

**WYROK**  
**z dnia 29 września 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2011 r. przez wykonawcę **TRIAS S.A. w Toruniu** w postępowaniu prowadzonym przez **Muzeum Armii Krajowej im. Gen. Fieldorfa „Nila” w Krakowie,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia: **1) Deko-Bau Sp. z o.o. w Lubinie, 2) Władysław Ciemnicki prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Centrum Techniki Antywłamaniowej Władysław Ciemnicki w Łodzi,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia: **1) Deko-Bau Sp. z o.o. w Lubinie, 2) Władysław Ciemnicki prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Centrum Techniki Antywłamaniowej Władysław Ciemnicki w Łodzi.**

2. Kosztami postępowania obciąża Muzeum Armii Krajowej im. Gen. Fieldorfa „Nila” w Krakowie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **TRIAS S.A. w Toruniu** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Muzeum Armii Krajowej im. Gen. Fieldorfa „Nila” w Krakowie na rzecz wykonawcy TRIAS S.A. w Toruniu kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Zamawiający - Muzeum Armii Krajowej im. Gen. Fieldorfa „Nila” w Krakowie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „ustawą Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego, na: „zaprojektowanie (projekt wykonawczy) i wykonanie stałej ekspozycji na podstawie tego projektu, zaprojektowanie (projekt wykonawczy) i realizacja elementów identyfikacji wizualnej w przestrzeniach ekspozycji czasowych i stałej, wykonanie digitalizacji zbiorów na potrzeby ekspozycji stałej, sporządzenie scenariusza historycznego ekspozycji stałej na podstawie koncepcji scenariusza historycznego oraz koncepcji aranżacji”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Dz. Urz. UE S135 w dniu 16 lipca 2011 r. nr 2011/S 135-224683 (dostawy).

**Odwołujący** - TRIAS S.A. w Toruniu - wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, podając, co następuje.

Wskazał, iż wypełnia przesłankę wynikającą z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, co do interesu uprawniającego go do wniesienia odwołania, gdyż jego oferta, ze względu na cenę, jest drugą ofertą w kolejności po ofercie wybranej, złożonej przez konsorcjum Deko-Bau Sp. z o.o. w Lubinie i Centrum Techniki Antywłamaniowej w Łodzi, zwane „konsorcjum”.

Czynnościom i zaniechaniom zamawiającego zarzucił naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania, a także art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, przez niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, mimo żądania zamawiającego.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonania powtórnej oceny ofert;
- 3) wykluczenia z postępowania konsorcjum i dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty odwołującego.

W uzasadnieniu podał, powołując się na opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia (pkt VI.2. siwz), w tym żądanie złożenia wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych (...) wraz z potwierdzeniem należytego ich wykonania (pkt VII. 1.lit. a) siwz), iż wybrane konsorcjum nie wykazało potwierdzenia spełniania warunku oraz, że

załączając wykaz wraz z referencjami, podało nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

Wskazał, że zamawiający żądał wykazania się doświadczeniem w zakresie zaprojektowania, zainstalowania i uruchomienia wystawy multimedialnej składającej się z monitorów dotykowych, systemów projekcyjnych, nagłaśniających, oświetleniowych, systemu sterowania urządzeniami i zarządzania projektowaną treścią w muzeum, galerii sztuki, instytucji kultury, instytucji wystawienniczej na łączną wartość, co najmniej 1.000.000 zł netto.

Konsorcjum podało w wykazie, że Centrum Techniki Antywłamaniowej Władysław Ciemnicki (będąc uczestnikiem innego konsorcjum) wykonało zamówienie dla Europejskiego Centrum Bajki im. Koziołka Matołka w Pacanowie, co wraz z załączonymi referencjami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówienia, wyczerpuje treść warunku.

Odwołujący stwierdził, że załączone do oferty dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Uznał, że oświadczenie złożone w treści wykazu, jest informacją nieprawdziwą, gdyż wskazana praca nie obejmowała wszystkich elementów warunku, mimo tego wykonawca podpisał oświadczenie, potwierdzając wykonanie zamówienia w zakresie wymaganego warunku, w sytuacji, gdy wymieniona w wykazie praca nie obejmowała zaprojektowania wystawy.

Na podstawie załączonej do odwołania umowy, zawartej przez ówczesne konsorcjum z Europejskim Centrum Bajki im. Koziołka Matołka, odwołujący wywodził, że zamówienie nie obejmowało zaprojektowania, gdyż zamawiający przekazał wykonawcy wszystkie projekty dotyczące wystawy.

