

Sygn. akt: KIO 3437/21  
KIO 3450/21

WYROK

z dnia 13 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie 8 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- 1) w dniu 25 listopada 2021 roku przez wykonawcę New Amsterdam spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 3438/21)
- 2) w dniu 26 listopada 2021 r. przez wykonawcę SLX spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Komornikach (sygn. akt KIO 3450/21),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Karkonoski Park Narodowy z siedzibą w Jeleniej Górze przy udziale wykonawcy Spółki Ogólnobudowlanej Alfa-Edgar W. i W. spółki jawnej z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 3437/21 i KIO 3450/21 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

W sprawie o sygn. akt KIO 3437/21:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
  - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Przystępującego tytułem kosztów zastępstwa przed Izbą.
  - 4.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Przystępującego kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Przystępującego tytułem kosztów zastępstwa przed Izbą.

W sprawie o sygn. akt KIO 3450/21:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przystępującego wykonawcy Spółki Ogólnobudowlanej Alfa-Edgar W. i W. spółki jawnej z siedzibą we Wrocławiu do uzupełnienia wykazu usług.

2. Kosztami postępowania obciąża przystępującego wykonawcę Spółkę Ogólnobudowlaną Alfa-Edgar W. i W. spółkę jawną z siedzibą we Wrocławiu i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę po 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego i Przystępującego z tytułu zastępstwa przed Izbą,

2.2 zasądza od Przystępującego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu odo odwołania i z tytułu zastępstwa przed Izbą.

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 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), 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 3438/21  
KIO 3450/21

Karkonoski Park Narodowy z siedzibą w Jeleniej Górze (dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Kompleksowe wykonanie dwóch ekspozycji w

Centrum Muzealno-Edukacyjnym Karkonoskiego Parku Narodowego - Pałac Sobieszów: ekspozycji edukacyjnej w budynku Pałacu oraz interaktywnej ekspozycji przyrodniczej „Klimatyczne Karkonosze” w budynku Wielkiej Stajni”, znak sprawy KPN/6/2021.

Przedmiot zamówienia został podzielony na dwie części (zadania), tj. kompleksowe wykonanie ekspozycji edukacyjnej w budynku Pałacu w Centrum Muzealno-Edukacyjnym Karkonoskiego Parku Narodowego (zadanie nr 1) oraz kompleksowe wykonanie interaktywnej ekspozycji przyrodniczej „Klimatyczne Karkonosze” w budynku Wielkiej Stajni Centrum Muzealno-Edukacyjnego Karkonoskiego Parku Narodowego (zadanie nr 2).

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu 14 lipca 2021 r. zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 134-357018. Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), dalej jako „ustawa Pzp”.

25 listopada 2021 r. wykonawca New Amsterdam spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (dalej: „Odwołujący New Amsterdam”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie Zadania nr 2.

Odwołujący New Amsterdam zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 239 ustawy Pzp polegające na wyborze oferty Wykonawcy w zakresie Zadania 2 w konsekwencji uznania jej za najkorzystniejszą, a to wobec przyznania jej 100 punktów w zakresie wszystkich kryteriów, w tym przyznania 4 punktów w zakresie kryterium doświadczenie kadry podczas, gdy:

a) po pierwsze wykonawca Spółka Ogólnobudowlana Alfa - Edgar W. i W. spółka jawna nie wykazał, aby w zakresie kryterium Doświadczenie kadry (waga 15%) względem realizacji na rzecz Narodowego Starego Teatru w Krakowie Pan M. B. był koordynatorem, to jest zarządzał wykonaniem zamówienia, to jest (1) wytworzeniem, (2) montażem i (3) uruchomieniem wystawy lub ekspozycji o charakterze multimedialnym i interaktywnym z elementami scenograficznymi, całość o wartości co najmniej 3.000.000 PLN brutto, a rola Pana M. B. działającego w ramach ART FM spółka z o. o. ograniczyła się wyłącznie do pełnienia roli koordynatora wykonania kontentu multimedialnego dla Muzeum Interaktywnego Centrum Edukacji Teatralnej, zaś wystawa została wytworzona, zamontowana i uruchomiona przez New Amsterdam spółka z o. o., zaś koordynatorem wykonania zamówienia to jest (1) wytworzenia, (2) montażu i (3) uruchomienia wystawy byli W. F. oraz M. P.

b) po drugie wykonawca Spółka Ogólnobudowlana Alfa - Edgar W. i W. spółka

jawna nie wykazał, aby w zakresie kryterium Doświadczenie kadry (waga 15%) względem realizacji zamówienia (zamówień) na rzecz Muzeum żołnierzy Wyklętych z siedzibą w Ostrołęce Pan M. B. był koordynatorem, to jest zarządzał wykonaniem zamówienia, to jest (1) wytworzeniem, (2) montażem i (3)

uruchomieniem wystawy lub ekspozycji o charakterze multimedialnym i

interaktywnym z elementami scenograficznymi, całość o wartości co najmniej 3.000.000 PLN brutto, a rola Pana M. B. działającego w ramach ART FM spółka z o. o. podczas realizacji ww. zamówienia polegała na współpracy z firmami wykonawczymi (wedle wyjaśnień dyrektora MZW - koordynacji prac z założeniami wystawy), co nie jest tożsame z koordynacją (zarządzaniem) wykonania zamówienia w znaczeniu podanym w przepisie rozdziału XIX. II. 2 (zasady oceny ofert w kryterium Doświadczenie kadry (D) w związku z Rozdziałem VIII. Punkt 2

podpunkt 4 Zadanie nr 2 lit. e (dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania

zamówienia) tiret 6 (koordynator wystawy), zaś wykonawcą wystawy realizowanej w ramach wyżej wspomnianych zamówień był Deko-Bau spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubinie, a realizacja wystawy nie została zakończona;

c) po trzecie wykonawca Spółka Ogólnobudowlana Alfa - Edgar W. i W. spółka jawna nie wykazał, aby w zakresie kryterium Doświadczenie kadry (waga 15%) względem realizacji zamówienia (zamówień) na rzecz Muzeum Narodowego w Krakowie Pan M.

B. był koordynatorem, to jest zarządzał wykonaniem zamówienia, to jest (1) wytworzeniem, (2) montażem i (3) uruchomieniem wystawy lub ekspozycji o charakterze multimedialnym i interaktywnym z elementami scenograficznymi, całość o wartości co najmniej 3.000.000 PLN brutto, a rola Pana M. B. działającego w ramach ART FM spółka z o. o. ograniczyła się do zakresu (prac) określonego w piśmie z dnia 21 stycznia 2021 roku zatytułowanym „Referencje”; w zakresie wskazanym w przedmiotowym piśmie brak informacji potwierdzającej, że Pan M. B. był koordynatorem i zarządzał wykonaniem zamówienia, to jest (1) wytworzeniem, (2) montażem i (3) uruchomieniem wystawy o charakterze multimedialnym i interaktywnym; przyjmując jedynie można - w oparciu o treść pisma z dnia 21 stycznia 2021 roku, że Pan M. B. jako zarządzający spółką ART FM spółka z o. o. wykonywał

czy też nadzorował (koordynował) prace wymienione w punktach od 1 do 11 ww. pisma, a zatem prace o charakterze głównie projektowym ; wykonanie wystawy na podstawie projektów wykonanych przez ART FM sp. z o. o. zostało powierzone Konsorcjum Des H. D., A. D. Sp. J z Krakowa i Insap Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie.

2) obrazę przepisu artykułu 16 Ustawy prawo zamówień publicznych polegającą na naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co polegało na wyborze oferty wykonawcy Spółki Ogólnobudowlanej Alfa - Edgar W. i W.

spółka jawna jako najkorzystniejszej w rezultacie uznania, że w zakresie kryterium

doświadczenie kadry wykonawca Spółka Ogólnobudowlana Alfa - Edgar W. i W.

spółka jawna wykazała realizację zamówień (wskazanych w zarzucie 1 punkty od a do

c), polegających na wykonaniu usług polegających na wytworzeniu, montażu i uruchomieniu wystaw podczas, gdy żadna ze wskazanych powyżej usług (zamówień)

nie posiada cech niezbędnych dla spełnienia wymagań Zamawiającego, zgodnie z

którymi koniecznym było wykazanie koordynacji (1) wytworzenia (2) montażu i co

najistotniejsze (3) uruchomienia wystawy lub ekspozycji; wybrany Wykonawca nie wykazał, a Zamawiający pomimo skorzystania z możliwości wyjaśnienia treści oferty

nie zweryfikował prawdziwości przedstawionych referencji i wyjaśnień przesłanych

przez zamawiających wyjaśnień złożonych na skutek zwrócenia się przez Zamawiającego w trybie przepisu artykułu 128 ust. 5 Ustawy, względnie zignorował

istniejące nadal niejasności i sprzeczności pomiędzy rzeczywistymi zakresami

deklarowanych zamówień (będących przedmiotem referencji), a treścią wyjaśnień udzielonych w trybie przepisu artykułu 128 ustęp 5 Ustawy; Zamawiający naruszył tym również przepis art. 128 ustęp 4 Ustawy przez zaakceptowanie stanu, w którym pozostają wątpliwości co do treści wyjaśnień złożonych przez podmioty trzecie i

niezwrócenie się w tej kwestii do Wykonawcy o niezbędne informacje.

