

WYROK

z dnia 10 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 grudnia 2019 r. przez **wykonawcę Adventure Ekspozycje Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Miasto Rybnik z siedzibą w Rybniku**

przy udziale wykonawcy **TRIAS AVI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności badania i oceny ofert a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy TRIAS AVI Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej zawartego w pkt IV ppkt 2 lit. c) SIWZ w zakresie doświadczenia kierownika projektu;**
- 2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.**
- 3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Adventure Ekspozycje Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach w wysokości 2/3 zaś wykonawcę TRIAS AVI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w 1/3 i:**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę Adventure Ekspozycje Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od **wykonawcy TRIAS AVI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **6.281 zł 50 gr.** (słownie: sześć tysięcy dwieście osiemdziesiąt jeden złotych pięćdziesiąt groszy) na rzecz **wykonawcy Adventure Ekspozycje Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę,
- 3) zasądza od **wykonawcy Adventure Ekspozycje Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** kwotę **2.400 zł 00 gr.** (słownie: dwa tysiące czterysta złotych zero groszy) na rzecz **Zamawiającego: Miasta Rybnik z siedzibą w Rybniku** stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Rybnik z siedzibą w Rybniku prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „*Wykonanie instalacji aranżacji wystawienniczej w ramach projektu Modernizacja zabytkowego budynku RAFAŁ dawnego Szpitala Miejskiego nr 1 w Rybniku na cele kulturalne*”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca Adventure Ekspozycje Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 16 grudnia 2019 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy TRIAS AVI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył zasady udzielenia zamówień publicznych w szczególności:

1.art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenie oferty Trias AVI Sp. z o.o. pomimo niespełnienia przez tę ofertę wymagań i warunków określonych w rozdziale IV SIWZ, obejmującym wymagania odnośnie zdolności technicznej lub zawodowej:

a) w zakresie obowiązku wykazania posiadania doświadczenia polegającego na wykonaniu jednej multimedialnej i interaktywnej wystawy stałej o wartości 3.000.000 PLN brutto lub większej i powierzchni co najmniej 800 m², w tym wykonaniu zabudowy ekspozycyjnej, instalacji sygnałowej i sterującej z centralnym systemem sterowania wystawą, multimedialnych stanowisk edukacyjnych, prezentacji interaktywnych, mappingów, animacji, słuchowisk, dostawy i montażu sprzętu AV i komputerowego oraz oświetlenia ekspozycyjnego, z uwagi na to, że wystawa wskazana przez Trias AVI Sp. z o.o. w ramach posiadanego doświadczenia nie obejmowała wykonania mappingów.

b) w zakresie obowiązku skierowania do wykonania zamówienia kierownika projektu posiadającego doświadczenie w koordynacji prac przy wykonaniu co najmniej trzech multimedialnych wystaw stałych, każda o powierzchni co najmniej 800 m², z uwagi na to, że osoba wskazana przez Trias AVI Sp. z o.o. jako kierownik projektu nie posiada odpowiedniego doświadczenia, gdyż jedna z wystaw, które wykonała miała powierzchnię istotnie mniejszą niż 800 m².

2.art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenie oferty Trias AVI Sp. z o.o. pomimo niespełnienia przez tę ofertę wymagań i warunków określonych w rozdziale XII

SIWZ obejmującym wymagania odnośnie elementów konkursowych, jakie mają zostać załączone do oferty w zakresie scenariusza i storyboard filmu A3_PROJ, przy czym niezgodność polega na tym, iż storyboard nie przedstawia kadrów (całości kompozycji obrazu filmowego), a jedynie fragmenty - wycinki kadru (np. zbliżenie dwóch postaci);

3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy) oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z postanowieniami SIWZ, a tym samym ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert; obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego; przyznanie na rzecz Odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu; dopuszczenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania na okoliczności szczegółowo wskazane w jego uzasadnieniu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz ofertę wykonawcy TRIAS AVI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy TRIAS AVI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej również: „Przystępującym”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający – Miasto Rybnik z siedzibą w Rybniku Miasto prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *„Wykonanie instalacji aranżacji wystawienniczej w ramach projektu Modernizacja zabytkowego budynku RAFAŁ dawnego Szpitala Miejskiego nr 1 w Rybniku na cele kulturalne”*.