Podniósł, że w postanowieniach ówczesnej siwz (pkt pkt 3.1 i 3.2.), załączonej również do odwołania wskazano, iż wybrany wykonawca wykona aranżację wewnątrz części ekspozycyjnej Dziecięcego Domu Kultury wraz z systemami multimedialnymi, interaktywnymi, nagłośnieniem i oświetleniem spełniające potrzeby wystawy „Bajkowy Świat”, zgodnie z projektami: architektonicznym, konstrukcyjnym, plastycznym, scenograficznym, instalacji nagłośnienia, multimediiów, systemów interaktywnych wraz z systemami baz danych, sterownia i synchronizacji, stanowiącymi załącznik nr 4 do specyfikacji, opracowanymi przez Biuro Obsługi Budownictwa.

W ocenie odwołującego, nie ulega wątpliwości, że projekty - w tym projekt multimediiów, były dostarczone przez zamawiającego.

Potwierdzenie takie, w ocenie odwołującego, wynika również z pkt 12.3 siwz, który zobowiązuje wykonawcę przystępującego do złożenia oferty do zapoznania się z przekazaną przez zamawiającego dokumentacją projektową oraz z § 1 umowy, stanowiącego, iż wykonawca wykona zamówienie zgodnie z przekazaną przez zamawiającego dokumentacją projektową, do której przekazania zobowiązał się zamawiający w § 5. W załączniku nr 2 do umowy wyszczególniono 5 przekazanych projektów – 1) projekt aranżacji przestrzeni pod

wystawę „Bajkowy Świat” - projekt wykonawczy architektoniczny, 2) projekt stalowej konstrukcji wsporczej elementów wyposażenia ECB w Pacanowie, 3) projekt wykonawczy instalacji nagłośnienia, multimedków, systemów interaktywnych wraz z systemami baz danych, sterowania i synchronizacji ww. systemów, 4) uszczegółowiony projekt wykonawczy aranżacji przestrzeni pod wystawę, 5) uszczegółowiony projekt wykonawczy aranżacji przestrzeni pod wystawę „Bajkowy Świat”. Aranżacja scenograficzna i plastyczna - część II.

W § 13 umowy podano, że nawet wady dokumentacji usuwane były przez jej autora, nie zaś przez wykonawcę, co oznacza, że wykonawca w najmniejszym zakresie nie uczestniczył w projektowaniu wystawy.

Odwołujący uznał na podstawie powyższego, że konsorcjum podało nieprawdziwe informacje, co stwarzało po stronie zamawiającego obowiązek wykluczenia z postępowania ze względu na przesłankę, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, bez możliwości wezwania do uzupełnienia dokumentów, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Wskazał również, że na podstawie informacji podanych przez konsorcjum, nie ma możliwości ustalenia wartości zamówienia odpowiadającej wymaganej wielkości, co najmniej 1 000 000 zł netto. Wykonawca podał w wykazie, że jest to kwota 2 200 tys. zł netto, natomiast z referencji, a także z umowy wynika, że kwota ta obejmowała wynagrodzenie za prace przekraczające rzeczowy zakres doświadczenia określonego w opisie warunku.

Ponadto z referencji i umowy wynika, że zakres wskazanych prac na kwotę 2 200 tys. zł obejmował także, np. wykonanie robót konstrukcyjnych, zabudowy z płyt kartonowo-gipsowych, schodów drewnianych i innych robót budowlanych, nie mieszczących się w zakresie doświadczeń, których wartość winna zgodnie z siwz wynosić, co najmniej 1 000 000 zł netto.

Powołując się na wykazane naruszenia prawa, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania czynności, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

**Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego** – wykonawcy wspólnie ubiegający o uzyskanie zamówienia: Deko-Bau Sp. z o.o. i Władysław Ciemnicki prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Centrum Techniki Antywłamaniowej Władysław Ciemnicki – zwani dalej „uczestnikiem postępowania” – wnieśli o oddalenie odwołania w całości i przyznanie poniesionych kosztów postępowania odwoławczego, według rachunku przedstawionego na rozprawie.

Uczestnik postępowania wskazał, że rozstrzygnięcie odwołania na korzyść zamawiającego leży w jego interesie, ponieważ jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Podał w uzasadnieniu, że złożył wraz z ofertą referencje z dnia 18 sierpnia 2011 r. potwierdzające spełnianie warunku, gdyż wykonawca Władysław Ciemnicki jako lider poprzedniego konsorcjum, zrealizował na rzecz Europejskiego Centrum Bajki im. Koziółka

Matołka w Pacanowie projekty wykonawcze i aranżację ekspozycji stałej, w tym zabudowę scenograficzną i multimedialną wyposażenia ekspozycji pn. „Świat Bajki”, na kwotę 2.684.000,00 zł brutto. W referencjach podano szczegółowy opis wykonanych czynności.

