Sygn. akt KIO 752/20

WYROK

Z dnia 10 czerwca 2020r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 czerwca 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 kwietnia 2020 r. przez wykonawcę A+V Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, w postępowaniu prowadzonym przez Muzeum Górnictwa Węglowego w Zabrzu, ul. Jodłowa 59, 41-800 Zabrze

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do

Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący: .....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Muzeum Górnictwa Węglowego w Zabrzu prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019r. poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp") postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Obiekt Prinz Schonaich - dostawa i montaż wystawy w obiekcie w ramach projektu pn. Rewitalizacja i udostępnienie poprzemysłowego Dziedzictwa Górnego Śląska, znak sprawy ZP/19/MGW/2019".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 241-592131 z dnia 13 grudnia 2019 r.

Wykonawca - A+V sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący") wniósł w dniu 6 kwietnia 2020r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

- wykluczenia go z postępowania,

- unieważnienia postępowania przez Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów ustawy,

- art. 24 ust 1 pkt 12 Pzp, poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania,

- art. 24 ust. 4 Pzp poprzez bezpodstawne uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą,

- art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania.

W związku z tak postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,

- unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i w konsekwencji uznania jego oferty za odrzuconą,

- powtórzenie badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

z ostrożności wniósł o:

- ponowne wezwanie go do uzupełnienia dokumentu wykazu usług z uzasadnieniem, że przyczyną wezwania jest niewykazanie spełnienia wszystkich warunków przez wyłącznie

jeden podmiot.

Odwołujący uzasadniając odwołanie wskazał, że w jego ocenie warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia był wymóg wykazania się doświadczeniem w trzech rodzajach zamówień. Jednocześnie wskazał, że w SIWZ warunek został opisany szerzej niż w Ogłoszeniu o zamówieniu. W treści ogłoszenia o zamówienia warunek ten Zamawiający opisał następująco:

Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony; jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie:

a) co najmniej 2 zamówienia, polegające na wykonaniu wystawy.

Przez wykonanie wystawy Zamawiający rozumie wykonanie łub zakup, dostawę i montaż obejmujący łącznie instalacje o charakterze scenograficznym (tzn. plastyczna zabudowa przestrzeni, składająca się ze zmiennych elementów między innymi malarskich, architektonicznych i świetlnych), muzealne zabudowy ekspozycyjne, sprzęt i urządzenie AV i IT oraz wykonanie, instalacje i uruchomienie systemu sterownia multimediami oraz zarządzanie kontentem (treściami, zawartościami) multimedialnym, oraz

b) co najmniej jedno zamówienie polegającego na wykonaniu kontentów (treści, zawartości) multimedialnych na potrzeby wystawy, w zakresie animacji lub filmów lub słuchowisk lub mappingu lub prezentacji interaktywnych, oraz

c) najmniej jedną zawierającą stanowisko o charakterze multimedialnym opartą o technologię VR(Virtual Reality);

Uwaga:

1. Przez sprzęt i urządzenie IT Zamawiający rozumie urządzenia lub zespół specjalistycznych urządzeń elektronicznych, których głównym zadaniem jest obsługa i przetwarzanie danych w postaci aplikacji i programów informatycznych.

2. Poprzez sprzęt / urządzenia AV zamawiający rozumie urządzenia multimedialne, które

będą odpowiedzialne za prezentację materiałów audio, wizualnych oraz audiowizualnych takich np. jak m.in.: monitory dotykowe, projektory multimedialne oraz urządzenie do odtwarzanie nagrań audio.

Natomiast w treści SIWZ Zamawiający po punkcie nr 2 zawartym w uwagach dodatkowo podał, że:

3. W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jak i w przypadku pozostałych Wykonawców, warunek musi być spełniony w całości przez co najmniej jeden podmiot (jeden lub każdy z podmiotów w tym podmiot trzeci) musi indywidualnie posiadać wymagane doświadczenie.

4. Zamawiający dopuszcza sumowanie doświadczenia w ramach jednego kontraktu (umowy).

5. W przypadku gdy wykonawca realizował zamówienie jako jeden z grupy wykonawców (konsorcjum) może powoływać się jedynie na swoje własne, realne doświadczenie, które zdobył realizując dana cześć zamówienia, która została mu przypisana w ramach grupy tzn. może wykazywać się doświadczeniem jedynie w zakresie jaki rzeczywiście dany podmiot wykonywał. Doświadczenia nie uzyskuje się poprzez sam udział w konsorcjum, lecz poprzez konkretne czynności realizowane w jego ramach.

Według Odwołującego, Zamawiający stawiając warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia wymagał zatem wykazania się przez wykonawcę doświadczeniem w realizacji trzech różnych rodzajów zamówień:

a) wykonanie wystawy (2 zamówienia)

b) wykonanie kontentów multimedialnych (1 zamówienie)

c) wykonanie stanowiska VR (1 zamówienie). Nie było przy tym wymagane, aby wszystkie

rodzaje zamówień wykonane były w ramach jednej umowy. Zamawiający zdawał sobie zatem sprawę z faktu, że te trzy rodzaje zamówień są rozłączne i mogą być wykonywane w ramach całkowicie odrębnych zamówień, tzn. że przedmiotem zamówienia może być np. wykonanie wystawy bez wykonania kontentów multimedialnych i stanowiska VR. W zakresie realizacji przedmiotu zamówienia Zamawiający nie zastrzegał zakazu posługiwania się podwykonawcami, czyli - zdaniem Odwołującego - dopuszczone zatem zostało wykonanie np. całości przedmiotu zamówienia za wyjątkiem stanowiska VR przez wykonawcę składającego ofertę, a stanowiska VR przez podwykonawcę.