Zamawiający w rozdziale IV SIWZ określającym warunki udziału w postępowaniu wskazał, iż wykonawca do spełnienia warunku zobowiązany jest wykazać, że do realizacji zamówienia skieruje kierownika projektu posiadającego doświadczenie w koordynacji prac przy wykonaniu co najmniej trzech multimedialnych wystaw stałych, każda o powierzchni co najmniej 800 m².

Wykonawca Trias AVI Sp. z o.o. w załączniku nr 4 do oferty tj. Wykazie osób wskazał, że do realizacji zamówienia skieruje jako kierownika projektu Pana Romana Zwięskiego. Przy opisie doświadczenia tej osoby, jako jedną z wystaw o powierzchni ponad 800 m² wskazano zaprojektowanie i wykonanie ekspozycji muzealnej dla obiektów Bastei w ramach projektu „Dwa miejsca z historią — przebudowa, remont, rozbudowa obiektu Bastei w Stargardzie Szczecińskim oraz tworzenie funkcji muzealnych w Klasztorze Franciszkanów (840 m²) w Neubrandenburgu oraz Bastei (360 m²) w Stargardzie Szczecińskim”.

Wskazany projekt obejmował wykonanie dwóch ekspozycji muzealnych w ramach dwóch zupełnie odrębnych zamówień udzielanych przez dwóch różnych zamawiających, tj. rozbudowy obiektu Bastei o powierzchni 360 m² w Stargardzie Szczecińskim oraz wykonanie ekspozycji w klasztorze Franciszkanów (840 m²) w Neubrandenburgu. Z opisu doświadczenia Pana Romana Zawiejskiego wynikało, że w ramach opisanego projektu brał udział w realizacji zamówienia pn: “Zaprojektowanie i wykonanie ekspozycji muzealnych dla obiektów Bastei w Stargardzie Szczecińskim”. W ramach tego zamówienia wykonano ekspozycję w budynku o powierzchni 327 m².

Ponadto Zamawiający wobec złożonego odwołania zwrócił się do Urzędu Miejskiego w Stargardzie z zapytaniem czy powierzchnia wystawy wykonanej w ramach zamówienia publicznego dotyczącego zaprojektowania i wykonania ekspozycji muzealnej dla obiektów Bastei w Stargardzie Szczecińskim wyniosła co najmniej 800 m². Z uzyskanej odpowiedzi wynikało, że maksymalna powierzchnia związana z funkcjami wystawowymi zadania to 327,40 m².

Przystępujący w swoim piśmie procesowym potwierdził, że powierzchnia obiektu Bastei wynosi 360 m² i nie spełnia wymagań Zamawiającego wynikających z SIWZ.

W ocenie Izby powyższy zarzut odnosi się do spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie zaś niezgodności treści oferty z SIWZ. Wobec niespełnienia warunku udziału w postępowaniu, wobec złożonego przez Przystępującego wykazu i niewykazania się kierownikiem projektu posiadającego doświadczenie w koordynacji prac przy wykonaniu co najmniej trzech multimedialnych wystaw stałych należało nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności badania i oceny ofert a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy TRIAS AVI Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej zawartego w pkt IV ppkt 2 lit. c) SIWZ w zakresie doświadczenia kierownika projektu.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego prezentowanego po zamknięciu rozprawy z dnia 9 stycznia 2020 r. wnoszącego o otwarcie rozprawy na nowo wobec otrzymania informacji, że Przystępujący w innym zakresie nie spełnia warunków udziału w postępowaniu zauważyć należy, że Izba wobec treści art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W ocenie Izby nie zaistniały przesłanki wynikające z art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, a otwarcie na nowo rozprawy – wobec uzyskania przez Odwołującego nowych okoliczności skutkujących w jego ocenie odrzuceniem oferty Przystępującego – stanowiłoby nieuprawnione przywrócenie wykonawcy terminu do wniesienia odwołania w zakresie szerszym, niż wynikałoby to z odwołania z dnia 16 grudnia 2019 r.

W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut odnoszący się do warunku dotyczącego mappingów. Zgodnie z SIWZ

W rozdziale IV SIWZ Zamawiający wskazał, iż warunkiem udziału w postępowaniu jest wykazanie się przez wykonawcę posiadaniem doświadczenia, że wykonał nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat (następnie zmieniono ten termin na 5 lat) przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usługę polegającą na wykonaniu co najmniej jednej multimedialnej i interaktywnej wystawy stałej o wartości 3.000.000 PLN brutto lub większej o powierzchni co najmniej 800 m², w tym wykonanie zabudowy ekspozycyjnej, instalacji sygnałowej i sterującej z centralnym systemem sterowania wystawą, multimedialnych stanowisk edukacyjnych, prezentacji

interaktywnych, mappingów, animacji, słuchowisk, dostawy i montażu sprzętu AV i komputerowego oraz oświetlenia ekspozycyjnego.

