytuacji, w której Zamawiający zmuszony byłby odrzucić również ofertę złożoną przez Odwołującego, jako niezgodną z treścią SIWZ.

Jak wynika z orzecznictwa KIO, „interes przywołany w art. 179 ust. 1 PZP nie jest interesem materializującym się w ochronie ogólnie pojętej praworządności i korygowania nieprawidłowości działań czy też zaniechań zamawiającego, lecz interesem mającym na celu ochronę konkretnego wykonawcy, w konkretnym postępowaniu, ukierunkowanym na uzyskanie przez tego wykonawcę stanu, w którym

dany wykonawca będzie mógł uzyskać dane zamówienie. (wyrok KIO z dnia 22 marca 2019 r., sygn. akt KIO 419/19).

W innym wyroku wskazano, że „przez uzyskanie danego zamówienia rozumieć należy szanse na pozyskanie zamówienia, w wyniku konkretnego postępowania”(KIO 1609/18).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy zawisłej przed Krajową Izbą Odwoławczą, nie sposób uznać, aby wykonawca mógł wypełnić całą przesłankę możliwości skorzystania z odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. W przypadku bowiem uwzględnienia odwołania, nawet tylko w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, oferta Odwołującego również zostanie odrzucona na podstawie tej przesłanki. Oznacza to, że Odwołujący nie może ponieść szkody, gdyż nie zostanie mu udzielone zamówienie. Tym większe ma to znaczenie, że Odwołujący nie zaskarżył zaniechania czynności odrzucenia innych ofert złożonych w postępowaniu, w których również znajdują się twierdzenia, które, zgodnie z argumentacją Odwołującego, winny podlegać odrzuceniu, a w konsekwencji postępowanie powinno zostać unieważnione.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania (jego uwzględnieniu), gdyż nie może ponieść szkody w związku ze wskazywanymi zarzutami i żądaniami zawartymi w odwołaniu. W związku z tym, odwołanie powinno zostać oddalone bez merytorycznego rozpatrywania.

Z ostrożności procesowej, Zamawiający odniósł również do zarzutów odwołania.

Zarzut nr 1

Odwołujący, prawdopodobnie celowo, nie uwzględnił treści całego warunku udziału w postępowaniu (który nawet sam przytacza w treści odwołania) - Zamawiający wymagał przedłożenia dwóch robót budowlanych, z czego jedna miała spełniać określony warunek udziału w postępowaniu.

Nawet gdyby przyjąć, że argumentacja Odwołującego w zakresie tego zarzutu jest prawidłowa, to nie można zapomnieć o tym, że Przystępujący złożył dwie roboty budowlane na potwierdzenie tego warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący nie kwestionuje drugiej roboty, która może spełniać warunki udziału w postępowaniu.

Nie jest zatem możliwe uwzględnienie odwołania w zakresie tego zarzutu, gdyż Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący w całości nie spełnia określonego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. Oznacza to, że nie jest możliwe wykluczenie Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, gdyż nie zostało w żadnym wypadku udowodnione, że przedłożone dwie roboty nie spełniają łącznie warunku udziału w postępowaniu.

Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, „ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez zamawiającego wymagań, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jak również nie jest dopuszczalna wykładania uznaniowa. Należy odrzucić interpretacje oparte na intencjach, dorozumianym znaczeniu w obliczu danej sprawy Oudzielenie zamówienia publicznego czy założeniach czynionych na potrzeby oceny” (wyrok KIO 377/20).

Jest to również zarzut przedwczesny. Zamawiający nie wzywał bowiem Przystępującego do złożenia wyjaśnień czy uzupełnień w ramach tego warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie bowiem z art. 26 ust. 3 ustawy PZP w przypadku, gdy wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Przepis ten nakłada zatem na Zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia oświadczeń i dokumentów i to zarówno w sytuacji, gdy ten w ogóle dokumentów nie przedłoży lub też dokumenty te zawierają błędy. Tym samym Zamawiający, jeśli by stwierdził, że dokumenty złożone przez Przystępującego, w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, są niekompletne, w pierwszej kolejności żąda od wykonawców ich złożenia, uzupełnienia, doprecyzowania lub skompletowania informacji lub dokumentacji, która nie została złożona, jest niekompletna lub błędna. Dopiero, jeśli wykonawca nie sprostą żądaniom zamawiającego, może on skorzystać z przepisu art. 24 ust.