Uznał, że dokument potwierdzał spełnianie wymagań, gdyż zamawiający będąc uprawnionym do wezwania do uzupełnienia, bądź wyjaśnienia referencji, nie wezwał uczestnika postępowania do tych czynności.

Podniósł, że zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, warunki udziału w postępowaniu powinny być związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, natomiast z przepisów ustawy Pzp nie wynika, by warunki odpowiadały ściśle przedmiotowi zamówienia, bądź wykazana usługa była tożsama.

Stwierdził, że argumentacja odwołującego jest niezasadna. Wskazał, że umowa na podstawie, której wystawiono referencje obejmowała również prace projektowe, a nie tylko dokumentację powykonawczą (§ 7 ust. 5 umowy z dnia 15 września 2009 r.). W ocenie uczestnika postępowania, z § 3 ust. 1 umowy - sposób obliczenia ceny oferty, wynika zobowiązanie wykonawcy do wykonania całego zamówienia w ramach wynagrodzenia ryczałtowego. Uczestnik stwierdził, że w toku realizacji umowy, na skutek konieczności zaprojektowania nowych elementów ekspozycji, czynności te zostały wykonane, co wynika z załączonych do zgłoszenia przystąpienia - protokołu z negocjacji z dnia 6 stycznia 2010 r. i protokołu konieczności z dnia 17 grudnia 2009 r.

Podniósł także zarzuty wobec oferty odwołującego.

**Zamawiający** w odpowiedzi na odwołanie, wniósł o jego oddalenie.

Odnosnie złożenia nieprawdziwego oświadczenia o spełnianiu wymogów w zakresie posiadania odpowiedniego doświadczenia, w wykazie załączonym do oferty, zamawiający stwierdził, że jest on bezzasadny.

Powołał się na treść opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku - pkt VI.2. siwz i stwierdził, że uczestnik postępowania wskazał wykonanie zamówienia obejmującego „Wykonanie projektów wykonawczych i aranżacji ekspozycji stałej, w tym zabudowy scenografii multimedialnej ekspozycji „Świat Bajki””, udzielonego przez Europejskie Centrum Bajki im. Koziołka Matołka w Pacanowie. Załączony do oferty list referencyjny z dnia 18 sierpnia 2011 r. potwierdzał wskazaną w wykazie realizację. Uznał zatem, że nie może być mowy o złożeniu nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zwrócił uwagę, że „czym innym jest sytuacja, w której wykonawca ubiegający się o zamówienie wykazując swoje doświadczenie powołuje się na realizację zadania, które obiektywnie nie odpowiada wymogom postawionym przez zamawiającego, a czym innym sytuacja, w której wykonawca tak formułuje ofertę, aby wywołać u zamawiającego błędne przekonanie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu pomimo, iż w

rzeczywistości wykonawca warunków tych nie spełnia (przykładowo: powołanie się na zamówienie, w realizacji którego wykonawca faktycznie nie uczestniczył, podanie odmiennych niż rzeczywiste dat realizacji, wartości lub zakresu takiego zamówienia etc). Tylko i wyłącznie w tym drugim przypadku spełniona będzie dyspozycja art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp”. Wskazał, że w przedstawionym stanie faktycznym, treść oświadczenia o spełnianiu wymogów w zakresie posiadania odpowiedniego doświadczenia, jest zgodna z treścią oświadczenia wynikającego z referencji wystawionych przez Europejskie Centrum Bajki im. Koziołka Matołka w Pacanowie (podmiotu udzielającego zamówienia), a treść dokumentów na które powołuje się odwołujący nie stanowi przekonywującego dowodu na nieprawdziwość któregokolwiek z oświadczeń. Stwierdził, że w przedstawionym stanie faktycznym można mieć, co najwyżej do czynienia z przypadkiem, o którym mowa w art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, tj. nie wykazania spełnienia przez uczestnika postępowania warunków udziału w postępowaniu.