Odwołujący New Amsterdam wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy, nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny i wyboru ofert, w tym zwrócenie się do autorów referencji o wyjaśnienie rozbieżności dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący New Amsterdam wskazał, że ma interes we wniesieniu przedmiotowego odwołania. Odwołujący New Amsterdam wskazał, że zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty wedle przyjętych w SWZ kryteriów oceny ofert jako najkorzystniejszą w zakresie Zadania 2 wybrano ofertę Spółki Ogólnobudowlanej Alfa - Edgar W. i W. spółka jawna, która w zakresie wszystkich przyjętych w SWZ kryteriów otrzymała łącznie 100,00 punktów. Odwołujący New Amsterdam, który został sklasyfikowany na drugim miejscu w zakresie wszystkich przyjętych w SWZ kryteriów uzyskał łącznie 99,99 punktów. Z powodów podanych w odwołaniu i w oparciu o wskazanie w nim przepisy, oferta Spółki Ogólnobudowlanej Alfa - Edgar W. i W. spółka jawna w zakresie kryterium Doświadczenie kadry - koordynator wystawy powinna była uzyskać 0 punktów. Wobec powyższego w przypadku podzielenia zarzutów odwołania, to jest uznania, że oferta Wykonawcy w zakresie tego kryterium otrzymać powinna 0 punktów, co spowoduje - przy ponownej ocenie ofert, że oferta Odwołującego New Amsterdam, która w zakresie tego kryterium (doświadczenie kadry) uzyskała 15 punktów będzie ofertą najkorzystniejszą. Przyznanie ofercie Wykonawcy 4 punktów w zakresie kryterium doświadczenie kadry koordynator wystawy i w konsekwencji (z uwzględnieniem pozostałych kryteriów) uznanie oferty Wykonawcy za najkorzystniejszą pozbawiło Odwołującego New Amsterdam (sklasyfikowanego na drugim miejscu) możliwości uzyskania zamówienia, co naruszyło jego interes prawny polegający na udzieleniu mu zamówienia i zawarciu umowy o zamówienie publiczne.

Odwołujący New Amsterdam wskazał, że opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert zawiera rozdział XIX SWZ. Zasady oceny ofert dla Zadania nr 2 określono w punkcie II tego rozdziału, zaś zasady oceny w kryterium

Doświadczenie kadry (D) - koordynator wystawy w podpunkcie 2. W zakresie tego kryterium Zamawiający badać miał doświadczenie kadry skierowanej do realizacji zamówienia, mające wpływ na jakość wykonania zamówienia, przy czym skład kadry dla Zadania nr 2 określa załącznik nr 9.2 do SWZ. Zamawiający podał przy tym, że oceniane będzie doświadczenie koordynatora wystawy. W omawianym podpunkcie 2 stoi, że Wymagane minimum (w odniesieniu do doświadczenia) to zarządzanie wykonaniem zamówienia zdefiniowanym jako (1) wytworzenie, (2) montaż i (3) uruchomienie co najmniej jednej wystawy lub ekspozycji o charakterze multimedialnym i interaktywnym z elementami scenograficznymi, całość o wartości co najmniej 3.000.000 PLN brutto. Wszystkie z podanych cech wykazanych (w tym

kryterium) zamówień odnosić się muszą do każdej z wykazanej przez wykonawców usługi. Innymi słowy każda usługa wykazana w kryterium doświadczenie kadry powinna polegać na (wszystkie przesłanki spełnione łącznie) wykonaniu zamówienia, to jest wytworzeniu, montażu i uruchomieniu wystawy lub ekspozycji o charakterze multimedialnym i interaktywnym z elementami scenograficznymi, a wartość całego tak zdefiniowanego zamówienia powinna przedstawiać wartość nie mniejszą niż 3.000.000 zł. Zamawiający wymaga zatem dla dalszej oceny - z zastosowaniem kryteriów, aby po pierwsze wykonawcy spełnili warunek udziału w postępowaniu (o czym mowa w Rozdziale VIII SWZ) dla Zadania nr 2, to jest dysponowali „koordynatorem wystawy odpowiedzialnym za zarządzanie wykonaniem zamówienia, posiadającym doświadczenie polegające na zarządzaniu wytworzeniem, montażem i uruchomieniem co najmniej jednej wystawy lub ekspozycji o charakterze multimedialnym i interaktywnym (...)” (pogrubienie i podkreślenie Odwołującego). Tak postawiony warunek ma uzasadnienie i współgra z przedmiotem niniejszego zamówienia, którego przedmiotem dla Zadania nr 2 jest kompleksowe wykonanie interaktywnej ekspozycji w budynku Wielkiej Stajni Centrum Muzealno - Edukacyjnym Karkonoskiego Parku Narodowego wraz z niezbędnym wyposażeniem. Zamówienie obejmuje szereg prac szczegółowo wyliczonych części SWZ opisującej Zadanie nr 2, częściowo projektowych i w przeważającej mierze polegających na realizacji prac m in. aranżacyjnych, polegających na wytworzeniu wyposażenia, dostarczeniu i zainstalowaniu sprzętu i jego uruchomieniu i uruchomieniu całej wystawy. Niniejsze zamówienie nie ogranicza się zatem do prac projektowych lub wykonania scenariusza i nie ogranicza się do wykonania kontentu multimedialnego czy też instalacji interaktywnych lub koordynacji prac wykonywanych przez innych niż Wykonawca wykonawców lub innych poszczególnych (i mogących być samodzielnymi) części stanowiących wraz z innymi większą całość - to jest wystawę.

Odwołujący New Amsterdam wyjaśnił, że Wykonawca Spółka Ogólnobudowlana Alfa - Edgar W. i W. spółka jawna przedstawił, a Zamawiający zaakceptował wykaz zrealizowanych zamówień, z których wymienione w zarzucie 1 w punktach od a) do c) nie

potwierdzają, aby w zakresie kryterium Doświadczenie kadry (dla Zadania nr 2) Pan M. B.

pełnił funkcję koordynatora wystawy (wystaw) odpowiedzialnego za zarządzanie wykonaniem zamówienia, tj. wytworzenia i montażu i uruchomienia wystawy o charakterze

multimedialnym i interaktywnym z elementami scenograficznymi. Zamawiający skorzystał z dyspozycji przepisu artykułu 128 ustęp 5 Ustawy i w dniu 29 września 2021 roku zwrócił się do autorów referencji o potwierdzenie ich treści. Zamawiający zwrócił się do:

- Narodowego Starego Teatru im. Heleny Modrzejewskiej w Krakowie,
- Muzeum Żołnierzy Wyklętych z siedzibą w Ostrołęce,
- Muzeum Narodowego w Krakowie

Ad doświadczenie w Narodowym Teatrze Starym.

Odwołujący New Amsterdam wyjaśnił, że Zamawiający w dniu 29 września 2021 roku zwrócił się o wyjaśnienie zaświadczenia z dnia 14 września 2021 roku, a wątpliwości dotyczyły sformułowania wedle którego podpisane przez osobę uprawnioną „(...) Pan M. B. podczas powstawania wystawy w Muzeum Interaktywnym Centrum Edukacji teatralnej MICET w Narodowym Starym Teatrze w Krakowie o łącznej powierzchni użytkowej 736,04 dzielił się swoją wiedzą i doświadczeniem oraz pełnił funkcję koordynatora wystawy. Pomagał w doprecyzowaniu założeń projektowych, zarządzał wytworzeniem kontentu, a także współpracował przy montażu i uruchomieniu wystawy, która w dużej mierze ma charakter multimedialny i jest wypełniona stanowiskami interaktywnymi połączonymi z elementami scenograficznymi. Łączna wartość realizacji projektu to ponad 4 mln zł PLN.”

Odwołujący New Amsterdam wskazał, że Pani I. M. - w imieniu Narodowego Teatru Starego w odpowiedzi na powyżej zacytowaną kwestię podała:

„Odnosząc się do Zaświadczenia wdanego przez Stary Teatr dla Pana M. B. z dnia 14.09.2021, jako koordynatora wystawy stałej MICET uprzejmie wyjaśniam, że firma Art. FM

sp. z o. o. reprezentowana przez M. B., Prezesa Zarządu i Prokurenta (jako lider Konsorcjum) była koordynatorem w obszarze wykonania kontentu multimedialnego dla Muzeum Interaktywnego Centrum Edukacji teatralnej w Narodowym Starym Teatrze. Partnerem konsorcjum była firma New Amsterdam.”

W ocenie Odwołującego New Amsterdam zacytowana jako ostatnia treść nie wyjaśnia, nie precyzuje informacji z dnia 14 września 2021 roku; nie da się zatem stwierdzić - na podstawie obydwu informacji czy w tym zakresie Pan M. B. był koordynatorem w znaczeniu podanym w Rozdziale VIII punkt 2 Zadanie nr 2 lit. e tiret 6 w związku z Rozdziałem XIX. II. punkt 2 (Doświadczenie kadry - koordynator wystawy) SWZ, czy tylko koordynatorem „w obszarze wykonania kontentu” jak piśmie Pani M. Pomimo obiektywnych wątpliwości, a właściwie braku ich wyjaśnienia, również w zakresie wartości ww. zamówienia Zamawiający przeszedł nad nimi do porządku dziennego naruszając tym samym przepis art. 128 ustęp 5 ustawy. W tym przypadku naruszenie powołanego przepisu nastąpiło przez zaniechanie wezwania Narodowego Teatru Starego będącego w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu o przedstawienie precyzyjnej informacji w zakresie wartości wykonanego zamówienia. Narodowy Teatr Stary wskazał, że „łączna wartość realizacji projektu to ponad 4 mln zł.”. Zdaniem Odwołującego New Amsterdam nie jest jasnym czym jest „projekt”, czy oznacza on projekt w znaczeniu planu, zamierzenia (przyjęte powszechnie znaczenie słowa projekt); dalej czy projekt oznacza zakres zadań wykonanych przez Art FM samodzielnie, czy łączny rezultat prac wszystkich podmiotów zaangażowanych w przedsięwzięcie, którego rezultatem jest MICET. Odwołujący New Amsterdam kwestionując podaną realizację jako dowód posiadania doświadczenia zwrócił się stosownym pismem do Narodowego Starego Teatru z prośbą o jak najszybszą odpowiedź względem zakresu wykonanego przez Pana B. zamówienia, w szczególności Odwołujący zapytał, czy podczas i w ramach realizacji Umowy z dnia 8 lipca 2015 roku zawartej pomiędzy Narodowym Teatrem Starym w Krakowie, a konsorcjum Firm w składzie Art. FM spółka z o. o. z siedzibą w Krakowie (lider konsorcjum) i New Amsterdam spółka z o. o. z siedzibą w Krakowie (partner konsorcjum) Pan M. B. również działający w imieniu i w ramach spółki Art. FM spółka z o. o. z siedzibą w Krakowie, zarządzał:

