

Sygn. akt: KIO 1073/21, KIO 1079/21

WYROK
z dnia 21 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 maja 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 kwietnia 2021 r. przez:

A. wykonawcę **New Amsterdam Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** (sygn. akt: KIO 1073/21),

B. wykonawcę **TRIAS AVI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt: KIO 1079/21),
w postępowaniu prowadzonym przez **Muzeum Pamięci Mieszkańców Ziemi Oświęcimskiej (w organizacji)**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Deko-BAU Sp. z o.o. z siedzibą w Lubinie** oraz **Grupa Clue Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Krakowie** zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1073/21 oraz KIO 1079/21 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołania.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawcę **New Amsterdam Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** w sprawie o sygn. akt: KIO 1073/21 i Odwołującego – wykonawcę **TRIAS AVI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w sprawie o sygn. akt: KIO 1079/21 i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawcę **New Amsterdam Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** (sygn. akt: KIO 1073/21) oraz Odwołującego – wykonawcę **TRIAS AVI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt: KIO 1079/21) tytułem wpisu od odwołań,

- 2.2. zasądza od Odwołującego – wykonawcy **New Amsterdam Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** na rzecz Zamawiającego - **Muzeum Pamięci Mieszkańców Ziemi Oświęcimskiej (w organizacji)** kwotę 3 900 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu,
- 2.3. zasądza od Odwołującego – wykonawcy **TRIAS AVI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz Zamawiającego - **Muzeum Pamięci Mieszkańców Ziemi Oświęcimskiej (w organizacji)** kwotę 3 900 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Muzeum Pamięci Mieszkańców Ziemi Oświęcimskiej (w organizacji) [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *wykonanie, realizację i uruchomienie wystawy stałej Muzeum Pamięci Mieszkańców Ziemi Oświęcimskiej* (znak postępowania: ZP.3.1.2020).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 249-620153.

Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”].

Mając na uwadze, iż odwołania zostały wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 kwietnia 2021 r., do przedmiotowego postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) [dalej „ustawa nPzp”].

Sprawa o sygn. akt: KIO 1073/21

W dniu 8 kwietnia 2021 r. wykonawca New Amsterdam Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie [dalej „Odwołujący 1” lub „New Amsterdam”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 punkt 12 ustęp 1 punkt 2 ustawy Pzp polegające na wykluczeniu Odwołującego z postępowania (i odrzucenie Jego oferty) z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej względem wskazanej jako potwierdzenie spełnienia warunku realizacji wystawy w Centrum Geoedukacji w Kielcach, to jest:

- po pierwsze na niewykazaniu, że realizacja została wykonana na rzecz Instytucji Kultury;
- po drugie wskazaniu okresu ekspozycji na dzień składania ofert krótszego niż wymagany okres co najmniej 3 lat;

podczas, gdy:

- po pierwsze w żadnym miejscu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „Instytucji Kultury”, a dopiero uczynił to w piśmie z dnia 22 lutego 2021 roku, co sprawia, że zamówienia obejmujące dostawy lub usługi zrealizowane przez Odwołującego na rzecz zamawiających prowadzących działalność kulturalną, w tym wystawienniczą, a nie będących instytucjami kultury w rozumieniu ustawy o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (co dotyczy zwłaszcza podmiotów mających siedzibę w kraju innym niż Rzeczpospolita Polska), a których przedmiotem było wykonanie wystaw stałych (ekspozycji) pozwalają na wykazanie spełnienia przedmiotowego warunku;

- po drugie w punkcie V.2.c1. a SIWZ (zdolność techniczna lub zawodowa) Zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia wiedzy i doświadczenia Wykonawcy zobowiązani są wykazać, że w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie należycie wykonali (...) co najmniej dwa zamówienia polegające na wykonaniu wystawy stałej o powierzchni min. 600 m² i wartości co najmniej 5 milionów złotych brutto każde zamówienie, aby następnie uściślić i potwierdzić tak sformułowane wymaganie dopuszczając, aby Wykonawcy dołączyli wykaz zrealizowanych usług lub dostaw wykonanych w okresie dłuższym niż 3 lata, tj. w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert (tj. ostatni V.2.c1 SIWZ) co sprawia, że wystawa w Centrum Geoedukacji w Kielcach została wykonana (usługa zrealizowana), zaś wystawa udostępniona w tym okresie pozwala na wykazanie spełnienia warunku w tym zakresie;

2. art. 24 ust. 1 punkt 12 ustęp 1 punkt 2 ustawy Pzp polegające na wykluczeniu Odwołującego z postępowania (i odrzucenie Jego oferty) z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej względem wskazanej jako potwierdzenie spełnienia warunku realizacji wystawy w Muzeum Interaktywnym (Centrum Edukacji Teatralnej), to jest nie spełnienia warunku w zakresie minimalnej powierzchni zrealizowanej wystawy stałej wynoszącej 600 m² podczas, gdy:

Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ nie wskazał (nie zdefiniował), co rozumie przez powierzchnię wystawy stałej, w szczególności nie wykluczył możliwości zaliczenia do tej powierzchni - powierzchni budynku, w którym zlokalizowano i zrealizowano (wykonano) wystawę stałą, w tym tych części i pomieszczeń, które będąc funkcjonalnie powiązane z wystawą nie pełnią samodzielnie roli wystawienniczej, a są niezbędne dla korzystania z wystawy będąc jej częściami składowymi, co sprawia, że łączna powierzchnia objęta realizacją zamówienia na rzecz Narodowego Teatru Starego w Krakowie mieści się w zakresie definicji wystawy stałej o powierzchni 600 m² co sprawia, że Odwołujący spełnił warunek udziału w tym zakresie;

3. art. 24 ust. 1 punkt 12 ustęp 1 punkt 2 ustawy Pzp polegające na wykluczeniu

Odwołującego z postępowania (i odrzucenie Jego oferty) z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej względem wskazanej jako potwierdzenie spełnienia warunku realizacji wystawy Hydropolis dla Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji S. A. we Wrocławiu to jest:

- po pierwsze na niewykazaniu, że realizacja została wykonana na rzecz Instytucji Kultury;
- po drugie na niewykazaniu zasadności łączenia trzech różnych umów realizacyjnych dla wskazanego zamawiającego z trzema różnymi podmiotami, a zatem nie wykazaniu zasadności wykazania ww. usługi w podziale na 3 odrębne realizacje i wymaganej kwoty realizacji w wysokości min. 5 mln zł;

podczas gdy:

- po pierwsze w żadnym miejscu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „Instytucji Kultury” (o czym mowa w zarzucie 1), a dopiero uczynił to w piśmie z dnia 22 lutego 2021 roku, co sprawia, że zamówienia obejmujące dostawy lub usługi zrealizowane przez Odwołującego na rzecz zamawiających prowadzących działalność kulturalną, w tym wystawienniczą, a nie będących instytucjami kultury w rozumieniu ustawy o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (co dotyczy zwłaszcza podmiotów mających siedzibę w kraju innym niż Rzeczpospolita Polska), a których przedmiotem była wykonanie wystaw stałych (ekspozycji) pozwalają na wykazanie spełnienia przedmiotowego warunku;

- po drugie w żadnym miejscu SIWZ Zamawiający nie wykluczył możliwości i zasadności łączenia kilku - w przypadku Odwołującego trzech - umów realizowanych dla tego samego zamawiającego, w przypadku MPWiK S.A. we Wrocławiu wykonywanych w trzech etapach, eksploatowanych jako jedno przedsięwzięcie i w ramach jednego przedsięwzięcia zakończonego w okresie pięcioletnim - dopuszczonym SIWZ, którego łączna wartość (kwota otrzymanego wynagrodzenia) wyniosła minimum 5 milionów złotych, zaś Odwołujący wbrew twierdzeniu Zamawiającego wyjaśnił powyższą kwestię w piśmie będącym odpowiedzią na wezwanie Zamawiającego z dnia 22 lutego 2021 roku co sprawia, że Odwołujący spełnił warunek udziału w postępowaniu również w tym zakresie;

4. art. 24 ust. 1 punkt 12 ustęp 1 punkt 2 ustawy Pzp polegające na wykluczeniu Odwołującego z postępowania (i odrzucenie Jego oferty) z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej względem wskazanej jako potwierdzenie spełnienia warunku realizacji wystawy w Experience Center, Arabia Saudyjska dla MT2 Unit, to jest:

- po pierwsze na niewykazaniu, że realizacja została wykonana na rzecz Instytucji Kultury;
- po drugie wskazaniu okresu ekspozycji na dzień składania ofert krótszego niż wymagany okres co najmniej 3 lat;

podczas, gdy:

- po pierwsze w żadnym miejscu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „Instytucji Kultury” (o czym mowa w zarzucie 1 i 3), a dopiero uczynił to w piśmie z dnia 22 lutego 2021 roku, co sprawia, że zamówienia obejmujące dostawy lub usługi zrealizowane przez Odwołującego na rzecz zamawiających prowadzących działalność kulturalną, w tym wystawienniczą, a nie będących instytucjami kultury w rozumieniu ustawy o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (co dotyczy zwłaszcza podmiotów mających siedzibę w kraju innym niż Rzeczpospolita Polska), a których przedmiotem była wykonanie wystaw stałych (ekspozycji) pozwalają na wykazanie spełnienia przedmiotowego warunku;

- po drugie w punkcie V.2.c.1. a SIWZ (zdolność techniczna lub zawodowa, o czym mowa w zarzucie 1) Zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia wiedzy i doświadczenia Wykonawcy zobowiązani są wykazać, że w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie należycie wykonali (...) co najmniej dwa zamówienia polegające na wykonaniu wystawy stałej o powierzchni min. 800 m² i wartości co najmniej 5 milionów złotych brutto każde zamówienie, aby następnie uściślić i potwierdzić tak sformułowane wymaganie dopuszczając, aby Wykonawcy dołączyli wykaz zrealizowanych usług lub dostaw wykonanych w okresie dłuższym niż 3 lata, tj. w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert (tj. ostatni V.2.c1 SIWZ) co sprawia, że wystawa w Experience Center została wykonana (usługa zrealizowana), zaś wystawa udostępniona w tym okresie pozwala na wykazanie spełnienia warunku w tym zakresie;

5. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp polegające na naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i zasady przejrzystości poprzez wykluczenie Odwołującego (i odrzucenie Jego oferty) z powołaniem się na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu:

- po pierwsze w oparciu o niezdefiniowane w SIWZ kryterium (pojęcie) „instytucji kultury”;
- po drugie z powołaniem się na niespełnienie wymagania minimalnej powierzchni wystawy wykazanej dla potwierdzenia warunku udziału, a zrealizowanej w ramach zamówienia na rzecz Narodowego Teatru Starego, w sytuacji kiedy powierzchnia wystawy nie została również zdefiniowana w SIWZ;

- po trzecie z naruszeniem przepisu V.2.c.1 SIWZ, gdzie wskazano że spełniają warunek posiadania wiedzy i doświadczenia ci wykonawcy, którzy wykażą, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie należycie wykonali wymienione w punktach od a do c usługi o charakterze i złożoności podobnej do przedmiotu niniejszego zamówienia, którego to naruszenia Zamawiający dopuścił się interpretując ten przepis w taki sposób, że dla wykazania przedmiotowego warunku niezbędnym jest udostępnienie wystawy przez okres co

najmniej 3 lat przed upływem terminu składania ofert co sprawia, że zdaniem Zamawiającego w przypadku Centrum Geoedukacji w Kielcach oraz Experience Center Odwołujący nie spełnia wskazanego warunku;

- po czwarte z naruszeniem przepisu V.2.c.1 SIWZ, gdzie wskazano że spełniają warunek posiadania wiedzy i doświadczenia ci wykonawcy, którzy wykażą, że należycie wykonali co najmniej dwa zamówienia polegające na wykonaniu wystawy stałej o powierzchni 600 m², którego to naruszenia Zamawiający dopuścił się w oparciu o błędną interpretację wskazanego przepisu SIWZ uznając, że nie jest możliwe uznanie za jedno zamówienie realizacji trzech umów wykonywanych na rzecz tego samego zamawiającego w ramach tego samego przedsięwzięcia o tym samym celu.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący 1 wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. dopuszczenie dowodów wskazanych w odwołaniu, w szczególności oferty Odwołującego, SIWZ, korespondencji Zamawiającego z wykonawcami, w tym pytań i odpowiedzi względem SIWZ, protokołu postępowania oraz informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty;
3. unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy;
4. nakazanie Zamawiającemu ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W zakresie zarzutu 1-ego Odwołujący 1 podniósł, iż Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Odwołującego odnośnie wystawy w Centrum Geoedukacji w Kielcach stwierdził, że nie wykazano, że usługa została zrealizowana na rzecz Instytucji Kultury. Odwołujący 1 zarzucał Zamawiającemu, że w SIWZ brak definicji Instytucji Kultury, choćby poprzez odwołanie się do ustawy z dnia 25 października 1991 roku. Próbę podania takiej definicji Zamawiający podjął w pismach z dnia 19 lutego 2021 roku i z dnia 24 lutego 2021 roku, co należy uznać za spóźnione. Szczegółowa argumentacja w tej kwestii została przedstawiona w odwołaniu. Odwołujący 1 dodał, że w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego Zamawiający podał, że *„stawiając warunek udziału w postępowaniu postawił go w sposób ujmujący wszystkie instytucje kultury zgodnie z powyższą definicją i schematyką ustawową”*, dodając dalej, że *„Zamawiający wskazuje, iż nie postawił warunku jedynie publicznych instytucji kultury, ale instytucji kultury, które w myśl definicji legalnej dzielą się na państwowe i samorządowe. Zamawiający nie zawęził ww. warunku także jedynie do państwowych instytucji kultury”*. Jak wyżej wywiedziono definicji instytucji kultury brak w SIWZ, choćby polegającej na prostym odwołaniu się do ustawy (która na marginesie takowej definicji nie oferuje); ponadto pojawia się pytanie czy wedle wyводу Zamawiającego samorządowe instytucje kultury nie są publicznymi instytucjami kultury, a tak by wynikało z cytowanego fragmentu, który nie ułatwia zrozumienia, co Zamawiający miał na myśli.

Odwołujący próbował wyjaśnić powyższe kwestie Zamawiającemu, co nie znalazło Jego uznania, skwitował je bowiem określeniem „polemika”.

Odnośnie okresu, w którym ww. wystawa została udostępniona, Odwołujący odesłał do wcześniejszej argumentacji. Otóż usługa (wystawa) o charakterze i złożoności podobnej do przedmiotu niniejszego zamówienia, będąca przedmiotem referencji została wykonana w określonym okresie 5 lat (Rozdział V punkt 2 podpunkt c1 a) SIWZ). Akapit ostatni punktu c (str. 16 SIWZ) potwierdza powyższe rozumowanie stanowiąc, że „Zamawiający (...) dopuszcza, by Wykonawca/y dołączyli wykaz zrealizowanych usług lub dostaw wykonanych w okresie dłuższym niż 3 lata, tj. w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert.” Odwołujący 1 wskazał, że biorąc pod uwagę skrócony okres referencyjny dla podmiotów prowadzących działalność krócej niż 5 lat [a zatem nawet dwa tygodnie, miesiąc, rok itd.] nie jest możliwym w takich wskazanych przykładowo w nawiasie okresach działalności, aby wystawa była eksponowana przez okres 3 lat. Nieuzasadnione jest w żaden sposób, aby wykonawcy prowadzący działalność krócej niż 5 lat, a których wystawa została otwarta w terminie dowolnie krótszym niż trzy lata (dowolnie -decyzją Zamawiającego) byli traktowani lepiej niż ci, którzy takową działalność prowadzą przez okres minimum pięć lat. Nawiasem mówiąc, dla podmiotów prowadzących działalność krócej niż 5, szczególnie zaś krócej niż 3 lata spełnienie warunku tak jak go rozumie Zamawiający w piśmie z dnia 22 lutego 2021 roku jest niemożliwe - to jest warunku eksponowania wystawy przez okres co najmniej 3 lata. Czy wystawa, która była eksponowana przez okres 3 lat, a jej ekspozycja zakończyła się (dla przykładu) na dwa miesiące poprzedzające przyjęty termin (nie definiowany w SIWZ, a dopiero w piśmie Zamawiającego z dnia 22 lutego 2021 roku) z dowolnych przyczyn, na przykład z powodu demontażu lub zniszczenia może zostać skutecznie wskazana w celu wykazania spełniania warunku? Brak precyzji, której próbę naprawienia podjęto dopiero w piśmie wzywającym nie może powodować skutków niekorzystnych dla wykonawców działających w zaufaniu do SIWZ. Skorzystanie ze spóźnionych definicji będzie stanowić naruszenie równości dostępu do zamówienia, o czym stanowi przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Ocena spełnienia tegoż warunku (uznanie, że Wykonawca go nie spełnia) przy tak sformułowanym sposobie określenia czasu będzie całkowicie arbitralna, a ściślej rzecz ujmując - dowolna.

Odnosząc się do poruszonych przez Zamawiającego kwestii językoznawczych, mających za przedmiot analizę czasów jako składników zdania (w istocie przymiotników odczasownikowych) Wykonawca wskazał, co następuje. Zgodzić się trzeba z wnioskiem Zamawiającego, że charakter przeszły dokonany (posługując się analogią z językiem angielskim - past perfect) mają słowa „zaprojektowana” i „wykonana” w odniesieniu do wystawy, co dowodzi zakończenia jej wykonywania i jej odbioru, a zatem jej istnienia i eksploatacji (przy braku określenia w SIWZ terminu końcowego do jakiego należy liczyć

eksploatację, czy też ekspozycję). Słowo „eksponowana” zostało użyte - znowu posługując się porównaniem do języka angielskiego w czasie present perfect continuous, co zresztą ma dowodzić cechy stałości wystawy, to jest jej ekspozycji w tej samej lokalizacji (nie przenoszenia jej w inne miejsca), jako przedsięwzięcia trwałego, solidnego i przewidzianego na lata. Reasumując ten wątek, użycie przymiotnika „eksponowaną” pozwala na przyjęcie, że również przewidywany czas ekspozycji - obejmujący okres co najmniej 3 lat pozwala na uznanie spełnienia warunku udziału, zwłaszcza biorąc pod uwagę inny sposób oceny jego spełniania względem wykonawców „uprzywilejowanych”, to jest prowadzących działalność krócej niż 3 lata. Negatywnych konsekwencji nieścisłości w formułowaniu warunków udziału w postępowaniu (wykluczenie) nie może ponosić Wykonawca.