1pkt 12 ustawy Pzp i wykluczyć takiego wykonawcę w udziału w postępowaniu.

W dalszej kolejności wskazać należy, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający zbadał usługi zrealizowane przez podmiot, na którego zasoby powołuje się Przystępujący — tj. Trias sp. z o.o. Poza omyłką pisarską, którą w banalny sposób można było zweryfikować, dokumenty złożone przez Przystępującego potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Mając na uwadze

powyższe, zarzut powinien podlegać oddaleniu w całości.

#### Zarzut nr 2

Niniejszy zarzut, opierając się na zarzucie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp, w sposób zupełnie nieuprawniony łączy próbkę „kryterialną” z warunkami udziału w postępowaniu. Zamawiający wyraża wątpliwość, co przyświecało Odwołującemu przy formułowaniu tego zarzutu.

Żaden z przepisów ustawy PZP nie nakazuje wykonawcy na współpracę z jakimkolwiek podmiotem lub osobą w określonej formie. Realizuje się to wyłącznie w przypadku poleganiu na zasobach podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W omawianym zarzucie nie ma jednak z taką sytuacją do czynienia. Zamawiający nie może zatem wymagać, aby współpraca dwóch wolnych i niezależnych podmiotów przybrała określoną formę, zgodnie z żądaniem Odwołującego.

W przedmiotowym zarzucie, Odwołujący kwestionuje dokument (próbkę), która dotyczy kryterium oceny ofert, a nie warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut w tym zakresie należy uznać zatem za zupełnie chybiony i powinien zostać oddalony w całości.

#### Zarzut nr 3

W zakresie tego zarzutu, Zamawiający przypomina o istnieniu przepisu art. 22a ust. 6 Pzp, który zastosował w przedmiotowej sprawie. Zamawiający nie wezwał zatem dwukrotnie do uzupełnienia jednego dokumentu, tylko raz wezwał do uzupełnienia dokumentów, a raz do wymienienia podmiotu trzeciego.

Tym bardziej nie trafiony jest argument dotyczący braku umocowania pełnomocnika Przystępującego do działania. Wskazać bowiem należy, że to zarządca sukcesyjny potwierdził wszystkie czynności wykonywane przez pełnomocnika Przystępującego, co jest zgodne z przepisami art. 103 Kodeksu cywilnego. Oznacza to, że działania Przystępującego zostały wykonane prawidłowo.

Mając na uwadze powyższe, zarzut ten nie powinien podlegać uwzględnieniu, a odwołanie w tym zakresie winno zostać oddalone.

#### Zarzut nr 4

W tym zakresie, Zamawiający, w pierwszej kolejności, podtrzymuje argumentację z uzasadnienia braku interesu prawnego we wniesieniu odwołania.

Po drugie, zdaje się, że Odwołujący nie rozróżnia dwóch próbek - na potwierdzenie spełnienia wymagań opisu przedmiotu zamówienia oraz na kryteria oceny ofert.

Zamawiający wziął pod uwagę, że składane próbki mogą być w pewnych elementach niespójne z dokumentacją postępowania — czemu dał wyraz w sposobie punktowania w ramach kryterium dotyczącego próbki.

Gdyby było inaczej, to za podstawowe spełnienie wszystkich wymagań Zamawiającego, przyznawane byłoby 0 punktów.

Co istotne, żaden z wykonawców na etapie przed terminem składania ofert nie złożył ani odwołania ani wniosku o zmianę SIWZ w tym zakresie — oznacza to, że SIWZ w tym zakresie był dla wykonawców nie tylko jasny, ale również akceptowalny.

Przyjmowanie zatem w odwołaniu argumentacji, która przeczy logice oraz zgodności z zasadami przyznawania punktów w ramach kryteriów określonych w SIWZ, uznać należy wyłącznie za strategię procesową, a nie za rzeczywisty argument w sporze. Nie znajduje bowiem żadnego zrozumienia argumentacja polegająca na podważaniu, na tym etapie, postanowień SIWZ w zakresie przyznawanych punktów w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert.

Punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty Przystępującego z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego są postanowienia SIWZ, a także jasno i przejrzysto wyrażone oczekiwania Zamawiającego. Ustalenie niezgodności oferty Przystępującego na podstawie subiektywnej, rozszerzającej interpretacji postanowień SIWZ czy też ocena oferty przez pryzmat oczekiwań Odwołującego nieznajdujących odzwierciedlenia w SIWZ jest niedopuszczalna. Wykonawca bowiem przygotowując swoją ofertę, opiera się na dosłownym brzmieniu postanowień SIWZ i nie są mu znane niewyrażone w SIWZ oczekiwania Odwołującego.

Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, „co do zasady należy stosować literalną wykładnię odpowiednich postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości zamawiających na etapie badania i oceny ofert. Może się jednak zdarzyć, że w okolicznościach danej sprawy wykładnia literalna ustąpi przed celowościową, gdy np. literalna wykładnia postanowienia nie da się pogodzić z zasadą proporcjonalności, uczciwej konkurencji, czy też równego traktowania wykonawców (KIO 2680/19).

Dodatkowo, podkreśla się, że „przyznawanie punktacji w ramach kryteriów oceny ofert nie może prowadzić do naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i zachowania pomiędzy nimi uczciwej konkurencji. Jednak za naruszenie tych zasad należy uznać również sytuację, w której członkowie komisji dokonywali oceny w podkryterium kluczowych elementów kontraktu w sposób, który nie odpowiada regułom opisanym w instrukcji dla wykonawców (1303/18).

Powyższe oznacza, że Odwołujący nie ma racji kwestionując zasady przyznawania punktów w ramach kryterium oceny ofert - czas na to był przed terminem składania ofert, a nie w wyniku „niezadowolającej” oceny.

Za nie mające oparcia w stanie faktycznym sprawy uznać należy, że próbka złożona przez Przystępującego:

1) nie posiada postaci w formie cieni;

2) uniemożliwienie uzupełnienia scenografii skalnej budowy.

Złożona próbka przez Przystępującego zawiera wszystkie elementy żądane przez Zamawiającego. Być może Odwołujący nie zapoznał się z treścią złożonej animacji lub obraz komputerowy zniekształcił mu pewne elementy złożonej próbki.

Argumentem podkreślającym niezasadność złożonych zarzutów potwierdza fakt, że próbka aranżacji plastycznej wystawy w części opisowej została, wg Odwołującego, złożona na 4 stronach. Otóż próbka ta została złożona na 3 stronach opisowych (jak wymagał tego Zamawiający), a dodatkowo złożona została strona tytułowa.

Dodatkowo, argumenty w zakresie grafiki „Las” nie mają swojego oparcia w stanie faktycznym sprawy — Odwołujący myli fakty i pojęcia, a stawiane przez niego argumenty w sposób wybiórczy traktują przedstawianą próbkę i dokonaną jej ocenę.

Mając na uwadze powyższe, zarzut ten powinien zostać oddalony w całości jako bezzasadny. Zarzut nr 5

Przyznać należy rację Odwołującemu, że dokumenty i oświadczenia składa się w języku polskim.

Tym niemniej, w żadnym miejscu Odwołujący nie wskazał, który z dokumentów lub oświadczeń został złożony w języku innym niż polski.

Za niezasadne należałoby traktować twierdzenia, że nazwa plików również ma mieć polską nazwę. Nazwa pliku nie jest dokumentem - dokumentem jest treść merytoryczna.

Dodatkowo wskazać należy, że przepis art. 9 ust. 2 ustawy Pzp jest zwrócony do Zamawiającego, nie do wykonawców biorących udział w postępowaniu. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zdecydowanie przeprowadził postępowanie w języku polskim, co chyba nie jest kwestionowane.

Mając na uwadze powyższe, również ten zarzut winien zostać oddalony.

Biorąc pod rozwagę całość argumentacji przedstawionej w niniejszej odpowiedzi na odwołanie, odwołanie powinno zostać oddalone w całości.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca PPUH AGRO-BUD J. S. ul. 6-go września 91A 27-200 Starachowice wnosząc o oddalenie odwołania.

Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego złożyli następujące oświadczenia:

Odwołujący poparł odwołanie. Przypomniał zaistnienie przesłanek wykluczenia Przystępującego z postępowania z powodu niespełnienia warunku doświadczenia w realizacji robót określonego przedmiotu i wartości i zakwestionował pracę referencyjną wykonaną przez podmiot trzeci udostępniający zasoby (Dartom).

Wskazał na niezgodność w określeniu podmiotu realizującego usługę stosownie do warunku zacytowanego na str. 6 odwołania. Wskazał niezgodność nazwy podmiotu podanego w wykazie (Trias sp. z o.o.) z podmiotem, którego dotyczą dokumenty (Trias av). Przypomniał, że drugi dokument nie był referencją, lecz własnym oświadczeniem wykonawcy przy braku zaistnienia uzasadnionych przyczyn obiektywnych.

Wskazał na zarzuty dotyczące braku wykazania kwalifikacji osób (str. 6-7 odwołania) oraz zarzut dotyczący niespełnienia warunku udziału z uwagi na (pkt. II odwołania) brak jest wykazania uprawnień do korzystania z autorskich opracowań złożonych wraz z ofertą. Przypomniał brak umocowania osoby reprezentującej wykonawcę, co opisano na str. 8-9 odwołania, w szczególności z uwagi na śmierć właściciela.

Wskazał także na naruszenie art. 26 ust. 3 pzp przez ponowne wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów (str. 10, u góry odwołania).

Przypomniał wymogi specyfikacji dotyczące przedstawienia próbki do oceny zawierającej 3 elementy, w tym wymóg przedmiotowy próbki, jak i kryteria oceny, oraz przesłanki odrzucenia oferty określone w siwz. Przypomniał przedstawiony opis próbek oraz cytowane oceny wydawane przez komisję w odniesieniu do próbki wskazując na sprzeczność próbek z wymogami Zamawiającego, a mimo tego brak odrzucenia i przyznanie punktu z tego tytułu na różnym poziomie.

Przypomniał kolejną niezgodność oferty z ustawą wobec przedstawienia nazw plików przedstawionych jako próbka w j. angielskim, co nie było dopuszczone specyfikacją. Przypomniał też, że z referencji nie wynika wartość i przedmiot wykonanych prac przez

konsorcjantów w tym Dartom jako lidera. Złożony dziś dokument na tę okoliczność nie znajduje się w dokumentacji postępowania. Stwierdził, że potwierdziło się, iż inna spółka została wskazana w wykazie, a innej dot. dokumenty referencyjne. Stwierdził, biorąc także pod uwagę, jakie znaczenie przypisywano próbkom w kryteriach oceny, że istotna jest kwestia autorstwa ich i przyszłej realizacji, a autor próbki powinien być wskazany jako podwykonawca. Podtrzymał pozostałe zarzuty, w tym dot. wymaganych kwalifikacji osób wskazanych w ofercie. Kwestionuje legalność potwierdzenia czynności przez osobę pełniącą zarząd sukcesyjny po zmarłym przedsiębiorcy, powołując artykuł 105 KC.

Stwierdził, iż przewidywana przez Zamawiającego ewentualność autodestrukcji nie wskazuje na brak interesu prawnego we wniesieniu odwołania. Zauważył, że w treści protokołu komisji wprost stwierdzono, czy i jak próbki spełniają postawione w specyfikacji wymogi, natomiast Zamawiający podjął decyzję niezgodną z takimi ustaleniami, czyli w konsekwencji niezgodną ze specyfikacją.

Zamawiający stwierdził, że badał wszystkie złożone oferty i kwestią podstawową jest zarzut braku interesu w rozumieniu art. 179 PZP po stronie Odwołującego. Uwzględnienie odwołania byłoby autodestrukcyjną czynnością dla Odwołującego. Zarzuty odwołania oparte są bowiem na analogicznych podstawach faktycznych, jakie wynikają z treści oferty Odwołującego, a także pozostałych wykonawców. Przypomniał w ślad za pismem, że nie ma podstaw do wykluczenia wykonawcy, a w postępowaniu powinna być ewentualnie uprzednio wykonana czynność wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów. Wskazał na wymogi przedstawienia pracy referencyjnej i fakt, że ten zarzut dotyczy tylko jednej roboty, co oznacza, że druga mogła zawierać potwierdzenie spełnienia warunku. Zauważył, że nie wymagał w zakresie próbek pełnej dokumentacji dotyczącej pochodzenia, autorstwa prac i ewentualnych uprawnień do dysponowania nimi.

Wskazał, że nie wzywał ponownie wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 lecz 22a ust. 6 pzp. Zauważył, że w specyfikacji określił kryteria oceny oraz punktację, a w ich ramach dokonywano oceny finalnie opisanej w ustaleniach komisji. Zauważył, że ze względu na przedmiot, specyfikę zamówienia w treści i wyniku oceny zawierały się różne opinie i określenia mogące budzić wątpliwości. W odniesieniu do zarzutu naruszenia ustawy, stwierdził, że istotna jest treść dokumentu, nie język rozszerzenia, ponieważ sama nazwa pliku w języku obcym nie oznacza, że naruszono wymóg użycia języka polskiego w treści dokumentów (podaje przykład rozszerzenia pliku docx, docs, które nie są w języku polskim).

Zauważył, że z wszystkich dokumentów dot. firmy Trias, wynika jednoznacznie nazwa pomiotu za wyjątkiem omyłki popełnionej w wykazie. Wskazał na treść specyfikacji w zakresie sposobu oceny próbek.

Przystępujący dzieląc stanowisko zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania. Odnośnie zarzutu str. 5 odwołania u góry stwierdził, że jest niezasadny, wykonawca wykonywał szerszy niż domniemany zakres robót. Złożył oświadczenie wykonawcy o zakresie i wartości prac, wskazując jednocześnie na brak przeciwnych dowodów ze strony Odwołującego.

Wskazał, że w wykazie prac referencyjnych omyłkowo wpisano nazwę wykonawcy Trias z prawidłowym określeniem rodzaju i wartości prac (wystawa pn. „Baza kosmiczna”). Podkreślił, że zarzut o braku referencji przy złożeniu jedynie oświadczenia nie został wskazany w odwołaniu.

Odnośnie zarzutów dot. osób do pełnienia funkcji, stwierdził, że odwołaniu brak jest argumentów prawnych i faktycznych. W odwołaniu nie przedstawiono zarzutu, natomiast w toku rozprawy wskazano na brak wymaganych kwalifikacji.

Stwierdził, że wymagane próbki złożono zgodnie z wymaganiami. Nie ma w tym zakresie potrzeby posłużenia się podwykonawstwem ani też obowiązku przedstawiania autorstwa i uprawnień do korzystania z praw autorskich do takich realizacji.

W zakresie pełnomocnictwa stwierdził, że w ramach uzupełnienia dokumentów w piśmie z 18.05.2020r. wykonawca złożył wraz z dokumentami potwierdzenie legalności czynności dokonanych wcześniej przez P. C. w ramach przedmiotowego postępowania.

W odniesieniu do zarzutów związanych z oceną próbek stwierdził, że Odwołujący nie wskazał, jakie postanowienia specyfikacji były naruszone przez Zamawiającego.

Wskazuje na braku zarzutu dot. kwalifikacji osób, co do których były prowadzone dalsze wyjaśnienia. Wskazuje na uprawnienia, zakres i potwierdzenie czynności wykonanych przez p. C.. Stwierdza, że w odwołaniu nie wykazano niezgodności próbek ze specyfikacją, poprzestając na cytowaniu treści protokołu komisji, która ostatecznie nie oceniła pracy, jako niezgodna ze specyfikacją.

Krajowa Izba Odwoławcza Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację postępowania, jak również stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp. W sytuacji potwierdzenia zasadności zarzutów i w konsekwencji uwzględnienia odwołania, konieczna byłaby ponowna ocena ofert pod względem podmiotowym i przedmiotowym oraz doprowadzenie do nowego wyniku postępowania w postaci wyboru oferty najkorzystniejszej ewentualnie unieważnienia postępowania. Odmienne stanowisko zamawiającego, który podkreśla brak interesu odwołującego, którego oferta zawiera analogiczne wady, jakie zarzuca odwołujący przystępującemu, co przy ponownej ocenie spowoduje odrzucenie także oferty odwołującego, a tym samym ten ostatni również nie uzyska zamówienia, czyli, jak stwierdził zamawiający, zmierza do autodestrukcji, jest niezasadne. Skład orzekający podkreśla, że postępowanie odwoławcze dotyczy podniesionych zarzutów i ich wpływu na wynik postępowania. Na tym etapie nie ma podstaw do dokonania przez strony wiążących ocen wykraczających poza przedmiot sporu wywołanego odwołaniem. W szczególności twierdzenia zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego wobec takich samych braków, jakie zawiera oferta kwestionowana, mają charakter li tylko hipotetyczny i bez wpływu na ocenę legitymacji odwołującego do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych w nim zarzutów w ustalonym w postępowaniu stanie faktycznym, Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Mając na uwadze treść warunku udziału w postępowaniu przytoczonego w treści odwołania stwierdzić należy że wykonawca przedłożył dwie wymagane roboty budowlane, z czego jedna spełniała dookreślony warunek.

Wobec braku dowodu, że przedłożone dwie roboty nie spełniają łącznie warunku udziału w postępowaniu, zarzut nie potwierdził się.

W tym miejscu skład orzekający nie podziela jednak stanowiska zamawiającego co do przedwcześnieści zarzutu dotyczącego niespełniania warunku udziału w postępowaniu wobec regulacji prawnej dotyczącej uzupełniania dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp. To nie zarzut był przedwczesny, lecz żądanie nakazania wykluczenia wykonawcy postępowania bez uprzedniego przeprowadzenia procedury wskazanej w zdaniu poprzednim. W dalszej kolejności Izba uznaje za poprawne stwierdzenie zamawiającego, iż zbadał on usługi zrealizowane przez podmiot, na którego zasoby powołuje się w Przystępujący — tj. Trias AVI sp. z o.o. Popelnioną omyłkę pisarską w nazwie w sposób oczywisty można było zweryfikować na podstawie wszystkich pozostałych dokumentów złożonych w postępowaniu.

W odniesieniu do podniesionej w odwołaniu kwestii spełniania warunków udziału w postępowaniu opisanych w Rozdziale 5 pkt 2 ppkt 3 b 2, a dotyczących wymagania dysponowania określonym zespołem osób skład orzekający stwierdza, że poza wskazaniem faktu żądania przez zamawiającego od wykonawcy wyjaśnień, odwołujący nie sformułował w związku lub w wyniku tego zdarzenia, żadnego zarzutu, co oznacza brak możliwości dokonania jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

Niezasadniony jest zarzut oparty na fakcie, iż autorzy różnych elementów próbki nie są przedstawieni w ofercie jako odrębne podmioty pozostające w jakiejś prawnej relacji w oferentem, na przykład jako podwykonawcy. Brak takiego wskazania uzasadnia, zdaniem odwołującego, stwierdzenie że należy w takim stanie rzeczy wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp. Wniosek taki jest nieuprawniony. W zakresie kolejnego zarzutu należy stwierdzić, że zamawiający był uprawniony zastosować w stosunku do przystępującego zarówno art. 26 ust. 3, jak i 22a ust. 6 ustawy pzp.

Wskazać także należy, że czynności pana C. dokonywane przed momentem uzyskania pełnomocnictwa zostały skutecznie potwierdzone przez zarządcę sukcesyjnego w oparciu o przepisy art. 98 i n. kc. Mając na uwadze powyższe, zarzut nie podlega uwzględnieniu. Zarzuty dotyczące niezgodności treści oferty z treścią siwz czyli zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Agro-Bud na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, jest niezasadny w świetle treści postanowień specyfikacji dotyczących opisu przedmiotu zamówienia i pozacenowego kryterium oceny ofert odnoszącego się do wymaganej próbki obejmującej trzy elementy. Niesporne są treści ocen próbek dokonywanych komisyjnie, cytowane w wielu fragmentach w treści odwołania. Rzeczywiście, w protokole komisji zawarto także sformułowania, że składane próbki są niezgodne, „nie do końca zgodne”, „nieprawidłowe pod kątem estetycznym i merytorycznym”, „próbka nie spełnia wszystkich wymagań zamawiającego, ale spełnia w sposób ponadpodstawowy”, „nośnik przekazu wiedzy, a nie jak tego wymagał zamawiający, element czysto graficzny”. Sformułowania powyższe nie oznaczają jednak niezgodności badanych próbek z siwz w rozumieniu ustawy pzp, lecz są de facto wyrazem odczuć indywidualnych członków komisji co do elementów nie podlegających ocenie o charakterze zerojedynkowym i mogą być w pewnych elementach niespójne w pełni z opisem przedmiotu zamówienia, na co również ma wpływ specyfika opracowania, a czego wynik został wyrażony w sposobie punktowania w ramach kryterium dotyczącego próbki. Jak wynika z oświadczenia zamawiającego, nie zanegowanego przez uczestników, analogiczne okoliczności sposobu oceny i opisu przedstawionych próbek dotyczyły wszystkich wykonawców, zatem zamawiający działał w zgodzie z zasadą art. 7 ust. 1 ustawy pzp nie doprowadzając do naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i zachowania pomiędzy

nimi uczciwej konkurencji.

W szczególności nie potwierdził się zarzut podniesiony wprost do próbki złożonej przez przystępującego co do formy cieni i scenografii skalnej budowy. Wymagane elementy zawiera przedmiotowa próbka.

Ponadto część opisowa została w rzeczywistości zawarta na 3 stronach nie przekraczając tej wielkości wskazanej jako maksymalna.

Twierdzenie, że strona tytułowa na czwartej karcie jest również opisem skład orzekający ocenia jako niezasadną nadinterpretację.

W odniesieniu do twierdzeń dotyczących grafiki „Las”, należy stwierdzić, że ocena komisji była kilkuwątkowa i pomimo niektórych stwierdzeń negatywnych, nie miała generalnie stwierdzenia eliminującego i prowadzącego do wniosku o niezgodności tego elementu z wymogiem, co miałoby prowadzić do odrzucenia oferty z postępowania.

Mając na uwadze powyższe, zarzut nie potwierdził się. .

Skład orzekający nie stwierdził naruszenia przepisu art. 9 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym dokumenty i oświadczenia składa się w języku polskim. W istocie, nie został wskazany żaden z dokumentów lub oświadczeń, który miałby być złożony w języku innym niż polski.

Izba podziela stanowisko zamawiającego i przystępującego, że niezasadne jest twierdzenie, iż nazwa plików również ma mieć polską nazwę. Nazwa pliku nie jest bowiem dokumentem - dokumentem jest treść merytoryczna. Dodatkowo przekonujący jest w tym zakresie argument, że praktycznie wszystkie nazwy rozszerzone dokumentów tworzonych w powszechnie używanych edytorach tekstu np. Word, zawierają niepolskie określenia jak. doc, docx, co nie dyskwalifikuje takich dokumentów na podstawie art. 9 ust. 2 ustawy pzp.

Mając na uwadze powyższe, zarzut jest oddalony.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 i ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).