- a) wytworzeniem wystawy,
- b) montażem wystawy,
- c) uruchomieniem wystawy,

Ad doświadczenie w Muzeum Żołnierzy Wyklętych z siedzibą w Ostrołęce

Odwołujący New Amsterdam wskazał, że Zamawiający w dniu 29 września 2021 roku zwrócił się o wyjaśnienie „poświadczenia o wykonanym zamówieniu” z dnia 20 września 2021 roku, a wątpliwości dotyczyły następującej treści:

„Zaświadczam, że Pan M. B. podczas powstawania wystawy stałej według projektów

wielobranżowych wykonawczych firmy Art. FM sp. z o. o. „Wykonanie Wystawy Stałej Muzeum Żołnierzy Wyklętych w Ostrołęce” o łącznej powierzchni użytkowej 995 m<sup>2</sup> dzielił się swoją wiedzą i doświadczeniem oraz pełnił funkcję koordynatora wystawy. Pomagał w

doprecyzowaniu i uszczegółowieniu założeń plastycznoprzestrzennych oraz projektowych, wykonywał prace polegające na zarządzaniu wytworzeniem, montażem i uruchomieniem wystawy z elementami scenografii o charakterze multimedialnym obejmującym swoim

zakresem ponad 18 stanowisk interaktywnych. Wszelkie prace związane z koordynowaniem wystawy przez pana M. B. zostały wykonane należycie i terminowo.

Wykonano już (nie podano kto wykonał - przypisek Odwołującego):

Etap I prace polegające na robotach budowlanych o wartości brutto 23.898900,00 zł

Etap II prace polegające na montażu scenografii i uruchomieniu aplikacji multimedialnych oraz dostarczeniu kontentu o wartości ponad 4 mln zł.

W trakcie wykonywania jest Etap II prace polegające na wyposażeniu Sali kinowej, wykonania rzeźb, scenografii, aplikacji i kontentu filmowego o wartości ponad 4 mln zł.(...).  
Podkreślenie i pogrubienie Odwołującego.

Odwołujący New Amsterdam wskazał, że w dniu 4 października 2021 roku Pan J. K. w odpowiedzi na powyższej zacytowaną kwestię wyjaśnił, co następuje:  
„p. M. B. zarówno na etapie budowy jak i przebudowy budynków dawnego aresztu śledczego na cele Muzeum Żołnierzy Wyklętych jak i w trakcie poszczególnych etapów budowania wystawy stałej Muzeum systematycznie współpracował z firmami wykonawczymi. Jako główny reprezentant firmy, która jest autorem koncepcji wystawy stałej, koordynował zgodność prac z założeniami wystawy.”

Zdaniem Odwołującego New Amsterdam zacytowana jako ostatnia treść nie wyjaśnia informacji z dnia 14 września 2021 roku, można jedynie stwierdzić na jej podstawie, że Pan M. B. (1) współpracował z firmami wykonawczymi i (2) koordynował zgodność prac z założeniami wystawy; nie da się zatem stwierdzić - na podstawie obydwu informacji czy w tym zakresie Pan M. B. był koordynatorem w znaczeniu podanym w Rozdziale VIII punkt 2 Zadanie nr 2 lit. e tiret 6 w związku z Rozdziałem XIX. II. punkt 2 (Doświadczenie kadry - koordynator wystawy) SWZ. Pomimo obiektywnych wątpliwości, a właściwie braku ich wyjaśnienia - to jest czy Pan B. był koordynatorem wystawy, czy też koordynował zgodność prac z założeniami wystawy - jako autor koncepcji wystawy; w drugim przypadku aktywność pana M. B. należałoby zakwalifikować jako czynność z zakresu nadzoru autorskiego, a to nie jest tym samym, co koordynacja wystawy w znaczeniu przyjętym w SWZ. Zamawiający również w tym przypadku przeszedł nad nimi do porządku dziennego. Odwołujący New Amsterdam wskazał, że kwestionując podaną realizację jako dowód posiadania doświadczenia zwrócił się stosownym pismem do Muzeum Żołnierzy Wyklętych z prośbą o jak najszybszą odpowiedź względem zakresu wykonanego przez Pana B. zamówienia, w szczególności Odwołujący zapytał, czy podczas i w ramach realizacji Umowy na wykonanie Wystawy Stałej Muzeum Żołnierzy Wyklętych w Ostrołęce Pan M. B. również działający w imieniu i w ramach spółki Art. FM spółka z o. o. z siedzibą w Krakowie, zarządzał:

- a) wytworzeniem wystawy,
- b) montażem wystawy,
- c) uruchomieniem wystawy,

Ponadto, ofercie Wykonawcy Odwołujący New Amsterdam zarzucił, że w zakresie kryterium doświadczenie kadry (obecnie omawianemu) nie zostało wykazane spełnienie przesłanki wykonania wystawy, to jest zakończenia jej realizacji - w SWZ użyto sformułowania „uruchomienie” i jej odebrania (odbioru). Wobec tego zdaniem Odwołującego New Amsterda uznać trzeba, że wystawa na której koordynację przez Pana M. B. powołuje się Wykonawca nie została wykonana.

Wobec powyższego zdaniem Odwołującego New Amsterdam Zamawiający naruszył przepis art. 128 ust. 5 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Muzeum Żołnierzy Wyklętych będącego w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu o przedstawienie precyzyjnej informacji w tym zakresie; względnie zarzucić trzeba uczynionemu wezwaniu brak precyzji i ograniczenie się do wezwania do potwierdzenia wcześniej udzielonej informacji. Na pewno zaś trzeba stwierdzić, że informacja udzielona w dniu 4 października 2021 rok przez pana J. K. (e mail) jest nieprecyzyjna, bo nie odpowiada na pytanie o zakres czynności Pana B. jako koordynatora zarządzającego.

Ad doświadczenie w Muzeum Narodowym w Krakowie

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający w dniu 29 września 2021 roku zwrócił się do Muzeum Narodowego w Krakowie o potwierdzenie treści zaświadczenia z dnia 20 września 2021 roku, w którym Muzeum Narodowe w Krakowie podało:

„Zaświadczam, że Pan M. B. podczas powstawania wystawy stałej według projektu „Przyszłość i Przeszłość” - remont i wyposażenie Muzeum Książąt Czartoryskich Muzeum narodowego w Krakowie” o łącznej powierzchni użytkowej 2500 m<sup>2</sup> dzielił się swoją wiedzą i doświadczeniem oraz pełnił funkcję koordynatora wystawy ze strony projektanta. Pomagał w doprecyzowaniu założeń projektowych, wykonywał prace polegające na zarządzaniu wytworzeniem, montażem i uruchomieniem wystawy. Wystawa ma charakter klasycznej kolekcji ale w jej skład wchodzi elementy multimedialne jak unikalny system sterowania światłem, 8 stanowisk e-ink oraz totem multimedialny w dziedzińcu Pałacu. Wszelkie prace związane z koordynowaniem wystawy ze strony projektanta przez Pana M. B. zostały wykonane należycie i terminowo (...). Treść i szczegółowy zakres obowiązków powierzonych ART FM Spółka z o. o. odnośnie realizacji zadania na rzecz Muzeum Narodowego w Krakowie Muzeum Książąt Czartoryskich określają Referencje wystawione w dniu 12 stycznia 2021 roku.

Odwołujący wskazał, że w dniu 4 października 2021 roku Pan W. S. - Zastępca Dyrektora ds. Zarządzania (Muzeum narodowego w Krakowie), w odpowiedzi na wezwanie z dnia 29 września 2021 roku podał:

„Zgodnie z Umową Nr 343/09/2017/RZ z dnia 26 września 2017 r Pan M. B. pełnił funkcję Koordynatora Zespołu Projektowego oraz Koordynatora w zakresie realizacji obowiązków umownych ze strony Wykonawcy, której przedmiotem realizacji było wykonanie projektu nowej ekspozycji i aranżacji wnętrz dla Pałacu Muzeum Książąt Czartoryskich i pełnienie nadzoru autorskiego w czasie realizacji robót budowlanych i aranżacyjnych związanych z realizacją projektu.”

Odwołujący New Amsterdam podniósł, że nie da się stwierdzić - na podstawie informacji przekazanych przez Wykonawcę - względem rodzaju i zakresu zadań Pana M. B. czy w tym zakresie Pan M. B. był koordynatorem w znaczeniu podanym w Rozdziale VIII punkt 2 Zadanie nr 2 lit. e tiret 6 w związku z Rozdziałem XIX. II. punkt 2 (Doświadczenie kadry koordynator wystawy) SWZ. Pomimo obiektywnych wątpliwości, a właściwie braku ich wyjaśnienia - to jest czy Pan B. był koordynatorem wystawy, czy też pełnił funkcję koordynatora wystawy ze strony projektanta (co wskazywałoby na nadzór autorski). Nie wyjaśnione zostało, pomimo takiej możliwości i konieczności, czy na wystawie stałej, której dotyczy pismo z dnia 4 października 2021 roku znajdują się stanowiska interaktywne, których cechą, istotą i funkcją jest prezentowanie treści w wyniku interakcji z użytkownikiem oraz, czy ekrany e-ink zaoferowane w ofercie są ekranami dotykowymi, jeżeli takowymi nie są, to na czym polegać ma interakcja z nimi. Zamawiający również w tym przypadku przeszedł nad nimi (to jest wątpliwościami) do porządku dziennego, jeszcze raz naruszając tym samym przepis art. 128 ustęp 5 Ustawy. Odwołujący New Amsterdam podkreślił, że wymagane minimum w zakresie kryterium doświadczenie kadry to zarządzanie wykonaniem zamówienia, tj. wytworzenie, montaż i uruchomienie co najmniej jednej wystawy lub ekspozycji o charakterze multimedialnym i interaktywnym. (podkreślenie i pogrubienie Odwołującego), Interaktywność jest istotną cechą zamówienia, którego dotyczy to postępowanie i stąd postawienie przez Zamawiającego takiego warunku w zakresie doświadczenia - zarówno jako warunku udziału w postępowaniu, jak i funkcji kryterium oceny w zakresie doświadczenia. Odwołujący kwestionując podaną realizację jako dowód posiadania doświadczenia zwrócił się stosownym pismem do Muzeum Żołnierzy Wyklętych z prośbą o jak najszybszą odpowiedź względem zakresu wykonanego przez Pana B. zamówienia, w szczególności Odwołujący zapytał, czy podczas i w ramach realizacji Umowy nr 343/09/2017 /RZ na wykonanie wystawy stałej według projektu „Przyszłość i Przeszłość” - remont i wyposażenie Muzeum Książąt Czartoryskich Muzeum narodowego w Krakowie” Pan M. B. również działający w imieniu i w ramach spółki Art. FM spółka z o. o. z siedzibą w Krakowie, zarządzał:

- a) wytworzeniem wystawy,
- b) montażem wystawy,
- c) uruchomieniem wystawy, ponadto zapytano, czy na wystawie stałej, o której mowa powyżej znajdują się stanowiska interaktywne, to jest takie, których istota i funkcja polega na prezentowaniu treści w wyniku interakcji z użytkownikiem; oraz, czy ekrany e - ink które jak wskazano wykorzystano na wystawie są ekranami dotykowymi.