W przedmiocie zarzutu 2-ego Odwołujący 1 wskazał, iż Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ nie wskazał (nie zdefiniował), co rozumie przez powierzchnię wystawy stałej, w szczególności nie wykluczył możliwości zaliczenia do tej powierzchni - powierzchni budynku w którym zlokalizowano i zrealizowano (wykonano) wystawę stałą, to jest tych części i pomieszczeń, które będąc funkcjonalnie powiązane z wystawą nie pełnią samodzielnie roli wystawienniczej, a są niezbędne dla korzystania z wystawy będąc jej częściami składowymi (szatnie, sale konferencyjne, korytarze) co sprawia, że łączna powierzchnia objęta realizacją zamówienia na rzecz Narodowego Teatru Starego w Krakowie mieści się w zakresie definicji wystawy stałej o powierzchni 600 m². W konsekwencji Odwołujący 1 spełnił warunek udziału w tym zakresie. Odwołujący 1 odwołał się w tym miejscu do przepisu V.2.c1 SIWZ. Zaznaczony („o charakterze i złożoności podobnej do przedmiotu niniejszego zamówienia”) fragment poza powierzchnią (600 m²) jest jedynym parametrem określającym cechy wystawy stałej przedstawianej na potwierdzenie spełnienia przedmiotowego warunku. Definicja wystawy stałej („wystawa zaprojektowana, wykonana dla instytucji kultury i eksponowana w tej samej lokalizacji przez okres co najmniej 3 lat”) nie określa powierzchni wystawy ani nie wskazuje, co należy rozumieć jako wystawę; brak w szczególności wskazania, że wystawą nie jest powierzchnia nie zajęta pod ekspozycję, powierzchnia biur, poczekalni, korytarzy szatni. W piśmie z dnia 22 lutego 2021 roku Zamawiający wskazuje, że powierzchnia wystawy stałej jest „sednem”, będącym warunkiem udziału w postępowaniu. Nawet gdyby słowo „sedno” zostało użyte w stosownym miejscu, to jest SIWZ, w żaden sposób nie uściśliłoby to wymagań Zamawiającego w taki sposób, aby wykonawcy wiedzieli w sposób pewny, co jest powierzchnią wystawy, a co nie. Odwołujący 1 zwracał uwagę na okoliczność, iż sam opis przedmiotu zamówienia wskazuje, że wystawa jest pojęciem opisującym powierzchnię zaprojektowaną i funkcjonalnie podporządkowaną roli wystawienniczej. Przedsięwzięcie w postaci wystawy stałej składa się przy tym z wielu pomieszczeń o rozmaitej funkcji, przyporządkowanych celowi, któremu łącznie mają służyć - to jest celowi wystawienniczemu. Innymi słowy trudno sobie wyobrazić

wystawę, zwłaszcza zlokalizowaną w budynku, która składa się wyłącznie z pomieszczenia, na którego całej powierzchni posadowione są eksponaty, gabloty i inne przedmioty o charakterze *stricte* wystawienniczym. Tak w zamówieniu realizowanym na rzecz Teatru Starego w Krakowie jak i w niniejszym zamówieniu wystawę stałą, tworzą funkcjonalnie zaprojektowane i powiązane ze sobą pomieszczenia; jest tak z konieczności technologicznej i artystycznej. Dla przykładu Odwołujący wskazał pomieszczenia, które objęte są niniejszym zamówieniem (to jest które objęte będą odpowiednimi pracami wyłonionego wykonawcy): szatnia, WC, zaplecza, kawiarenka, sala konferencyjna i edukacyjna, magazyn, biblioteka, gabinety, sekretariaty, pracownie itd. Zamawiający nie wykluczył z powierzchni wymaganej dla wykazania spełnienia warunku udziału tego rodzaju pomieszczeń. Wykonawca wskazuje, że MICET znajduje się w zabytkowym budynku Teatru Starego w Krakowie na dwóch piętrach i składa się z wielu pomieszczeń o różnym charakterze, łącznie podporządkowanych funkcji wystawienniczej, tworzących razem spójny system. Trzeba zadać znowu pytanie, czy Zamawiający, opisując parametry techniczne części budynku Muzeum przeznaczone pod wystawę stałą (punkt 3.2 SIWZ *in fine*) uznaje za część wystawienniczą klatki schodowe oraz inne pomieszczenia wyżej przykładowo wymienione. Na pewno z rozdziału V SIWZ c.1 a nie wynika, że wystawą stałą (jej powierzchnią), spełniającą wymóg względem powierzchni nie może być powierzchnia na której wystawa była realizowana, wystawa składająca się z funkcjonalnie zaprojektowanych i połączonych jako system pomieszczeń, klatek schodowych itd. Zamawiający nie zdefiniował w SIWZ, co rozumie przez powierzchnie wystawienniczą, względnie powierzchnię „wystawowo czynną” zatem brak precyzji w tej kwestii rodzi negatywnych konsekwencji dla Wykonawcy. Odwołujący 1 tłumaczył to Zamawiającemu w piśmie stanowiącym odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień, co zostało potraktowane przez Zamawiającego jako nieprzekonywująca polemika. Wykonawca powołał się na fragment SIWZ sporządzonej dla postępowania organizowanego dla Teatru Starego, gdzie napisano, że powierzchnia MICET objęta zamówieniem: 648 m². Nie można zaś wykorzystywać definicji powierzchni wystawienniczej nie stworzonej w SIWZ. Wykonawca wedle przyjętej w SIWZ (niedoskonałej) definicji wystawy stałej spełnia powyższy warunek udziału w postępowaniu. W piśmie informującym o wynikach postępowania, w tym o wykluczeniu Odwołującego Zamawiający informuje, iż „warunek udziału dotyczył powierzchni wystawy stałej - wykonania wystawy, a nie całej powierzchni danej instytucji kultury (...)”, podając dalej, że pojęciem powierzchni wystawienniczej posługuje się pierwotny zamawiający Narodowy Teatr Stary w Krakowie (a zatem ją definiując - na potrzeby niniejszego postępowania), co miałoby przemawiać za argumentem, że Odwołujący nie zrozumiał w sposób nieusprawiedliwiony, co Zamawiający miał na myśli używając terminu „powierzchnia wystawiennicza”. Na marginesie, pojęcie powierzchni wystawienniczej nie pojawia się w SIWZ dla doprecyzowania

parametrów warunku udziału w postępowaniu, jako powierzchni na której miały być wykonane lub zakupione, dostarczone i zamontowane „obejmujące łącznie instalacje artystyczne, ekspozytory, gabloty, zabudowy ekspozycyjne, sprzęt i urządzenia AV i IT (w szczególności kioski multimedialne), oświetlenie ekspozycyjne oraz wykonanie, instalacje i uruchomienie systemu sterowania multimediami i oświetleniem, zarządzanie kontentem multimedialnym”. Niezrozumiałym jest przy tym zarzut sformułowany przez Zamawiającego wobec Odwołującego w brzmieniu: „Po pierwsze Wykonawca myli pojęcia z SIWZ „wykonanie wystawy stałej a pojęcie „wystawy stałej””. Reasumując, Zamawiający w SIWZ nie wskazał co rozumie przez powierzchnię wystawy stałej, w szczególności nie wykluczył z tej powierzchni pomieszczeń zlokalizowanych w budynku, a niezbędnych dla należytego korzystania z wystawy i funkcjonalnie z nią powiązanych.

W zakresie zarzutu 3-ego (dotyczący Hydropolis) Odwołujący 1 podał, że również w tym przypadku, trzeba powtórzyć, że w żadnym miejscu SIWZ Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „Instytucji Kultury”, a dopiero próbował to uczynić w piśmie z dnia 22 lutego 2021 roku. Zamówienia wykonane na rzecz MPWiK S. A. we Wrocławiu obejmowało dostawy lub usługi na rzecz zamawiającego prowadzącego działalność kulturalną, w tym wystawienniczą, a nie będącego instytucją kultury w rozumieniu ustawy o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej. Przedmiotem tego zamówienia było wykonanie wystawy stałej (ekspozycji) o celu i charakterze popularyzującym naukę i mającym cechy artystyczne, co pozwala na skuteczne wykazanie spełnienia przedmiotowego warunku. Całość powyżej zawartych wywodów dotyczących pojęcia „instytucji kultury” ma również w tym przypadku zastosowanie, zatem Odwołujący odsyła do nich.

Odnosnie zaś kwestii terminu realizacji tego zamówienia oraz podmiotowego udziału w realizacji każdej z trzech odrębnych umów innego składu podmiotowego. Względem zasadności łączenia trzech różnych umów dla wskazanego zamawiającego (MPWiK S. A.) Odwołujący 1 podniósł, że Zamawiający nie wykluczył możliwości łączenia kilku umów realizowanych dla tego samego zamawiającego dla wykazania spełnienia warunku, w tym przypadku realizowanych jako jedno przedsięwzięcie i w ramach jednego przedsięwzięcia. Otóż wszystkie trzy umowy były częściowo w tym samym okresie realizowane na rzecz tego samego zamawiającego, to jest MPWiK S. A. we Wrocławiu, co Odwołujący 1 wykazywał na pytania Zamawiającego, który dysponował złożonymi umowami i protokołami odbioru. Rezultatem tych umów (wynikiem realizacji ich przedmiotów) będących funkcjonalnie powiązaną całością (systemem) była i jest wystawa interaktywna działająca pod nazwą Hydropolis, jako całość odebrana protokołem w kwietniu 2016 roku (protokół u Zamawiającego - przedłożony na wezwanie Zamawiającego). Łączna podana wartość tych realizacji (wynagrodzenie (New Amsterdam) spełnia warunek potwierdzający wymaganą

wartość realizacji. Innymi słowy Zamawiający nie wskazując, że zamówienie to to samo co jedna umowa (i wyłącznie taka tożsamość jest akceptowana jako spełniająca warunek) nie wykluczył możliwości łączenia kilku umów realizowanych na rzecz tego samego zamawiającego. Połączenie tych trzech wskazanych umów nie jest, jak twierdzi Zamawiający, wyłącznie „wolą Wykonawcy”, ale obiektywnie i technologicznie uzasadnionym procesem inwestycyjnym, który łączył podmiot Zamawiającego. Wystawa, której dotyczą referencje (MPWiK) spełnia wszystkie warunki wskazane w SIWZ.

Względem zarzutu 4-ego - wystawa w Experience Center, Arabia Saudyjska dla MT 2 Unit 1310 Wykonawca w całości odsyła do argumentacji dotyczącej kwestii „instytucji kultury” jak i okresu ekspozycji. Dodać w tym miejscu trzeba, że trudnym, a nawet niemożliwym jest wykazanie, że zamawiający (inwestor) mający siedzibę w Arabii Saudyjskiej jest instytucją kultury w rozumieniu ustawy z dnia 25 października 1991 roku o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej. Zamawiający zresztą nie przywołuje przy tej okazji ustawy i jej rzekomych definicji dla uzasadnienia o wykluczeniu Odwołującego. Odwołujący 1 w wyjaśnieniach podał, że idąc torem myślenia Zamawiającego wykonawca nie mógłby się szczycić realizacjami (przedstawiać stosownych referencji) dla podmiotów zagranicznych działających (mających siedzibę) w krajach, w których nie funkcjonuje sformalizowana procedura i sposób zaliczania podmiotów do grona instytucji kultury, tak jak to rozumie Zamawiający; innymi słowy takich krajów, w których podmiot prowadzący działalność kulturalną nie jest instytucją kultury w rozumieniu ustawy wskazanej w piśmie z dnia 22 lutego 2021 roku i tam przyjętej definicji (taka ustawa po prostu nie obowiązuje w innych niż Polska krajach, szczególnie w Arabii Saudyjskiej). Nie sposób zatem odszukać danego zamawiającego posługując się numerem z rejestru Ministra kultury względnie innego rejestru. Odnośnie okresu eksploatacji wystawy Odwołujący 1 odesłał do argumentacji przedstawionej powyżej, zwracając szczególną uwagę na nieścisłości w definiowaniu pojęć, które Zamawiający wydaje się bagatelizować. Odwołujący 1 podkreślał, że brak precyzji nie może powodować negatywnych konsekwencji dla wykonawców (w tym Odwołującego) działających na podstawie regulaminu postępowania jakim jest SIWZ i w zaufaniu do tego dokumentu.

Odnośnie zarzutu 5-ego Odwołujący 1 wskazał, iż zarzuca Zamawiającemu naruszenie zasady uczciwej konkurencji i zasady przejrzystości poprzez wykluczenie Odwołującego (i odrzucenie Jego oferty) z powołaniem się na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu. Nie jest zgodne z zasadą przejrzystości opieranie decyzji i czynności Zamawiającego o niezdefiniowane w SIWZ kryteria i warunki, względnie o błędne definicje; dotyczy to zwłaszcza pojęcia „instytucji kultury” oraz okresu prowadzenia działalności i jego konsekwencji dla przyjmowania spełnienia warunku wykonania wystawy oraz jej eksploatacji nie wcześniej niż określony w SIWZ punkt czasowy. To samo tyczy się

definiowania - a właściwie jego braku - pojęcia powierzchni wystawy. W zarzucie tym chodzi o to, że sposób, w jaki Zamawiający postawił warunki podmiotowe pozwala Mu na dowolną ocenę ich spełniania; ich ocena może być różna w zależności od wykonawcy, dnia, w którym rozpoczął on działalność, a także oceny co Zamawiający uznaje za powierzchnię wystawienniczą, co w przypadku Odwołującego sprawiło, że dopiero czynnością wykluczenia Zamawiający podjął próbę sprecyzowania w tym przedmiocie. Najkrócej rzecz ujmując, od swobodnej decyzji Zamawiającego, do czego dorowadziło nieprawidłowe ujęcie definicji kryteriów lub ich brak, należy ocena czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, czy też ich nie spełnia; na tym polega naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Bezpodstawne wykluczenie skutkowało niesłusznym odrzuceniem ofert Odwołującego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 14 maja 2021 r. wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości;
2. przeprowadzenie dowodów wskazanych w odpowiedzi na odwołanie;
3. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający w uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie przedstawił szeroką argumentację na poparcie prezentowanego stanowiska.

Sprawa o sygn. akt: KIO 1079/21

W dniu 8 kwietnia 2021 r. wykonawca TRIAS AVI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący 2” lub „TRIAS AVI”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 p.w.p.z.p. w związku z postanowieniami rozdziału V ust. 2 lit. c.1 lit. a SIWZ oraz poz. 1b i 2b Wykazu Dostaw i Usług Odwołującego poprzez przyjęcie, że Odwołujący nie posiada wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej powołując się na wykonanie zamówienia polegającego na kompleksowym wykonaniu ekspozycji Centrum Pieniądza NBP im. Sławomira Skrzypka albowiem Narodowy Bank Polski nie jest „instytucją kultury”, w rozumieniu rozdziału V ust. 2 lit. c.1 SIWZ podczas, gdy zaoferowana przez Odwołującego zdolność techniczna lub zawodowa [doświadczenie] warunki te spełnia albowiem zaoferowana wystawa została wykonana na rzecz „instytucji kultury” zgodnie z postanowieniami SIWZ;
2. art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 p.w.p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Deko-BAU, która nie została zabezpieczona wadium z uwagi na nieprawidłowy sposób jego wniesienia, gdyż treść Gwarancji

Ubezpieczeniowej Zapłaty Wadium nr 998056156045 z dnia 28 stycznia 2021 r. nie obejmuje wszystkich wykonawców wchodzących w skład konsorcjum, to jest nie obejmuje członków Konsorcjum, co skutkuje niespełnieniem podstawowego celu wnoszenia wadium, którym jest należyte zabezpieczenie roszczeń Zamawiającego;

3. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 p.w.p.z.p. w związku z postanowieniami rozdziału V ust. 2 lit. c.1 lit. a SIWZ, względnie naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Deko-BAU z postępowania oraz odrzucenia jego oferty z uwagi na to, że Konsorcjum nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie obejmującym wymagania wynikające z rozdziału V ust. 2 lit. c.1. lit. a i b SIWZ [poz. 1 i 2 wykazu dostaw usług stanowiącego Załącznik nr 4 do SIWZ], względnie poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w powyższym zakresie, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty Konsorcjum, które nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu w odniesieniu do:

a) „*Wykonania wystawy stałej i zakup wyposażenia na potrzeby Muzeum Pamięci Sybiru*”, której okres ekspozycji rozpoczął się dopiero z dniem 1 listopada 2020 r., podczas gdy minimalny okres ekspozycji wynosił 3 lata w a konsekwencji wykonana wystawa nie posiada wymaganego przez Zamawiającego okresu ekspozycji,

b) „*Wystawy stałej o tematyce etnograficznej*” wykonanej przez konsorcjum Deko-BAU spółka z o.o. z siedzibą w Lubinie oraz Bruckschwaiger GES.M.B.H. z siedzibą w Langenzersdorf dla Weltmuseum Wien w Wiedniu [Austria] podczas, gdy nie spełnia wymagań Zamawiającego w odniesieniu do powierzchni, zakresu i wartości prac wykonanych przez Deko-BAU sp. z o.o. z siedzibą w Lubinie, a ponadto ponieważ interpretacja Zamawiającego użyta wobec Odwołującego wskazuje, że instytucja ta nie jest instytucją kultury w rozumieniu ustawy o działalności kulturalnej, a ponadto jest instytucją, która nie posiada siedziby na terytorium Polski,

c) „*Spitzmaus Mummy in a Coffin and other Treasure*” wykonanej przez konsorcjum Deko-BAU spółka z o.o. z siedzibą w Lubinie dla KHM-Museumverband w Wiedniu [Austria] podczas, gdy nie spełnia wymagań Zamawiającego w odniesieniu do powierzchni, zakresu i wartości prac wykonanych przez Deko-BAU sp. z o.o. z siedzibą w Lubinie, a ponadto ponieważ interpretacja Zamawiającego użyta wobec Odwołującego wskazuje, że instytucja ta nie jest instytucją kultury w rozumieniu ustawy o działalności kulturalnej, a ponadto jest instytucją, która nie posiada siedziby na terytorium Polski, a w konsekwencji naruszenie:

4. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawny wybór oferty Konsorcjum Deko-BAU, mimo że Konsorcjum podlegało wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, a jego oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 24 ust. 4 oraz

art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, a w konsekwencji nie była ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp;

5. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 p.w.p.z.p. tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zgodnie z zasadą proporcjonalności i przejrzystości, poprzez:

a) wykluczenie Odwołującego z postępowania jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej a w konsekwencji odrzucenie jego oferty, a ponadto dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Deko-BAU jako najkorzystniejszej podczas gdy Odwołujący nie powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona, skoro Odwołujący spełniał wymagania SIWZ oraz jednocześnie, oferta Konsorcjum nie powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, skoro podlegała odrzuceniu;

b) zróżnicowanie oceny zdolności technicznej lub zawodowej Odwołującego względem zdolności Konsorcjum Deko-BAU w zakresie sposobu rozumienia „instytucji kultury”, w szczególności poprzez przyjęcie, że Odwołujący winien zaoferować doświadczenie w wykonaniu wystawy stałej na rzecz instytucji kultury wpisanej do polskiego rejestru, o którym mowa w ustawie z dnia 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (Dz. U. z 2020 poz. 194) [dalej „ustawa o działalności kulturalnej”] przy jednoczesnym dokonaniu wyboru oferty Konsorcjum, które zaoferowało wykonanie wystawy stałej na rzecz instytucji kultury nie wpisanej do polskiego rejestru oraz instytucji nie będącej instytucją kultury w rozumieniu tej ustawy;

6. oraz innych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i innych przepisów powszechnie obowiązujących ewentualnie wskazanych w treści uzasadnienia odwołania.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący 2 wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum firm: Deko-BAU Sp. z o.o. oraz Grupa Clue Sp. z o.o. [dalej „Konsorcjum Deko-BAU”] jako najkorzystniejszej;

2. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum Deko-BAU z postępowania oraz odrzucenia oferty złożonej przez to konsorcjum;

3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

4. nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownej czynności oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego, poprzez dokonanie czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

5. wyznaczenie terminu posiedzenia niejawnego oraz jego przeprowadzenie z udziałem stron, a następnie skierowanie sprawy do rozpoznania na rozprawie;

6. dopuszczenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści odwołania na okoliczności szczegółowo wskazane w jego uzasadnieniu;
7. przyznanie Odwołującemu kosztów poniesionych w związku z prowadzonym postępowaniem odwoławczym, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, w kwocie 3.600,00 zł oraz kosztów dojazdu na rozprawę, które zostaną potwierdzone poprzez przedłożenie na rozprawie stosownych rachunków.

Zarzut wykluczenia Odwołującego 2 z postępowania

Odwołujący 2 wskazał, iż w 3 pismach z dnia 12, 18 oraz 25 marca 2021 r. wyraźnie wyjaśnił pojęcie „instytucji kultury”. Wykonawca konsekwentnie twierdzi, że Narodowy Bank Polski, poprzez prowadzoną działalność statutową jest instytucją kultury w rozumieniu SIWZ, w szczególności w rozumieniu punktu V ust. 2 podpunkt c.1 lit. a tej Specyfikacji. Odwołujący 2 w żadnym z dostępnych w ramach postępowania dokumencie, w tym w SIWZ, nie znajduje jakiegokolwiek definicji pojęcia „instytucji kultury” a tym bardziej połączenia go z pojęciem, które wynika z ustawy o działalności kulturalnej. W ocenie Odwołującego 2, przyjęcie interpretacji Zamawiającego ograniczającej rozumienie pojęcia „instytucji kultury” do definicji wynikającej z polskiej ustawy po terminie składania ofert skutkowałoby zmianą kryteriów podmiotowych udziału w postępowaniu, co jak wiadomo, jest absolutnie niedopuszczalne. Odwołujący 2 nie wyklucza, że być może Zamawiającemu chodziło o identyfikację tych dwóch pojęć, jednak bezspornie Zamawiający nie wyraził tego w żaden sposób w SIWZ ani też w żadnym innym dokumencie dotyczącym prowadzonego postępowania. Innymi słowy, być może Zamawiający istotnie chciał wprowadzić definicję instytucji kultury w sposób odnoszący się wprost do polskiej definicji ustawowej jednak tego nie uczynił i trudno dzisiaj z tego względu czynić zarzut Wykonawcy a tym bardziej trudno wywodzić z tego jakiegokolwiek negatywne dla Wykonawcy konsekwencje.