Odwołujący wyjaśnił, że składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu wykazał się doświadczeniem własnym w zakresie realizacji zamówień na wystawy i kontent multimedialny, oraz posłużył się doświadczeniem udostępnionym przez podmiot trzeci w zakresie wykonania stanowiska VR.

Kolejno wskazał, że Zamawiający w dniu 18 marca 2020 r. wezwał go do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wykazu wykonanych usług. W uzasadnieniu wezwania Zamawiający przytoczył warunek udziału w postępowaniu w wersji zamieszczonej w SIWZ oraz uzasadnił wezwanie w sposób następujący: Wykonawca na wezwanie Zamawiający złożył na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej łub zawodowej dokumenty - wykazu usług. Ze złożonego dokumentu nie wynika, iż wymagane doświadczenie spełnia w całości Wykonawca czy też podmiot trzeci. Zgodnie z zapisami zawartymi w SIWZ Zamawiający wymagał w zakresie warunku doświadczenia aby był on w całości spełniony przez wykonawcę, jednego lub każdy z podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w tym podmiot trzeci.

Odwołujący wskazał, że udzielając odpowiedzi na powyższe wezwanie Zamawiającego, uzupełnił wykaz wykonanych usług poprzez sprecyzowanie, które usługi zostały wykonane przez niego, a które przez podmiot trzeci. Wyjaśnił ponadto, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów zostało przez niego zrozumiane jako wniosek o wyjaśnienie czy doświadczenie spełnia on czy podmiot trzeci. Wyjaśnił ponadto, że Zamawiający w dniu 27 marca 2020 r. poinformował go o wykluczeniu go z postępowania z powodu nie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Uzasadnienie faktyczne sprowadzało się do wskazania, że spośród trzech warunków, samodzielnie wykazał spełnienie dwóch a trzeci był wykazany za pomocą podmiotu trzeciego udostępniającego swoje doświadczenie. Odwołujący podkreślił, że wykazał się on samodzielnym spełnieniem w całości warunku pierwszego oraz drugiego, natomiast warunek trzeci w całości spełniony jest przez podmiot udostępniający swoje zasoby. Natomiast, jeżeli Zamawiający wymagał aby wykonawcy wykazali się zrealizowaniem dwóch wystaw to wyjaśnienie Zamawiającego

zawarte w SIWZ, a pomięte w ogłoszeniu oznacza, że niemożliwe jest wykazanie realizacji jednej wystawy przez podmiot A oraz drugiej wystawy przez podmiot B. Intencją Zamawiającego było bowiem zakwalifikowanie do udziału w przetargu tylko takiego wykonawcy, który nabył doświadczenie w realizacji dwóch wystaw. Oczywistym jest, że doświadczenia dwóch firm, z których każda wykonała po jednej wystawie nie można utożsamiać z doświadczeniem jednej firmy, która wykonała dwie wystawy. Zdaniem Odwołującego, w procesie badania spełnienia warunków udziału Zamawiający w nieuprawniony sposób rozszerzył wspomniane obostrzenie na wszystkie trzy warunki dotyczące doświadczenia. Zupełnie niezrozumiałe i sprzeczne z postanowieniami SIWZ jest wymaganie aby jeden wykonawca musiał wykazać się wszystkimi trzema różnymi rodzajami zamówień. Analiza treści SIWZ przed podjęciem decyzji o udziale w postępowaniu nie pozostawiała nam żadnych wątpliwości w zakresie spełniania, bądź nie spełniania wszystkich trzech warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia. Odwołujący wskazał, że przystępując do postępowania był utwierdzony w przekonaniu, że postawione warunki spełnia, a przyczyną wykluczenia go z postępowania była odmienna interpretacja postanowień SIWZ przez Zamawiającego - jak wykazano powyżej niezgodna z literalnym brzmieniem SIWZ oraz wykładnią celowościową. Nawet treść wezwania do uzupełnienia dokumentów nie dała mu do zrozumienia, że Zamawiający oczekuje aby jeden z podmiotów spełniał łącznie wszystkie trzy warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Końcowo Odwołujący wskazał, że w treści ogłoszenia o zamówieniu nie znalazła się sporna wzmianka o konieczności spełnienia każdego z trzech warunków przez jeden i ten sam podmiot. Oznacza to, że nawet przy restrykcyjnej i rozszerzającej interpretacji warunku udziału przez Zamawiającego spełnialiśmy warunki postawione w ogłoszeniu. W orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, że wszelkie rozbieżności między dokumentami przetargowymi należy interpretować na korzyść wykonawcy - w tym wypadku jest to kolejny argument przemawiający za koniecznością uznania naszej oferty za prawidłową.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 29 kwietnia 2020 r. wniósł o jego oddalenie w całości.

Wskazał, że zgodnie z zapisami rozdziału V SIWZ pkt. 1.2.3 ppkt 1 jako warunek udziału w postępowaniu, dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie minimalnych warunków dotyczących doświadczenia wymagał, aby Wykonawca w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie:

a) co najmniej dwa zamówienia, polegające na wykonaniu wystawy.