7 grudnia 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w treści której oświadczył o uwzględnieniu odwołania.

sygn. akt KIO 3450/21

26 listopada 2021 r. wykonawca SLX spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Komornikach (dalej: Odwołujący SLX) wniósł do Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 1.

Odwołujący SLX zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty

Wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

2) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) oraz art. 17 ust. 2 p.z.p. przez wybór jako najkorzystniejszej oferty (dotyczy części pierwszej zamówienia) w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp, tj. w sytuacji gdy oferta ta winna podlegać odrzuceniu na skutek nie wykazania przez Wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący SLX wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) ponowną ocenę i badanie ofert,
- 3) odrzucenie oferty złożonej przez Wykonawcę (tj. w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) p.z.p.),
- 4) wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Spółkę.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący SLX wskazał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia o wskazanej powyżej treści, albowiem uwzględnienie złożonego przez nią odwołania umożliwi Zamawiającemu przystąpienie do badania i oceny złożonej przez nią oferty, a w konsekwencji wybranie jej jako oferty najkorzystniejszej.

Następnie Odwołujący SLX wskazał, że w toku badania i oceny ofert na realizację zadania nr 1 największą ilość punktów uzyskała oferta złożona przez Alfa-Edgar W. i W. Spółka jawna. Zamawiający wezwał więc tego wykonawcę do przedłożenia dokumentów podmiotowych potwierdzających, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu oraz, że nie podlega wykluczeniu. Wykonawca na tak sformułowane żądanie Zamawiającego przedłożył m.in. wykaz wykonanych usług (na okoliczność posiadania odpowiedniej zdolności technicznej i zawodowej), jednakże nie przedłożył wraz z nim referencji (lub innych dokumentów) potwierdzających, iż wykonał te usługi należycie. Zamiast nich przedłożył oświadczenie własne, w którym zapewnił Zamawiającego o należyтым wykonaniu usług na rzecz Słowińskiego Parku Narodowego. Odwołujący SLX zaznaczył, iż w dokumentacji postępowania znajduje się oświadczenie ww. parku narodowego, z którego wynika iż Wykonawca wykonał swoje zobowiązanie w sposób nienależyty.

Odwołujący SLX wskazał, że Zamawiający w dniu 16 listopada 2021 roku dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej dla obu części zamówienia. W przypadku zadania nr 1 jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez Wykonawcę.

Ad zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp

Zamawiający w dziale VIII pkt 4) lit. a) Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”) dla zadania nr 1 określił, iż o przedmiotowe zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykonali „w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania

ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - co najmniej jedno zamówienie, którego przedmiotem było wykonanie wystawy lub ekspozycji interaktywnej, która działa (czyli jest udostępniana publicznie) do dnia składania oferty, obejmujące swoim zakresem: minimum osiem stanowisk interaktywnych wyposażonych w multimedia, całkowitą powierzchnię wystawienniczą nie mniejszą niż 200 m<sup>2</sup>, system sterowania multimediami, wykonanie, dostawę i montaż elementów scenografii i aranżacji wnętrz - o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 PLN brutto.”

Odwołujący SLX wskazał, że potwierdzenie spełnienia powyższego warunku udziału miało nastąpić poprzez przedłożenie przez wykonawców wykazu wykonanych usług wraz z dowodami - wystawionymi przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane - potwierdzającymi, że usługi te zostały wykonane (lub są wykonywane) należycie (por. dział

IX pkt 2 ppkt 1 SWZ).

Odwołujący SLX wyjaśnił, że wybrany wykonawca przedłożył wykaz usług z którego wynika, iż zrealizował on usługi na rzecz Słowińskiego Parku Narodowego (dalej jako „SPN”). Nie przedłożył on natomiast żadnych dokumentów wystawionych przez ten podmiot, które potwierdzałyby należyte wykonanie usług(i) na rzecz ww. zamawiającego. Zamiast tego Wykonawca przedłożył oświadczenie (datowane na dzień 25 października 2021 roku), w którym wyjaśnił, iż zostało ono złożone „w związku z odmową wystawienia poświadczenia przez Zamawiającego i toczącym się sporem w Sądzie Okręgowym w Gdańsku IX Wydział Gospodarczy pod Sygn. Akt IX GC 740/21 r dotyczącą bezpodstawnego naliczenia i rozliczania kar przez Zamawiającego za nieterminowe wykonanie umowy. Umowa została bezspornie wykonana w całości naszym zdaniem również terminowo i należyście”. Odwołujący wskazuje, że Wykonawca na wezwanie Zamawiającego oprócz ww. oświadczenia przedłożył również oświadczenie SPN o odmowie wydania referencji - przyczyną odmowy był fakt wykonania przez Wykonawcę przedmiotu umowy w sposób nienależyty (okoliczność tą za wyjątkiem oświadczenia SPN potwierdza również protokół odbioru robót - potwierdzający istnienie szeregu wad i usterek w wykonanym zadaniu oraz opóźnienie w terminie wykonania umowy przez Wykonawcę).

Odwołujący SLX podkreślił, iż przedmiotowy pozew został sporządzony dopiero w dniu upływu składania ofert co zdaniem Odwołującego zostało uczynione jedynie na potrzeby związane z uzyskaniem przedmiotowego zamówienia publicznego.

Następnie Odwołujący SLX wskazał, że Zamawiający, pismem z dnia 4 listopada 2021 roku, wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przedmiotowym zakresie. W odpowiedzi (datowanej na dzień 8 listopada 2021 roku) Wykonawca oświadczył, iż w jego ocenie należyście wykonał on swoje zobowiązanie względem SPN oraz, że wszelkie wątpliwości w tym zakresie zostaną wyjaśnione na drodze postępowania sądowego. Taka argumentacja nie zasługuje jednak na uwzględnienie i w ocenie Odwołującego stanowi próbę obejścia przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący SLX wskazał, w orzecznictwie sądów powszechnych podnosi się, że „przepisy art. 471 k.c. oraz 476 k.c. w sposób wyraźny ustanawiają domniemanie, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, w tym nieterminowe wykonanie zobowiązania - jest następstwem okoliczności zawinionych przez dłużnika, co ma istotne znaczenie dla rozkładu ciężaru dowodu. To dłużnik winien wykazać, że niewykonanie zobowiązania, bądź wadliwe jego wykonanie (w tym nieterminowe) nastąpiło z przyczyn obiektywnych, za które nie ponosi odpowiedzialności.” (por. m.in. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 25 października 2019 roku, sygn. akt I AGa 190/18).

Powyższe potwierdza również stanowisko literatury przedmiotu, w której wskazuje się, że nieterminowe wykonanie zobowiązania przez dłużnika odnosi się do szczególnego rodzaju nienależytego wykonania zobowiązania (por. R. Tanajewska [w:] Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany, red. J. Ciszewski, P. Nazaruk, LEX/el. 2021, art. 476).

Tym samym w niniejszej sprawie bezspornym jest, że nieterminowe wykonanie zobowiązania jest przejawem jego nienależytego wykonania. To na dłużniku spoczywa obowiązek udowodnienia, że do opóźnienia w wykonaniu zobowiązania doszło bez jego winy i do tego momentu istnieje domniemanie, że to dłużnik odpowiada za nienależyte wykonanie zobowiązania. Przekładając powyższe na realia sprawy należy stwierdzić, że Wykonawca nie udowodnił, że opóźnienie bądź zwłoka w wykonaniu zobowiązania na rzecz SPN nie wynika z jego winy. Do czasu wydania wyroku przez sąd cywilny Wykonawca musi liczyć się więc z tym, że na gruncie obowiązujących przepisów to on odpowiada za nienależyte wykonanie umowy (domniemanie prawne). W ocenie Odwołującego okoliczność, iż Wykonawca złożył pozew w zakresie dot. ustalenia jego odpowiedzialności kontraktowej nie przesądza zatem w żaden sposób o należyтым wykonaniu przez niego przedmiotowej inwestycji.

Ponadto, według Odwołującego SLX Zamawiający błędnie identyfikuje treść pojęcia „należytego wykonania umowy”. W ocenie komisji przetargowej (wyrażonej w notatce służbowej z dnia 10 listopada 2021 roku) należyte wykonanie umowy należy interpretować wyłącznie jako jej wykonanie przedmiotu umowy bez wad i usterek. Na gruncie przywołanej powyżej argumentacji oraz obowiązujących przepisów przejawem nienależytego wykonania umowy jest również jej nieterminowe wykonanie. Z tego względu komisja przetargowa nie była uprawniona do uznania oświadczenia wykonawcy o należyтым wykonaniu umowy za wystarczające i potwierdzające spełnienie przez niego warunków udziału w postępowaniu. Należy zauważyć, że komisja zawężyła pojęcie „nienależytego wykonania umowy” - do czego nie była umocowana a przeprowadzona przez nią wykładnia ww. pojęcia została przeprowadzona w sposób arbitralny i odbiegający od powszechnie uznawanej definicji „nienależytego wykonania zobowiązania”.