Odwołujący 2 wskazał, że istotą sporu i jednocześnie podstawą do wniesienia przedmiotowego odwołania jest konieczność udzielenia przez Krajową Izbę Odwoławczą odpowiedzi na pytanie: Czy i na ile pojęcie „instytucji kultury”, o którym mowa w rozdziale V ust. 2 lit. c.1 SIWZ winno opierać się na literalnym brzmieniu a na ile winno odnosić się do ustawy z dnia 25 października 1991r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej [Dz. U. z 2020 poz. 194]. W ocenie Wykonawcy, skoro Zamawiający nie wskazał wprost w SIWZ, że będzie oczekiwał instytucji kultury w rozumieniu przytoczonej ustawy to winna ona być interpretowana w sposób potoczny, tak jak rozumie ją każdy przeciętny człowiek. Nie ulega także wątpliwości, że wszelkie wątpliwości postanowień SIWZ winny być interpretowane na korzyść Odwołującego, albowiem to na Zamawiającym jako gospodarzu postępowania spoczywa ciężar precyzyjnego opisanie swoich wymagań, tak co do podmiotu jak i co do przedmiotu zamówienia. Odwołujący 2 przedstawił logiczną argumentację, że

skoro pojęcie kultury jest pojęciem szerokim i bardzo pojemnym to pojęcie instytucji kultury winno odnosić się do każdego podmiotu, który wykaże związek z kulturą. W konsekwencji Odwołujący 2 zaoferował Zamawiającemu doświadczenie w wykonaniu wystawy stałej na rzecz instytucji kultury, która w całości spełnia wymagania Zamawiającego. Uzasadniał, że nie ulega przecież żadnej wątpliwości, że działalność promująca wiedzę na temat pieniądza, jego historii, roli banków w obrocie gospodarczym oraz znaczenie procesów ekonomicznych opartych o pieniądź jest działalnością kulturalną. Narodowy Bank Polski z kolei jest instytucją, która podejmuje działania służące upowszechnianiu wiedzy o zasadach funkcjonowania rynku finansowego, pobudzaniu postaw przedsiębiorczych, kształtowaniu odpowiedzialności przy podejmowaniu decyzji finansowych, podnoszeniu poziomu znajomości zagadnień ekonomicznych, popularyzowaniu wiedzy na temat ekonomicznego dziedzictwa narodowego oraz promowaniu nowoczesnych postaw wpływających na kształtowanie kapitału społecznego. NBP realizuje wskazane cele m. in. poprzez: opracowywanie oraz wspieranie projektów edukacyjnych o tematyce ekonomicznej skierowanych do różnych grup odbiorców, zwłaszcza do środowisk szkolnych i akademickich, liderów opinii społecznej oraz środowisk zagrożonych wykluczeniem finansowym; wyrównywanie szans edukacyjnych młodzieży studiującej na kierunkach ekonomicznych dzięki programom stypendialnym; rozbudowaną działalność wydawniczą; ogólnodostępną działalność Centrum Pieniądza NBP i Centralnej Biblioteki NBP, jednej z najlepiej zaopatrzonych polskich bibliotek naukowych o profilu ekonomicznym.

Wobec powyższego nie ulega żadnej wątpliwości, że działalność informacyjna, edukacyjna, czy też wydawnicza Narodowego Banku Polskiego, w szczególności poprzez projekt Centrum Pieniądza NBP im. Sławomira S. Skrzypka jest działalnością kulturalną, wykonywaną przez instytucję Narodowego Banku Polskiego.

Jednocześnie Odwołujący 2 podniósł, że w Austrii funkcjonuje Muzeum Pieniądza przy centralnym banku Austrii, które stanowi bezpośredni odpowiednik polskiego Centrum Pieniądza, co wskazuje na rozbieżność interpretacyjną Zamawiającego. Jeśli bowiem Odwołujący 2 zrealizowałby inwestycję Muzeum Pieniądza dla Österreichische Nationalbank to taka wystawa zostałaby zaakceptowana przez Zamawiającego jako spełniająca wymogi SIWZ podczas, gdy taka sama inwestycja w Polsce dla Narodowego Banku Polskiego (takiego samego banku funkcjonującego w innym kraju Unii Europejskiej) według Zamawiającego takich wymogów nie spełnia. Co więcej, na gruncie rozumienia tego pojęcia Zamawiający wykazuje daleko idącą niekonsekwencję i wybiórcze traktowanie oferentów.

Zarzut zaniechania wykluczenia Konsorcjum Deko-BAU z postępowania

Zamawiający zaniechał wykluczenia Konsorcjum Deko-BAU z postępowania oraz odrzucenia jego oferty i całkowicie bezpodstawnie przyjął, że Konsorcjum Deko-BAU

wykazało posiadanie wymaganych zdolności technicznych lub zawodowych w odniesieniu do pozycji 1b, 1c oraz 1d Wykazu dostaw i usług zaoferowanego Zamawiającemu przy piśmie z dnia 26 marca 2021 r., tj. w zakresie:

- a) „Wykonania wystawy stałej i zakup wyposażenia na potrzeby Muzeum Pamięci Sybiru”,
- b) „Wystawy stałej o tematyce etnograficznej”,
- c) „Spitzmaus Mummy in a Coffin and other Treasure”.

Odnośnie wystawy wskazanej w lit. a) Odwołujący 2 podniósł, iż wymaganie Zamawiającego zamieszczone w rozdziale V ust. 2 lit. c.1 lit. a SIWZ nie zostało przez Konsorcjum Deko-BAU spełnione albowiem Konsorcjum zaoferowało wystawę, której okres ekspozycji rozpoczynał się najwcześniej w dniu 1 listopada 2020 r., skoro została ona zrealizowana i wykonana przez Konsorcjum z dniem 30 października 2020 r. Okres ekspozycji przed terminem składania ofert trwał zatem nieco ponad 3 miesiące. Zamawiający bezpodstawnie uznał zaoferowane przez Konsorcjum doświadczenie wynikające z przytoczonej realizacji albowiem okres ekspozycji tej wystawy w sposób oczywisty nie wynosi 3 lata, skoro rozpoczął się on najwcześniej z dniem następującym po dniu jej ukończenia tj. 30 października 2020 r. Odwołujący 2 uzasadniał, że okres ekspozycji winien być liczony jako 3 lata wstecz od dnia złożenia oferty albowiem w każdym innym przypadku termin ten nie miałby jakiegokolwiek znaczenia. Nie jest bowiem możliwe aby termin ten liczyć na przyszłość po terminie składania ofert, bo byłoby to wbrew literalnemu brzmieniu SIWZ określonego przez Zamawiającego. Nie ma także znaczenia czy oferent ponosi do dnia złożenia oferty odpowiedzialność z tytułu wad czy też nie bo okresem decydującym o uznaniu doświadczenia jest okres ekspozycji samej wystawy a nie okres odpowiedzialności jej wykonawcy za wady wystawy. Odwołujący 2 wskazał, że Zamawiający żądał wykazania doświadczenia wynikającego z wystaw, które: a) były eksponowane przez okres 3 lat, a przy tym b) zostały wykonane przez oferenta w okresie 5 lat przed terminem składania ofert. Odwołujący 2 stwierdził, iż gdyby przyjąć interpretację SIWZ wskazaną przez Konsorcjum Deko-BAU to dopuszczalnym byłoby wskazywanie realizacji wystaw, które już nie są eksponowane lub będą dopiero eksponowane. W konsekwencji Odwołujący 2 zarzuca Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Deko-BAU jako najkorzystniejszej w całkowitym oderwaniu zarówno od terminu jej ukończenia - nie starsza niż 5 lat jak również oderwaniu od określonego okresu jej ekspozycji - 3 lata. Jeśli przyjąć logikę Zamawiającego to możliwe jest wyprowadzenie absurdalnego wniosku, że doświadczenie oferent mógł wywodzić z realizacji wystaw, które nie zostały ukończone i wykonane do dnia składania ofert a przecież zostaną, skoro oferent zawarł umowę na ich wykonanie a w umowie został wskazany termin realizacji i okres odpowiedzialności za wady. Jednocześnie wykaz dostaw i usług Konsorcjum zaoferowany Zamawiającemu przy piśmie z dnia 26 marca 2021 r. nie przytacza żadnej innej wystawy. W konsekwencji nie ulega żadnej wątpliwości, że

Zamawiający całkowicie bezpodstawnie i niezgodnie z własnymi wymaganiami dokonał wyboru oferty Konsorcjum Deko-BAU jako najkorzystniejszej pomimo tego, że Konsorcjum winno podlegać wykluczeniu albowiem nie wykazało wymaganego doświadczenia. Sposób interpretacji SIWZ przyjęty przez Zamawiającego rażąco narusza również zasadę uczciwej konkurencji, o czym szerzej również w dalszej części odwołania.

Odnosnie wystawy wskazanej w lit. b) i c) Odwołujący 2 podniósł, iż zarzut obejmujący sposób rozumienia „instytucji kultury” zamieszczony przez Zamawiającego, jest w istocie stricte związany z podstawą wykluczenia Odwołującego. Odwołujący 2 wskazał, że można go zaprezentować w dwojaki sposób: 1. jeśli przyjąć interpretację pojęcia „instytucji kultury” zastosowaną przez Zamawiającego w odniesieniu do Odwołującego to Konsorcjum Deko-BAU winno również podlegać wykluczeniu z uwagi na brak zaoferowania Zamawiającemu wykonania wystawy na rzecz instytucji kultury wpisanej do polskiego rejestru instytucji kultury, względnie w ogóle polskiej instytucji kultury, oraz 2. jeśli przyjąć interpretację pojęcia „instytucji kultury” zastosowaną przez Zamawiającego w odniesieniu do oferty Konsorcjum Deko-BAU to Odwołujący 2 nie powinien zostać wykluczony z postępowania albowiem zaoferował Zamawiającemu doświadczenie wynikające z realizacji wystawy na rzecz instytucji kultury niewpisanej do rejestru instytucji, choć spełniającej te same funkcje i zadania co instytucje kultury zaoferowane przez Konsorcjum.

Jednocześnie Odwołujący 2 wskazał, że postawiony zarzut koresponduje z zarzutem nierównego traktowania oferentów przez Zamawiającego i został on sformułowany z innej perspektywy. Odwołujący 2 stawia zatem zarzut braku spełnienia przez Konsorcjum Deko-BAU wymagań w odniesieniu do instytucji kultury, której żądał Zamawiający dla realizacji wystawy stałej opisanej w Rozdziale V ust. 2 lit. c.1 lit. a SIWZ. Nie ulega wątpliwości, że Konsorcjum Deko-BAU nie zaoferowało żadnej realizacji wykonanej na rzecz polskiej instytucji kultury, poza oczywiście Muzeum Piosenki Polskiej w Opolu.

Odwołujący 2 zwrócił uwagę na podstawę faktyczną wykluczenia Odwołującego 2 z postępowania zawartą w piśmie z dnia 29 marca 2021 r. Odwołujący 2 stwierdził, że w konsekwencji bezsporny jest fakt, że wystawy zrealizowane przez Konsorcjum Deko-BAU na rzecz: a) Weltmuseum Wien w Wiedniu [Austria] oraz b) KHM-Museumverband w Wiedniu [Austria] nie zostały wykonane na rzecz polskiej instytucji kultury, jak również nie zostały wykonane na rzecz instytucji wpisanej do polskiego rejestru instytucji kultury, a zatem nie powinny być uwzględnione przez Zamawiającego jako spełniające SIWZ.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Deko-BAU. Brak wniesienia wadium

Odwołujący 2 wskazał, że bezspornie w treści gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 998056156045 z dnia 28.01.2021 r. jako zobowiązanego wskazano jedynie Deko-BAU sp. z o.o. Bezspornie również brak jest jakiegokolwiek informacji w treści tego

dokumentu, aby podmiot ten zamierzał ubiegać się o udzielenie zamówienia wspólnie z innym wykonawcą. Dalej Odwołujący 2 wskazał, że z treści gwarancji wprost i bezspornie wynika, że tylko DEKO-BAU sp. z o.o. nazywany jest w dalszej części „Zobowiązany”. Treść gwarancji wprost wskazuje, że jedynym podmiotem, który mógłby wypełnić przesłanki uprawniające Beneficjenta gwarancji do zatrzymania wadium jest tylko Zobowiązany. Żaden inny podmiot poza Zobowiązany nie może wypełnić tych przesłanek, a tym bardziej inny konsorcjant. W konsekwencji przedłożone zabezpieczenie wystawione na zlecenie DEKO-BAU sp. z o.o. dotyczyć będzie tylko i wyłącznie DEKO-BAU sp. z o.o. a zatem jedynie jednego z konsorcjantów. Wniesione w taki sposób wadium, o ile w ogóle zostało wniesione, to zabezpieczać może jedynie ofertę DEKO-BAU sp. z o.o. a nie może zabezpieczać oferty wniesionej wspólnie z innymi podmiotami. Z treści dokumentu gwarancji winno jasno i wyraźnie wynikać, że zabezpiecza ona ofertę wniesioną przez kilka podmiotów. Co najważniejsze w przedmiotowej sprawie to fakt, że nie idzie tu o to, że jeden z konsorcjantów nie może wnieść wadium w formie dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej lecz tylko i wyłącznie o to, że z treści tego dokumentu nie wynika, że zabezpiecza ona ofertę, która może zostać wniesiona przez kilku oferentów [konsorcjum]. Przepisy prawa zamówień publicznych w przypadku ofert składanych przez kilka podmiotów [konsorcja] dopuszczają wniesienie wadium przez jednego z oferentów lub kilku z nich ale w tej sytuacji nakazują, aby z treści dokumentu gwarancji wadialnej wynikało, że zabezpiecza ona ofertę wniesioną przez te kilka podmiotów [konsorcjum]. Z tego właśnie względu należy wywieść, że wadium nie zostało prawidłowo wniesione przez konsorcjum DEKO-BAU sp. z o.o. - Lider Grupa Clue spółka z o.o. sp.k. - Partner.

Odwołujący 2 podał, że wskazywał Zamawiającemu, że sposób wniesienia gwarancji przez DEKO-BAU sp. z o.o. jaki miał miejsce w przedmiotowym postępowaniu był dokładnie przedmiotem rozstrzygnięcia w postępowaniu sądowym prowadzonym przed Sądem Okręgowym w Gdańsku i został ostatecznie rozstrzygnięty wyrokiem z dnia 27 lutego 2020 r. sygn. akt XII Ga 555/18. Odwołujący 2 wskazał, iż podobnie wypowiedziała się KIO w wyroku z dnia 15 czerwca 2020 r. sygn. akt: KIO 970/20, wyroku z dnia 29 października 2020 r. sygn. akt: KIO 2645/20 oraz z dnia 24 czerwca 2020 r. sygn. akt: KIO 662/20.

Odwołujący 2 wskazał, że oferta niezabezpieczona wadium podlega odrzuceniu, tym samym nie bierze udziału w dalszym toku postępowania. Innymi słowy, nie budzi wątpliwości, iż w przypadku nieprawidłowego wniesienia wadium oferta podlega odrzuceniu, nie ma podstaw do jej dalszego badania, a także do weryfikowania podejrzenia rażąco niskiej ceny. Na marginesie Odwołujący 2 wskazał, że czynności wniesienia wadium nie można konwalidować więc wszystkie późniejsze działania czy oświadczenia, w szczególności oświadczenia gwaranta takiego jak bank lub zakład ubezpieczeń nie mają żadnego wpływu i znaczenia dla oceny skuteczności wniesienia wadium.

Zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji

W uzasadnieniu zarzutu nierównego traktowania oferentów przez Zamawiającego Odwołujący 2 wskazał, że Zamawiający wykazał się daleko idącą niekonsekwencją oraz brakiem logiki w swoich decyzjach w odniesieniu do podmiotów biorących udział w postępowaniu, a mianowicie jednocześnie przyjął przeciwstawne stanowiska: a. Instytucja kultury w rozumieniu SIWZ pozostaje w oderwaniu od definicji wynikającej z polskiej ustawy o działalności kulturalnej (stanowisko przyjęte przy ocenie oferty Deko-BAU), b. Instytucja kultury w rozumieniu SIWZ odnosi się do definicji wynikającej z polskiej ustawy o działalności kulturalnej (stanowisko przyjęte przy ocenie oferty Odwołującego 2).

Odwołujący 2 wskazał, że SIWZ w żaden sposób nie odnosił się do definicji z ustawy o działalności kulturalnej, a w konsekwencji nie narzucał jednolitego pojęcia instytucji kultury. Z tego względu, na tej podstawie ani oferta Odwołującego ani oferta Konsorcjum Deko-BAU nie powinna podlegać odrzuceniu. Odwołujący 2 opiera się tutaj na art. 65 § 1 kodeksu cywilnego. Nie ulega bowiem wątpliwości, że SIWZ w całości stanowi oświadczenie woli Zamawiającego i nie stanowi źródła prawa, pomimo tego, że znajduje oparcie w przepisach ustawy Pzp. Poszukiwanie źródła wykładni tego pojęcia w ustawie o działalności kulturalnej tak jak czyni to Zamawiający, jest po prostu nieuprawnioną nadinterpretacją. Odwołujący 2 wskazał, że w Austrii muzeum czy inne instytucje kultury może prowadzić każdy podmiot, z tym że dla muzeów istnieje wymaganie zaciągnięcia zobowiązania do przestrzegania reguł prowadzenia działalności muzealnej. Jednocześnie w Polsce rejestr instytucji kultury jest prowadzony przez polskie instytucje państwowe lub samorządowe. W konsekwencji oba te reżimy prawne nie są w żaden sposób ze sobą porównywalne, zawierają listy nieporównywalnych podmiotów i pełnią inne funkcje.

Odwołujący 2 z tego względu podnosi przedmiotowy zarzut, że zrealizował Centrum Pieniądza dla Narodowego Banku Polskiego. Jednocześnie NBP nie zdecydował się nadać placówce statusu muzeum, choć Odwołujący 2 nie zna przyczyn tego stanu rzeczy. Jednocześnie, w Austrii i na gruncie prawa austriackiego istnieje i funkcjonuje takie samo jak w Polsce muzeum pieniądza stworzone przy banku centralnym, które status muzeum już posiada. Innymi słowy, polski odpowiednik austriackiego Muzeum Pieniądza tj. Centrum Pieniądza NBP statusu muzeum już nie posiada. Istotna zatem z punktu widzenia Zamawiającego okazała się nie różnica w zakresie i sposobie działania instytucji lecz wpis do jakiegokolwiek rejestru, cokolwiek by ten rejestr w praktyce zawierał, co wydaje się interpretacją nieco kuriozalną.

„*Wystawa stałej o tematyce etnograficznej* wykonana przez konsorcjum Deko-BAU oraz Bruckschwaiger GES.M.B.H. z siedzibą w Langenzersdorf dla Weltmuseum Wien oraz *Spitzmaus Mumyjin a Coffin andother Treasure* wykonanej przez Deko-BAU dla KHM-Museumverband w Wiedniu [Austria] została zaakceptowana przez Zamawiającego

podczas, gdy żadna z tych instytucji nie jest instytucją kultury w rozumieniu ustawy o działalności kulturalnej, a ponadto jest instytucją nie posiadającą siedziby na terytorium Polski.

Odwołujący 2 wskazał na daleko idącą niekonsekwencję w argumentacji Zamawiającego. Z jednej bowiem strony wyklucza Odwołującego 2 twierząc, że nie wykazał, że jego doświadczenie w realizacji wystaw wynika z wykonania ich na rzecz instytucji kultury w rozumieniu polskiej ustawy o działalności kulturalnej. Jeśli bowiem Zamawiający twierdzi, że „instytucja kultury”, którą winien zaoferować Odwołujący 2 winna zostać wpisana do polskiego rejestru instytucji kultury to nie ma absolutnie żadnych podstaw do akceptacji doświadczenia zaoferowanego przez Konsorcjum Deko-BAU. Bez wątpienia Weltmuseum Wien oraz KHM-Museunrwerband nie jest polską instytucją kultury.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 14 maja 2021 r. wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości;
2. przeprowadzenie dowodów wskazanych w odpowiedzi na odwołanie;
3. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający w uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie przedstawił szeroką argumentację na poparcie prezentowanego stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołań.

