Sygn. akt: KIO 2088/21

WYROK
z dnia 1 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Małgorzata Matecka

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 sierpnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lipca 2021 r. przez odwołującego: R. Ż. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R. Ż. „Interplastic" w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Muzeum Narodowe w Poznaniu przy udziale wykonawcy Instytut Technologii Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ruminie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: …..…….....

Sygn. akt: KIO 2088/21

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Muzeum Narodowe w Poznaniu prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Wykonanie etalażu wraz z oświetleniem do ekspozycji stałej Muzeum Historii Miasta Poznania". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 16 czerwca 2021 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2021/BZP 00085074/01.

I. W dniu 12 lipca 2021 r. wykonawca R. Ż. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R. Ż. „Interplastic" wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

1. zaniechania wezwania wykonawcy Instytut Technologii Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ruminie (dalej jako „wykonawca Instytut Technologii") do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych poprzez uzupełnienie wykazu usług w taki sposób, aby potwierdzał on spełnienie warunku udziału w postępowania, o którym mowa w pkt VI.4.a) Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ"),
2. ewentualnie wobec zarzutu określonego w punkcie 1 – zaniechania przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego dotyczącego poz. 1 wykazu wykonanych usług, a dotyczącego zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci tj. Group AV sp. z o.o. poprzez zwrócenie się o informacje do zamawiającego, tj. Muzeum Lotnictwa Polskiego w Krakowie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp":

1. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Instytut Technologii do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, a mianowicie Wykazu usług,
2. art. 128 ust. 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do Muzeum Lotnictwa Polskiego w Krakowie w celu potwierdzenia, czy Group AV Sp. z o.o. był zgłoszonym podwykonawcą oraz jaka była faktyczna wartość dostawy, których wykazanie było wymaganie na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty wykonawcy Instytut Technologii jako najkorzystniejszej;
2. wezwanie wykonawcy Instytut Technologii do uzupełnienia Wykazu usług w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp,
3. ewentualnie wobec pkt 2 – zwrócenie się, w trybie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp, do Muzeum Lotnictwa Polskiego w Krakowie o udzielenie informacji dotyczącej tego czy Group AV Sp. z o.o. był zgłoszonym podwykonawcą oraz jaka była faktyczna wartość dostawy ekspozytury typu: gabloty, ścianki, szafy, podesty z blachy malowanej proszkowo i szkła.

W piśmie wniesionym do akt sprawy w dniu 30 sierpnia 2021 r. odwołujący przedstawił dodatkowe stanowisko w sprawie.

II. Pismem wniesionym w dniu 20 lipca 2021 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Instytut Technologii. Stanowisko w sprawie przedstawił w piśmie wniesionym do akt sprawy w dniu 30 sierpnia 2021 r. Wniósł o oddalenie odwołania.

Ponadto przystąpienie do postępowania zgłosił wykonawca Tronus Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z

siedzibą Warszawie. W piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia do postępowania wykonawca ten nie wskazał strony, do której przystępuje, a w konsekwencji również interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść jednej ze stron postępowania, co jest wymagane zgodnie z przepisem art. 525 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z tym na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania Izba postanowiła nie dopuścić ww. wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika tego postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Spór pomiędzy stronami dotyczy wykazania spełnienia przez wykonawcę Instytut Technologii warunku udziału w postępowaniu opisanego przez zamawiającego w pkt VI.4.a) SWZ. Zgodnie z tym postanowieniem, aby wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej wykonawca powinien wykazać, że „w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie ekspozytory typu: gabloty, ścianki, szafy, podesty z blachy malowanej proszkowo i szkła, o wartości co najmniej 400 000 zł brutto w ramach jednej umowy". Na potwierdzenie spełniania ww. warunku wykonawca Instytut Technologii złożył wykaz usług wraz z listem referencyjnym. W treści wykazu usług została wskazana usługa: *Wykonanie wystawy pn. Muzeum Lotnictwa Polskiego w Krakowie – wystawa Skrzydła i Ludzie XX wieku w zakresie wykonania zabudów, gablot, ścianek, szaf, podestów malowanych proszkowo i szkła, aplikacji multimedialnych, symulatorów.* Jako podmiot, na rzecz którego usługa została wykonana wskazano: Q-Fidelity Sp. z o.o, jako wartość brutto wykonanych usług podano: ponad 2.500.000 zł brutto. List referencyjny wystawiony w imieniu Q-Fidelity Sp. z o.o. dotyczył potwierdzenia należytego wykonania usługi przez Group AV Sp. z o.o. Na potwierdzenie wykonania ww. zadania przez Group AV Sp. z o.o. wykonawca Instytut Technologii złożył na rozprawie dowody w postaci kopii umowy zawartej w dniu 15 stycznia 2020 r. pomiędzy Perfect Display Sp. z o.o. a Q-Fidelity Sp. z o.o. oraz kopii umowy zawartej w dniu 20 stycznia 2020 r. pomiędzy Q-Fidelity a Group AV Sp. z o.o. wraz z załącznikiem nr 3 do tej umowy. Ww. dowody potwierdzają udział Group AV Sp. z o.o. w realizacji ww. zadania. W związku z tym Izba uznała, że wątpliwości podniesione w tym zakresie przez odwołującego nie potwierdziły się.