Odwołujący SLX wskazał, że jak wynika wprost z zapisów protokołu odbioru końcowego z dnia 12.12.2018 r. Wykonawca nie wykonał przedmiotowego zamówienia w

sposób pozbawiony wad czy usterek. Dokument ten zawiera listę licznych nieprawidłowości, jakich dopuścił się Wykonawca, które wpłynęły znacząco na procedury odbiorowe. Tym samym twierdzenia Zamawiającego o należyłym wykonaniu omawianego zamówienia przez Wykonawcę również z tej perspektywy pozostają błędne.

W ocenie Odwołującego SLX, z dokumentów udostępnionych Zamawiającemu

wynika

jednoznacznie, że usługi na rzecz Słowińskiego Parku Narodowego zostały wykonane w sposób nienależyty (nieterminowy i wadliwy), a Zamawiający winien respektować te oświadczenia - czego nie uczynił.

W toku badania i oceny ofert Zamawiający nie zwrócił się również do SPN o złożenie wyjaśnień w ww. zakresie (do czego był uprawniony, a wręcz zobowiązany) - co jest przejawem braku należytej staranności z jego strony. Gdyby to uczynił dowiedziałby się, że umowa realizowana na rzecz SPN była aneksowana na wniosek Wykonawcy dwukrotnie (do dnia 15 września 2018 roku) - a odbiór przedmiotu umowy przez SPN nastąpił dopiero w dniu 20 grudnia 2018 roku na skutek jej nienależytego wykonania, przejawiającego się m.in. koniecznością usunięcia przez Wykonawcę licznych wad i usterek ujawnionych w przedmiocie umowy. Ponadto, w przypadku gdyby Zamawiający zwrócił się do SPN o udzielenie dodatkowych wyjaśnień dowiedziałby się, że SPN w dniu 2 listopada 2021 roku wydał Wykonawcy poświadczenie realizacji zamówienia publicznego z którego wynika, iż Wykonawca wykonał je w sposób nienależyty.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podnosi się, że: „Ciężar dowodu zarówno co do faktu obiektywnego charakteru okoliczności niepozyskania referencji, jak i ich należytego uzasadnienia (wykazania) spoczywa na tym, kto z faktu tego wywodzi skutek prawny w postaci uprawnienia do złożenia oświadczenia własnego. Powyższe wynika z ogólnej zasady rozkładu ciężaru dowodu, o której mowa w art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 p.z.p.” (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 lipca 2020 roku, sygn. KIO 1183/20).

W zaistniałych okolicznościach bezspornym jest, że Wykonawca nie był w stanie uzyskać referencji od Słowińskiego Parku Narodowego z uwagi na fakt nienależytego wykonania umowy na jego rzecz. Złożenie przez niego oświadczenia o należyłym wykonaniu zamówienia należy interpretować jedynie jako próbę wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu pomimo, iż w zaistniałych okolicznościach zamówienie zrealizowane na rzecz SPN nie zostało wykonane należycie.

W tym stanie rzeczy Zamawiający - na podstawie udostępnionych mu dokumentów oraz znanych mu przepisów prawa cywilnego - powinien zatem stwierdzić, iż Wykonawca wykonał swoje zobowiązanie w sposób nienależyty, a w konsekwencji przesądzić, iż nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w dokumentacji zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawa Pzp. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. W

zaistniałych okolicznościach faktycznych oraz prawnych, w ocenie Odwołującego,

Zamawiający był zobowiązany do stwierdzenia, iż Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym posiadania odpowiednich

zdolności technicznych i zawodowych (dot. części pierwszej zamówienia).

Odwołujący stoi na stanowisku, że przedstawione powyżej okoliczności uniemożliwiały wybór oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Ponadto, z treści pozwu przedłożonego przez Wykonawcę wynika, iż umowa łącząca go z SPN jest umową o wykonanie robót budowlanych. Z tego względu nawet gdyby uznać, iż oświadczenie Wykonawcy o należyłym wykonaniu przez niego umowy jest prawnie dopuszczalne, to z treści jego oświadczenia w żaden sposób nie wynikałoby jakie usługi - analogiczne do tych wskazanych w opisie warunku udziału w postępowaniu - wykonał oraz jaka była ich wartość. Zamawiający wymaga wykonania ściśle określonych usług i o określonej wartości - a nie robót budowlanych - tym samym oświadczenie Wykonawcy jest nieadekwatne do opisu warunku udziału w postępowaniu (jest z nim sprzeczne). Potwierdza to, iż wybór oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej jest niemożliwy.

W tym stanie rzeczy Zamawiający jest zobligowany do odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) p.z.p.

Ad zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego SLX mając na uwadze, że Zamawiający wybrał ofertę podmiotu, który nie wykazał w sposób należyty spełnienia warunków udziału w postępowaniu należy uznać, iż nie był on uprawniony do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Zamawiający w zaistniałych okolicznościach był zobligowany do odrzucenia oferty wykonawcy - na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp, a następnie dokonania badania i oceny oferty złożonej przez Spółkę.

7 grudnia 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w której oświadczył, że uwzględni odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody, ustaliła, co następuje.

Odwołującym zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ są uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia i mają interes w jego uzyskaniu.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przez wykonawcę Spółkę Ogólnobudowlaną Alfa-Edgar Witkowski i Woroniecki spółkę jawną z siedzibą we Wrocławiu (dalej: Przystępujący) przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, w obu sprawach.

Odwołania zostały rozpoznane na skutek wniesienia przez Przystępującego sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołań.

Odwołania zostały rozpoznane w granicach zawartych w nich zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołania Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia dot. odwołań), złożonych w sprawie pism procesowych oraz dowodów.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla sprawy.

Na podstawie treści SWZ w brzmieniu po modyfikacji z 4 sierpnia 2021 r. Izba ustaliła, że w rozdziale VIII Zamawiający zawarł informację na temat warunków udziału w postępowaniu. W pkt 2.4) Zamawiający zawarł opis warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dla Zadania nr 1 w zastępujący sposób: „Zadanie nr 1 a) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres

prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - co najmniej jedno zamówienie, którego przedmiotem było wykonanie wystawy lub ekspozycji interaktywnej, która działa (czyli jest udostępniana publicznie) do dnia składania oferty, obejmujące swoim zakresem: minimum osiem stanowisk interaktywnych wyposażonych w multimedia, całkowitą powierzchnię wystawienniczą nie mniejszą niż 200 m<sup>2</sup>, system sterowania multimediami, wykonanie, dostawę i montaż elementów scenografii i aranżacji wnętrz - o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 PLN brutto.”

Jak wynika z rozdziału IX SWZ „W celu potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej określonego w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 SWZ Zamawiający żąda od Wykonawcy:

1) wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 5 lat, 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 lub są wykonywane (załącznik nr 3 do SWZ) wraz z załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są

wykonywane należycie.

Uwaga: dowodami, o których mowa wyżej, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy."

W rozdziale XIX SWZ Zamawiający zawarł opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert. W zakresie Zadania nr 2 Zamawiający wskazał:

„Przy wyborze najkorzystniejszej oferty dla Zadania nr 2 Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami oceny ofert:

- a) Cena (C) - waga kryterium 60%;
- b) Doświadczenie kadry (D) - waga kryterium 15%.
- c) Gwarancja (G) - waga kryterium 25%

(■■■)

## 2. Zasady oceny ofert w kryterium Doświadczenie kadry (D)- waga 15%

- koordynator wystawy

W kryterium „doświadczenie kadry” badane będzie doświadczenie kadry skierowanej do realizacji zamówienia, mające wpływ na jakość wykonania zamówienia wymienione w Załączniku nr 9.2 do SWZ. Oceniane będzie doświadczenie koordynatora wystawy. Wymagane minimum to:

- zarządzanie wykonaniem zamówienia tj. wytworzenie, montaż i uruchomienie co najmniej jednej wystawy lub ekspozycji o charakterze multimedialnym i interaktywnym z elementami scenograficznymi, całość o wartości co najmniej 3 000 000 PLN brutto,

- 1 usługa - 0 punktów
- 2 usługi - 2 punkty
- 3 usługi - 3 punkty
- 4 usługi i więcej - 4 punkty

Jeżeli do realizacji zadania skierowanych będzie więcej osób niż jedna do wyliczenia kryterium będzie brana wykazana osoba z najmniejszym doświadczeniem.

Zamawiający informuje, że w stosunku do kryteriów oceny ofert nie znajdują zastosowania przepisy art. 128 p.z.p. Ocena/weryfikacja doświadczenia kadry odbywa się tylko i wyłącznie w oparciu o informacje zawarte w Załączniku nr 9.2 do SWZ."

Na podstawie treści złożonej przez Przystępującego oferty, Izba ustaliła, że w celu wykazania spełnienia spornego warunku udziału w postępowaniu w Zadaniu nr 1 Przystępujący złożył wykaz usług, w treści którego powołał się na doświadczenie zdobyte przy realizacji zadania pn. „Zaprojektowanie i wykonanie ekspozycji w ramach zadania pn. Zakup i Montaż wyposażenia i Ochrony Wartości Przyrodniczo - Kulturowych Wybrzeża Słowińskiego (MLiOWPKWS) o wartości 4 797 000,00 zł brutto. W opisie ekspozycji wskazano, że „zakres prac obejmował kompleksowe wykonanie wystawy interaktywnej tj. projekt aranżacji, wykonanie projektów aranżacyjnych, dostawę ekspozycji, wydruków, wykonanie piramidy holograficznej, podłogi interaktywnej, systemu VR, dostawa i wykonanie niezbędnych instalacji, oprogramowania, system sterowania, pow. 613, 67 m<sup>3</sup>, 21 stanowisk, interaktywnych”. Wskazano następujący przedział czasowy realizacji 3 lipca 2021 r. - 15 września 2018 r. Jako odbiorcę wskazano Słowiński Park Narodowy.

Ponadto Przystępujący przedstawił Zamawiającemu pismo Słowińskiego Parku Narodowego z 6 marca 2019 r., z treści którego wynika, że w związku z opóźnieniem w

wykonaniu umowy i naliczonymi karami umownymi Słowiński Park Narodowy nie może potwierdzić należytego wykonania umowy nr 01/03/DE/2017 z 3 lipca 2017 r. Ponadto Przystępujący złożył własne oświadczenie o wykonaniu zadania z 25 października 2021 r. z którego wynika, że prace były prowadzone w terminie 3 lipca 2017 do 15 września 2018 r. a ich odbiór nastąpił 12 grudnia 2018 r., a wartość pracy wynosiła 4 797 000, 00 zł. Wskazano też w treści tego oświadczenia, że: „Oświadczenie zostało wydane w związku z odmową wystawienia poświadczenia przez Zamawiającego i toczącym się sporem w Sądzie Okręgowym w Gdańsku (...) dotyczącą bezpodstawnego naliczenia i rozliczenia ar przez Zamawiającego za nieterminowe wykonanie umowy. Umowa została bezspornie wykonana w całości naszym zdaniem również terminowo i należycie.” Zamawiającemu przedstawiono

również protokół odbioru końcowego z 12 grudnia 2018 r. wraz z załącznikiem 2 wykazem

wad stwierdzonych 12 grudnia 2018 r. wraz z zakresem rzeczowo finansowych do odbioru i protokołem usunięcia wad stwierdzonych dla odbioru końcowego z 20 grudnia 2018 r.

Pismem z 4 listopada 2021 r. Zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp zwrócił się do Przystępującego o przedstawienie przyczyn niewykonania umowy

w terminie w celu ustalenia czy umowa została wykonana należycie.

Na powyższe wezwanie Przystępujący odpowiedział 8 listopada 2021 r. wyjaśniając, że przyczyny zostały opisane w pozwie z 31 sierpnia 2021 r., który wraz z załącznikami

został załączony do pisma.

Natomiast w zakresie Zadania nr 2 w celu zdobycia punktacji w kryterium „doświadczenie kadry”, Przystępujący w załączniku 9.2 wskazał pana M. B. i jego doświadczenie zdobyte w:

1. Muzeum Narodowym w Krakowie - Przeszłość Przyszłości - remont i wyposażenie Muzeum Książąt Czartoryskich Muzeum Narodowe w celu udostępnienia unikatowej kolekcji.
2. Centrum Edukacji HYDROPOLIS - wykonanie kompleksowego projektu,
3. Muzeum Żołnierzy Wyklętych w Ostrołęce - wykonanie kompleksowego projektu.
4. Śladem Europejskiej Tożsamości Krajowa - szlak turystyczny po podziemiach Rynku Głównego.
5. MICET 0 Muzeum Interaktywne Centrum Edukacji Teatralnej w Krakowie.

Izba zważyła, co następuje.

sygn. akt KIO 3437/21

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie z następujących powodów.

Sporne kryterium dotyczy osoby wskazanej na stanowisko koordynatora wystawy. Treść kryterium jest następująca: „Wymagane minimum to:

- zarządzanie wykonaniem zamówienia tj. wytworzenie, montaż i uruchomienie co najmniej jednej wystawy lub ekspozycji o charakterze multimedialnym i interaktywnym z elementami scenograficznymi, całość o wartości co najmniej 3 000 000 PLN brutto”.

Odwołujący New Amsterdam kwestionował w treści odwołania doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko koordynatora wystawy opisane w poz. 1, 3 i 5 Załącznika 9.2.

W zakresie doświadczenia wskazanego w poz. 1 ww. wykazu, tj. Załącznika 9.2,

Odwołujący New Amsterdam wskazał, że wystawa ta została wytworzona, zamontowana i

uruchomiona przez Odwołującego New Amsterdam a koordynatorem wystawy byli panowie W. F. oraz M. P. Natomiast zdaniem Odwołującego New Amsterdam rola pana M. B. sprowadzała się do pełnienia roli koordynatora wykonania kontentu multimedialnego.

W celu wykazania doświadczenia pana M. B. i pełnionej przez niego roli w tym projekcie, Przystępujący załączył referencje z 12 stycznia 2021 r. wstawione przez Dyrektora Muzeum Narodowego w Krakowie z treści których wynika, że firma ART FM świadczyła m.in. nadzory autorskie w czasie realizacji robót budowlanych i aranżacyjnych opartych o przygotowany przez wykonawcę projekt. Przystępujący przedstawił też „poświadczenie” z 30 sierpnia 2021 r. wystawione przez prokurenta ART FM z treści którego wynika, że pan M. B. pełnił z ramienia ART FM funkcję koordynatora projektu m.in. na inwestycji realizowanej dla Muzeum Narodowego w Krakowie Przeszłość Przyszłości oraz że w zakres prac wchodziło m. in. koordynowanie działań oraz nadzór nad realizacją projektów wystawienniczych, współpraca z Inwestorem przy tworzeniu koncepcji aranżacji wystawy, współpraca z projektantami, w tym nadzór nad realizacją projektu wykonawczego i produkcją elementów wystawienniczych.

Następnie, 13 września 2021 r. Zamawiający zwrócił się do ART FM w trybie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp z prośbą o wyjaśnienie powyższego „poświadczenia” z 30 sierpnia 2021 r. W odpowiedzi z 17 września 2021 r. pan M. B. działając jako prezes zarządu ART FM potwierdził swoje doświadczenie opisane w „poświadczeniu” z 30 sierpnia 2021 r.

Odrębnym pismem z 13 września 2021 r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp z prośbą o wyjaśnienie zasygnalizowanym pismem z 7 września 2021 r. brakiem spełniania warunków opisanych w ramach kryterium „doświadczenie kadry”. Sformułowany „zarzut” dotyczył okoliczności iż pan M. B. dla kwestionowanych prac sprawował nadzór autorski, nigdy zaś nie był koordynatorem.

W udzielonej przez Przystępującego odpowiedzi z 20 września 2021 r., Przystępujący wyjaśnił, że pojęcie „koordynator wystawy” nie jest dokładnie opisane ani sformalizowane tak jak np. ma to miejsce w przypadku „kierownika budowy”. Przystępujący wskazał, że w przypadku każdej realizacji wystawy występuje jedna lub kilka osób które taką funkcję spełniają. Koordynator wystawy jest osobą odpowiedzialną za pracę całego zespołu wytwarzającego wystawę. Przystępujący podkreślił, że taką funkcję mogą pełnić osoby z każdej z zaangażowanych stron, tj. Zamawiającego, Projektanta i Wykonawcy. Przystępujący wskazał też trzy definicje terminu „zarządzanie”. Przekładając powyższe na płaszczyznę wytworzenia wystawy muzealnej, w tym na warunek udziału w postępowaniu, zarządzanie to działanie zmierzające do funkcjonowania wystaw zgodnie z celami wyznaczonymi przez Zamawiającego który dąży do ich realizacji, przez realizatorów w procesie wykonawczym - projektantów i wykonawcę lub wykonawców. Wobec tego projektowanie celów dla zamawiających a następnie ich nadzorowanie w trakcie realizacji mieści się w sformułowanym przez Zamawiającego warunku posiadania doświadczenia polegającego na zarządzaniu wytworzeniem, montażem i uruchomieniem co najmniej jednej wystawy. Przystępujący załączył również pismo z 20 września 2021 r. wystawione przez Muzeum Narodowe w Krakowie i podpisane przez osobę pełniącą rolę koordynatora projektu, z treści którego wynika że pan M. B. pełnił rolę koordynatora wystawy ze strony projektanta, pomagał w doprecyzowaniu założeń projektowych, wykonywał prace polegające na zarządzaniu wytworzeniem, montażem i uruchomieniem wystawy.

Pismem z 29 września 2021 r. Zamawiający zwrócił się do Dyrektora Muzeum Narodowego w Krakowie z prośbą o wyjaśnienie ww. zaświadczenia z 20 września 2021 r. w tym potwierdzenie że pan M. B. pełnił funkcję koordynatora wystawy oraz potwierdzenie, że osoba, która podpisała zaświadczenie była do tego uprawniona.

W odpowiedzi email z 4 października 2021 r. zastępca dyrektora ds. zarządzania wyjaśnił, że pan M. B. pełnił funkcję koordynatora zespołu projektowego oraz koordynatora w zakresie realizacji obowiązków umownych ze strony Wykonawcy, której przedmiotem było wykonanie projektu nowej ekspozycji i aranżacji i pełnienie nadzoru autorskiego w czasie realizacji robót budowlanych i aranżacyjnych związanych z realizacją projektu. Potwierdzona została również kompetencja osoby wystawiającej zaświadczenie z 20 września 2021 r.

Odwołujący New Amsterdam Przedstawił Dowód 3 pismo z 29 listopada 2021 r. do Muzeum Narodowego w Krakowie z pytaniem m.in. o to „czy podczas i w ramach realizacji umowy pan M. B. również działający w imieniu i ramach spółki Art FM spółka z o.o. z siedzibą w Krakowie, zarządzał a) wytworzeniem, b) montażem wystawy, c) uruchomieniem wystawy - czy czynnościami tymi zarządzał wykonawca wystawy, to jest podmiot, który wytworzył, zamontował i uruchomił wystawę zaprojektowaną przez spółkę Art. Fm Sp. z o.o. w imieniu i w ramach której działał Pan M. B..” Wrz z potwierdzeniem wysłania wiadomości e-mail. Odwołujący New Amsterdam wyjaśnił, że nie otrzymał odpowiedzi na powyższe zapytanie.

Zarzut sprowadza się do twierdzenia, że w oparciu o treść wiadomości email z 4 października 2021 r. nie można stwierdzić czy pan M. B. był koordynatorem w znaczeniu podanym w Rozdziale VIII pkt 2 zadanie nr 2 lit. e tiret 6 w związku z Rozdziałem XIX II. Punkt 2 (doświadczenie kadry - koordynator wystawy), tj. czy osoba ta była koordynatorem wystawy, czy też pełniła funkcję koordynatora wystawy ze strony projektanta (co wskazywałoby na nadzór autorski). Ponadto Odwołujący New Amsterdam podniósł, że nie wyjaśniono, czy na tej wystawie znajdują się stanowiska interaktywne oraz czy ekrany e-ink są ekranami dotykowymi.

W ocenie Izby tak sformułowany zarzut nie potwierdził się. Jak bowiem wynika z treści Rozdziału XIX oraz z treści formularza 9.2 osoba wskazana na stanowisko koordynatora wystawy (zgodnie z SWZ) oraz koordynatora projektu (zgodnie z formularzem

9.2) miała spełniać wymagane minimum: zarządzanie wykonaniem zamówienia tj. wytworzenie, montaż i uruchomienie co najmniej jednej wystawy lub ekspozycji o charakterze multimedialnym i interaktywnym z elementami scenograficznymi, całość o wartości co najmniej 3 000 000 PLN brutto. W treści kryterium nie ma zatem mowy o stanowisku jakie miała pełnić osoba, która miała zarządzać wykonaniem zamówienia, tj. wytworzeniem, montażem i uruchomieniem wystawy lub ekspozycji. Skoro więc zarzut sprowadza się do tego, że w ramach wystawy wskazanej w poz. 1 wykazu pan M. B. nie zarządzał wykonaniem zamówienia jako koordynator wystawy, to z uwagi na literalny opis kryterium zarzut ten Izba ocenia jako chybiony. Podobnie ocenić należy zarzut w zakresie w jakim sprowadza się do kwestionowania interaktywnego charakteru wystawy wskazanej w poz. 1 wykazu. Odwołujący bowiem skoncentrował się tylko na treści wiadomości email z 4 października 2021 r. gdzie rzeczywiście autor wiadomości nie porusza tej kwestii. Jednak z wiadomości tej wynika wprost, że osoba wystawiająca zaświadczenie z 20 września 2021 r. jest koordynatorem projektu oraz ma pełną wiedzę odnośnie zakresu realizowanych zadań przez poszczególnych wykonawców. Natomiast z zaświadczenia z 20 września 2021 r. wystawionego przez osobę niewątpliwie posiadającą wiedzę o projekcie (będącą jego koordynatorem) wynika wprost, że „Wystawa ma charakter klasycznej kolekcji ale w jej skład wchodzi także elementy multimedialne jak unikalny system sterowania światłem, 8 stanowisk e-ink oraz totem multimedialny w dziedzińcu Pałacu.” Powyższe jest spójne z treścią wskazaną w poz. 1 formularza 9.2 gdzie Przystępujący wskazał, że wykonano ok 94 stanowisk w tym ponad 8 interaktywnych. Dodatkowo jak wynika z referencji z 12 stycznia 2021 r. zakres umowy z ART FM obejmował projekt systemu interaktywnego przewodnika. Ponadto sam Zamawiający nie miał wątpliwości co do spełnienia tego zakresu kryterium skoro jego pytanie zadane zamawiającemu na rzecz którego był wykonany projekt w wiadomości z 29 września 2021 r. dotyczyło tylko tego czy pan M. B. pełnił funkcję koordynatora wystawy oraz czy osoba wystawiająca zaświadczenie z 20 września 2021 była do tego uprawniona. Dodatkowo wskazać należy, że to na Odwołującym New Amsterdam spoczywa ciężar udowodnienia swoich twierdzeń, natomiast Odwołujący przedstawił tylko swoje gołosłowne wątpliwości bez wskazania dowodów na ich potwierdzenie. Reasumując, mając na uwadze istotę zarzutu, treść SWZ w zakresie opisu spornego kryterium oraz treść dokumentów przedstawionych przez Przystępującego oraz pozyskanych przez Zamawiającego w toku postępowania, Izba doszła do przekonania, że zarzut nie potwierdził się.

W zakresie doświadczenia wskazanego w poz. 3 załącznika 9.2 Przystępujący przedstawił „poświadczenie o wykonanym zamówieniu” z 19 sierpnia 2019 r. wystawione przez Dyrektora Muzeum Żołnierzy Wyklętych w Ostrołęce z treści którego wynika, że została wykonana umowa na wykonanie kompleksowego projektu wraz z nadzorem autorskim obejmującego ekspozycję stałą. Przedstawione zostało też zaświadczenie z 20 września 2021 r. wystawione przez p.o. Dyrektora Muzeum Żołnierzy Wyklętych, z treści którego wynika, że pan M. B. pełnił funkcję koordynatora wystawy, pomagał w doprecyzowaniu i uszczegółowieniu założeń plastyczno - przestrzennych oraz projektowych, wykonywał prace polegające na zarządzaniu wytworzeniem, montażem i uruchomieniem wystawy z elementami scenografii o charakterze multimedialnym obejmującym swoim zakresem ponad 18 stanowisk interaktywnych. Ponadto wynika z treści ww. zaświadczenia, że wykonano Etap I i II a w trakcie wykonywania jest Etap III - prace polegające na wyposażeniu Sali kinowej, wykonania rzeźb, scenografii aplikacji i kontentu filmowego.

Pismem z 29 września 2021 r. Zamawiający zwrócił się do Muzeum Żołnierzy Wyklętych z pytaniem o to czy pan M. B. pełnił funkcję koordynatora wystawy oraz czy osoba wystawiająca zaświadczenie z 20 września 2021 r. była do tego uprawniona. W odpowiedzi email z 4 października 2021 r. przedstawiciel Muzeum - p.o. Dyrektora potwierdził, że pan M. B. zarówno na etapie budowy i przebudowy budynków na cele Muzeum jak i w trakcie poszczególnych etapów budowania wystawy stałej systematycznie współpracował z firmami wykonawczymi oraz że jako główny reprezentant firmy, która jest autorem koncepcji wystawy stałej koordynował zgodność prac z założeniami wystawy. Potwierdzono uprawnienie osoby na stanowisko p.o. Dyrektora Muzeum do wystawienia zaświadczenia z 20 września 2021 r.

Odwołujący przedstawił Dowód 1 tj. zapytanie z 22 listopada 2021 r. do Muzeum Żołnierzy Wyklętych z pytaniem czy p. M. B. zarządzał wytworzeniem, montażem i uruchomieniem wystawy czy koordynacja stanowiła wyłącznie realizację obowiązków z tytułu nadzoru autorskiego czy wykonawcą był p. M. B. czy też firma DEKO - BAU oraz jeśli wykonawcą była ta ostatnia firma to czy p. M. B. zarządzał wytworzeniem, montażem i uruchomieniem wystawy oraz czy wystawa została udostępniona publiczności.

W odpowiedzi z 3 grudnia 2021 r. p.o. Dyrektora oświadczył, że wykonawcą wystawy stał firmą Deko Bau sp. z o.o. Zamówienie zostało wykonane. Otwarcie wystawy jako składowej kilku etapów wystawy jest planowane na 1 marca 2022 r. Pan M. B. w toku realizacji poszczególnych etapów prac zarządzał wytworzeniem, montażem i uruchomieniem poszczególnych części/etapów wystawy ze strony/w imieniu Muzeum Żołnierzy Wyklętych w ramach nadzoru autorskiego.

Zarzut odwołania sprowadza się do podniesienia wątpliwości czy pan M. B. był koordynatorem w wystawy, czy też koordynował zgodność prac z założeniami wystawy jako autor koncepcji. Dodatkowo zdaniem Odwołującego New Amsterdam nie zostało wykazanie spełnienie przesłanki uruchomienia wystawy i jej odbioru.

Mając na uwadze powyższe ustalenia oraz treść zarzutu Izba doszła do przekonania, że zarzut nie potwierdził się. Po raz kolejny wskazać należy, że Odwołujący New Amsterdam niespełnienia kryterium upatruje w tym, że osoba skierowana do pełnienia funkcji koordynatora wystawy powinna legitymować się doświadczeniem w zarządzaniu wykonaniem zamówienia zdobytym jako koordynator wystawy, podczas gdy nie wynika to z literalnego brzmienia opisu tego kryterium. W ocenie Izby z treści opisu kryterium nie sposób wywieść że liczyło się doświadczenie zdobyte na stanowisku, czy też w pełnieniu funkcji koordynatora wystawy. Należało wskazać osobę na stanowisko koordynatora wystawy ale nie tylko taką osobę która już taką funkcję pełniła. Zgodnie z opisem kryterium na to stanowisko należało wskazać osobę spełniającą wymagane minimum, tj. zarządzanie wykonaniem zamówienia tj. wytworzenie, montaż i uruchomienie (...) bez wskazania w jakim charakterze czy też na jakim stanowisku miało owo zarządzanie wykonaniem zamówienia być nabyte. Ponadto z treści dokumentów zgromadzonych w tym postępowaniu Izba wnioskuje, że pojęcia takie jak koordynowanie, nadzorowanie (również w ramach nadzoru autorskiego) przenikają się i mogą się w sobie zawierać, co zostało też przyznane w podczas rozprawy przez Odwołującego New Amsterdam (vide: str. 5 protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 8 grudnia 2021 r.). W ocenie Izby opis omawianego kryterium nie jest precyzyjny, nie jest bowiem do końca jasne to w jakim charakterze, czy na jakim stanowisku ma pracować osoba aby można uznać, że nabyła doświadczenie w zarządzaniu wykonaniem zamówienia, w tym o jaki aspekt chodzi, ewentualnie jakie czynności wpisywałyby się w takie zarządzanie. Ponadto nie jest jasne co należy rozumieć pod pojęciem uruchomienia wystawy/ekspozycji. Nawet sam Odwołujący New Amsterdam zdaje się do końca nie być pewny jak rozumieć „uruchomienie” ponieważ raz utożsamia to pojęcie z odbiorem innym razem z udostępnieniem wystawy/ekspozycji dla publiczności, aby wobec złożenia przez Przystępującego Dowodu nr 1 przyznać że kwestia „uruchomienia” nie jest już sporna. Podobnie sytuacja wygląda z pojęciem „koordynowania” co wprost wynika z odpowiedzi 3 grudnia 2021 r. (dowód nr 3 Odwołującego New Amsterdam) gdzie mimo nieudostępnienia wystawy publiczności p.o. Dyrektora utrzymuje, że nastąpiło uruchomienie poszczególnych etapów (w załączniku 9.2 Przystępujący powołał się na Etap I i II, które są zakończone). Ponadto zarządzanie wytworzeniem, montażem i uruchomieniem przez p. M. B. nastąpiło w ramach nadzoru autorskiego. Wobec powyższego nawet zamawiający jakim jest Muzeum Żołnierzy Wyklętych rozumie i potwierdza, że w ramach nadzoru autorskiego możemy mówić o zarządzeniu wytworzeniem, montażem i uruchomieniem. Wobec nieprecyzyjnego opisu kryterium należy wszelkie wątpliwości interpretacyjne rozstrzygać na korzyść wykonawcy, co w tym konkretnym przypadku oznacza szerokie rozumienie poszczególnych pojęć składających się na opis tego kryterium.