Izba oceniła, że Odwołujący 1 oraz Odwołujący 2 wykazali interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba po wysłuchaniu stanowisk Stron i Przystępującego nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, jakoby Odwołujący 1 i 2 nie wykazali interesu w uzyskaniu zamówienia z uwagi na okoliczność, iż w dacie wnoszenia przedmiotowych odwołań, Wykonawcy nie pozostawali związani ofertami. Izba w składzie orzekającym w niniejszej sprawie nie podziela powyższego poglądu Zamawiającego.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba wzięła pod uwagę, iż termin związania ofertą upływał w dniu 29 marca 2021 r., wybór oferty najkorzystniejszej oraz czynność

wykluczenia obu Odwołujących z postępowania miała miejsce w dniu 29 marca 2021 r. w godzinach popołudniowych, a więc w momencie, kiedy obaj Wykonawcy byli związani ofertą. Odwołania w obu sprawach wniesiono 8 kwietnia 2021 r. Izba wzięła również pod uwagę to, że Zamawiający nie wezwał obu wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą, a czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia wykonawców dokonał ostatniego dnia terminu związania ofertą. Odwołujący 1 kwestionuje czynność wykluczenia go z postępowania, a Odwołujący 2 czynność wykluczenia go z postępowania oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. W ocenie Izby trudno odmówić Odwołującemu 1 interesu we wniesieniu odwołania, skoro gdyby (w ocenie Odwołującego 1) Zamawiający prawidłowo zweryfikował podmiotowo wykonawcę oraz prawidłowo ocenił ją w kryteriach w oceny ofert (oferta Odwołującego 1 nie podlegała ocenie w ramach kryteriów, ponieważ wykonawca został wykluczony z postępowania), to oferta Odwołującego 1 zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Analogicznie w przypadku Odwołującego 2, skoro w ocenie TRIAS AVI – wykonawca został niezasadnie wykluczony z postępowania a oferta wykonawcy najkorzystniejszego niezasadnie wybrana, to zdaniem Odwołującego 2 – jego oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Izba popiera i przyjmuje za własne stanowisko wyrażone przez Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 16 lipca 2014 r. sygn. XXIII Ga 924/14, w którym sąd dokonał najszerszej analizy i wykładni instytucji związania ofertą terminem w systemie zamówień publicznych, stwierdzając m.in., że z uwagi na specyfikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz swoisty charakter oferty złożonej na gruncie przepisów ustawy Pzp należy uznać, iż upływ terminu związania ofertą nie przesądza o nieskuteczności oferty. Podobny pogląd wyraził Sąd Okręgowy w Lublinie w wyroku z 17 stycznia 2013 r. sygn. IX Ga 392/13, w uzasadnieniu którego stwierdzono m.in., że: żaden z obowiązujących przepisów ustawy Pzp nie daje podstaw do twierdzenia, że nie jest możliwe rozpatrywanie, ocena i wybór oferty, w tym podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania w przypadku, gdy upłynie termin związania ofertą. Po upływie terminu związania, oferta nadal pozostaje ofertą. Ustawa Pzp nie zawiera również regulacji umożliwiających pominięcie oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Zamawiający w dniu 9 kwietnia 2021 r. powiadomił wykonawców o odwołaniach wniesionych przez wykonawcę New Amsterdam i wykonawcę TRIAS AVI.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Deko-BAU Sp. z o.o. z siedzibą w Lubinie oraz Grupa Clue Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Krakowie zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1073/21 oraz KIO 1079/21 odpowiednio w dniu 12 kwietnia 2021 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę wykonawcy TRIAS AVI wraz z wyjaśnieniami, ofertę wykonawcy New Amsterdam wraz z wyjaśnieniami, ofertę wykonawcy Konsorcjum Deko-BAU wraz z wyjaśnieniami, wezwania kierowane do ww. wykonawców oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 29 marca 2021 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 17 maja 2021 r., w tym odpowiedzi na odwołania z załącznikami.

Izba włączyła w poczet materiału dowodowego sprawy o sygn. akt: KIO 1079/21 pismo procesowe Odwołującego 2 z dnia 14 maja 2021 r. zawierające wnioski dowodowe wskazane w pkt. 1 – 8 pisma.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy o sygn. akt: KIO 1079/21 dowody złożone przez Konsorcjum Deko-BAU, tj.:

1. pismo Deko-BAU Sp. z o.o. z dnia 27 stycznia 2021 r.;
2. porozumienie w sprawie wpłaty wadium i zabezpieczenia należytego wykonania umowy z dnia 28 stycznia 2021 r.;
3. weksel in blanco wraz z deklaracją wekslową.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem V ust. 2 lit. c1 lit. a SIWZ, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniali poniższe warunki:

W celu potwierdzenia posiadania wiedzy i doświadczenia wykonawcy zobowiązani są wykazać się posiadaniem wiedzy i doświadczenia, tj.: wykażą, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie należycie wykonali następujące dostawy i usługi o charakterze i złożoności podobnej do przedmiotu niniejszego zamówienia:

a) co najmniej 2 zamówienia polegające na wykonaniu wystawy stałej o powierzchni min. 600 m² i wartości co najmniej 5 milionów złotych brutto każde zamówienie wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Przez „wykonanie wystawy” zamawiający rozumie wykonanie lub zakup, dostawę i montaż obejmujący łącznie instalacje artystyczne, ekspozytory, gabloty, zabudowy ekspozycyjne, sprzęt i urządzenia AV i IT (w szczególności kioski multimedialne), oświetlenie ekspozycyjne

oraz wykonanie, instalacje i uruchomienie systemu sterowania multimediami i oświetleniem, zarządzanie kontentem multimedialnym.

Przez „wystawę stałą” zamawiający rozumie wystawę zaprojektowaną, wykonaną dla instytucji kultury i eksponowaną w tej samej lokalizacji przez okres co najmniej 3 lat.

Zamawiający wskazał, iż zapewniając odpowiedni poziom konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie § 2 pkt 5 ppkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 112 ze zm.) dopuszcza, by wykonawca/y dołączyli wykaz zrealizowanych usług lub dostaw wykonanych w okresie dłuższym niż 3 lata, tj. w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert.

Zgodnie z rozdziałem X SIWZ:

1. Każda oferta zamówienia musi być zabezpieczona wadium w wysokości 180 000,00 zł w formie określonej w art. 45 ust. 6 ustawy Pzp.
2. Wadium należy wnieść przed upływem terminu składania ofert.
3. Wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:
 - 1) pieniądzu;
 - 2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym;
 - 3) gwarancjach bankowych;
 - 4) gwarancjach ubezpieczeniowych;
 - 5) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz.U. z 2016 r. poz. 359 i 2260 oraz z 2017 r. poz. 1089).
4. Wadium wnoszone w pieniądzu należy wpłacić przelewem na konto prowadzone przez (...).
5. Wadium wniesione w pieniądzu Zamawiający przechowuje na rachunku bankowym.
6. W przypadku wadium wnoszonego w pieniądzu za termin wpłynięcia wadium uznaje się termin jego „wniesienia”. Przez „wniesienie” rozumie się uznanie kwoty wadium na rachunek Zamawiającego. Do oferty należy dołączyć dokument potwierdzający przelew (wniesienie) środków na rachunek Zamawiającego. Wadium wnoszone w pieniądzu powinno fizycznie znajdować się na koncie Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert pod rygorem odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp).
7. W przypadku wniesienia wadium w formie innej niż pieniądz – wymagane jest załączenie do oferty oryginału dokumentu w postaci dokumentu elektronicznego podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wystawcę (np. bank, towarzystwo ubezpieczeniowe).

8. Wadium wniesione w formie innej niż pieniężna musi spełniać następujące wymagania:

- a) być wystawione na Zamawiającego,
- b) być czynnością jednostronnie zobowiązującą,
- c) mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu,
- d) odpowiadać co do wartości wysokości wadium określonej w SIWZ,
- e) musi odpowiadać co do terminu ważności terminowi związania ofertą określonemu w SIWZ,
- f) zawierać w swej treści oświadczenie gwaranta (poręczyciela), w którym zobowiązuje się on do bezwarunkowej wypłaty kwoty wadium na pierwsze żądanie zamawiającego zawierające oświadczenie, iż zaszła jedna z przesłanek wymienionych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

9. Wszystkie formy wadium powinny mieć określoną ważność zgodną z okresem związania ofertą. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert.

10. Zamawiający zwróci niezwłocznie wadium w sposób odpowiadający formie wnoszenia w przypadkach i na zasadach określonych w art. 46 ust. 1, 1a, 2 oraz 4 ustawy Pzp.

11. Zamawiający zgodnie z art. 46 ust. 3 ustawy Pzp żąda ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu zwrócono wadium na podstawie art. 46 ust. 1, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

12. Zamawiający zatrzyma wadium w przypadku, gdy zajdzie jedna z okoliczności wymienionych w art. 46 ust. 4a lub 5 ustawy Pzp.

13. Wykonawca lub podmiot wystawiający gwarancję bankową/ubezpieczeniową nie może uzależnić dokonania zapłaty od spełnienia jakichkolwiek dodatkowych warunków lub wykonania czynności, jak również od przedłożenia dodatkowej dokumentacji, dodatkowych oświadczeń złożonych przez wykonawcę lub inny podmiot pod rygorem odrzucenia oferty wykonawcy.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło trzech wykonawców, tj. Konsorcjum Deko-BAU, New Amsterdam oraz TRIAS AVI.

W dniu 29 marca 2021 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Deko-BAU Sp. z o.o. z siedzibą w Lubinie oraz Grupa Clue Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Krakowie.

Jednocześnie Zamawiający wykluczył z udziału w postępowaniu wykonawcę New Amsterdam na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym ww. decyzji Zamawiający wskazał, iż Wykonawca przedstawił Zamawiającemu wykaz usług na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu składający się z 4 realizacji (od 1a do 1d), który to jednak wykaz wymagał wyjaśnień i nie był wypełniony zgodnie z wzorem wykazu stanowiącym załącznik do SIWZ. Mając na uwadze przesłany przez

Wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykaz wraz z poświadczeniami (referencjami itp.) Zamawiający zwrócił się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień kolejno dla wskazanych w wykazie realizacji. Także udzielone wyjaśnienia nie dały podstaw do uznania przez Zamawiającego spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V ust. 2 lit. c1 lit. a SIWZ.

Ad. 1 – realizacja 1A – wystawa w Centrum Geoedukacji w Kielcach – Zamawiający Geopark Kielce

Usługa ta nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, gdyż: nie wykazano, że została zrealizowana na rzecz instytucji kultury, a okres jej ekspozycji na dzień składania ofert jest krótszy niż wymagany okres co najmniej 3 lat.

Wykonawca w wykazie, a następnie w odpowiedzi z dnia 19.02.2021 r. nie wyjaśnił wątpliwości Zamawiającego, a to:

1. w zakresie wyjaśnienia, na jakiej podstawie wskazano, iż Geopark Kielce jest instytucją kultury:

Zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu wymagana była realizacji na rzecz instytucji kultury, której legalna definicja znajduje się w ustawie o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej z dnia 25 października 1991 r. (Dz. U. z 2020 r. poz 194 ze zm.). Zgodnie z ww. ustawą cały rozdział 2 ustawy nosi tytuł: „Rozdział 2 Instytucje kultury”, które zostały dalej w ustawie podzielone na: państwowe instytucje kultury (art. 8) i samorządowe instytucje kultury (art. 9). Zamawiający stawiając warunek udziału w postępowaniu postawił go w sposób ujmujący wszystkie instytucje kultury zgodnie z powyższą definicją i systematyką ustawową. Zamawiający wskazał, iż nie postawił warunku jedynie publicznych instytucji kultury, ale instytucji kultury, które w myśl definicji legalnej dzielą się na państwowe i samorządowe. Zamawiający nie zawęził ww. warunku także jedynie do państwowych instytucji kultury. Zatem każdy wykonawca, który wykaże, że realizował zgodnie z pozostałymi wymaganiami, realizację na rzecz instytucji kultury (obojętnie, czy państwowej czy samorządowej) wykazałby spełnienie tej części warunku udziału w postępowaniu.

To że usługa Geopark Kielce została zrealizowana na rzecz instytucji powołanej przez samorząd nie oznacza, iż jest to instytucja kultury – w tym wypadku samorządowa. Jako taka powinna posiadać odpowiedni status instytucji kultury – a co za tym idzie wpis do rejestru samorządowych instytucji kultury i Zamawiający bez wykazywania ww. wykazie powinien bez problemu móc ww. numer wpisu sprawdzić i pobrać go z odpowiedniego rejestru. Wykonawca na wezwanie do wyjaśnień ww. wpisu nie wykazał.

Wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie z dnia 22.02.2021 r., także nie odniósł się do powyższego, polemizując jedynie ze zdaniem Zamawiającego. W szczególności zarzucając Zamawiającemu brak odesłania w SIWZ do definicji legalnej. Skoro zatem

wykonawca posiada wiedzę o tym, iż pojęcie „instytucja kultury” ma definicję legalną i jest zrozumiałe, dlaczego wykonawca się do tego nie odniósł. Dodatkowo skoro wykonawca nie wskazał, w jaki inny sposób rozumieć ww. pojęcie, gdyż nawet w powszechnie dostępnej Wikipedii czytamy:

„Instytucja kultury - zakład o charakterze publicznym zajmujący się upowszechnianiem kultury, może być zarówno państwowy jak i samorządowy. Przybiera różne formy organizacji, np. teatr, kino, instytucja filmowa, muzeum, biblioteka, opera, operetka, filharmonia, orkiestra, dom kultury, ognisko artystyczne, galeria sztuki, ośrodek badań i dokumentacji. Zasady organizacji instytucji kultury w Polsce reguluje ustawa z 25 października 1991 o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej. Formy organizacyjne instytucji kultury:

- instytucje państwowe – instytucje tworzone przez ministrów oraz kierowników urzędów centralnych
- instytucje samorządowe - instytucje tworzone przez jednostki samorządu terytorialnego.

Pojęcie „instytucja kultury” ma swoją definicję legalną w ustawie o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej z dnia 25 października 1991 r., a więc branżowo związanej z przedmiotem działalności wykonawcy. Ta definicja legalna, która wiążąco ustala znaczenie określonego pojęcia (zwrotu) na użytek danego aktu/sprawy, nie została w żaden sposób zmodyfikowana przez Zamawiającego. W polskim systemie prawnym sposób używania definicji legalnych zawarty jest w zasadach techniki prawodawczej. Zgodnie z nimi definicję legalną zamieszcza się w tekście prawnym, jeśli np. znaczenie danego określenia nie jest powszechnie zrozumiałe ze względu na dziedzinę regulowanych spraw istnieje potrzeba ustalenia nowego znaczenia danego określenia. Zamawiający zwracał uwagę, iż nie ograniczył w żaden sposób formy instytucji kultury, tj. za art. 10 ww. ustawy. Zatem Zamawiający nie ograniczył się w tym wypadku do jedynie jednej z możliwych form prawnych instytucji kultury, ale określił je możliwie najszerzej. Zamawiający zwracał uwagę, iż definicja legalna instytucji kultury od momentu wszczęcia postępowania nie uległa zmianie, stąd wywody Wykonawcy dotyczące ewentualnej zmiany definicji ww. pojęcia przez Zamawiającego nie znajdują potwierdzenia w stanie faktycznym, gdyż Zamawiający w ten sam sposób od wszczęcia postępowania powołuje się na pojęcie – które posiada jedynie definicję legalną. Wykonawca nie przedstawił w żadnej ze swoich odpowiedzi alternatywnej definicji powołując się jedynie na jej niedookreślenie w SIWZ. Zamawiający zwraca uwagę, iż w postępowaniu tak szczególnie specjalistycznym, fakt niezrozumienia podstawowych pojęć z tego zakresu, potwierdza brak wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Nie można zatem przyjąć, iż Wykonawca wykazał, że Geopark Kielce jest instytucją kultury.

2. w zakresie wyjaśnienia – uzupełnienia okresu, w którym wystawa została udostępniona

Wykonawca wskazał, iż cyt.: „wystawa (...) została udostępniona dnia 04 sierpnia 2019 r. i jest nadal udostępniana w tej samej lokalizacji, przy czym planowany okres jej udostępnienia to okres nie krótszy niż 3 lata”. Zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu przez „wystawę stałą” Zamawiający rozumie wystawę zaprojektowaną, wykonaną dla instytucji kultury i eksponowaną w tej samej lokalizacji przez okres co najmniej 3 lat. Sam układ słów wskazuje na charakter przeszły dokonany: zaprojektowana, wykonana i eksponowana przez okres co najmniej 3 lat.

Wykonawca wskazał w wyjaśnieniach, iż planowany okres udostępnienia nie będzie krótszy niż 3 lata, a zatem nie wykazał warunku udziału w postępowaniu. Słowo – planowany okres – wskazuje na zdarzenie przyszłe i niepewne, co jedynie potwierdza brak wykazania ww. warunku udziału w postępowaniu. Podobnie, jak wskazany w wyjaśnieniu okres – od 04 sierpnia 2019 r. do chwili obecnej – czyli około półtora roku (a nie ja w warunku udziału w postępowaniu okres co najmniej 3 lat). Wykonawca w uzupełnieniu w piśmie z dnia 24.02.2021 r. także nie odniósł się merytorycznie do ww. zagadnienia, skupiając się jedynie na polemice. Dodatkowo Wykonawca całkowicie pominął fakt, iż warunki udziału w postępowaniu winny zostać spełnione co najmniej na dzień składania ofert, co nie jest redefinicją Zamawiającego, ale wynika z przepisów ustawy Pzp.

W SIWZ znalazł się zapis:

„W celu potwierdzenia posiadania wiedzy i doświadczenia wykonawcy zobowiązani są wykazać się posiadaniem wiedzy i doświadczenia, tj.: wykażą, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie należycie wykonali następujące dostawy i usługi o charakterze i złożoności podobnej do przedmiotu niniejszego zamówienia”. Powyższe wynika także z rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia - § 2 pkt 4 ppkt 2. Jest to zresztą zapis typowy w postępowaniach przetargowych szczególnie, iż warunki udziału w postępowaniu mają być spełnione najpóźniej na dzień złożenia ofert, a nie na dowolną inną przyszłą i niepewną datę. (...) Zgodnie z aktualnym odpisem z rejestru przedsiębiorców KRS data rejestracji w KRS Wykonawcy to 12.06.2012 r.

Ad. 2 – realizacja 1B

Pozycja 1B wykazu – wystawa Muzeum Interaktywne (Centrum Edukacji Teatralnej)

Usługa ta nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, gdyż nie spełnia warunku w zakresie minimalnej powierzchni zrealizowanej wystawy stałej wynoszącej 600m².

Wykonawca w piśmie z dnia 19.02.2021 r. przedstawił 4 strony SIWZ z 2015 r. nr ZP-07/15 gdzie czytamy, iż cyt.: „powierzchnia MICET objęta zamówieniem: 648 m²· MICET to inaczej całe Muzeum Interaktywnego Centrum Edukacji Teatralnej. W przytoczonym zapisie SIWZ jest mowa o całej powierzchni muzeum, nie jest natomiast wspomniana wymagana

przez Zamawiającego powierzchnia wystawy stałej czyli niejako sedno, które było warunkiem udziału w postępowaniu.

Zamawiający wskazał, iż zweryfikował wskazane wyżej wartości dwukrotnie zadając pytanie służbową drogą mailową i uzyskał odpowiedź następującą, cyt.:

„Dzień dobry, w odpowiedzi na Pani maila o realizację konsorcjum New Amsterdam sp. z o.o. oraz Fabryki Dekoracji M.P. informuję, że wystawa stała została udostępniona w grudniu 2016 r. i jest udostępniona do dziś. Powierzchnia MICET to ok. 750 m², a powierzchnia wystawiennicza to ok. 400 m²”.

Mając na uwadze powyższe stwierdzenie przesłane przez służby Narodowego Teatru Starego w Krakowie Zamawiający pismem z dnia 17.02.2021 r. zwrócił się do Dyrektora ww. instytucji o szczegółowe określenie powierzchni wykonanej wystawy stałej. (...)