W zakresie kolejnego zarzutu, tj. naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez dokonanie wyboru oferty uczestnika postępowania, mimo, iż nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu, zamawiający przeprowadził analizę postanowień siwz odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia. Podniósł, że pod pojęciem zaprojektowanie rozumie również sporządzenie projektów wykonawczych, co wynika z pkt I siwz: „Muzeum (...), zaprasza do składania ofert: na zaprojektowanie (projekt wykonawczy) i wykonanie stałej ekspozycji na podstawie tego projektu, zaprojektowanie (projekt wykonawczy) i realizacja elementów identyfikacji wizualnej (...). Ponadto sporządzenie projektu wykonawczego dla potrzeb ekspozycji w budynku Muzeum przy ul. Wita Stwosza 12 w Krakowie wymienione zostało wyraźnie - jako część przedmiotu zamówienia - w pkt III.5 siwz zatytułowanego „Opis przedmiotu zamówienia”.

Jako kolejną wskazówkę interpretacyjną wskazał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w szczególności wyrok z dnia 13 lipca 2011 r. sygn. akt KIO 1400/11, przywołany również przez uczestnika postępowania. Z wyroku wynika, że warunki udziału w postępowaniu, w tym warunki w zakresie wiedzy i doświadczenia, zgodnie z art. 22 ust. 4 Pzp, powinny być związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, nie muszą ściśle odpowiadać przedmiotowi zamówienia. Również wykazana usługa nie musi być tożsama z usługą stanowiącą przedmiot zamówienia, a jedynie proporcjonalna do niego.

Wskazał wyrok z dnia 29 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 73/09, w którym Izba orzekła, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek potwierdzić posiadanie wiedzy i doświadczenia adekwatnych do przedmiotu zamówienia, co nie jest tożsame z przedmiotem zamówienia.

Zamawiający stwierdził, że pod pojęciem „zaprojektowanie” rozumie także sporządzenie projektów wykonawczych, które wskazał uczestnik postępowania, potwierdzając referencjami. Zamawiający uznał, że nie miał żadnych podstaw do wykluczenia uczestnika postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

W zakresie zarzutu braku możliwości ustalenia części kwoty z zadeklarowanej wartości netto zamówienia wskazanego w wykazie, zamawiający podniósł, że zgodnie z ogólnymi zasadami rozkładu ciężaru dowodu (art. 6 k.c. w zw. z art. 14 Pzp), ciężar udowodnienia faktu, iż wartość takich prac jest niższa niż 1.000.000 zł. netto spoczywa na odwołującym, który nie przedstawił w odwołaniu żadnego dowodu przeciwnego. Uznał, że gdyby przyjąć, że deklarowana przez uczestnika postępowania wartość 2.200.000 zł. netto obejmuje również prace nie stanowiące stworzenia wystawy multimedialnej, to okoliczność ta nie przesądza automatycznie, iż wartość takich prac jest niższa od wymaganej kwoty wskazanej w pkt VI.2. siwz.

Reasumując, zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie od odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W celu potwierdzenia swoich stanowisk, strony i uczestnik postępowania powołali się na orzecznictwo KIO, odwołujący również na orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Zamawiający opisał w pkt VI.2 siwz, że warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zostanie uznany za spełniony, gdy wykonawca wykaże się doświadczeniem w wykonaniu (lub wykonywaniu - w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: minimum jednym wykonaniem w zakresie zaprojektowania, zainstalowania i uruchomienia wystawy multimedialnej składającej się z monitorów dotykowych, systemów projekcyjnych, nagłaśniających, oświetleniowych, systemu sterowania urządzeniami i zarządzania projektowaną treścią w muzeum, galerii sztuki, instytucji kultury, instytucji wystawienniczej, na łączną wartość co najmniej 1 000 000 zł. netto.

Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą wykazu wykonanych, w wymaganym okresie, robót opisanych wyżej, obejmujących zakres niezbędny do wykazania spełniania warunku, o którym mowa w pkt VI.2 siwz, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców – zał. 6 (powinno być 7) oraz załączenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie robót (pkt VII.1.a) siwz).

Uczestnik postępowania złożył wraz z ofertą załącznik nr 7, w którym podał jako wykonaną robotę: „Wykonanie projektów wykonawczych i aranżacja ekspozycji stałej, w tym zabudowa scenograficzna i multimedialna ekspozycji „Świat Bajki””. Załączył referencje z dnia 18 sierpnia 2011 r. wystawione przez Europejskie Centrum Bajki im. Koziołka Matołka w Pacanowie, w których podano, że Władysław Ciemnicki prowadzący firmę Centrum Techniki Antywłamaniowej był liderem konsorcjum realizującego na zlecenie Europejskiego Centrum



Bajki im. Koziółka Matołka w Pacanowie, projekty wykonawcze i aranżacje ekspozycji stałej, w tym zabudowę scenograficzną i multimedialną wyposażenia ekspozycji pn. „Świat Bajki”.