W zakresie poz. 5 wykazu Przystępujący przedstawił Zamawiającemu referencje z 21 stycznia 2019 r. Z ich treści wynika że firma ART FM wygrała konkurs na opracowanie koncepcji i wykonanie wszystkich materiałów multimedialnych dla MICET - Muzeum Interaktywnego Centrum Edukacji Teatralnej w Krakowie. Wskazano na czym polegały prace. Wskazane zostało, że wartość przekroczyła 4 000 000 zł brutto.

Przedstawiono też „zaświadczenie” z 14 września 2021 r. z treści którego wynika, że pan M. B. pełnił funkcję koordynatora wystawy, zarządzał wytworzeniem kontentu, współpracował przy montażu i uruchomieniu wystawy która w dużej mierze ma charakter multimedialny i jest wypełniona stanowiskami interaktywnymi. Łączna wartość realizacji projektu to ponad 4 mln PLN.

Pismem z 29 września 2021 r. Zamawiający zwrócił się do Narodowego Teatru Starego z zapytaniem o potwierdzenie treści zaświadczenia z 14 września 2021 r. w tym

potwierdzenie, że pan M. B. pełnił funkcję koordynatora wystawy oraz wskazanie czy zaświadczenie to podpisała osoba uprawniona. W odpowiedzi email z 4 października 2021 r. wskazano, że pan M. B. był koordynatorem w obszarze wykonania koncertu multimedialnego. Potwierdzono, że pan M. B. był koordynatorem wystawy oraz że zaświadczenie podpisała osoba uprawniona.

Odwołujący New Amsterdam przedstawił Dowód 2 - korespondencję z Narodowym Teatrem Starym gdzie w odpowiedzi z 6 grudnia 2021 r. wskazano wprost, że firma ART FM była wykonawcą kontentu MICET, jednocześnie koordynatorem przy jego tworzeniu. Podkreślenia wymaga, że Odwołujący New Amsterdam zadając pytanie do Narodowego Starego Teatru w Krakowie nie zapytał o wartość zamówienia.

Zarzut sprowadza się do twierdzenia, że odpowiedź z 4 października 2021 r. nie wyjaśnia ani nie precyzuje czy pan M. B. był koordynatorem wystawy czy tylko koordynatorem w obszarze wykonywania kontentu oraz nie została wyjaśniona wartość zamówienia.

W ocenie Izby mając na uwadze powyższe oraz zgromadzony materiał dowody stwierdzić należy, że zarzut nie potwierdził się. W zakresie wartości Odwołujący New Amsterdam nie przedstawił żadnego dowodu z którego wynikać by miało, że kryterium w zakresie w jakim odnosi się do wartości nie zostało spełnione. Ponadto należy mieć na uwadze, że w treści kryterium mowa jest „całość o wartości co najmniej 3 000 000 zł PLN”. Natomiast Zamawiający - inwestor potwierdził w wystawionych przez siebie zaświadczeniach, że wartość prac przekraczała 4 mln PLN, powyższa kwota wynika również ze złożonej przez Odwołującego umowy konsorcjum. Co do pełnienia funkcji koordynatora wystawy Izba wypowiedziała się powyżej i te rozważania pozostają aktualne na w kontekście przedmiotowej podstawy faktycznej rozpoznawanego zarzutu. Natomiast w zakresie twierdzeń jakoby pan M. B. był koordynatorem tylko w zakresie kontentu multimedialnego wskazać należy, że w treści kryterium mowa jest o wystawie lub ekspozycji. Zgodnie natomiast z definicją słowa „ekspozycja” zawartą w słowniku języka polskiego jest to „zbiór przedmiotów w muzeum, galerii lub na wystawie” a także „zaprezentowanie czegoś”. Natomiast „wystawa”, „wystawiony na pokaz zbiór przedmiotów” a także „miejsce, w którym wystawia się takie zbiory”. W ocenie Izby doświadczenie wskazane w poz. 5 załącznika 9.2 wpisuje się w tak rozumienia pojęcie „wystawa” i „ekspozycja” i tym samym spełnia sporne kryterium oceny ofert.

Tym samym Izba nie dopatrzyła się uchybień w ocenie oferty Przystępującego w kryterium „doświadczenie kadry”.

sygn. akt KIO 3450/21

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie z następujących powodów.

Celem opisanego warunku udziału w postępowaniu jest wyłonienie wykonawcy

dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Wykazanie spełnienia warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej odbywa się na kilku płaszczyznach. Wykonawca bowiem musi nie tylko wykazać się kwalifikacjami, umiejętnościami i doświadczeniem w zakresie wskazanym przez zamawiającego w treści opisanego warunku, tj. musi wykazać że wykonał co najmniej analogiczne jak opisane w warunku zamówienie, ale ponadto musi wykazać, że wykonał je w sposób należyty. Jak bowiem wynika z treści §9 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r., poz. 2415) (dalej: rozporządzenie w sprawie podmiotowych środków dowodowych) wykonawca w celu wykazania spełnienia warunku przedstawia zamawiającemu nie tylko sam wykaz usług czy dostaw ale również dowody określające czy usługi lub dostawy zostały wykonane w sposób należyty. Rozporządzenie to wskazuje jednocześnie, że dowodami takimi są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane. Natomiast jeśli wykonania, z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów, może złożyć oświadczenie własne. Można więc powiedzieć że mamy w tym zakresie do czynienia z pewną „hierarchią” dokumentów, w tym rozporządzenie w sprawie podmiotowych środków dowodowych wyraźnie stanowi, że zasadniczo dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówienia mają pochodzić od podmiotu na rzecz którego zostało wykonane zamówienie. Niewątpliwie spośród złożonych przez Przystępującego dokumentów pochodzących od zamawiającego - Słowińskiego parku Narodowego, z żadnego nie wynika fakt należytego wykonania zamówienia. Natomiast z dokumentów przedstawionych przez Przystępującego, w tym z pozwu i załączników do niego

wynika, że kwestia kar umownych naliczonych w tytułu stwierdzonych wad oraz kwestia terminu wykonania zamówienia są przedmiotem sporu. Zdaniem Izby nie jest rolą Zamawiającego ani rola Izby taki spór rozstrzygać, który będzie przedmiotem rozstrzygnięcia przez sąd. Przystępujący konsekwentnie podkreśla że merytorycznie zamówienie zostało wykonane należycie. Jednak podkreślić należy, że kwestie merytoryczne wykonania zamówienia stanowią tylko jeden z aspektów jego należytej realizacji. Nie można abstrahować od kwestii terminowości, fakt naliczenia kar umownych w związku ze stwierdzonymi wadami również nie pozostaje bez znaczenia. Pojęcie należytej realizacji zamówienia jest szerokie i obejmuje różne aspekty wykonania zamówienia nie tylko aspekt merytoryczny.

Ponadto jak wynika ze złożonego przez Odwołującego dowodu w postaci korespondencji z SPN, zamawiający ten jest w swoim stanowisku nieugięty i jak wynika z pisma z 2 listopada 2021 r. konsekwentnie odmawia potwierdzenia należytej realizacji umowy przez Przystępującego.

Argumentacja zaprezentowana przez Przystępującego podczas rozprawy że w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wystarczające jest wykonanie pierwszych 3 etapów jest w ocenie Izby tylko stanowiskiem na potrzeby postępowania przed Izba bowiem bezsporne jest że przed Zamawiającym Przystępujący przywołał całą realizację bez wydzielania etapów. Dlatego w ocenie Izby wątpliwym jest możliwość wydzielania tych etapów i uznanie że już tylko pierwsze trzy wpisywały się w opisany przez zamawiającego warunek.

Wreszcie stwierdzić należy, że ryzyko powołania się na realizację co do której jest spór między Przystępującym a zamawiającym SPN obciąża Przystępującego. Ten ostatni już w marcu 2019 r. wiedział, że nie otrzyma referencji od zamawiającego. W ocenie Izby żadne z przedłożonych dokumentów w sposób niewątpliwy nie poświadczają należytej realizacji zamówienia w pełnym zakresie (tj. w każdym aspekcie nie tylko merytorycznym) zatem w ocenie Izby takie doświadczenie nie może zostać uznane za spełniające warunek. Z tych względów odwołanie zostało uwzględnione wobec przyznania przez strony i uczestnika okoliczności, że wobec Przystępującego w zakresie wykazu usług nie została zastosowana procedura z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie Przystępującego do uzupełnienia wykazu usług, z którego wynikać będzie spełnienie spornego warunku oraz dalsze badanie i ocenę ofert.

#### sygn. akt KIO 3437/21

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 2) w związku § 5 pkt 1) w związku z § 2 ust. 1 pkt 2 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

#### sygn. akt KIO 3450/21

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 7 ust. 1 pkt 2) w związku § 5 pkt 1) i pkt 2) lit. b) w związku z § 2 ust. 1 pkt 2 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....