W dniu 18.02.2021 r. Zamawiający uzyskał informację, iż cyt.: „powierzchnia wystawowa MICET (obejmująca zarówno przestrzeń wystaw stałych i czasowych) wynosiła 470,61 m²”.

Zamawiający wskazał, że Wykonawca nie ma racji wskazując, iż powierzchnia wystawy stałej wynosiła 647 m², skoro z załączonej do wyjaśnień SIWZ z 2015 r. nr ZP-07/15 wynika, iż powierzchnia ta dotyczy całej powierzchni Muzeum, a nie powierzchni wystawy stałej.

Zamawiający poinformował, iż warunek udziału dotyczył powierzchni wystawy stałej – wykonania wystawy, a nie całej powierzchni danej instytucji kultury, zatem wskazuje, iż przedmiotowa wystawa/realizacja nie spełnia ww. warunku udziału w postępowaniu. Do tego powierzchnia wskazana w piśmie obejmuje wymaganą wystawę stałą łącznie z wystawą czasową, która nie spełnia warunku udziału w postępowaniu (brana ma być pod uwagę tylko powierzchnia wystawy stałej).

W uzupełnieniu z dnia 24.02.2021 r. Wykonawca wdał się w polemikę z powyższym stwierdzając, cyt.: „Innymi słowy trudno sobie wyobrazić wystawę, zwłaszcza zlokalizowaną w budynku, która składa się wyłącznie z pomieszczenia, na którego całej powierzchni posadowione są eksponaty, gabloty i inne przedmioty o charakterze stricte wystawienniczym. Tak w zamówieniu realizowanym na rzecz Teatru Starego w Krakowie jak i w niniejszym zamówieniu wystawę stałą, tworzą funkcjonalnie powiązane ze sobą pomieszczenia; jest tak z konieczności technologicznej i artystycznej. Dla przykładu Wykonawca wskazuje pomieszczenia, które objęte są niniejszym zamówieniem (to jest które objęte będą odpowiednimi pracami wyłonionego wykonawcy): szatnia, Wc, zaplecza, kawiarenka, sala konferencyjna i edukacyjna, magazyn, biblioteka, gabinety, sekretariat, pracownie itd. Zamawiający nie wykluczył z powierzchni wymaganej dla wykazania spełnienia warunku udziału tego rodzaju pomieszczeń. Wykonawca wskazuje, że MICET znajduje się w zabytkowym budynku Teatru Starego w Krakowie na dwóch piętach i składa

się z wielu pomieszczeń o różnym charakterze, łącznie podporządkowanych funkcji wystawienniczej, tworzących razem spójny system.”

Zamawiający wskazał, iż wykonawca nie wziął pod uwagę, iż Zamawiający posługuje się w tym wypadku nie tylko powierzchnią ale i definicją „wykonania wystawy”. A zatem należy przyjąć, iż Zamawiający nie można uznać ww. realizacji jako spełniającej wymagania siwz. Wykonawca skupił się jedynie na polemicie, natomiast nie wykazał, by – jak to określił - wykonując „szatnię, wc, zaplecza, kawiarenka, sala konferencyjna i edukacyjna, magazyn, biblioteka, gabinety, sekretariaty, pracownie itd.” Obejmowały one swoim zakresem wymagany zakres wskazany w definicji „wykonania wystawy”. Wykonawca nie wykazał w żaden sposób, iż poza powierzchnią wystawienniczą wskazaną Zamawiającemu przez służby Narodowego Teatru Starego w Krakowie w ww. realizacji zadania zdefiniowane w pojęciu „wykonania wystawy” realizowane były w innych pomieszczeniach tego Zamawiającego.

Wykonawca wskazuje, iż Zamawiający nie wskazał w siwz co rozumie pod pojęciem powierzchni wystawienniczej, jednakże należy w tym miejscu zauważyć, iż ww. pojęciem posługuje się pierwotny Zamawiający. Natomiast wykonawca miał wykazać, iż na powierzchni co najmniej 600 m² wykonał wystawę. Narodowy Teatr Stary w Krakowie potwierdził w tym zakresie jedynie przestrzeń wystaw stałych i czasowych, która wynosiła 470,61 m². (...)

Wykonawca wskazał cyt.: „Wykonawca wedle przyjętej w SIWZ (niedoskonałej) definicji wystawy stałej spełnia powyższy warunek udziału w postępowaniu”. Zamawiający nie podziela ww. zdania. Po pierwsze Wykonawca myli pojęcia z siwz („wykonanie wystawy” a pojęcie „wystawy stałej”) a do tego wykonawca oprócz polemiki nie udowodnił, iż zakres minimalny opisany w siwz zrealizowany był w innych pomieszczeniach, co biorąc pod uwagę ich nazwy (np. wc, szatnia, kawiarenka itp.) mogło mieć miejsce. Po drugie Zamawiający całą korespondencję w sprawie przekazał wraz z wezwaniem z dnia 22.02.2021 r. i w uzupełnieniu na nie nie otrzymał żadnego odniesienia do spełniania warunku udziału w postępowaniu, a jedynie luźne polemiczne uwagi w tym zakresie. Wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu należy do wykonawcy.

Ad. 3 – realizacja 1C

Pozycja 1C wykazu – wystawa Hydropolis dla MPWiK S.A. we Wrocławiu

Usługa ta nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, gdyż: nie wykazano, że została zrealizowana na rzecz instytucji kultury oraz nie wykazano zasadności łączenia trzech różnych umów realizacyjnych dla wskazanego wyżej Zamawiającego z trzema różnymi podmiotami, a zatem nie wykazano zasadności wykazania ww. usługi w podziale na 3 odrębne realizacje i wymaganej kwoty realizacji w wysokości min. 5 mln zł.

Wykonawca w złożonym wykazie, a następnie w odpowiedzi z dnia 19.02.2021 r. nie wyjaśnił wątpliwości Zamawiającego, a to:

1. w zakresie wyjaśnienia, na jakiej podstawie wskazano, iż MPWiK S.A. we Wrocławiu jest instytucją kultury:

Wykonawca nie udzielił wyjaśnień na pytania, wdając się w polemikę w zakresie instytucji kultury, zatem Zamawiający nie będzie ponawiał w tym zakresie swojej argumentacji, wskazanej w realizacji ad. 1A. Zamawiający jasno sprecyzował warunek udziału w postępowaniu, a wyjaśnienia wykonawcy mówiące o tym, iż „zamówienie zleczone wykonawcy MPWiK S.A. we Wrocławiu (Hydropolis) ma charakter wystawy interaktywnej – jest de facto muzeum o wodzie, a tym samym ma charakter kulturalno – edukacyjny (...)” nie może zostać uznane za spełnienie warunku udziału w postępowaniu, gdyż mowa w nim była o realizacji na rzecz instytucji kultury, a nie jedynie dla podmiotów – jak to określił Wykonawca – o charakterze kulturalno – edukacyjnym

Skoro zdaniem Wykonawcy cyt. „trudno odmówić MPWiK S.A. we Wrocławiu statusu instytucji kulturalnej” – należało to odpowiadając na pytania Zamawiającego wykazać, gdyż samorządowe instytucje kultury także powinny móc zostać zweryfikowane przez Zamawiającego poprzez ogólnie dostępny wpis do samorządowego rejestru instytucji kultury. Nie można zatem przyjąć, iż Wykonawca wykazał, że MPWiK S.A. we Wrocławiu jest instytucją kultury. W szczególności na wezwanie Zamawiającego, wykonawca dodał, iż cyt.: „wystawa Hydropolis służy kulturze i używając modnego niegdyś sformułowania funkcjonuje „na odcinku kultury”. Nie jest to jednak potwierdzeniem spełniania warunku udziału w postępowaniu.

2. w zakresie wyjaśnienia dot. terminu realizacji oraz podmiotowego udziału w realizacji każdej z trzech odrębnych umów innego składu podmiotowego Wykonawców, a co za tym idzie także kwotowego warunku postawionego w SIWZ:

Wykonawca wskazał, iż realizacja podzielona była na etapy. Nie wyjaśnił jednak dlaczego trzy różne umowy, realizowane w różnym składzie podmiotowym i w różnym okresie czasu, zostały wykazane jako jedna realizacji. Wola Wykonawcy w tym zakresie, aby ww. realizację połączyć, nie daje podstaw do przyjęcia, iż była to jedna realizacja. Wykonawca nie wyjaśnił (mimo skierowania w tym zakresie odrębnego pytania) dlaczego trzy różne umowy, realizowane na różne zadania i w różnym okresie czasu, przez zgoła inne podmioty, mają zostać uznane za jedną realizację i potwierdzać wymaganą wartość realizacji. Zamawiający wskazał, iż daty ww. protokołów odbioru z 19.10.2015 r. i 21.10.2015 r. wskazują, iż nie można ich uznać za spełniające warunek udziału w postępowaniu, nawet w rozszerzonym zakresie, skoro zostały zrealizowane przed okresem realizacji wskazanym w SIWZ. Na wezwanie Zamawiającego Wykonawca nie uzupełnił powyższego, nie wyjaśnił wątpliwości i uwag, wskazał jedynie, iż podtrzymuje swoje poprzednie wyjaśnienia.

Zamawiający wskazał, iż to na Wykonawcy spoczywa ciężar wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający po analizie złożonych dokumentów dał możliwość Wykonawcy wyjaśnienia na podstawie art. 26 ust. 4, a następnie dopiero skorzystał z wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Mimo to Wykonawca nie wyjaśnił wskazanych wyżej wątpliwości Zamawiającego w zakresie ww. realizacji.

Ad. 4 – realizacja 1D

Pozycja 1D wykazu – wystawa w Experience Center, Arabia Saudyjska dla MT2 Unit 1310, Dubaj

Usługa ta nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, gdyż: nie wykazano, że została zrealizowana na rzecz instytucji kultury, a okres jej ekspozycji na dzień składania ofert jest krótszy niż wymagany okres co najmniej 3 lat.

Wykonawca w wykazie, a następnie w odpowiedzi z dnia 19.02.2021 r. nie wyjaśnił wątpliwości Zamawiającego, a to:

1. w zakresie wyjaśnienia, na jakiej podstawie wskazano, iż MT2 jest instytucją kultury:

Wykonawca nie wyjaśnił i nie wykazał, iż podmiot MT2 Unit 1310 Dubaj jest instytucją kultury, zatem Zamawiający nie będzie ponawiał w tym zakresie swojej argumentacji, wskazanej już w ad. 1.

Wykonawca w szczególności nie wykazał i nie wyjaśnił statusu ww. podmiotu, o którym nie świadczą wspólnicy czy inwestorzy, ale realny status podmiotu, który zgodnie z przedłożonymi referencjami jest „spółką zarejestrowaną i licencjonowaną jako podmiot w strefie wolnego handlu”.

Mimo wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, Wykonawca nie wykazał, iż ww. podmiot jest instytucją kultury.

Na wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Wykonawca wskazał jedynie, iż: „Względem wystawy w Experience Center w Arabii Saudyjskiej w kwestii trapiącego Zamawiającego problemu pod hasłem „instytucja kultury” Wykonawca odsyła do wyjaśnień powyżej. Dodać tutaj jedynie trzeba, że idąc torem myślenia Zamawiającego Wykonawca nie mógłby się szczycić realizacjami (przedstawiać stosownych referencji) dla podmiotów zagranicznych działających (mających siedzibę) w krajach, w których nie funkcjonuje sformalizowana procedura i sposób zaliczania podmiotów do grona instytucji kultury, tak jak to rozumie Zamawiający; innymi słowy takich krajów, w których podmiot prowadzący działalność kulturalną nie jest instytucją kultury w rozumieniu ustawy wskazanej w piśmie z dnia 22 lutego 2021 roku i tam przyjętej definicji (taka ustawa po prostu nie obowiązuje w innych niż Polska krajach, szczególnie w Arabii Saudyjskiej). Nie sposób zatem odszukać danego zamawiającego posługując się numerem z rejestru Ministra kultury względnie innego rejestru.”

Nie wchodząc w polemikę z Wykonawcą (bo rejestry instytucji kultury w innych krajach także występują) – Wykonawca skupił się jedynie na polemice z wezwaniem, a nie na wykazaniu, że jeśli w Arabii Saudyjskiej nie ma rejestru instytucji kultury (czego Wykonawca nie wykazał i nie napisał wprost) to jednak Zamawiający na rzecz którego realizację wykonywał spełnia warunku do uznania za ww. instytucję analogicznie jak w prawie polskim – wraz z uzasadnieniem. Zamawiający podał w pismach swoje wątpliwości, w szczególności to, że Zamawiający, na rzecz którego realizowana została usługa, wg prawa polskiego jest spółką prawa handlowego (komercyjną, po przetłumaczeniu strony – podmiotem definiowanym na kształt agencji reklamowej), a więc w porównaniu do „polskiej instytucji kultury” nie spełnia ww. warunku, a Wykonawca w żaden sposób nie wykazał, że ww. podmiot warunek ten spełnia.

W żaden sposób Wykonawca nie odniósł się do ww. treści wezwania i nie wykazał, podobnego charakteru tej instytucji do instytucji kultury w polskim porządku prawnym (np. Muzeum itp.).

To do wykonawcy należy wyjaśnienie i opisanie realizacji wskazującej na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. To nie Zamawiający winien doszukiwać się w każdym wykazie i przedstawionej referencji wyjaśnienia swoich wątpliwości. Wykonawca bardzo skrótowo potraktował ww. realizację, natomiast w zakresie wyjaśnienia podmiotu Zamawiającego MT2 i jego charakteru (aby uzasadnić wykonanie realizacji na rzecz instytucji kultury) nie przedstawił żadnego wyjaśnienia nawet przy wskazaniu, iż referencje wystawione są przez podmiot prywatny, komercyjny. W dokumentacji oferty nie przedstawiono żadnego wyjaśnienia na ten temat, dlatego Zamawiający nie był w stanie zweryfikować statusu ww. realizacji w odniesieniu do tego warunku udziału w postępowaniu.

2. w zakresie wyjaśnienia – uzupełnienia okresu, w którym wystawa stała została udostępniona

Wykonawca wskazał, iż cyt.: „wystawa (...) została udostępniona w maju 2019 r. i jest nadal udostępniana w tej samej lokalizacji, przy czym planowany okres jej udostępnienia to okres nie krótszy niż 3 lata”. Zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu przez „wystawę stałą” Zamawiający rozumie wystawę zaprojektowaną, wykonaną dla instytucji kultury i eksponowaną w tej samej lokalizacji przez okres co najmniej 3 lat. Sam układ słów wskazuje na charakter przeszły dokonany: zaprojektowana, wykonana i eksponowana przez okres co najmniej 3 lat.

Wykonawca wskazał w wyjaśnieniach, iż planowany okres udostępnienia nie będzie krótszy niż 3 lata, a zatem nie wykazał warunku udziału w postępowaniu. Słowo – planowany okres – wskazuje na zdarzenie przyszłe i niepewne, co jedynie potwierdza brak wykazania ww. warunku udziału w postępowaniu. Podobnie, jak wskazany w wyjaśnieniu okres – od

maj 2019 r. do chwili obecnej – czyli nieco ponad półtora roku (a nie ja w warunkach udziału w postępowaniu okres co najmniej 3 lat).

Wykonawca w uzupełnieniu wykazu stwierdził cyt.: „Kwestia okresu i analiza słów dotyczących długości prezentacji wystawy została przedstawiona wyżej przy okazji roztrząsania referencji wystawionej przez Centrum Geoedukacji w Kielcach. Zwraca uwagę w tym miejscu użyte po raz pierwszy w postępowaniu sformułowanie „na dzień składania ofert” odnośnie okresu wymaganego okresu ekspozycji. Jest to próba niedopuszczalnej redefinicji pojęcia, które dotychczas było nieściśle – w SIWZ nie sprecyzowano go.”

Zamawiający wskazał, iż Wykonawca całkowicie pominął fakt, iż warunki udziału w postępowaniu winny zostać spełnione co najmniej na dzień składania ofert, co nie jest redefinicją Zamawiającego, ale wynika z przepisów ustawy Pzp.

W SIWZ znalazł się zapis:

„W celu potwierdzenia posiadania wiedzy i doświadczenia wykonawcy zobowiązani są wykazać się posiadaniem wiedzy i doświadczenia, tj.: wykażą, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie należycie wykonali następujące dostawy i usługi o charakterze i złożoności podobnej do przedmiotu niniejszego zamówienia”. Powyższe wynika także z rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia - § 2 pkt 4 ppkt 2. Jest to zresztą zapis typowy w postępowaniach przetargowych szczególnie, iż warunki udziału w postępowaniu mają być spełnione najpóźniej na dzień złożenia ofert, a nie na dowolną inną przyszłą i niepewną datę. Nie pojawia się on więc „pierwszy raz” ale widnieje od dnia wszczęcia postępowania i od tego dnia pozostawał niezmienny. Nie jest to pojęcie nowe, którego dokumentacja postępowania nie знаła, zatem nie może zostać zmieniane według jedynie subiektywnych oczekiwań Wykonawcy.

Ponadto Zamawiający wykluczył z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcę TRIAS AVI na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym ww. decyzji Zamawiający podał, iż wykonawca przedstawił Zamawiającemu wykaz usług na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V ust. 2 lit. c1 lit. a SIWZ, składający się z 2 realizacji (od 1A do 1B), który to jednak wykaz wymagał wyjaśnień i nie był wypełniony zgodnie z wzorem wykazu stanowiącym załącznik do SIWZ. Mając na uwadze przesłany przez ww. wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykaz wraz z poświadczeniami (referencjami itp.) Zamawiający zwrócił się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w wykazie realizacji nr 1B. Także udzielone wyjaśnienia nie dały podstaw do uznania przez Zamawiającego spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, gdyż:

Pozycja 1B wykazu – kompleksowe wykonanie ekspozycji Centrum Pieniądza NBP im. Sławomira S. Skrzypka – Zamawiający – Narodowy Bank Polski – usługa ta nie spełnia warunku, gdyż nie wykazano, że została zrealizowana na rzecz instytucji kultury. Wykonawca w wykazie, a następnie w odpowiedzi z dnia 18 marca 2021 r. nie wyjaśnił wątpliwości Zamawiającego, a to:

1. w zakresie wyjaśnienia, na jakiej podstawie wskazano, iż Narodowy Bank Polski jest instytucją kultury: Zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu wymagana była realizacji na rzecz instytucji kultury, której legalna definicja znajduje się w ustawie o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej z dnia 25 października 1991 r. (Dz. U. z 2020 r. poz 194 ze zm.). Zgodnie z ww. ustawą cały rozdział 2 ustawy nosi tytuł: „Rozdział 2 Instytucje kultury”, które zostały dalej w ustawie podzielone na: państwowe instytucje kultury (art. 8) i samorządowe instytucje kultury (art. 9). Zamawiający stawiając warunek udziału w postępowaniu postawił go w sposób ujmujący wszystkie instytucje kultury zgodnie z powyższą definicją i systematyką ustawową. Zatem każdy wykonawca, który wykaże, że realizował zgodnie z pozostałymi wymaganiami, realizację na rzecz instytucji kultury (obojętnie, czy państwowej czy samorządowej) wykazałby spełnienie tej części warunku udziału w postępowaniu. To, że usługa NBP została zrealizowana na rzecz instytucji powołanej przez cyt. „Państwo jako podmiot sprawujący mecenat nad działalnością kulturalną” nie oznacza, iż jest to instytucja kultury – w tym wypadku państwowa. Jako taka powinna posiadać odpowiedni status instytucji kultury – a co za tym idzie wpis do rejestru samorządowych instytucji kultury i Zamawiający bez wykazywania ww. wykazie powinien bez problemu móc ww. numer wpisu sprawdzić i pobrać go z odpowiedniego rejestru. Wykonawca na wezwanie do wyjaśnień ww. wpisu nie wykazał. Nie można zatem przyjąć, iż wykonawca wykazał, iż NBP jest instytucją kultury. Zamawiający jasno sprecyzował warunek udziału, a wyjaśnienia wykonawcy mówiące o tym, iż cyt. „ustawa (...) wskazuje Państwo jako podmiot sprawujący mecenat nad działalnością kulturalną oraz precyzuje na czym ona polega wyszczególniając również na edukację” nie może zostać uznane za spełnienie warunku udziału w postępowaniu, gdyż mowa w nim była o realizacji na rzecz instytucji kultury, a nie jedynie dla podmiotów – jak to określił wykonawca – o charakterze kulturalno – edukacyjnym. Wykonawca w piśmie z dnia 18 marca 2021 r. szeroko eksponował definicję działalności kulturalnej, która w rozumieniu ustawy o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej polega na tworzeniu, upowszechnianiu i ochronie kultury. Wykonawca wskazywał na edukacyjną rolę wykonanej wystawy oraz że NBP jest bankiem centralnym, prowadzącym również działalność wydawnicza i promocyjną. Dalej wywodził, iż NBP prowadzi działalność kulturalną poprzez m.in. dzielenie się wiedzą w Centrum Pieniądza. Wykonawca w sposób bardzo szczegółowy opisał działalność kulturalną, która jednak nie odpowiada desygnatowi nazwy „instytucja kultury”. Ponadto wykonawca wskazał,

że „Zamawiający wskazuje, co rozumie przez wystawę stałą; jest to wystawa zaprojektowana, wykonana dla instytucji kultury i eksponowana w tej samej lokalizacji przez okres co najmniej 3 lat. Zamawiający wyraźnie wskazał, że wystawa ma być wykonana dla instytucji kultury, a nie instytucji kultury posiadającej numer rejestru kultury (...)”. Zamawiający poinformował, że nie ma podziału na instytucje kultury posiadające numer w rejestrze kultury i nieposiadające numeru w rejestrze kultury. To m.in. numer rejestru wyznacza to, czy dany podmiot instytucją kultury jest, czy też nie. Wykonawca w podsumowaniu wskazał, iż NBP nie posiada takiego numeru rejestrowego, ale jest instytucją kultury. Powyższe jest sprzeczne z definicją legalną instytucją kultury zawarta w ustawie o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej z dnia 25 października 1991 r., gdzie wpis do rejestru kultury ma dla tych instytucji charakter konstytutywny. Niewiadomym jest także odwołanie się do podmiotów zagranicznych, skoro wykonawca takowych realizacji nie wykazał. W piśmie z dnia 26.03.2021 r. Wykonawca poza polemiką z powyższym wskazuje odniesienie m.in. do realizacji spoza granic kraju mimo, iż takowych nie wykazał w wykazie usług.