Odwołujący załączył do odwołania kopię siwz Europejskiego Centrum Bajki im. Koziółka Matołka w Pacanowie dotyczącą robót budowlanych pn. „Aranżacja wnętrza części ekspozycyjnej Dziecięcego Domu Kultury wraz z systemami multimedialnymi, interaktywnymi, nagłośnieniem i oświetleniem, spełniająca potrzeby wystawy „Bajkowy Świat” oraz kopię umowy z dnia 15 września 2009 r., zawartej z wybranym wykonawcą - Władysławem Ciemnickim prowadzącym firmę Centrum Techniki Antywfłamaniowej i „Prolight” Sp. z o.o.

Z umowy wynika, że zamawiający powierzył wykonawcy aranżację wnętrza części ekspozycyjnej Dziecięcego Domu Kultury wraz z systemami multimedialnymi, interaktywnymi, nagłośnieniem i oświetleniem, spełniającej potrzeby wystawy „Bajkowy Świat”, która miała zostać wykonana na podstawie dokumentacji przekazanej przez zamawiającego, wymienionej w załączniku nr 2, składającej się z 5. projektów: 1) projekt aranżacji przestrzeni pod wystawę „Bajkowy Świat” - projekt wykonawczy architektoniczny, 2) projekt stalowej konstrukcji wsporczej elementów wyposażenia ECB w Pacanowie, 3) projekt wykonawczy instalacji nagłośnienia, multimedii, systemów interaktywnych wraz z systemami baz danych, sterowania i synchronizacji ww. systemów, 4) uszczegółowiony projekt wykonawczy aranżacji przestrzeni pod wystawę „Bajkowy Świat”. Aranżacja scenograficzna i plastyczna – część I. 5) uszczegółowiony projekt wykonawczy aranżacji przestrzeni pod wystawę „Bajkowy Świat”. Aranżacja scenograficzna i plastyczna - część II. Jako autora projektów wskazano pracownię - Biuro Obsługi Budownictwa w Warszawie.

Z postanowień umowy - § 7 ust. 5, § 10 ust. 1 i 3 wynika, że wykonawca zobowiązany został do przygotowania dokumentacji powykonawczej. Natomiast w zakresie dokumentacji projektowej miał obowiązek zawiadomić zamawiającego o wadach, które miały być usuwane przez autorów dokumentacji (§ 13 ust. 1 umowy).

W § 17 i 18 umowy przewidziano możliwość wprowadzenia zmian w uprzednio zatwierdzonej dokumentacji projektowej, uzależniając je od uzgodnienia z projektantem i uzyskania zgody zamawiającego.

Z pozostałych dowodów złożonych przez odwołującego na rozprawie - aneksu do umowy (dotyczącego terminów rozpoczęcia i zakończenia robót oraz zastąpienia harmonogramu rzeczowo-finansowego harmonogramem rzeczowo-finansowym nr 2), oświadczenia Magdaleny J.-J. z dnia 26 września 2011 r.- dyrektora Europejskiego Centrum Bajki im. Koziółka Matołka w Pacanowie w okresie prowadzenia postępowania i wykonania zamówienia, wynika, że wszystkie projekty dotyczące zamówienia zostały wykonane przez Biuro Obsługi Budownictwa, pełniące nadzór autorski nad realizacją zadania oraz stanowiły załącznik do siwz. W oświadczeniu stwierdzono, że nie były nabywane jakiegokolwiek projekty od wykonawcy zamówienia. Wykonawca był zobowiązany jedynie do przedstawienia dokumentacji

powykonawczej.

Z pisma z dnia 26 września 2011 r., złożonego również przez odwołującego, podpisanego przez Karolinę K., aktualnego dyrektora Europejskiego Centrum Bajki im. Koziółka Matołka w Pacanowie, stanowiącego odpowiedź na zadane przez odwołującego pytanie, wynika, że w ramach zrealizowanej umowy nie były dokonywane zmiany w zakresie przedmiotu zamówienia w trakcie jej realizacji. Natomiast dla zapewnienia lepszej estetyki, atrakcyjności wizualnej, funkcjonalności i dla zwiększenia bezpieczeństwa, inwestor w porozumieniu z wykonawcą dokonał zmian w aranżacji: zmiana sposobu aranżacji klatki schodowej na tynkowanie i artystyczne malowanie; wyciemnienie części ekspozycyjnej poprzez montaż kotar; wykonanie balustrad od antresoli na pniu do tarasu widokowego za księgą ilustracji.

Powyższe zmiany zostały również potwierdzone w dowodach złożonych przez uczestnika postępowania, tj. w protokole z negocjacji z dnia 6 stycznia 2010 r. (zmiany w aranżacji części ekspozycyjnej) i protokole konieczności z dnia 17 grudnia 2009 r., w którym zamieszczono opis zmiany w aranżacji, jak w piśmie z dnia 26 września 2011 r. W uzupełnionych referencjach z dnia 19 września 2011 r., złożonych wraz z dodatkowym pismem przystępującego z dnia 21 września 2011 r., Karolina K., aktualny dyrektor Europejskiego Centrum Bajki im. Koziółka Matołka w Pacanowie, podała, że przy wykonywaniu ekspozycji stałej pojawiły się potrzeby zaprojektowania wykonawczego nowych elementów ekspozycji, które zostały wykonane przez wykonawcę (CTA Władysław Ciemnicki i firma „Prolight” Sp. z o.o.).

Na rozprawie uczestnik postępowania wyjaśnił, że w harmonogramie rzeczowo-finansowym nr 2, obok elementów wykonywanych jako roboty budowlane, mieści się również projektowanie poszczególnych elementów tworzących „Świat Bajki”, np. pkt 1, 2 (peron przyjazdu i ogród), pkt 4, 7, 11, 16, 17, 18, 20 – nazwy wskazują, że są to elementy wystawy (ekspozycji). Uczestnik stwierdził również, że gdy zachodziła potrzeba dokonania zmian w projekcie, wykonanie zmiany zlecał projektantowi zewnętrznemu. W dalszej kolejności oświadczył, że firma Centrum Techniki Antywłamaniowej wykonywała projekty wykonawcze w zakresie wskazanym w piśmie z dnia 26 września 2011 r. (inwestor w porozumieniu z wykonawcą dokonał zmian w aranżacji: zmiana sposobu aranżacji klatki schodowej na tynkowanie i artystyczne malowanie; wyciemnienie części ekspozycyjnej poprzez montaż kotar; wykonanie balustrad od antresoli na pniu do tarasu widokowego za księgą ilustracji).

Uczestnik postępowania nie przedstawił na rozprawie dokumentacji z wykonanych projektów, mimo zapowiedzi jej przedstawienia w piśmie z dnia 21 września 2011 r.

**Izba uznała**, że odwołujący legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, jest jednym z czterech wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Oferta odwołującego jest drugą w kolejności ofertą pod względem ceny. Zatem, wykazanie zasadności odwołania, skutkujące wykluczeniem z postępowania wykonawcy, którego ofertę

wybrano jako najkorzystniejszą, stwarza odwołującemu możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący przedstawił 2 zarzuty odnośnie oceny podmiotowej wykonawcy w zakresie potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu - posiadania wiedzy i doświadczenia – art. 22 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Pierwszy zarzut dotyczył złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania przez wskazanie w wykazie wykonania projektów wykonawczych, co nie odpowiada faktom i skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Drugi zarzut dotyczył braku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia przez podanie w wykazie robót, które w rzeczywistości nie zawierały zaprojektowania (...) wystawy multimedialnej wraz z elementami składowymi opisanymi w pkt VI.2. siwz i braku wyszczególnienia wymaganej minimalnej wartości w kwocie 1 000 000 zł netto, co skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W ocenie Izby potwierdził się zarzut - braku wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, co do zakresu wykonanych robót i ich wartości i zarzut ten podlega uwzględnieniu.

Natomiast zarzut złożenia nieprawdziwych informacji, oparty na opisie wykonanego zamówienia zamieszczonym w wykazie robót, w sytuacji, gdy opis ten był tożsamy z opisem zawartym w referencjach inwestora, których treść nie została podważona w odwołaniu, nie został uwzględniony.

W zakresie uwzględnionego zarzutu, Izba uznała.

W postępowaniu odwoławczym odwołujący wykazał, że uczestnik postępowania podał w wykazie (załącznik nr 7 do siwz) wykonane roboty, które nie odpowiadają wymaganiom zawartym w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zamieszczonym w siwz (pkt VI.2 – zaprojektowanie, wykonanie i zainstalowanie wystawy multimedialnej z elementami składowymi wyszczególnionymi w siwz, o łącznej wartości co najmniej 1 000 000 zł), z powodu braku zaprojektowania.

Z dopuszczonych i przeprowadzonych dowodów - z pism stron i uczestnika postępowania odwoławczego, załączonych do pism dokumentów, a także dokumentów złożonych na rozprawie przez odwołującego, wynika potwierdzenie zarzutu w tym zakresie.

Wbrew stanowisku uczestnika postępowania ustalono, że w umowie z dnia 15 września 2009 r. inwestor nie zlecił wykonawcy wykonania projektów wykonawczych, przez które należy

rozumieć, zgodnie ze wskazaniem odwołującego, uzupełnienie i uszczegółowienie projektu budowlanego (...) - § 5 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego.

Z umowy natomiast wynika zobowiązanie wykonawcy do sporządzenia dokumentacji powykonawczej, przez którą należy rozumieć dokumentację budowy z naniesionymi zmianami dokonanymi w toku wykonywania robót (...) – art. 3 pkt 14 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane.

Określenie - wykonanie projektów wykonawczych, poza wykazem robót, zostało zamieszczone w części wstępnej referencji z dnia 18 sierpnia 2011 r., również w referencjach uzupełniających z dnia 19 września 2011 r., gdzie wskazano, że wykonawca zrealizował potrzebę zaprojektowania wykonawczego nowych elementów ekspozycji.

Oceniając materiał dowodowy, Izba wzięła pod uwagę, że realizacja zadania odbywała się na podstawie 5. projektów przekazanych przez zamawiającego (fakt niesporny), natomiast gdy zachodziła potrzeba dokonania zmiany w toku realizacji zadania, zmiana była zlecona projektantowi zewnętrznemu, ale też firma wykonała projekty w zakresie zmiany aranżacji omówionej w uzupełnieniu referencji z dnia 19 września 2011 r. (zmiana sposobu aranżacji klatki schodowej na tynkowanie i artystyczne malowanie; wyciemnienie części ekspozycyjnej poprzez montaż kotar; wykonanie balustrad od antresoli na pniu do tarasu widokowego za księgą ilustracji - dla zapewnienia lepszej estetyki, atrakcyjności wizualnej, funkcjonalności i dla zwiększenia bezpieczeństwa), co wynika z pierwotnych i uzupełniających referencji inwestora. A więc wykonywane projekty wykonawcze dotyczyły wyłącznie zmian aranżacji w ramach ustalonego w umowie wynagrodzenia ryczałtowego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, że brak jest podstaw by przyjąć, iż wykonanie projektu wykonawczego w zakresie zmiany aranżacji (zmiana pewnych fragmentów zadania w toku jego realizacji) jest zaprojektowaniem, które odpowiada wymaganemu przez zamawiającego zaprojektowaniu wystawy multimedialnej, składającej się z monitorów dotykowych, systemów projekcyjnych, nagłaśniających, oświetleniowych, systemu sterowania urządzeniami i zarządzania projektowaną treścią w muzeum, galerii sztuki, instytucji kultury, instytucji wystawienniczej na łączną wartość wraz z zainstalowaniem i uruchomieniem, co najmniej 1.000.000 zł netto - pkt VI.2. siwz, tj. pełnemu zaprojektowaniu wystawy multimedialnej).

Zamawiający też wymagał zaprojektowania, wykonania i uruchomienia wystawy multimedialnej wraz z częściami składowymi o określonej wartości, co najmniej 1 000 000 zł netto. Uczestnik postępowania wskazał wartość netto 2 200 000 zł, tj. wartość przyjętą w umowie z dnia 15 września 2009 r. jako cenę ryczałtową za wykonanie całości robót budowlanych, nie wyszczególniając w tej kwocie wartości odnoszącej się do zakresu

wymaganego w pkt VI.2. siwz, tj. wystawy multimedialnej.

Izba podziela stanowiska uczestnika postępowania i zamawiającego, przedstawione w zgłoszeniu przystąpienia i odpowiedzi na odwołanie, że zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wskazanych w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, co oznacza, że opis powinien uwzględniać cel jakiego ma służyć warunek, a więc dokonania wyboru wykonawcy dającego rękojmię właściwego wykonania zamówienia. Adresatem tego przepisu jest zamawiający w przedmiocie właściwego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, na etapie formułowania ogłoszenia o zamówieniu i siwz i jednocześnie wykonawcy, którym służą środki ochrony prawnej wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień siwz.