Pismem z dnia 1 lipca 2021 r. zamawiający wezwał wykonawcę Instytut Technologii na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie wartości zadania przedstawionego na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu – poprzez określenie wartości wykonanych zabudów, gablot, ścianek z blachy i szkła w ramach realizacji zadania podanego w wykazie usług. W odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego wykonawca Instytut Technologii wskazał, że wartość wyłącznie samych prac związanych z wykonaniem zabudów, gablot, ścianek z blachy i szkła w ramach tego zadania wyniosła ponad 700 000 PLN. Do wyjaśnień załączono oświadczenie Group AV Sp. z o.o. dotyczące potwierdzenia ww. wartości. Jak wynika ze stanowiska odwołującego przedstawionego na piśmie z dnia 27 sierpnia 2021 r. (data wpływu: 30 sierpnia 2021 r.) odwołujący nie kwestionuje realizacji w ramach ww. zadania ekspozytorów wskazanych pod pozycjami 6.3, 6.4, 26.4, 26.5, 26.6, 26.7, 26.10, 26.3 (pkt 9 pisma odwołującego). W związku z tym przedmiot sporu pomiędzy stronami dotyczył tego, czy wartość również innych ekspozytorów niż wymienione przez odwołującego mogła podlegać zaliczeniu do wartości zadania przedstawionego na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu. W tym zakresie istotne znaczenie ma sposób sformułowania przez zamawiającego opisu warunku udziału w postępowaniu. Z treści tego opisu wynika, że zadanie przedstawione na potwierdzenie spełniania warunku miało dotyczyć wykonania ekspozytorów typu: gabloty, ścianki, szafy, podesty z blachy malowanej proszkowo i szkła. Należy zgodzić się z odwołującym, że wymienienie ekspozytorów nie miało jedynie charakteru przykładowego, jednakże jak wynika z ww. opisu zawężenie warunku dotyczyło nie tyle konkretnych ekspozytorów, lecz typów ekspozytorów („ekspozytory typu:"). W ramach opisu warunku nie wyjaśniono dokładnie co należy przez takie sformułowanie rozumieć. W związku z tym w ocenie Izby należy odrzucić interpretację ww. opisu warunku zawężającą zakres przedmiotowy zadania wyłącznie do gablot, ścianek, szaf oraz podestów z blachy malowanej proszkowo i szkła. Z treści ww. wezwania zamawiającego z dnia 1 lipca 2021 r. należy wnioskować, ze również zamawiający nie zakładał tak wąskiego rozumienia warunku udziału w postępowaniu – zadane przez zamawiającego w wezwaniu pytanie dotyczyło m.in. wartości wykonanych zabudów, a takie pojęcie nie zostało zawarte w opisie warunku udziału w postępowaniu. Przyjmując zatem szerszą – niż prezentowana przez odwołującego – wykładnię ww. warunku udziału w postępowaniu, Izba uznała, że zaliczeniu pod kątem spełniania tego warunku mogą podlegać również inne ekspozytory niż uwzględnione przez odwołującego, tj. co najmniej następujące: ściany rigips (poz. 1.5) – ekspozytor typu ścianka oraz stoły (poz. 17.1 oraz 20.2) – ekspozytor typu gablota (przeszklona, do ekspozycji w poziomie), jak również totemy (poz. 9.2, 13.3, 17.2, 20.3, 24.1, 26.2) – ekspozytory typu gablota/ścianka oraz zabudowy symulatora lotów (poz. 29.4 oraz 30.4) – ekspozytory typu ścianka/gablota. Wskazane powyżej ekspozytory zostały wskazane w załączniku nr 3 do umowy 20 stycznia 2020 r. zawartej pomiędzy Q-Fidelity a Group AV Sp. z o.o., jak również w formularzu cenowym (kosztorysie) Perfect Display Sp. z o.o. złożonym jako dowód przez odwołującego. Łączna wartość netto ww. ekspozytorów oraz ekspozytorów zaliczonych przez odwołującego przekracza kwotę 400 000 zł, a w konsekwencji spełniony został zawarty w ramach warunku udziału w postępowaniu wymóg dotyczący minimalnej wartości ekspozytorów: 400 000 zł brutto. Należy w tym zakresie dodać, że Izba uwzględniała wyłącznie te ekspozytory, które zgodnie ze złożonymi przez odwołującego protokołami konieczności nr 2 oraz nr 4 nie zostały wyłączone z zakresu realizacji tego zadania. Ponadto Izba uwzględniła wartość ekspozytorów wskazaną w załączniku nr 3 do umowy 20 stycznia 2020 r. zawartej pomiędzy Q-Fidelity a Group AV Sp. z o.o., gdyż po pierwsze umowa ta dotyczyła zakresu i wartości prac realizowanych przez Group AV Sp. z o.o., a po drugie Izba nie zaliczała w poczet materiału dowodowego złożonych przez odwołującego załączników do protokołów z czynności odbiorowych (załącznik A do protokołu z czynności odbiorowych realizowanych w dniach 17 -18.11.2020 r. oraz załącznik B do protokołu z czynności odbiorowych realizowanych w dniach 19 -20.11.2020 r.), gdyż nie zostały one opatrzone podpisami stron umowy.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Instytut Technologii do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, a mianowicie Wykazu usług – nie potwierdził się.

Izba nie znalazła również podstaw do uwzględnienia zarzutu art. 128 ust. 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do Muzeum Lotnictwa Polskiego w Krakowie w celu potwierdzenia, czy Group AV Sp. z o.o. był zgłoszonym podwykonawcą oraz jaka była faktyczna wartość dostawy, której wykazanie było wymaganie na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Po pierwsze należy wskazać, że na etapie dokonywania badania i oceny ofert zamawiający dysponował oświadczeniami i dokumentami wykonawcy Instytut Technologii, które były wymagane zgodnie z treścią SWZ, a wątpliwości w zakresie wartości zadania zostały wyjaśnione w wyniku wystosowanego do wykonawcy wezwania. Odnosząc się do stanowiska odwołującego, że nowe dowody w tej sprawie, przedstawione przez

odwołującego w toku postępowania odwoławczego, winny w pierwszej kolejności podlegać ocenie zamawiającego, należy wskazać, że zamawiający nie zmienił swojego stanowiska odnośnie czynności badania i oceny oferty wykonawcy Instytut Technologii przez cały czas trwania postępowania odwoławczego. Wprawdzie zamawiający nie stawił się na rozprawę w dniu 30 sierpnia 2021 r., jednakże zmienione stanowisko w sprawie, po zapoznaniu się z nowymi dowodami przedstawionymi przez odwołującego, mógł przesłać drogą elektroniczną do czasu zamknięcia rozprawy. Skoro zamawiający podtrzymywał ww. czynność podjętą w toku postępowania, to ta czynność była przedmiotem oceny przez Izbę. W tej sytuacji nakazywanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert Izba uznała za niecelowe i prowadzące do niepotrzebnego przedłużenia postępowania. Ocena dokonana przez Izbę – zarówno w odniesieniu do wartości zadania jak i udziału w nim Group AV Sp. z o.o. – została przedstawiona powyżej. W odniesieniu do drugiej kwestii należy jedynie dodać, że sam fakt braku zgłoszenia danego podmiotu jako podwykonawcy nie niweczy nabytego przez ten podmiot doświadczenia, na które może powoływać się w toku postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzpz 2019 r. oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: …..…………………………...