Wykonawca stwierdził cyt.: „Wykonawca pragnie wskazać, że nie ma żadnych podstaw do zawężania „instytucji kultury” jedynie do polskiego rejestru tych instytucji. Na gruncie Unii Europejskiej pojęcie to nie jest jednolicie pojmowane a już z pewnością nie doznaje ograniczeń do polskiego rejestru”. Wykonawca chcąc wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu wykazuje realizację na rzecz NBP, sam wskazuje przepisy prawa polskiego ustalającego ramy jego działania, zatem NBP jako instytucja kultury powinna posiadać stosowny numer wpisu w odpowiednim rejestrze według prawa polskiego. Odwołanie do prawa UE, nie podparte żadną argumentacją, nie wykazuje spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie. Bogata korespondencja, odniesienie się do historycznych źródeł pojęcia kultura itp. wskazują jedynie chęć konwalidacji realizacji nie spełniającej wymagań SIWZ. Sam fakt wielości i ilości tłumaczeń wskazuje, iż gdyby Zamawiający inaczej sformułował warunek udziału w postępowaniu, tj. określił jako „działalność kulturalna” czy „związana z kulturą” – to wtedy naraziłby się na wielość i różnorodność interpretacji w tym zakresie.

Wykonawca stwierdza dalej cyt.: „Nie ulega przecież żadnej wątpliwości, że działalność promująca wiedzę na temat pieniądza, jego historii, roli banków w obrocie gospodarczym oraz znaczenie procesów ekonomicznych opartych o pieniądź jest działalnością kulturalną. Narodowy Bank Polski z kolei jest instytucją, która podejmuje działania służących upowszechnianiu wiedzy o zasadach funkcjonowania rynku finansowego, pobudzaniu postaw przedsiębiorczych, kształtowaniu odpowiedzialności przy podejmowaniu decyzji finansowych, podnoszeniu poziomu znajomości zagadnień

ekonomicznych, popularyzowaniu wiedzy na temat ekonomicznego dziedzictwa narodowego oraz promowaniu nowoczesnych postaw wpływających na kształtowanie kapitału społecznego. NBP realizuje wskazane cele m. in. poprzez: opracowywanie oraz wspieranie projektów edukacyjnych o tematyce ekonomicznej skierowanych do różnych grup odbiorców, zwłaszcza do środowisk szkolnych i akademickich, liderów opinii społecznej oraz środowisk zagrożonych wykluczeniem finansowym; wyrównywanie szans edukacyjnych młodzieży studiującej na kierunkach ekonomicznych dzięki programom stypendialnym; rozbudowaną działalność wydawniczą; ogólnodostępną działalność Centrum Pieniądza NBP i Centralnej Biblioteki NBP, jednej z najlepiej zaopatrzonych polskich bibliotek naukowych o profilu ekonomicznym. Wobec powyższego nie ulega żadnej wątpliwości, że działalność informacyjna, edukacyjna, czy też wydawnicza Narodowego Banku Polskiego, w szczególności poprzez projekt Centrum Pieniądza NBP im. Sławomira S. Skrzypka jest działalnością kulturalną, wykonywaną przez instytucję Narodowego Banku Polskiego.”

Wykonawca zatem w odpowiedzi wskazuje i koncentruje się na wykazaniu, iż NBP prowadzi działalność kulturalną – mimo, iż takiego wymagania Zamawiający w siwz nie postawił. Dodatkowo wskazać należy, iż pojęcie „działalność kulturalna” – także posiada definicję legalną w ustawie z dnia 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej. Działalność kulturalna w rozumieniu ww. ustawy polega na tworzeniu, upowszechnianiu i ochronie kultury. W ustawie wskazane są formy organizacyjne działalności kulturalnej – art. 2 ww. ustawy. Formami organizacyjnymi działalności kulturalnej są w szczególności: teatry, opery, operetki filharmonie, orkiestry, instytucje filmowe, kina, muzea, biblioteki, domy kultury, ogniska artystyczne, galerie sztuki oraz ośrodki badań i dokumentacji w różnych dziedzinach kultury.

Wskazany jest także sposób prowadzenia działalności kulturalnej (art. 3) – Działalność kulturalną mogą prowadzić osoby prawne, osoby fizyczne oraz jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej oraz sposób jej prowadzenia jako działalności pobocznej. (art. 4). Osoby prawne oraz jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, których podstawowym celem statutowym nie jest prowadzenie działalności kulturalnej, mogą prowadzić taką działalność w szczególności w formie klubów, świetlic, domów kultury i bibliotek.

Jak widać zatem Wykonawca wskazuje, iż NBP prowadzi działalność kulturalną. Jest to jednak pojęcie szersze niż instytucja kultury. Inaczej mówiąc, każda instytucja kultury prowadzi działalność kulturalną w myśl tej ustawy, ale nie każda działalność kulturalna jest prowadzona przez instytucje kultury. A warunkiem udziału w postępowaniu była właśnie realizacja – wykonanie wystawy stałej na rzecz (dla) instytucji kultury. Warunek udziału w postępowaniu nie wskazywał na jakąkolwiek działalność kulturalną, ale na realizację dla instytucji kultury.

Wykonawca w bogatych wyjaśnieniach podaje, iż Zamawiający nie wskazał wyraźnie, iż definicja instytucji kultury miała opierać się na tej ustawowej, jednak sam nie podał żadnej innej definicji czy rozumienia ww. pojęcia (bo takowego nie ma, w obrocie istnieje jedynie jedna definicja legalna tego pojęcia). Dodatkowo, chcąc usankcjonować swoje rozumienie ww. pojęcia, wykonawca sam sięga do definicji z tej samej ustawy mimo, że rzekomo nie powinna być stosowana w postępowaniu wg ww. wykonawcy.

Zamawiający podkreślał, że rozumienie pojęcia oraz jego wykładnię podał nie tylko w siwz, ale także w ogłoszeniu o zamówieniu i stosuje się do znaczenia ww. pojęcia. Wykonawca nie przedstawił żadnego innego rozumienia poza definicją legalną ww. pojęcia. Chcąc usankcjonować jedną z realizacji wskazał na inną definicję legalną z powołanej ustawy, która nie znalazła odzwierciedlenia w wymaganiach siwz. Nie może zatem Zamawiający uznać realizacji, która nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

W konsekwencji powyższego ofertę wykonawcy TRIAS AVI Zamawiający uznał za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Sprawa o sygn. akt: KIO 1073/21

Zarzuty wykluczenia Odwołującego 1 – New Amsterdam z postępowania

Nie zasługiwały na uwzględnienie zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego 1 – New Amsterdam z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą z powodu niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej, o której mowa w rozdziale V ust. 2 lit. c1 lit. a SIWZ względem realizacji następujących wystaw, tj.: poz. 1a – Wystawa stała w Centrum Geoedukacji w Kielcach, poz. 1b - Muzeum Interaktywne (Centrum Edukacji Teatralnej), poz. 1c – Wystawa Hydropolis oraz 1d – Experience Center, jak również skorelowany z ww. zarzutami – zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i zasady przejrzystości poprzez wykluczenie Odwołującego 1 z postępowania.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. W tym miejscu podnieść należy, iż nie budzi wątpliwości, że warunki udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia

muszą być bezwzględnie spełnione na dzień składania ofert (nawet jeśli wraz z ofertą nie są wymagane inne dokumenty oprócz oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu) i muszą trwać przez cały okres postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (por. wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2019 r. sygn. akt: KIO 1551/19, wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2018 r. sygn. akt: KIO 65/18).

Izba wskazuje, iż wymogów Zamawiającego określonych w rozdziale V ust. 2 lit. c1 lit. a SIWZ nie spełniała Wystawa stała w Centrum Geoedukacji w Kielcach zrealizowana na rzecz Geopark Kielce. Przedmiotowa usługa nie została zrealizowana na rzecz instytucji kultury, a okres ekspozycji wystawy na dzień składania ofert był krótszy niż wymagany co najmniej okres 3 lat. W tym miejscu wskazać należy, iż Odwołujący 1 w toku rozprawy przed Izbą nie twierdził, iż ww. wystawa została wykonana na rzecz instytucji kultury, a zasadniczo powoływał się na to, że Zamawiający w postanowieniach SIWZ w ramach warunku udziału w postępowaniu nie odesłał do przepisów ustawy o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej, przez co nie można wyciągać wobec Wykonawcy negatywnych konsekwencji.

Oдноśnie rozumienia pojęcia „instytucji kultury”, o którym mowa w rozdziale V ust. 2 lit. c1 lit. a SIWZ Izba podziela argumentację Zamawiającego zaprezentowaną szeroko w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego 1 z postępowania oraz powtórzoną w odpowiedzi na odwołanie. Zgodnie z ww. warunkiem udziału w postępowaniu wykonawca obowiązany był wykazać się m.in. dwoma zamówieniami polegającymi na wykonaniu wystawy stałej o określonej powierzchni i wartości, przy czym Zamawiający doprecyzował, iż przez „wystawę stałą” rozumie wystawę zaprojektowaną, wykonaną dla instytucji kultury i eksponowaną w tej samej lokalizacji przez okres co najmniej 3 lat. Bezsprzecznie w postanowieniach SIWZ Zamawiający nie wskazał, iż pojęcie „instytucji kultury” należy rozumieć zgodnie z przepisami ustawy z dnia 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (Dz. U. z 2020 r. poz. 194). Nie ma jednak wątpliwości, iż definicja „instytucji kultury” została uregulowana w ustawie o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej z dnia 25 października 1991 r. (Dz. U. z 2020 r. poz 194 ze zm), co potwierdza złożone przez Zamawiającego pismo Ministerstwa Kultury, Dziedzictwa Narodowego i Sportu z dnia 16 kwietnia 2021 r. Z powyższego pisma ponadto wprost wynika, iż wszystkie instytucje kultury muszą posiadać stosowny wpis do rejestru prowadzonego przez organizatora, zgodnie z art. 14 tej ustawy, a podstawowym celem statutowym ich działalności jest właśnie działalność kulturalna. Jednocześnie jak wynika z ww. pisma, podmiot niewpisany do rejestru instytucji kultury prowadzonego przez organizatora (samorządowego albo państwowego) nie posiada statusu instytucji kultury, gdyż wpis taki ma charakter konstytutywny. Odwołujący 1 nie polemizował z treścią ww. pisma, wszak jako podmiot profesjonalny w branży objętej przedmiotem zamówienia

powinien ww. definicję znać. Dalej wskazać należy, iż nawet w Wikipedii czytamy, że: „Instytucja kultury - zakład o charakterze publicznym zajmujący się upowszechnianiem kultury, może być zarówno państwowy jak i samorządowy. Przybiera różne formy organizacji, np. teatr, kino, instytucja filmowa, muzeum, biblioteka, opera, operetka, filharmonia, orkiestra, dom kultury, ognisko artystyczne, galeria sztuki, ośrodek badań i dokumentacji. Zasady organizacji instytucji kultury w Polsce reguluje ustawa z 25 października 1991 o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej. Formy organizacyjne instytucji kultury: - instytucje państwowe – instytucje tworzone przez ministrów oraz kierowników urzędów centralnych - instytucje samorządowe - instytucje tworzone przez jednostki samorządu terytorialnego.” Tym samym gdyby nawet Odwołujący 1 miał jakiegokolwiek wątpliwości interpretacyjne w przedmiocie rozumienia pojęcia „instytucji kultury”, to już takie źródło jak Wikipedia rozwiązałoby je jednoznacznie i „odesłało” Wykonawcę do właściwego aktu prawnego. Warto również dodać, iż Odwołujący 1 nie przedstawił własnego rozumienia pojęcia „instytucja kultury”.

W ocenie Izby okoliczność, że w niniejszej sprawie Zamawiający nie powołał się w SIWZ na ustawę o działalności kulturalnej nie oznacza, że wykonawcy zwolnieni byli z jej stosowania, skoro mamy do czynienia z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, a Zamawiający nie redefiniował ww. definicji legalnej. Istotne jest to, że wymóg Zamawiającego dotyczył realizacji zamówień wykonanych na rzecz podmiotu, któremu przepisy prawa nadają specyficzną formę organizacyjno – prawną (instytucja kultury), która ma służyć do realizacji zadań publicznych związanych z działalnością kulturalną. Tym samym z punktu widzenia Zamawiającego, czemu dano wyraz w SIWZ, istotna była owa specyficzna forma organizacyjno – prawna podmiotu, na rzecz którego wykonano wystawę, która z kolei wynika z przepisów prawa.

Co istotne, Odwołujący 1 jako podmiot profesjonalny w branży zajmującej się organizacją wystaw nie powoływał się na trudności interpretacyjne w rozumieniu ww. warunku udziału w postępowaniu. Nie zgłaszał w tym zakresie Zamawiającemu żadnych wątpliwości w toku postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp. W tym miejscu podkreślić należy, że celem tej instytucji, jak wskazuje się w piśmiennictwie, jest usunięcie wątpliwości, doprecyzowanie i uszczegółowienie oświadczenia woli Zamawiającego zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjęto, że niezwrócenie się przez wykonawcę do Zamawiającego – w razie uzasadnionych wątpliwości – o wyjaśnienie treści SIWZ na podstawie art. 38 ustawy Pzp w zw. z art. 354 § 2 KC może uzasadniać zarzut niedochowania należytej staranności zawodowej (por. wyroki SN z dnia 5 czerwca 2014 r. IV CSK 626/13, z dnia 18 lutego 2016 r. II CSK 197/15, wyrok SN z dnia 17 czerwca 2016 r. IV CSK 674/15).

Izba w okolicznościach zawisłego sporu wzięła również pod uwagę, iż Odwołujący 1 nie zakwestionował czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu Wykonawcy do podania nr wpisu do rejestru instytucji kultury, w sytuacji gdy uważał, że żądanie Zamawiającego w ww. zakresie w świetle wymogów specyfikacji było nieuprawnione.

Podsumowując stwierdzić należy, że wystawa zrealizowana na rzecz Geopark Kielce – tj. podmiotu nie będącego instytucją kultury nie spełniała wymogu Zamawiającego.

Przechodząc do kwestii okresu ekspozycji wystawy wskazać należy, iż Zamawiający oczekiwał od wykonawców wykazania doświadczenia wynikającego z zaprojektowania i wykonania wystaw, które były eksponowane przez okres 3 lat, a przy tym zostały wykonane przez wykonawcę w okresie 5 lat przed upływem terminu składania. Zamawiający w ramach ww. warunku udziału w postępowaniu nie posłużył się określeniem „przewidywany czas ekspozycji”, czy też „planowany czas ekspozycji” wystawy. Użycie zresztą takich określeń byłoby niemożliwe z uwagi na to, że warunki udziału w postępowaniu muszą zostać spełnione przez wykonawcę na dzień składania ofert. Co więcej, na rozumienie ww. warunku udziału w postępowaniu takie jak prezentowane przez Zamawiającego wskazywał Odwołujący 2, który we wniesionym odwołaniu odnośnie zarzutów dotyczących Przystępującego Deko-BAU stwierdził, że „Zamawiający żądał zatem wykazania doświadczenia wynikającego z wystaw, które: a) były eksponowane przez okres 3 lat, a przy tym b) zostały wykonane przez oferenta w okresie 5 lat przed terminem składania ofert”.

Odwołujący 1 w wykazie dostaw i usług jako okres, w którym wystawa stała w Centrum Geoedukacji w Kielcach została udostępniona podał 4 sierpnia 2019 r. W wyjaśnieniach z dnia 18 lutego 2021 r. Odwołujący 1 wskazał, że: „Wystawa w Centrum Geoedukacji w Kielcach została udostępniona dnia 4 sierpnia 2019 roku i jest nadal udostępniana w tej samej lokalizacji, przy czym planowany okres jej udostępniania to okres nie krótszy niż 3 lata.” Z powyższego wynika zatem, że okres ekspozycji ww. wystawy stałej był krótszy niż wymagany przez Zamawiającego (okres co najmniej 3 lat).

Za spóźnione na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia Izba uznała stanowisko Odwołującego 1 dotyczące: „biorąc pod uwagę skrócony okres referencyjny dla podmiotów prowadzących działalność krócej niż 5 lat (a zatem nawet dwa tygodnie, miesiąc, rok, itd.) nie jest możliwym w takich wskazanych przykładowo w nawiasie okresach działalności, aby wystawa była eksponowana przez okres 3 lat. Nieuzasadnione jest w żaden sposób, aby wykonawcy prowadzący działalność krócej niż 5 lat, a których wystawa została otwarta w terminie dowolnie krótszym niż trzy lata (dowolnie – decyzją Zamawiającego) byli traktowani lepiej niż ci, którzy takową działalność prowadzą przez okres minimum pięciu lat.” W ocenie Izby argumentacja Odwołującego 1 sprowadzała się w istocie do kwestionowania czynności Zamawiającego polegającej na skonkretyzowaniu warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa

w rozdziale V ust. 2 lit. c1 lit. a SIWZ, a termin na jej zaskarżenie w drodze środków ochrony prawnej upłynął. Słusznie także wskazał Zamawiający, iż stanowisko Odwołującego 1 ma wymiar czysto hipotetyczny, nie znajdujący potwierdzenia w okolicznościach przedmiotowej sprawy, bowiem wykonawca New Amsterdam prowadzi działalność gospodarczą od ok. 9 lat (data rejestracji w KRS – 12.06.2012 r.). Za oderwany od realiów sprawy Izba uznała także wywód Odwołującego 1 dotyczący demontażu lub zniszczenia wystawy – wszak Odwołujący 1 nie powoływał się na takie okoliczności faktyczne w przypadku Wystawy stałej w Centrum Geopedagogiki w Kielcach (poz. 1a załącznika nr 4 do SIWZ).

Warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V ust. 2 lit. c1 lit. a SIWZ nie spełniała realizacja zawarta w poz. 1b załącznika nr 4 do SIWZ wykonawcy New Amsterdam – Muzeum Interaktywne (Centrum Edukacji Teatralnej) wykonana na rzecz Narodowego Teatru Starego im. Heleny Modrzejewskiej w Krakowie. Wykonawca New Amsterdam w załączniku nr 4 do SIWZ oświadczył, że powierzchnia wystawy stałej wynosiła 648m².