Przez wykonanie wystawy Zamawiający rozumie wykonanie lub zakup, dostawę i montaż obejmujący łącznie instalacje o charakterze scenograficznym (tzn. plastyczna zabudowa przestrzeni, składająca się ze zmiennych elementów między innymi malarskich, architektonicznych i świetlnych), muzealne zabudowy ekspozycyjne, sprzęt i urządzenie AV i IT oraz wykonanie, instalacje i uruchomienie systemu sterownia multimediami oraz zarządzanie kontentem (treściami, zawartościami) multimedialnym, oraz

b) co najmniej jedno zamówienie polegającego na wykonaniu kontentów (treści, zawartości) multimedialnych na potrzeby wystawy, w zakresie animacji lub filmów lub słuchowisk lub mappingu lub prezentacji interaktywnych, oraz

c) co najmniej jedną realizację zawierającą stanowisko o charakterze multimedialnym opartą o technologię VR (Virtual Reality);

Jednocześnie w Uwadze 1 pkt: 3 wskazano iż „ W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jak i w przypadku pozostałych Wykonawców, warunek musi być spełniony w całości przez co najmniej jeden podmiot (jeden lub każdy z podmiotów w tym podmiot trzeci) musi indywidualnie posiadać wymagane doświadczenie)." Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał złożenia na wezwanie, o którym mowa w przepisie art. 26 ust. 1 Pzp, Wykazu usług (zał. nr 3 do SIWZ) wykonywanych, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia dokumentów z dnia 19 lutego 2020 r. Odwołujący, złożył oświadczenie - Wykaz wykonanych usług, w którym wskazał realizację zawierającą stanowisko o charakterze multimedialnym opartą o technologię VR

(Virtual Reality) wykonaną przez podmiot trzeci itSilesia Ł. L., ul. Joachima Lewela 10, 44-280 Rydułtowy.

Zamawiający wyjaśnił, że ze względu na powyższe zobligowany był w sytuacji niezłożenia przez Odwołującego dokumentów, w szczególności tych wykazujących spełnienie przez niego wymagań określonych w SIWZ dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu, do zastosowania procedury wynikającej z art. 26 ust. 3 Pzp. W dniu 28 marca 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - dokumenty określone w rozdziale VII pkt.13.3 SIWZ, jednocześnie wyraźnie wskazując na zapisy SIWZ dotyczące wymogu samodzielnego spełniania warunku doświadczenia i dokonując pewnego rodzaju tłumaczenia, „Wykonawca na wezwanie Zamawiający złożył na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej łub zawodowej dokumenty - wykazu usług. Ze złożonego dokumentu nie wynika, iż wymagane doświadczenie spełnia w całości Wykonawca czy też podmiot trzeci. Zgodnie z zapisami zawartymi w SIWZ Zamawiający wymagał w zakresie warunku doświadczenia aby był on w całości spełniony przez wykonawcę, jednego lub każdy z podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w tym podmiot trzeci".

W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, Odwołujący ponownie złożył wykaz wykonanych usług wraz z dowodami, w którym wskazał w poszczególnych pozycjach informację,

- dla pozycji 1a,1b,1c, 2a, 2b że dane zamówienie było realizowane samodzielnie

przez Odwołującego.

- dla pozycji 3 a. 3b że dane zamówienie było realizowane samodzielnie przez podmiot trzeci.

Ze złożonych na wezwanie do uzupełnienia dokumentów wynikało jednak, że ani Odwołujący ani podmiot trzeci nie wykazały się realizacją całości wymaganych w warunku dotyczącym zdolności technicznej lub zawodowej usług, a jedynie ich sumą. Wobec powyższego zgodnie z zapisami SIWZ, Zamawiający stwierdził, że złożone przez wykonawcę dokumenty nie potwierdziły spełniania wymaganego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy lub doświadczenia.

Zamawiający wskazał, że w prowadzonym postępowaniu, kluczowym elementem są zapisy zawarte w SIWZ, które w sposób jednoznaczny i przy wyłączeniu możliwości szerokiego marginesu interpretacyjnego wykluczały dowolność w działaniach Zamawiającego w trakcie czynności badania ofert. Zamawiający precyzyjnie opisał warunki udziału w postępowaniu uściślił i doprecyzował w zapisach zawartych w SIWZ w szczególności:

- warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej określonego w rozdziale V SIWZ pkt. 1.2.3 ppkt.1,

- zapisu pkt 3 Uwagi 1 wskazującego, że „w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jak i w przypadku pozostałych Wykonawców, warunek musi być spełniony w całości przez co najmniej jeden podmiot (jeden lub każdy z podmiotów w tym podmiot trzeci) musi indywidualnie posiadać wymagane doświadczenie."

- oraz zapisu rozdziału VIII SIWZ pkt. 9 „Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia z postępowania przy czym:

a. warunek opisany w pkt. 1.2.3 ppkt 1 SIWZ wystarczające jest aby którykolwiek z Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wykazał spełnianie tego warunku.

Według Zamawiającego tak sformułowane zapisy zawierały jednoznaczne i wyraźne wymagania i nie pozostawiały żadnych wątpliwości interpretacyjnych w zakresie spełniania, bądź nie spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia, a zatem wykluczały ewentualną możliwość rozszerzenia ich rozumienia czy oceny w sposób nieuprawniony przez Zamawiającego. Fakt braku innego rozumienia zapisów SIWZ przez Wykonawców czy też wątpliwości w ich interpretacji potwierdza, iż żaden z zainteresowanych wykonawców nie skorzystał z uprawnienia do wniesienia środków ochrony prawnej w zakresie warunków udziału. Żaden z wykonawców również nie zadał pytania na etapie wszczętego postępowania dotyczącego „sposobu rozumienia" lub sugerującego zmianę warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, co jednoznacznie świadczy o tym, iż warunki te nie utrudniły potencjalnym wykonawcom ubiegania się o zamówienie ani też nie były dla nich niezrozumiałe i nieczytelne. Wyjaśnił, że nie dokonał po otwarciu ofert w nieuprawniony sposób rozszerzenia interpretacyjnego, a wymóg ten wyraźnie uściślił i doprecyzował już na etapie ogłoszonego postępowania w pierwotnych zapisach. W podjętych przez

Zamawiającego działaniach punktem wyjścia do oceny spełniania warunków udziału przez Odwołującego były stałe, niezmienne i niewzruszalne zapisy SIWZ.

Zamawiający podkreślił, że postawiony przez niego warunek w zakresie doświadczenia był warunkiem złożonym a nie trzema odrębnymi warunkami, na co wyraźnie wskazuje zawarty w rozdziale V SIWZ pkt. 1.2.3 ppkt.1, zapis Uwaga 1 pkt. 3 wskazujący, że „w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jak i w przypadku pozostałych Wykonawców, warunek musi być spełniony w całości przez co najmniej jeden podmiot (jeden lub każdy z podmiotów w tym podmiot trzeci) musi indywidualnie posiadać wymagane doświadczenie." Ponadto podkreślił, że wymóg był w pełni uzasadniony merytorycznie, odpowiadał jego potrzebom i pozwalał na wyłonienie wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, a tym samym ograniczenie możliwości powstania sytuacji, w której wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia lub wykonać go z należytą starannością. Natomiast bez znaczenia są podnoszone w tym zakresie twierdzenia Odwołującego, co do ewentualnego zrozumienia czy też nie wezwania do uzupełnienia dokumentów. Wykonawca zobligowany był do zapoznania się z całą i ewentualnie zmienianą w toku toczącego się postępowania dokumentacją, która stanowiła nierozdzielny element, a zatem wszelkie wyjaśnienia, zmiany czy uzupełnienia stanowiły nierozłączną całość dokumentacji. Ponadto, wszyscy potencjalnie zainteresowani wykonawcy uprawnieni byli zgodnie z przepisami Pzp do zadawania pytań lub uwag nie tylko dotyczących opisu przedmiotu zamówienia ale w szczególności do określonych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu lub innych zapisów SIWZ, które według nich mogły być niezrozumiałe, budzące wątpliwości interpretacyjne, nie zgodne z przepisami prawa, zawężające dostęp do zamówienia czy też nieczytelne.

Zamawiający odnosząc się do zarzutu, iż w treści ogłoszenia o zamówieniu nie znalazła się „sporna wzmianka o konieczności spełnienia każdego z trzech warunków przez jeden i ten sam podmiot" wyjaśnił, że w związku z wejściem w życie w dniu 18 kwietnia 2016r. art. 3 Rozporządzenia Wykonawczego Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015 r. ustanawiającego standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011, na mocy którego w postępowaniach „unijnych" zaczęły obowiązywać nowe formularze ogłoszeń. Ogłoszenia zgodnie z formatem i procedurami elektronicznego przesyłania ogłoszeń wskazanymi na stronie - w większości pól formularza ograniczono ilość wpisywanych znaków do 4 tys. Zakres informacji wymaganych przez Pzp w ogłoszeniu o zamówieniu w zakresie warunków udziału i podstaw do wykluczenia dla przetargu nieograniczonego określa art. 41 pkt7 i 7a. Zgodnie z nimi ogłoszenie winno zawierać:

• warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia, oraz

• wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

Podkreślił, że ogłoszenie pełni funkcję „pierwszego dokumentu", z jakim wykonawca zapoznaje się w postępowaniu. Ogłoszenie zawiera skrótowo tylko najistotniejsze informacje. Jeśli one zainteresują wykonawcę, to szczegóły pozna z treści „dokumentów zamówienia" - zgodnie z Art. 2 ust. 1 pkt 13 Dyrektywy 2014/24/UE za dokumenty takie, oprócz ogłoszenia, należy uznać w szczególności specyfikacje techniczne, dokument opisowy, proponowane warunki umowy, formaty przedstawiania dokumentów przez kandydatów i oferentów, informacje na temat mających ogólne zastosowanie obowiązków oraz wszelkie dokumenty dodatkowe, czyli - SIWZ. Znajduje to odzwierciedlenie w pkt 11 Części C Załącznika nr 5 do Dyrektywy. Ogłoszenie, zgodnie z zawartymi tam wymogami, winno zatem zawierać między innymi warunki udziału, w tym (poza informacjami o zakładach pracy chronionej oraz zastrzeżonych usługach) listę i krótki opis :

• kryteriów dotyczących podmiotowej sytuacji wykonawców, które mogą prowadzić do ich wykluczenia, oraz:

• kryteriów kwalifikacji;

• minimalnych poziomów ewentualnie wymaganych standardów;

• wskazanie wymaganych informacji (oświadczenia własne, dokumentacja).