Jednak zamawiający, podobnie jak wykonawcy, związany jest postanowieniami siwz i zgodnie z przepisami ustawy Pzp, nie może odstąpić od przyjętego sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu na etapie badania i oceny ofert, nawet jeśli uzna, że mimo braku potwierdzenia spełnienia warunku w zakresie wymaganego doświadczenia, wykonawca i tak jest w stanie wykonać zamówienie.

Izba nie uwzględniła zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania, przez wskazanie w wykazie wykonania projektów wykonawczych (...).

Izba wzięła pod uwagę okoliczność, iż uczestnik postępowania podał w wykazie (załącznik nr 7) opis wykonanego zamówienia o treści całkowicie zgodnej z opisem zawartym w referencji, tj. „projekty wykonawcze i aranżację ekspozycji stałej, w tym: zabudowę scenograficzną i multimedialną wyposażenia ekspozycji pn. „Świat Bajki”.” Zarzut odwołania dotyczył nieprawdziwych informacji podanych przez uczestnika postępowania w załączniku nr 7, nie został podniesiony natomiast w zakresie identycznej treści referencji. Odwołujący na rozprawie wskazał, że być może wystawca referencji miał na uwadze dokumentację powykonawczą (zamiennosc pojęć: „projekty wykonawcze”, „dokumentacja powykonawcza”), co może świadczyć o błędzie.

Izba wzięła również pod uwagę, że z uzupełnionych przez inwestora referencji z dnia 19 września 2011 r. i z pisma z dnia 26 września 2011 r. również inwestora, wynika, iż w toku realizacji zamówienia miała miejsce zmiana aranżacji i w tym zakresie były sporządzane fragmentaryczne projekty wykonawcze, czego nie podważył odwołujący.

Analizując treść oświadczenia uczestnika postępowania, zamieszczonego w wykazie robót i referencji inwestora oraz umowy i oświadczenia byłej dyrektor inwestora, Izba uznała, że uczestnik postępowania z pewnością nie wykonywał projektów, o których mowa w załączniku nr 2 do umowy, a więc rzeczywiście inwestor nie nabywał od wykonawcy projektów

wykonawczych. Natomiast nie zostało obalone stanowisko wynikające z referencji i oświadczenia uczestnika złożone w zgłoszeniu przystąpienia i na rozprawie, że w ramach wynagrodzenia ryczałtowego wykonawca sporządził projekty wykonawcze w zakresie zmienionej aranżacji, a więc tylko w zakresie zmienionych elementów, co z pewnością nie jest potwierdzeniem spełniania warunku, ale też trudno uznać, iż są to informacje nieprawdziwe w rozumieniu ustawy Pzp.

Izba uznała za zasadne w tym względzie stanowisko zamawiającego (pismo z dnia 23 września 2011 r. - odpowiedź na odwołanie), że czym innym jest sytuacja, w której wykonawca ubiegający się o zamówienie wykazując swoje doświadczenie powołuje się na realizację zadania, które obiektywnie nie odpowiada wymogom postawionym przez zamawiającego, co skutkuje wykluczeniem z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a czym innym sytuacja, w której wykonawca tak formułuje ofertę, aby wywołać u zamawiającego błędne przekonanie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu pomimo, iż w rzeczywistości wykonawca warunków tych nie spełnia, co z kolei skutkuje wykluczeniem z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Na podstawie powyższego, Izba uznała, że uczestnik postępowania nie wykazał spełniania wymaganego warunku udziału w postępowaniu, o czym stanowi art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Jednak, w ocenie Izby, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, trudno jest uznać, iż oświadczenie uczestnika postępowania (załącznik nr 7) dotyczące projektów wykonawczych w zakresie zmian w aranżacji, dokonanych na wniosek inwestora (dwukrotne potwierdzenie przez inwestora), stanowi nieprawdziwą informację, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zatem, Izba uwzględniła odwołanie w związku z brakiem potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu - posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wymaganym przez zamawiającego w pkt VI.2. siwz.

Należy wskazać, że wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nie może być dokonane bez uprzedniej obligatoryjnej czynności zamawiającego wynikającej z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Przepis ten stanowi, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, albo którzy złożyli oświadczenia i dokumenty zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął składania ofert. Na równi z oświadczeniami i dokumentami zawierającymi błędy, traktuje się złożone oświadczenia i dokumenty, które nie potwierdzają spełniania

warunku udziału w postępowaniu.

Uwzględniając odwołanie Izba nakazała powtórzenie czynności badania i oceny oferty uczestnika postępowania. Skutki powtórnego badania i oceny oferty powinny stanowić podstawę rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 lit. a, pkt 2 lit. b, § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....