Odwołujący 1 w kontekście ww. zarzutu akcentował, iż Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ nie zdefiniował co rozumie przez powierzchnię wystawy stałej, w szczególności nie wykluczył możliwości zaliczenia do tej powierzchni – powierzchni budynku, w którym zlokalizowano i zrealizowano wystawę stałą, w tym tych części i pomieszczeń, które będąc funkcjonalnie powiązane z wystawą nie pełnią samodzielnie roli wystawienniczej (szatnie, sale konferencyjne, korytarze), a są niezbędne dla korzystania z wystawy będąc jej częściami składowymi.

Odnosząc się do powyższego Izba wskazuje, iż Odwołujący 1 pominął, iż Zamawiający w treści SIWZ (rozdział V ust. 2 lit. c1 lit. a) zdefiniował pojęcie „wystawy stałej” rozumianej jako wystawę zaprojektowaną, wykonaną dla instytucji kultury i eksponowaną w tej samej lokalizacji przez okres co najmniej 3 lat. Co więcej, w ramach przedmiotowego postępowania Zamawiający sformułował w specyfikacji pojęcie „wykonanie wystawy” jako wykonanie lub zakup, dostawę i montaż obejmujący łącznie instalacje artystyczne, ekspozytory, gabloty, zabudowy ekspozycyjne, sprzęt i urządzenia AV i IT (w szczególności kioski multimedialne), oświetlenie ekspozycyjne oraz wykonanie, instalację i uruchomienie systemu sterowania multimediami i oświetleniem, zarządzanie kontentem multimedialnym. Jednocześnie wykonanie wystawy stałej miało odbyć się zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu: „zamówienia polegające na wykonaniu wystawy stałej o powierzchni min. 600,00 m²”. Innymi słowy, w świetle wymogów SIWZ na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu wykonawca obowiązany był wykazać, że na powierzchni co najmniej 600 m² wykonał wystawę stałą, przez co rozumie się wykonanie lub zakup, dostawę i montaż obejmujący łącznie ww. elementy. Dalej wskazać należy, iż sformułowany w niniejszym postępowaniu warunek udziału w postępowaniu dotyczył

powierzchni wystawy stałej, a nie całej powierzchni danej instytucji kultury, czy też pomieszczeń funkcjonalnie powiązanych z wystawą, niepełniących samodzielnie roli wystawienniczej (szatnie, sale konferencyjne, korytarze). Co więcej, sam Odwołujący 1 w treści odwołania przyznał, że takie pomieszczenia jak szatnie, sale konferencyjne, czy korytarze, nie pełnią samodzielnie roli wystawienniczej, trudno zatem – nawet w świetle zasad doświadczenia życiowego – ich powierzchnię doliczyć do powierzchni wystawy. Dalej wskazać należy, iż słusznie argumentował Zamawiający, że Odwołujący 1 pominął, iż w specyfikacji skonkretyzowano pojęcie „wykonania wystawy”, tym samym gdyby nawet uznać, iż ww. warunek mógł wywołać u Wykonawcy uzasadnione wątpliwości (których Izba w żadnej mierze nie podziela), to po stronie Odwołującego 1 leżał obowiązek wykazania Zamawiającemu, iż w pomieszczeniach przynależnych typu szatnie, sale konferencyjne czy korytarze w ramach omawianej realizacji na rzecz Narodowej Starego Teatru w Krakowie, zrealizowano „wykonanie lub zakup, dostawy i montaż obejmujący łącznie instalacje artystyczne, ekspozytory, gabloty, zabudowy ekspozycyjne, sprzęt i urządzenia AV i IT (w szczególności kioski multimedialne), oświetlenie ekspozycyjne oraz wykonanie, instalacje i uruchomienie systemu sterowania multimediami i oświetleniem, zarządzanie kontentem multimedialnym”. Dodać należy, iż nawet w potocznym rozumieniu wystawa to miejsce, w którym jest ekspozycja. Odwołujący 1 w toku postępowania o udzielenie zamówienia w składanych Zamawiającemu wyjaśnieniach z dnia 18 i 24 lutego 2021 r., jak i w toku rozprawy przed Izbą nie przeprowadził żadnego wyводу w powyższym zakresie, jak również nie podjął jakiegokolwiek inicjatywy dowodowej.

Za kluczowe dla oceny przedmiotowego zarzutu, wobec braku kontr dowodów ze strony Odwołującego 1, Izba uznała stanowisko Narodowego Starego Teatru w Krakowie zawarte w piśmie z dnia 18 lutego 2021 r., w którym w odpowiedzi na wniosek Zamawiającego wskazano, że powierzchnia wystawowa MICET (obejmująca zarówno przestrzeń wystaw stałych i czasowych) wynosiła 470,61 m². Powyższe zatem jednoznacznie potwierdza, iż wskazana przez Odwołującego 1 realizacja MICET (poz. 1b wykazu dostaw i usług) nie spełniała wymogu Zamawiającego dotyczącego min. powierzchni wystawy stałej. Prawidłowa była zatem czynność Zamawiającego polegająca na stwierdzeniu, iż ww. usługa nie potwierdza warunku udziału w postępowaniu.

Warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V ust. 2 lit. c1 lit. a SIWZ nie potwierdzała realizacja wystawy Hydropolis (poz. 1 c załącznika nr 4 do SIWZ) wykonana na rzecz MPWiK Wrocław.

Odnosnie zagadnienia „instytucji kultury” Izba wskazuje, że podtrzymuje w tym zakresie dotychczasowe stanowisko, którego ponowne przywoływanie jest niecelowe. Podkreślić jednak należy, iż sam Odwołujący 1 przyznał, że MPWiK S.A. we Wrocławiu nie

jest instytucją kultury w rozumieniu ustawy o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej.

W zakresie kwestii terminu realizacji zamówienia oraz podmiotowego udziału w realizacji każdej z trzech umów innego składu podmiotowego Izba wskazuje, iż gdyby nawet przyjąć za słuszne stanowisko Odwołującego 1, że Zamawiający nie wyłączył na gruncie SIWZ możliwości łączenia kilku umów realizowanych dla tego samego zamawiającego celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, to przede wszystkim zauważyć należy, iż protokół odbioru z 19.10.2015 r. i 21.10.2015 r. wskazują, że nie można uch uznać za spełniające warunek udziału w postępowaniu, skoro zostały zrealizowane przed okresem realizacji wskazanym w SIWZ (5 lat). Z kolei Odwołujący 1 nie przeprowadził przed Izbą żadnego wyводу, z którego wynikałoby, że wyłącznie powołanie się na umowę nr 1308/NZ/U/2014 (protokół odbioru końcowego z dnia 13 kwietnia 2016 r.) byłoby wystarczające dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Zgodzić należy się z Zamawiającym, iż mimo wezwań wystosowanych do ww. wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, New Amsterdam nie wyjaśnił wątpliwości i uwag Zamawiającego, przez co nie sprostował ciężarowi wykazania warunków udziału w postępowaniu.

Wymogów Zamawiającego nie spełniała także realizacja wystawy w Experience Center, Arabia Saudyjska dla MT 2 Unit 1310. Odwołujący 1 w ww. zakresie odesłał do argumentacji dotyczącej kwestii „instytucji kultury”, jak i „okresu ekspozycji”.

Odnosząc się do kwestii „instytucji kultury” Izba wskazuje, że podtrzymuje w tym zakresie dotychczasowe stanowisko, którego ponowne przywoływanie jest niecelowe. Dodać jednak należy, iż powyższa kwestia była przedmiotem wyjaśnień w toku postępowania o udzielenie zamówienia, a wykonawca New Amsterdam nie sprostował obowiązkowi wykazania, iż podmiot MT2 Unit 1310 (...) Dubaj jest instytucją kultury. W wyjaśnieniach z dnia 18 lutego 2021 r. Odwołujący 1 wskazał, że „(...) głównym inwestorem realizacji był podmiot PIF – Public Investment Fund (...). Sam przedmiot zlecenia, które zostało przez Wykonawcę zrealizowany wskazuje na cel inwestycji, jak również instytucjonalny (Państwowy) charakter Zamawiającego. W zarządzie instytucji zasiadają członkowie rodziny królewskiej oraz m.in. minister edukacji i kultury Arabii Saudyjskiej.” Powyższe potwierdza, że Odwołujący 1 nie wykazał i nie wyjaśnił statusu ww. podmiotu, o którym nie świadczą inwestorzy czy wspólnicy, lecz realny status podmiotu, który zgodnie z przedłożonymi referencjami jest „spółką zarejestrowaną i licencjonowaną jako podmiot w strefie wolnego handlu”. Dalsze stanowisko Odwołującego 1 zawarte w piśmie z dnia 24 lutego 2021 r. *de facto* stanowiło polemikę z wezwaniem wystosowanym przez Zamawiającego, którego treść nie została zakwestionowana przez Wykonawcę przy użyciu środków ochrony prawnej. Jak wskazał w ww. piśmie Odwołujący 1 „w kwestii trapiącego Zamawiającego problemu pod

hasłem „instytucja kultury” Wykonawca odsyła do wyjaśnień powyżej. Dodać tutaj jedynie trzeba, że idąc torem myślenia Zamawiającego Wykonawca nie mógłby się szczycić realizacjami (przedstawiać stosownych referencji) dla podmiotów zagranicznych działających (mających siedzibę) w krajach, w których nie funkcjonuje sformalizowana procedura i sposób zaliczania podmiotów do grona instytucji kultury, tak jak to rozumie Zamawiający; innymi słowy takich krajów, w których podmiot prowadzący działalność kulturalną nie jest instytucją kultury w rozumieniu ustawy wskazanej w piśmie z dnia 22 lutego 2021 roku i tam przyjętej definicji (taka ustawa po prostu nie obowiązuje w innych niż Polska krajach, szczególnie w Arabii Saudyjskiej). Nie sposób zatem odszukać danego zamawiającego posługując się numerem z rejestru Ministra kultury względnie innego rejestru.”

Nie umknęła uwadze Izby okoliczność, iż Odwołujący 1 w toku rozprawy nie przedstawił żadnego stanowiska, które w sposób jednoznaczny wyjaśniłoby status podmiotu MT2 Unit 1310 (...) Dubaj. Izba wskazuje, iż Odwołujący 1 nie podważył złożonych przez Zamawiającego dowodów ze stron internetowych ww. podmiotu, z których wynika, że MT2 Unit 1310 (...) Dubaj jest „neutralną agencją bez przynależności medialnej i uprzedzeń”, która oferuje min. animacje 3D, modele architektoniczne, usługi multimedialne, fotograficzne, reklamowe, wirtualne wycieczki, cyfrowe kodowanie audio – wideo. Podsumowując powyższe stwierdzić należy, iż to bierna postawa Odwołującego 1 w wyjaśnieniu i wykazaniu w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego statusu podmiotu MT2 Unit 1310 (...) Dubaj, a nie brak precyzji w definiowaniu pojęć w specyfikacji była przyczyną, dla której Zamawiający nie mógł w sposób kompletny zweryfikować wskazanej usługi w poz. 1d wykazu dostaw i usług.

W przedmiocie rozumienia „okresu ekspozycji wystawy” Izba podtrzymuje dotychczasową argumentację zaprezentowaną powyżej, tym samym niezasadne jest jej powielanie. Dodać należy, iż z treści załącznika nr 4 do SIWZ Odwołującego 1 wynika, iż przedmiotowa wystawa została udostępniona od 05.2019 r. W piśmie z dnia 18 lutego 2021 r. Odwołujący 1, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, wyjaśnił, że: „Wystawa Experience Center została udostępniona w maju 2019 roku i jest nadal udostępniana w tej samej lokalizacji, przy czym planowany okres jej udostępniania to okres nie krótszy niż 3 lata.” Z powyższego wynika zatem w sposób niebudzący wątpliwości, że okres ekspozycji ww. wystawy był krótszy niż określony w specyfikacji (okres co najmniej 3 lat). Odwołujący 1, podobnie jak w przypadku wystawy, o której mowa w poz. 1a wykazu dostaw i usług całkowicie pominął, iż warunki udziału w postępowaniu winny zostać spełnione najpóźniej na dzień składania ofert.

Biorąc pod rozwagę powyższe, w tym wystosowane już do Odwołującego 1 wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, Izba uznała, że czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu wykonawcy New Amsterdam na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12

ustawy Pzp była prawidłowa. W konsekwencji oferta Odwołującego 1 prawidłowo została uznana za odrzuconą w świetle art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Jednocześnie w okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba nie dopatrzyła się w czynnościach Zamawiającego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Sprawa o sygn. akt: KIO 1079/21

Zarzut wykluczenia Odwołującego – TRIAS AVI z postępowania

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że wykonawca TRIAS AVI nie posiada wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej powołując się na wykonanie zamówienia polegającego na „Kompleksowym wykonaniu ekspozycji Centrum Pieniądza NBP im. Sławomira S. Skrzypka” albowiem Narodowy Bank Polski nie jest „instytucją kultury” w rozumieniu rozdziału V ust. 2 lit. c1 lit. a SIWZ, podczas gdy zaoferowana przez Odwołującego 2 zdolność techniczna lub zawodowa warunki te spełnia, gdyż zaoferowana wystawa została wykonana na rzecz „instytucji kultury” zgodnie z postanowieniami SIWZ. Nie potwierdził się także związek z ww. zarzutem – zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także zasady proporcjonalności i przejrzystości.

Jak wskazał w treści odwołania Odwołujący 2: „istotą sporu i jednocześnie podstawą do wniesienia przedmiotowego odwołania jest konieczność udzielenia przez Krajową Izbę Odwoławczą odpowiedzi na pytanie: czy i na ile pojęcie „instytucji kultury”, o którym mowa w rozdziale V ust. 2 lit. c1 lit. a SIWZ winno opierać się na literalnym brzmieniu, a na ile winno odnosić się do ustawy z dnia 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (Dz. U. z 2020 r. poz. 194)”.

Izba wskazuje, iż podtrzymuje argumentację dotyczącą rozumienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w rozdziale V ust. 2 lit. c1 lit. a SIWZ przedstawioną powyżej w ramach odwołania wniesionego przez New Amsterdam (sygn. akt: KIO 1073/21), tym samym niezasadne jest jej powielanie.

W ocenie Izby w okolicznościach niniejszego sporu rację należy przyznać Zamawiającemu, iż wykonawca TRIAS AVI w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp nie wykazał, iż Narodowy Bank Polski, na rzecz którego zrealizowano wystawę (poz. 1b załącznika nr 4 do SIWZ) jest instytucją kultury w rozumieniu powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Wskazać należy, iż Odwołujący 2 nie twierdził przy tym, że NBP jest instytucją kultury w rozumieniu przepisów ustawy o działalności kulturalnej, lecz stał na stanowisku, że Narodowy Bank Polski poprzez realizowaną działalność statutową ma związek z kulturą, czy też wykonuje działalność kulturalną.

Podkreślić należy, iż Zamawiający w ramach ww. warunku udziału w postępowaniu oczekiwał, by wykonawcy wykazali, że zaprojektowali i wykonali co najmniej dwie wystawy stałe dla instytucji kultury, nie zaś na rzecz podmiotu/instytucji, która ma jakikolwiek związek z kulturą czy działalnością kulturalną, jak oczekiwałby tego Odwołujący 2. Innymi słowy, Zamawiający wymagał by realizacja wystaw stałych nastąpiła na rzecz podmiotu – „instytucji kultury”, którego określone cechy (np. wpis do rejestru instytucji kultury, wskazać przy tym należy, iż nie ma podziału na instytucje kultury posiadające numer w rejestrze kultury i nieposiadające numeru w rejestrze kultury.) wynikają z ustawy o działalności kulturalnej, a zatem z powszechnie obowiązujących przepisów prawa, które wiążą tak Zamawiającego, jak i Wykonawców. Warto również wskazać, iż Zamawiający na gruncie specyfikacji nie redefiniował pojęcia „instytucja kultury” wynikającego z przepisów ustawy o działalności kulturalnej, a sam Wykonawca w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie zgłaszał Zamawiającemu wątpliwości w rozumieniu ww. pojęcia. Co istotne, Odwołujący 2 nie zakwestionował czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu Wykonawcy do podania nr wpisu do rejestru instytucji kultury właściwego dla NBP, w sytuacji gdy uważał, że żądanie Zamawiającego w ww. zakresie w świetle wymogów specyfikacji było nieuprawnione albo też mogło doprowadzić do nierównego traktowania wykonawców podczas weryfikacji sytuacji podmiotowej wykonawców w zakresie warunku określonego w rozdziale V ust. 2 lit. c1 lit. a SIWZ.

W końcu dodać należy, iż Odwołujący 2 w złożonych wyjaśnieniach nie podał definicji instytucji kultury, nawet w znaczeniu potocznym. Trafie zauważył Zamawiający, iż lektura wyjaśnień złożonych przez Odwołującego 2 w toku postępowania stanowiła próbę konwalidacji popełnionego błędu, podczas której Wykonawca sam „sięgnął” do innej definicji (działalności kulturalnej) wynikającej z ustawy o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej, mimo że jego zdaniem ustawa ta nie powinna znaleźć zastosowania w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z uwagi na brak wyraźnego odesłania w SIWZ.

Za irrelevantną w przedmiotowej sprawie Izba uznała argumentację Odwołującego 2, który wskazywał, iż gdyby Odwołujący 2 wykazał się realizacją inwestycji Muzeum Pieniądza dla Österreichische Nationalbank, stanowiącej bezpośredni odpowiednik polskiego Centrum Pieniądza, to taka wystawa zostałaby zaakceptowana przez Zamawiającego jako spełniająca wymogi specyfikacji, podczas gdy taka sama inwestycja w Polsce dla NBP - zdaniem Zamawiającego – warunku nie spełnia. Odnosząc się do powyższego wskazać należy, że rozważania Odwołującego 2 mają charakter hipotetyczny i nie znajdują potwierdzenia w rozpoznawanym przez Izbę stanie faktycznym. Odwołujący 2 nie przedstawił w ramach wykazu dostaw i usług żadnej realizacji poza granicami Polski, w tym na rzecz Muzeum

Pieniądza przy Banku Centralnym w Austrii, przez co trudno zarzucić Zamawiającemu niekonsekwencję oraz nierówne traktowanie wykonawców w tej sprawie.

Mając na uwadze powyższe - w ocenie Izby - Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił, że Odwołujący 2 w składanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia wyjaśnieniach – nie wykazał, iż realizacja podana w poz. 1b wykazu dostaw i usług została wykonana na rzecz instytucji kultury. Wobec wyczerpania względem Odwołującego 2 instytucji określonych ustawą Pzp, w tym wezwań w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, wykonawca TRIAS AVI podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp podczas badania sytuacji podmiotowej wykonawcy TRIAS AVI.

Zarzut zaniechania wykluczenia Konsorcjum Deko-BAU z postępowania

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, względnie naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Deko-BAU z postępowania oraz odrzucenia jego oferty z uwagi na to, iż Konsorcjum Deko-BAU nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V ust. 2 lit. c1 lit. a SIWZ, względnie poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w powyższym zakresie, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty ww. wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i podlegał wykluczeniu. Nie potwierdził się także skorelowany z ww. zarzutem – zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także zasady proporcjonalności i przejrzystości.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Stosownie do treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. W myśl art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Bezpornie wykonawca Konsorcjum Deko-BAU w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedłożył wykaz dostaw i usług (załącznik nr 4 do SIWZ), w którym na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V ust. 2 lit. c1 lit. a SIWZ wykazał się realizacją czterech wystaw, tj.: poz. 1a – Dostawa oraz montaż ekspozycji stałej w Muzeum Piosenki Polskiej w Opolu, poz. 1b – Wykonanie wystawy stałej i zakup wyposażenia na potrzeby Muzeum Pamięci Sybiru, poz. 1c – Spitzmaus Mummy in a Coffin and Other Treasure oraz poz. 1d – Wystawa stała o tematyce etnograficznej. Odwołujący 2 w ramach wniesionego odwołania zakwestionował spełnienie wymogów SIWZ przez zamówienia wskazane przez Konsorcjum Deko-BAU w poz. 1b, 1c oraz 1d załącznika nr 4 do SIWZ.