Zgodzić należało się z Zamawiającym, że z treści dołączonego wykazu wynikało, że zamówienie obejmowało swoim zakresem wykonanie mappingu. Zamawiający zwracał się do Zarządu Inwestycji Miejskich we Wrocławiu z zapytaniem czy wykonanie tej wystawy obejmowało swoim zakresem mapping. Zgodzić należało się również z Zamawiającym, że udzielona przez zamawiającego odpowiedź nie potwierdzała, że wykonawca nie spełnia warunku dotyczącego wykonania wystawy obejmującej swoim zakresem mapping. Odnosząc się do złożonego dowodu przez Odwołującego dowodu pisma Zarządu Inwestycji Miejskich w Wrocławia z dnia 30 grudnia 2019 r. nie potwierdza wprost, że wykonawca nie wykonał takiej wystawy. W piśmie tym używa się pojęcia „wydaje się” zatem trudno uznać niniejsze stanowisko jako kategorycznie potwierdzające niespełnienie warunku udziału w postępowaniu. Zgodzić się z Przystępującym, że Odwołujący nie przekazał pisma jakie kierował do zamawiającego, i jaką definicję mappinu przyjął.

Ponadto zgodzić należało się z Zamawiającym i Przystępującym, że nie przyjęto w tym postępowaniu definicji mapingu, zatem trudno odnosić do definicji prezentowanej wyłącznie przez Odwołującego. Zgodzić należało się również, że nie istnieje legalna, pranie określona definicja mapopingu. Wobec braku przyjęcia przez Zamawiającego definicji mappingu nie można również wyciągać negatywnych konsekwencji dla wykonawcy w postaci wykluczenia go z postępowania za niespełnienie warunków udziału. Odnosząc się w ocenie Izby do argumentacji Odwołującego, że w przyjętym warunku zamawiający wprowadził mapping jako liczbę mnogą należy zauważyć, że Zamawiający nie użył sformułowania „co najmniej dwóch mappingów” a dokonał wyliczenia wykonania pewnych zadań w postaci animacji, słuchowisk czy właśnie mappinu. W ocenie Izby skoro Zamawiający nie wskazał kategorycznie, że w warunku zależy mu aby wykonawca wykazał się co najmniej dwoma mappingami to nie można powyższego warunku odczytywać na niekorzyść wykonawcy, wobec tego Izba uznała że zarzut należało oddalić.

Odnosząc się do trzeciego zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp co do niespełnienia wymagań i warunków określonych w rozdziale XII SIWZ odnośnie elementów konkursowych jakie mają zostać załączone do oferty w zakresie scenariusza i storyboardu filmu A3 PROJ zgodzić należało się z Zamawiającym, że powyższe wymaganie dotyczyło dodatkowej punktacji jaką wykonawca mógł otrzymać w postępowaniu. I tak Przystępujący w kwestionowanym przez Odwołującego kryterium nie otrzymał maksymalnej ilości punktów. Komisja Przetargowa – jak zauważył Zamawiający – dostrzegła że storyboard

Przystępującego nie przedstawia kadrów zgodnie z założeniami projektu wykonawczego co nie skutkuje odrzuceniem oferty a jedynie przyznaniem mniejszej ilości punktów – co miało miejsce w tym postępowaniu. Nie można zatem zgodzić się z Odwołującym, że zaistniały podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia - zarówno uwzględniła odwołanie, jak również w pozostałej części je oddaliła. W tej sytuacji, kierując się zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, obciążyła kosztami postępowania odwoławczego Przystępującego – wobec częściowego jego sprzeciwu – oraz Odwołującego. Ponieważ na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis w wysokości 15.000 zł uiszczony przez Odwołującego oraz koszty stron poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego oraz Odwołującego a także koszty dojazdu Odwołującego w kwocie 244,50 zł Izba zasądziła od wykonawcy TRIAS AVI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 6.281 zł 50 gr. na rzecz wykonawcy Adventure Ekspozycje Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę, a także zasądziła od wykonawcy Adventure Ekspozycje Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach kwotę 2.400 zł 00 gr. na rzecz Zamawiającego: Miasta Rybnik z siedzibą w Rybniku stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:

.....