Zamawiający wyjaśnił, że w praktyce publikacja ogłoszenia jest pierwszą czynnością

Zamawiającego podejmowaną w postępowaniu, której celem jest rozpowszechnienie informacji o zamówieniu oraz skrótowe przedłożenie warunków tego zamówienia. Ogłoszenie jest więc jedynie skróconą wersją SIWZ, natomiast dopiero SIWZ jest podstawowym dokumentem, przetargowym. Wynika to z faktu, że oba dokumenty udostępniane są jednocześnie. Nie ma więc potrzeby, aby były one w swej treści identyczne. Zawierając ograniczone, skrócone informacje, ogłoszenie ma za zadanie zachęcić potencjalnych

wykonawców do wzięcia udziału w przetargu, a następnie prze kierować ich na stronę internetową instytucji zamawiającej, gdzie każdy zainteresowany będzie mógł zapoznać się ze szczegółową treścią istotnych warunków zamówienia. W Pzp można doszukać się wielu różnic w budowie przepisów art. 36 oraz 41 Pzp, z czego wynika wyraźnie konkluzja, że ogłoszenie jest rodzajem dokumentu wstępnego - uproszczonego, natomiast dopiero SIWZ pełni rolę pełnoprawnego spisu wymagań i obowiązków stawianych przed wykonawcami.

Potwierdzeniem powyższego jest obowiązek określenia przedmiotu zamówienia. Ogłoszenie określa jedynie przedmiot zamówienia oraz podaje jego wielkość lub zakres. Informacja ta w porównaniu z wymaganiami SIWZ jest bardzo ograniczona. Przepis art. 36 ust. 2 pkt 3 Pzp obliguje Zamawiającego, aby ten w specyfikacji podał pełny i szczegółowy opis przedmiotu zamówienia. W doktrynie podkreśla się tylko, że pomiędzy sformułowaniami w omawianych dwóch dokumentach nie powinna występować różnica pojęciowa ani określenia, które mogłyby utrudniać uczciwą konkurencję.

Dopiero kompletna dokumentacja postępowania, a więc ogłoszenie pełniące rolę „informatora" oraz SIWZ zawierający wszystkie niezbędne wymagania i szczegóły tworzą komplet, na podstawie którego zainteresowany wykonawca może zadecydować o udziale w danym postępowaniu. W obecnym stanie faktycznym wszyscy Wykonawcy w sposób jednakowy mieli dostęp do całości dokumentacji, a sam SIWZ wraz z dokumentacją był w sposób nieograniczony, pełny i bezpłatny udostępniony wszystkim zainteresowanym za pośrednictwem platformy zakupowej.

Zamawiający odnosząc się do zarzutu naruszenia ,art. 24 ust 1 pkt 12 Pzp wskazał, że obowiązkiem wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia jest podanie Zamawiającemu konkretnych informacji wskazujących na posiadane przez niego wiedzę i doświadczenie. Podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust.1 pkt 12 Pzp odnosi się do ogólnej podstawy wykluczenia stanowiącej niejako podsumowanie całościowego procesu badania rzetelności wykonawcy, tj. niewykazania w jego wyniku przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu lub niewykazania braku podstaw wykluczenia w konsekwencji i zgodnie z przepisami prawa ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Wykluczenie wykonawcy z niniejszego postępowania nastąpiło z powodu niespełnienia warunków udziału, wyłącznie w oparciu o jasno brzmiące postanowienia zawarte w dokumentacji postępowania.

Zamawiający stwierdził też, że nie naruszył przepisów art. 7 ust. 1 Pzp dotyczących zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowanie wykonawców. Opisując przedmiot zamówienia właściwie zastosował przepisy art. 29 ust. 3 Prawa zamówień publicznych dopuszczając składanie ofert równoważnych dla opisanych w dokumentacji za pomocą nazw własnych, oraz określając warunki równoważności. Wszystkie czynności Zamawiającego dokonywane w postępowaniu o zamówienie publiczne - od przygotowania postępowania, przez treści dokumentacji postępowania (opis przedmiotu zamówienia, warunki udziału, kryteria oceny ofert, komunikacja z wykonawcami w toku postępowania), wybór trybu postępowania do wyboru oferty najkorzystniejszej były dokonywane w poszanowaniu zasad wynikających zarówno z prawa krajowego i unijnego, wynikającego z niego orzecznictwa jak i dobrych praktyk w obszarze zamówień publicznych zwłaszcza w obszarze kultury.

Wobec zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania Zamawiający stwierdził, że zgodnie z powyższym przepisem Zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Z powyższego wynika, że zasadą jest unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy cena oferty przewyższa cenę, jaką zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia, ale jednocześnie przepis ten zawiera wyjątek od zasady, przewidując możliwość zwiększenia przez zamawiającego kwoty, jaką przeznaczy na realizację zamówienia. Użyte w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp słowo „może" oznacza taką możliwość, a zatem jest to uprawnienie, nie zaś obowiązek zamawiającego. Decyzja o ewentualnym zwiększeniu kwoty na sfinansowanie zamówienia jest suwerenną decyzją zamawiającego i zależy od wielu okoliczności.

Wyjaśnił, że w dniu 10 lutego 2020 r. powziął czynności w celu ustalenia możliwości zwiększenia środków przeznaczonych na sfinansowanie niniejszego zamówienia. Pierwotnie przeznaczona kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia została zwiększona do kwoty oferty z najniższą ceną. Wobec nie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego, w dniu 26 marca 2020 r. Zamawiający po raz kolejny podjął czynności dotyczące ewentualnie zwiększenia tej kwoty. W związku z podjętymi działaniami zdecydowano, iż Zamawiający nie ma możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia do kwoty kolejnej oferty z najniższą ceną. Kwota jaką zamawiający realnie dysponuje na zrealizowanie zamówienia oznacza bowiem jego górne możliwości finansowe w tym zakresie i uprawnienia do

zaciągnięcia zobowiązania i podpisania umowy.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba ustaliła:

W Sekcji III pkt 1.3. Ogłoszenia o zamówieniu „Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe" Zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w następujący sposób:

„Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia

działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie:

a) co najmniej 2 zamówienia, polegające na wykonaniu wystawy.

Przez wykonanie wystawy Zamawiający rozumie wykonanie lub zakup, dostawę i montaż obejmujący łącznie instalacje o charakterze scenograficznym (tzn. plastyczna zabudowa przestrzeni, składająca się ze zmiennych elementów między innymi malarskich, architektonicznych i świetlnych), muzealne zabudowy ekspozycyjne, sprzęt i urządzenie AV i

IT oraz wykonanie, instalacje i uruchomienie systemu sterownia multimediami oraz zarządzanie kontentem (treściami, zawartościami) multimedialnym, oraz

b) co najmniej jedno zamówienie polegające na wykonaniu kontentów (treści, zawartości) multimedialnych na potrzeby wystawy, w zakresie animacji lub filmów lub słuchowisk lub mappingu lub prezentacji interaktywnych, oraz

c) co najmniej jedną realizację zawierającą stanowisko o charakterze multimedialnym opartą o technologię VR (Virtual Reality);

Uwaga:

1. Przez sprzęt i urządzenie IT Zamawiający rozumie urządzenia lub zespół specjalistycznych urządzeń elektronicznych, których głównym zadaniem jest obsługa i przetwarzanie danych w postaci aplikacji i programów informatycznych.

2. Poprzez sprzęt i urządzenia AV zamawiający rozumie urządzenia multimedialne, które będą odpowiedzialne za prezentację materiałów audio, wizualnych oraz audiowizualnych takich np jak m.in.: monitory dotykowe, projektory multimedialne oraz urządzenie do odtwarzanie nagrań audio.

Natomiast w SIWZ w rozdziale V pkt 1.2.3. Zamawiający w następujący sposób opisał warunek udziału w postepowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej: (Rozdział V pkt 1.2.3):

Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie:

- co najmniej dwa zamówienia, polegające na wykonaniu wystawy.

Przez wykonanie wystawy Zamawiający rozumie wykonanie lub zakup, dostawę i montaż

obejmujący łącznie instalacje o charakterze scenograficznym (tzn. plastyczna zabudowa przestrzeni, składająca się ze zmiennych elementów między innymi malarskich, architektonicznych i świetlnych), muzealne zabudowy ekspozycyjne, sprzęt i urządzenie AV i IT oraz wykonanie, instalacje i uruchomienie systemu sterownia multimediami oraz zarządzanie kontentem (treściami, zawartościami) multimedialnym, oraz

- co najmniej jedno zamówienie polegającego na wykonaniu kontentów (treści, zawartości) multimedialnych na potrzeby wystawy, w zakresie animacji lub filmów lub słuchowisk lub mappingu lub prezentacji interaktywnych, oraz

- co najmniej jedną realizację zawierającą stanowisko o charakterze multimedialnym opartą o technologię VR (Virtual Reality);

Uwaga:

1. Przez sprzęt i urządzenie IT Zamawiający rozumie urządzenia lub zespól specjalistycznych urządzeń elektronicznych, których głównym zadaniem jest obsługa i przetwarzanie danych w postaci aplikacji i programów informatycznych.

2. Poprzez sprzęt i urządzenia AV zamawiający rozumie urządzenia multimedialne, które będą odpowiedzialne za prezentację materiałów audio, wizualnych oraz audiowizualnych takich np. jak m.in.: monitory dotykowe, projektory multimedialne oraz urządzenie do odtwarzanie nagrań audio.

3. W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jak i w przypadku pozostałych Wykonawców, warunek musi być spełniony w całości przez co najmniej jeden podmiot (jeden lub każdy z podmiotów w tym podmiot trzeci) musi indywidualnie posiadać wymagane doświadczenie.

4. Zamawiający dopuszcza sumowanie doświadczenia w ramach jednego kontraktu (umowy).

5. W przypadku gdy wykonawca realizował zamówienie jako jeden z grupy wykonawców (konsorcjum) może powoływać się jedynie na swoje własne, realne doświadczenie, które zdobył realizując dana cześć zamówienia, która została mu przypisana w ramach grupy tzn. może wykazywać się doświadczeniem jedynie w zakresie jaki rzeczywiście dany podmiot wykonywał. Doświadczenia nie uzyskuje się poprzez sam udział w konsorcjum, lecz poprzez konkretne czynności realizowane w jego ramach.

Odwołujący w wykazie wykonanych usług stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ wskazał, że realizację zawierającą stanowisko o charakterze multimedialnym opartą o technologię VR (ppkt c) warunku zawartego w rozdziale V pkt 1.2.3 SIWZ) wykonał podmiot trzeci tj. itSilesia Ł. L., natomiast realizację polegającą na wykonaniu co najmniej 2 wystaw (ppkt a) warunku zawartego w rozdziale V pkt 1.2.3. SIWZ) oraz realizację polegającą na wykonaniu kontentów (treści, zawartości) multimedialnych na potrzeby wystawy, w zakresie animacji lub filmów lub słuchowisk lub mappingu lub prezentacji interaktywnych (ppkt b) warunku zawartego w rozdziale V pkt 1.2.3 SIWZ) wykonał Odwołujący.

Izba zważyła:

Osią sporu pomiędzy stronami była kwestia, czy Zamawiający w sposób uprawniony dokonał wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, na skutek uznania, że wykonawca ten nie spełnił warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznych lub zawodowych zawartego w rozdziale V pkt 1.2.3. SIWZ. Powyższe powodowało natomiast konieczność rozstrzygnięcia, czy na sformułowany przez Zamawiającego warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej składały się 3 oddzielne warunki udziału w postępowaniu - jak wskazywał Odwołujący - tj.:

- warunek pierwszy - wykonanie 2 wystaw (a),

- warunek drugi - wykonanie kontentów multimedialnych (b)

- warunek trzeci - wykonanie stanowiska VR (c),

czy też wymagania zawarte przez Zamawiającego w rozdziale V pkt 1.2.3. ppkt a)-c) SIWZ stanowiły jeden niepodzielny warunek udziału w postępowaniu - jak wskazywał Zamawiający. Okoliczność ta miała istotne znaczenie bowiem Zamawiający w punkcie 3 Uwagi 1 SIWZ dotyczącej powyższego warunku postawił wymóg, że w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jak i w przypadku pozostałych Wykonawców, warunek musi być spełniony w całości przez co najmniej jeden podmiot (jeden lub każdy z

podmiotów w tym podmiot trzeci) musi indywidualnie posiadać wymagane doświadczenie.

Rozstrzygając powyższą kwestię sporną, skład orzekający uznał, że sposób skonstruowania przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, tj. użycie w ppkt a) i b) spójnika „oraz", który pełni funkcję łączenia słów i zdań równorzędnych, wskazując je jako występujące równocześnie spowodowało, że wbrew stanowisku Odwołującego nie sposób uznać, że Zamawiający postawił w niniejszym postepowaniu trzy warunki udziału w postepowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Skład orzekający uznał tym samym, że Zamawiający postawił jeden warunek na który składała się konieczność wykazania przez co najmniej jeden podmiot doświadczenia w realizacji wszystkich trzech zadań, tj. wykonania 2 wystaw (a), wykonania kontentów multimedialnych (b) oraz wykonanie stanowiska VR (c).

Uznanie więc, że Zamawiający postawił jeden warunek udziału w postępowaniu skutkowało koniecznością ustalenia, czy Zamawiający prawidłowo postąpił wykluczając wykonawcę z postępowania biorąc pod uwagę rozbieżność, jaka zaistniała w sformułowaniu warunku udziału w postępowaniu zamieszczonym w treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ. Przypomnieć należy, że w Ogłoszeniu o zamówieniu nie został zawarty przez Zamawiającego m.in. wymóg aby „w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jak i w przypadku pozostałych Wykonawców, warunek musi być spełniony w całości przez co najmniej jeden podmiot (jeden lub każdy z podmiotów w tym podmiot trzeci) musi indywidualnie posiadać wymagane doświadczenie".

W ocenie składu orzekającego Zamawiający wykluczając Odwołującego z postępowania uwzględniając zaistniałą w dokumentacji postępowania rozbieżność, naruszył przepis art. 7 ust. 1 Pzp, który stanowi o zasadzie prawnej równego traktowania wykonawców i przez pryzmat tej zasady muszą być oceniane czynności Zamawiającego. Podkreślić należy, że dla realizacji tej zasady konieczne jest jednakowe traktowanie wykonawców niezależnie od tego, z jakiego źródła czerpią oni informacje pozwalające im ocenić własne zdolności do ubiegania się o dane zamówienie. Nie stanowi natomiast realizacji zasady równego traktowania sytuacja, w której wykonawca podejmujący decyzję o udziale w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie ogłoszenia nie dysponuje takim samym zakresem informacji jak wykonawca podejmujący tę decyzję na podstawie SIWZ. Izba w składzie orzekającym podziela stanowisko zaprezentowane w uchwale KIO z dnia 1 marca 2019r., sygn. akt KIO/KD 14/19, w którym Izba stwierdziła, że „zarówno w art. 41 pkt 7 ustawy Pzp jest mowa o tym, że ogłoszenie o zamówieniu w trybie przetargu nieograniczonego zawiera, co najmniej, warunki udziału w postępowaniu, jak i w art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp ustawodawca wskazuje, że zamawiający w siwz zawiera, co najmniej, warunki udziału w postępowaniu. W obu przypadkach tak w ogłoszeniu jak i w SIWZ ustawodawca określił, że zamawiający ma zamieścić warunki udziału w postępowaniu i w żaden sposób nie wskazał, że w tym zakresie ogłoszenie może zawierać skróconą wersję tych warunków, lub tylko niektóre z nich. Porównując te przepisy choćby z przepisami dotyczącymi przedmiotu zamówienia wyraźnie widać, że w sytuacji, gdy ustawodawca wyraża wolę różnicowania zakresu informacji pomiędzy ogłoszeniem, a SIWZ to zaznacza tę różnicę w wyraźny sposób. Przykładowo w art. 41 pkt 4 ustawy Pzp nakazuje określić przedmiot zamówienia oraz wielkość i zakres zamówienia z podaniem informacji o możliwości składania ofert częściowych, natomiast art. 36 ust. 1 pkt 3 nakazuje podać opis przedmiotu zamówienia. Tym samym stosując zasadę racjonalnego ustawodawcy pojęciom tożsamym należy nadać tożsame znaczenie. (...) Dodatkowo należy zwrócić uwagę na tzw. triadę zamówień publicznych tj. zgodność treści ogłoszenia i siwz z treścią oferty i treścią umowy o zamówienie publiczne. W myśl tej zasady niedopuszczalna jest sytuacja rozbieżności pomiędzy treścią ogłoszenia o zamówieniu publicznych, a treścią siwz, która mogłaby prowadzić do złożenia ofert zgodnych z jednym z tych dokumentów, a niezgodnym z drugim. Zwłaszcza w świetle warunków udziału w postępowaniu rozbieżności pomiędzy tymi dokumentami mogłyby doprowadzić do złożenia ofert, na podstawie których wykonawca podlegałby wykluczeniu z mocy SIWZ (lub co najmniej wezwaniu do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) i ten sam wykonawca spełniałyby warunki udziału w postępowaniu z mocy ogłoszenia o zamówieniu. Izba stwierdza, że nie jest wykluczona możliwość różnego stopnia doprecyzowania wymagań wobec wykonawców w ogłoszeniu o zamówienie i SIWZ, jednakże rozbieżność ta nie może dotyczyć kwestii, które różnicowałyby wymagania co do możliwości i zdolności do złożenia ważnej oferty.

Biorąc także pod uwagę treść art. 37 ust. 2 ustawy, to podkreślić należy, że brzmienie SIWZ i jego publikacja jest czynnością następującą po czynności zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu, gdyż SIWZ zamawiający udostępnia na stronie internetowej od dnia zamieszczenia ogłoszenia. Tym samym, jeśli zamieszczenie SIWZ na stronie internetowej powoduje istotną zmianę treści ogłoszenia, to zastosowanie ma przepis art. 12a ust. 2 w związku z art. 11c ustawy Pzp, niezależnie od tego, czy miała miejsce zmiana SIWZ.

Niezależnie od przyczyny zaistniałej rozbieżności, to dla równego traktowania wykonawców konieczne jest jej usunięcie przed upływem terminu składania ofert, gdyż po

upływie tego terminu rozbieżność taka jest nieusuwalna i przeradza się w wadę postępowania.

Zamawiający, jako gospodarz postępowania, musi stać na straży realizacji zasad Prawa zamówień publicznych i nie stanowi dla niego usprawiedliwienia fakt, że wstępny wydruk ogłoszenia o zamówieniu obejmował wszystkie warunki udziału w postępowaniu, które określała SIWZ. Zamawiający na każdym etapie postępowania musi dbać o zachowanie zasady równego traktowania wykonawców. Oznacza to, że powinien analizować publikowane dokumenty i usuwać występujące między nimi rozbieżności, aby nie doprowadzić do sytuacji, w której brak takiej zmiany mógł (choćby potencjalnie) wpłynąć na krąg kandydatów zainteresowanych ubieganiem się o przedmiotowe zamówienie.”.

W konsekwencji w postępowaniu zaistniała sytuacja, że wykonawcy uwzględniając treść warunku udziału w postępowaniu zawartego w Ogłoszeniu o zamówieniu, w którym brak było zastrzeżenia o konieczności zrealizowania warunku udziału w postępowaniu przez jeden podmiot w całości, mogli do jego spełnienia posłużyć się łącznie swoim doświadczeniem jak i doświadczeniem podmiotu trzeciego, w sytuacji gdy wykonawcy uwzględniający treść warunku zawartą w SIWZ musieli spełnić cały warunek, na który składały się trzy zadania albo w całości samodzielnie, albo korzystając z zasobów podmiotu trzeciego, który to podmiot również musiał samodzielnie spełnić cały warunek udziału w postępowaniu. Powyższe natomiast powoduje naruszenie jednej z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, tj. zasady równego traktowania wykonawców i skutkuje wadą postępowania wiążącą się z koniecznością unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Pomimo jednak uznania zasadności zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, odwołanie podlegało oddaleniu, ponieważ naruszenie to nie ma wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 Pzp). Wskazać należy, że postępowanie w niniejszej sprawie zostało unieważnione przez zamawiającego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Dlatego też uwzględnienie zarzutu odwołania nie wpływałoby na wynik postępowania, gdyż w rzeczywistości postepowanie podlegałoby unieważnieniu z innej podstawy prawnej. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 2 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wpływ na wynik lub możliwość wpływu na wynik postępowania należy każdorazowo odnieść do konkretnego stanu faktycznego i możliwości zmiany statusu wykonawcy na takiego, który może w tym postępowaniu uzyskać zamówienie, co w zaistniałym stanie faktycznym nie miało miejsca.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:.....