Dalej Izba wskazuje, iż poza sporem między Stronami postępowania odwoławczego było to, iż zamówienie wskazane w poz. 1a załącznika nr 4 Konsorcjum Deko-BAU spełniało wymogi Zamawiającego (zamówienie niezakwestionowane przez TRIAS AVI w ramach środków ochrony prawnej). Co więcej, w toku postępowania odwoławczego Izba ustaliła, że wymogów Zamawiającego nie potwierdzały realizacje zawarte w poz. 1b oraz 1c załącznika nr 4 do SIWZ – okoliczność bezsporna między Stronami. Powyższe wynika w szczególności z odpowiedzi na odwołanie (str. 19), stanowiska Przystępującego zaprezentowanego w toku rozprawy oraz wyjaśnień Konsorcjum Deko-BAU zawartych w piśmie z dnia 5 marca 2021 r., w którym Wykonawca prosi o „wykreślenie jako spełniającej wymogi wiedzy i doświadczenia wystawy Spitzmaus Mummy in a Coffin and Other Treasure”. Tym samym dla oceny spełnienia omawianego warunku udziału w postępowaniu przez Konsorcjum Deko-BAU niezbędne było ustalenie, czy usługa wskazana w poz. 1d załącznika nr 4 do SIWZ spełniała wymogi Zamawiającego (Zamawiający wymagał co najmniej 2 zamówień polegających na wykonaniu wystawy stałej o powierzchni min. 600 m² i wartości co najmniej 5 milionów złotych brutto każde zamówienie).

Rozpoznając przedmiotowy zarzut w granicach wyznaczonych treścią odwołania Izba stwierdziła, iż wykonawca Konsorcjum Deko-BAU wykazał, że wystawa podana w poz. 1d załącznika nr 4 do SIWZ spełniała wymogi Zamawiającego określone w rozdziale V ust. 2 lit. c1 lit. a SIWZ. Izba miała na względzie przede wszystkim wyjaśnienia wykonawcy Konsorcjum Deko-BAU złożone w powyższym zakresie zawarte w piśmie z dnia 26 marca 2021 r., z którymi Odwołujący 2 w ogóle nie polemizował.

Za nietrafione Izba uznała stanowisko Odwołującego 2 jakoby rzeczona wystawa nie powinna zostać uwzględniona przez Zamawiającego jako spełniająca postanowienia SIWZ z uwagi na to, że nie została wykonana na rzecz polskiej instytucji kultury, jak również nie została wykonana na rzecz instytucji wpisanej do polskiego rejestru instytucji kultury. W tym miejscu wskazać należy, iż Zamawiający w ramach warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V ust. 2 lit. c1 lit. a SIWZ postawił wymóg, aby wystawa stała

została zaprojektowana, wykonana dla instytucji kultury, a nie jak twierdził Odwołujący 2 – dla „polskiej instytucji kultury”. To od wykonawców zależało, jakie realizacje zostaną przedstawione Zamawiającemu. W ocenie Izby oczywistym jest, że w przypadku realizacji na terenie Polski należało zweryfikować realizację (wystawę) przez pryzmat polskiego porządku prawnego, w tym zgodnie z przepisami ustawy o działalności kulturalnej. Z kolei w przypadku realizacji wystaw na rzecz podmiotów zagranicznych należało wziąć pod uwagę porządek prawny miejsca realizacji wystawy, a jej uznanie zależałoby od wykazania przez wykonawcę (na którym ciąży obowiązek wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu), że została wykonana na rzecz instytucji kultury w miejscu wykonania. Tym samym za nielogiczną Izba uznała argumentację Odwołującego 2 zaprezentowaną na str. 12 odwołania dotyczącą dwojakiego rozumienia pojęcia „instytucja kultury”. Odwołujący 2 w istocie błędnie odczytał omawiany warunek udziału w postępowaniu sprowadzając go do wykazania się realizacją wystawy na rzecz „polskiej instytucji kultury”, „wpisanej do polskiego rejestru instytucji kultury”, podczas gdy powyższe nie wynikało z treści specyfikacji. Co więcej, argumentacja Odwołującego 2 w powyższym zakresie to wnioskowanie *ad absurdum*. Trudno oczekiwać, w przypadku wystaw wykonanych poza granicami Polski, aby podmioty, na rzecz których wystawy zostały zrealizowane, był oceniane w świetle polskiego porządku prawnego (czy jest to instytucja kultury, czy też nie), co też – zdaniem Odwołującego 2 – miałyby uzasadniać wykluczenie Konsorcjum Deko-BAU na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Przechodząc *stricto* do poz. 1d załącznika nr 4 do SIWZ Konsorcjum Deko-BAU dotyczącej „Wystawy stałej o tematyce etnograficznej” zrealizowanej dla Wetlmuseum Wien wskazać należy, iż Odwołujący 2 nie przedstawił żadnej argumentacji, która podważyłaby oświadczenie Przystępującego Deko-BAU zawarte przede wszystkim w wyjaśnieniach z dnia 26 marca 2021 r., iż ww. podmiot jest instytucją kultury w rozumieniu prawodawstwa austriackiego. Powyższa okoliczność z kolei znajduje potwierdzenie w złożonym przez Zamawiającego wyciągu z ustawy o Muzeum Federalnym z 2002 r. BGBl. I nr 14/2002 ostatnio zmieniona przez BGBl. I nr 66/2015, w której z § 1 i 2 wprost wynika, że Weltmuseum Wien jest federalną instytucją kultury. Odwołujący 2 nie przedstawił tymczasem żadnego kontr dowodu w ww. zakresie.

W końcu Izba stwierdza, że Odwołujący 2 nie odniósł się w uzasadnieniu odwołania do podniesionej wyłącznie w *petitum* kwestii niespełnienia przez realizację, o której mowa w poz. 1d załącznika nr 4 Konsorcjum Deko-BAU wymagań Zamawiającego dotyczących powierzchni, zakresu i wartości prac wykonanych przez Deko-BAU Sp. z o.o. z siedzibą w Lubinie. Nie sposób zatem stwierdzić, iż zarzut w ww. zakresie został skonkretyzowany.

W konsekwencji powyższych rozważań trudno w okolicznościach przedmiotowej sprawy stwierdzić, iż Zamawiający naruszył naczelne zasady udzielania zamówień

publicznych wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp podczas weryfikacji podmiotowej obu wykonawców, tj. Konsorcjum Deko-BAU oraz Odwołującego 2. Zamawiający równo potraktował ww. wykonawców badając wskazane w wykazie dostaw i usług realizację pod kątem spełnienia wymogu dotyczącego „instytucji kultury”, niezależnie od miejsca realizacji wystawy. Z kolei to jakie wymogi musi spełnić dany podmiot, aby został zakwalifikowany jako „instytucja kultury” w danym kraju zależy od jego prawodawstwa, a nie stanowi nierównego traktowania wykonawców przez Zamawiającego.

Z uwagi na powyższe brak było podstaw do uznania, iż wykonawca Konsorcjum Deko-BAU nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V ust. 2 lit. c1 lit. a SIWZ, a jego oferta winna zostać uznana za odrzuconą. Tym samym zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, względnie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Deko-BAU – brak wniesienia wadium

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Deko-BAU, która nie została zabezpieczona wadium z uwagi na nieprawidłowy sposób jego wniesienia, gdyż treść gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 998056156045 z dnia 28 stycznia 2021 r. nie obejmuje wszystkich wykonawców wchodzących w skład konsorcjum, to jest nie obejmuje członków konsorcjum, co skutkuje niespełnieniem podstawowego celu wnoszenia wadium, którym jest należyte zabezpieczenie roszczeń Zamawiającego.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.

Bezsposornie wykonawca Konsorcjum Deko-BAU złożył wraz z ofertą gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium nr 998056156045 z dnia 28 stycznia 2021 r. W treści ww. gwarancji jako zobowiązanego wskazano jedynie Deko-BAU Sp. z o.o. z siedzibą w Lubinie (lidera konsorcjum), a zatem jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o przedmiotowe zamówienie publiczne w ramach konsorcjum firm Deko-BAU Sp. z o.o. z siedzibą w Lubinie oraz Grupa Clue Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Krakowie. Powyższe okoliczności - zdaniem Odwołującego 2 – wskazywały, że wykonawca Konsorcjum Deko-BAU wniósł wadium w sposób nieprawidłowy.

Na wstępie wskazać należy, że zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych, na przestrzeni ostatnich lat można dostrzec przeciwstawne stanowiska dotyczące prawidłowości wniesienia przez konsorcjum gwarancji wadialnej, w której treści nie zostali wymienieni wszyscy członkowie konsorcjum. Ww. kwestia była także przedmiotem wyroku Sądu Najwyższego z 15 lutego 2018 r. sygn.

akt: IV CSK 86/17. Sąd Najwyższy rozstrzygając spór w przedmiocie wadium złożonego w formie gwarancji ubezpieczeniowej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia podkreślił, że takie można uznać za prawidłowe i wystarczające jedynie wówczas, gdy stwarza dla zamawiającego podstawę do żądania od gwaranta oznaczonej kwoty pieniężnej niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia doprowadził do aktualizacji przesłanek zatrzymania wadium, określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Ponadto w wyroku tym wskazano, że *„należy zgodzić się z Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych, że Sąd Okręgowy błędnie ocenił, iż obciążające wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązki, które zabezpiecza wadium, nie mają charakteru solidarnego. Wniosku takiego nie uzasadnia brak wyraźnej regulacji ustawowej w tym względzie ani rozumowanie a contrario na podstawie art. 141 ZamPubU. Decydujące znaczenie ma natomiast stwierdzenie, że przedmiotem obowiązków, których naruszenie uzasadnia zatrzymanie wadium (art. 46 ust. 4a i 5 ZamPubU), są świadczenia niepodzielne. Także bowiem wtedy, gdy wykonawcy ubiegają się o udzielenie zamówienia wspólnie, zamówienie jest jedno, jedna (wspólna) jest składana przez nich oferta i jako wspólne powinny być postrzegane wszelkie obowiązki związane z jej złożeniem oraz wadium. Jedynie częściowe wykonanie tych obowiązków - ich wykonanie przez poszczególnych wykonawców w odniesieniu do nich samych, bez ich wykonania przez pozostałych - nie ma żadnej wartości dla Zamawiającego, nie umożliwia bowiem wyboru oferty ani zawarcia umowy. Dlatego też należy uznać, zgodnie z art. 380 § 1 KC, że wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za ich wykonanie. In casu oznacza to, że w razie niewykonania któregośkolwiek z obowiązków przez R. sp. z o.o. odpowiedzialność z tego tytułu ponosiłby także P.B.(...) S.A. W przypadku wniesienia wadium w pieniądzu wyrażałoby się to w tym, że Zamawiający miałby podstawę do jego zatrzymania w całości, choćby bezpośrednią przyczyną zatrzymania były tylko zaniechania R. sp. z o.o.”*

Dalej SN zauważył, że decydujące znaczenie dla określenia zakresu zobowiązania gwaranta ma całościowa wykładnia treści gwarancji, zgodnie z regułami wykładni oświadczeń woli, o których mowa w art. 65 KC. W powołanym wyroku Sąd Najwyższy zaakcentował również, że w sytuacji, w której jako dłużnika (zleceniodawcę, dostawcę, wykonawcę, oferenta) zobowiązanego do zaspokojenia zabezpieczanego roszczenia, wskazano w gwarancji jedynie jednego z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, a wskazane w dokumencie przyczyny uzasadniające żądanie zapłaty pokrywają się z wymienionymi w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, decydujące znaczenie winna mieć wykładnia zastrzeżenia „z przyczyn leżących po jego stronie”, o którym mowa zarówno w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, jak i w art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp,

wskazując: „Rozważenia wymaga - w świetle czynników wskazanych w art. 65 KC (zwłaszcza ustalonych zwyczajów, praktyki ubezpieczeniowej) - czy określenie to obejmuje sytuacje, w których przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi wprawdzie bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji, jednakże wykonawca w niej wymieniony również ponosi za to zaniechanie odpowiedzialność. Inaczej mówiąc, wymaga rozstrzygnięcia, czy pojęcie „z przyczyn leżących po jego stronie” może być utożsamione z pojęciem „z przyczyn, za które odpowiada”. Ma to także znaczenie dla dopuszczalności złożenia przez beneficjenta stosownego oświadczenia o tym, że zaistniały przyczyny aktualizujące zobowiązanie gwaranta - także wtedy, gdy przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji - a tym samym spełnienia formalnej przesłanki zapłaty”.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba uznała, iż Konsorcjum Deko-BAU wniosło wadium w prawidłowej formie. Izba wzięta pod uwagę, iż Odwołujący 2 nie kwestionował w odwołaniu treści złożonej gwarancji (poza komparycją w zakresie dotyczącym zobowiązanego), jak również nie wskazywał, że złożona przez Konsorcjum Deko-BAU gwarancja wadialna nie spełniała wytycznych Zamawiającego wynikających z SIWZ. Zdaniem Izby w okolicznościach sporu kluczowe znaczenie miało to, czy gwarant miał wiedzę/świadomość co do działania zlecającego (Deko-BAU Sp. z o.o.) jako lidera konsorcjum oraz to, czy złożona gwarancja ubezpieczeniowa spełnia swoją podstawową funkcję, a zatem czy daje możliwość zaspokojenia zamawiającego w razie ziszczenia się przesłanek wskazanych w treści dokumentu, a wynikających z przepisów ustawy Pzp.

Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem Odwołującego 2, jakoby gwarancja wadialna złożona przez Konsorcjum Deko-BAU nie zapewniała Zamawiającemu możliwości skutecznej realizacji roszczeń jakoby z tego powodu, że Gwarant nie posiadał wiedzy na temat tego, iż Deko-BAU Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie będzie składał ofertę w niniejszym postępowaniu jako jeden z członków konsorcjum, czy choćby upoważniony pełnomocnik konsorcjum. Jak wynika z okoliczności faktycznych przedmiotowej sprawy, Gwarant – Ubezpieczyciel miał pełną wiedzę, iż ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia będzie składało konsorcjum firm: Deko-BAU Sp. z o.o. oraz Grupa Clue Sp. z o.o. Sp. k., co potwierdza wprost przedłożony przez Przystępującego wniosek z dnia 27 stycznia 2021 r. skierowany do Miedzioowego Centrum Ubezpieczeń SILESIA w Lublinie, opatrzony datą wpływu z 28 stycznia 2021 r. przez agenta ubezpieczeniowego. Powyższe jest spójne z zawartym przez członków konsorcjum Deko-BAU porozumieniem w sprawie wpłaty wadium i zabezpieczenia należytego wykonania umowy, z którego wynika, iż to lider konsorcjum – Deko-BAU Sp. z o.o. jest podmiotem uprawnionym m.in. do wniesienia wadium, w tym do pokrycia należności z tytułu pozyskania obu gwarancji ubezpieczeniowych. Strony ww. porozumienia ustaliły, że zabezpieczeniem roszczeń ww.

gwarancji na rzecz UNIQUA TU S.A. mogących powstać z tytułu umowy o gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium i gwarancję ubezpieczeniową zapłaty należytego wykonania umowy będą dla każdej umowy z osobna po jednym wekslu własnym in blanco wraz z deklaracją wekslową wystawionym przez lidera konsorcjum, a poręczonym przez członka konsorcjum opatrzonym klauzulą „bez protestu”. Izba wskazuje, iż Odwołujący 2 nie odniósł się w toku rozprawy do ww. dowodów, lecz stał na stanowisku, że czynności wniesienia wadium nie można konwalidować, więc wszystkie późniejsze działania czy oświadczenia, w szczególności oświadczenia gwaranta nie mają znaczenia dla oceny skuteczności wniesienia wadium. Odnosząc się do powyższego zauważyć należy, iż ww. dokumenty, w tym w szczególności wniosek Deko-BAU Sp. z o.o. skierowany do Miedziowego Centrum Ubezpieczeń SILESIA w Lublinie oraz porozumienie zawarte przez członków konsorcjum w sprawie wpłaty wadium i zabezpieczenia należytego wykonania umowy zostały wystawione przed upływem terminu składania ofert (29 stycznia 2021 r.), tym samym w okolicznościach zawisłego przed Izbą sporu nie można mówić o próbie konwalidacji treści złożonej gwarancji wadium przez późniejsze oświadczenia gwaranta. Z powyższego w ocenie Izby w sposób jednoznaczny wynika, iż Gwarant – w świetle złożonego wniosku z dnia 27 stycznia 2021 r. – w dacie wystawienia gwarancji wadium przyjął na siebie odpowiedzialność za zachowanie wszystkich konsorcjantów, mimo że w komparycji gwarancji ubezpieczeniowej jako zobowiązanego podano wyłącznie lidera, tj. Deko-BAU Sp. z o.o.

Dodatkowo wskazać należy, iż Zamawiający pismem z dnia 10 marca 2021 r. wystąpił do UNIQUA TU S.A. o wskazanie, czy przedmiotowa gwarancja ubezpieczeniowa obejmuje swoim zakresie wszystkie podmioty tworzące konsorcjum (dwóch wykonawców), czy też swoim zakresem obejmuje jedynie zobowiązanego, tj. Deko-BAU Sp. z o.o. W odpowiedzi na powyższe pismem z dnia 15 marca 2021 r. Gwarant potwierdził ważność gwarancji zapłaty wadium wystawionej na wniosek Deko-BAU Sp. z o.o. stanowiącej zabezpieczenie oferty złożonej przez konsorcjum firm: Deko-BAU Sp. z o.o. oraz Grupa Clue Sp. z o.o. Sp. k.

Izba w okolicznościach niniejszej sprawy, mając na uwadze wytyczne zawarte w ww. wyroku Sądu Najwyższego, wzięła także pod uwagę, iż Zamawiający nie określił w SIWZ (rozdział X) żadnych szczególnych wymogów dotyczących wniesienia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, w tym przede wszystkim, że w treści gwarancji wadium winni zostać wskazani wszyscy członkowie danego konsorcjum. Oznacza to, iż w ww. zakresie Zamawiający pozostawił wykonawcom pewną swobodę. Dostrzec należy, że również przepisy ustawy Pzp nie zawierają wymagań, aby w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne wadium było wnoszone

w jakiś szczególny sposób, w tym aby w przypadku gwarancji wadialnych w ich treści wymieniono wszystkie podmioty tworzące konsorcjum.

Zdaniem Izby okoliczność, iż w treści gwarancji ubezpieczeniowej wskazano jako zobowiązanego wyłącznie Deko-BAU Sp. z o.o. nie przesądza, że w przypadku, gdy przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji - Ubezpieczyciel, w świetle postanowień gwarancji, odmówi wypłaty kwoty ustalonej tytułem wadium. W zakresie możliwości zaspokojenia się Zamawiającego z omawianej gwarancji wadialnej należy stwierdzić, że wskazanie w niej tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie dyskwalifikuje gwarancji i możliwości zaspokojenia się z niej przez Zamawiającego w przypadku zaistnienia którejkolwiek z sytuacji, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Zauważyć należy, że przesłanki zatrzymania wadium, o których mowa w tych przepisach, odnoszą się do wykonawcy. Jednak, co wymaga podkreślenia, w świetle art. 23 ust. 3 ustawy Pzp w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do tych wykonawców.

Podsumowując powyższe Izba uznała, że wobec jednoznacznego wykazania przez Przystępującego, iż Gwarant w dacie wystawienia gwarancji wadialnej (28 stycznia 2021 r.) miał pełną wiedzę o wykonawcach wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, którzy planowali złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu, co też dodatkowo zostało potwierdzone pismem UNIQA TU S.A. z dnia 15 marca 2021 r., brak było podstaw do uznania, że zaspokojenie roszczeń Zamawiającego w sytuacji ziszczenia się przesłanek wskazanych w treści dokumentu gwarancji, a wynikających z przepisów ustawy Pzp, byłoby niemożliwe. Z uwagi na powyższe zarzucany w odwołaniu zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp wobec oferty wykonawcy Konsorcjum Deko-BAU nie zasługiwał na uwzględnienie.

W konsekwencji powyższego nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Konsorcjum Deko-BAU jako najkorzystniejszej.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp w zw. z § 5 pkt 2 lit. a) i b) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Wobec powyższego Izba zasądziła od Odwołującego 1 (sprawa o sygn. akt: KIO 1073/21) oraz Odwołującego 2 (sprawa o sygn. akt: KIO 1079/21) na rzecz Zamawiającego koszty strony poniesione w sprawie o sygn. akt: KIO 1073/21 oraz KIO 1079/21 z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu stanowiące kwotę 3900 zł w każdej z ww. spraw.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: