

Sygn. akt: KIO 97/17

**WYROK
z dnia 30 stycznia 2017 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Katarzyna Prowadzisz

Ewa Sikorska

Protokolant: Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 stycznia 2017 r. przez wykonawcę New Amsterdam Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, 31-553, przy ul. Fabrycznej 20A w postępowaniu prowadzonym przez Państwowy Zespół Ludowy Pieśni i Tańca „MAZOWSZE” im. Tadeusza Sygietyńskiego z siedzibą przy ul. Świerkowej 2, (05-805) Otrębusy

przy udziale wykonawcy Nizio International M. N., ul. Inżynierska 3 lok.4, 03-410 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 97/17 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: New Amsterdam Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, 31-553, przy ul. Fabrycznej 20A i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: New Amsterdam Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, 31-553, przy ul. Fabrycznej 20A tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Państwowy Zespół Ludowy Pieśni i Tańca „MAZOWSZE” im. Tadeusza Sygietyńskiego z siedzibą przy ul. Świerkowej 2, (05-805) Otrębusy wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na: opracowanie koncepcji funkcjonalno - przestrzennej wyposażenia centrum edukacyjnego niezbędnej do stworzenia projektu pn. „Odrestaurowanie Pałacyku Karolin i utworzenie bazy edukacyjnej dla prezentacji i promocji folkloru” (znak sprawy: koncepcja - 4 -2016).

O wynikach postępowania Zamawiający powiadomił wykonawców w dniu 10 stycznia 2017r. wskazując, iż za najkorzystniejszą uznał ofertę złożoną przez wykonawcę, który w wyniku zastosowania kryteriów określonych w SIWZ otrzymał 95 punktów, zaś oferta Odwołującego: New Amsterdam Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, 31-553, przy ul. Fabrycznej 20A uzyskała drugą lokatę otrzymując 93,81 punktów.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 16 stycznia 2017r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wskazując, że zdaniem Odwołującego, dokonując wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Zamawiający naruszył przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp - przepis artykułu 91 ustęp 1 w związku z artykułem 2 punkt 5 a ustawy Pzp, pomimo, że oferta ta nie była najkorzystniejsza uwzględniając kryteria wyboru określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, a dotyczące posiadania zdolności technicznej i zawodowej.

Według Odwołującego prawidłowa ocena oferty wykonawcy z uwzględnieniem okoliczności braku wykazania doświadczenia Wykonawcy, co dotyczy w szczególności wskazanej w ofercie N. A. powinna sprawić, że ilość punktów w zakresie kryterium doświadczenie przyznana wykonawcy powinna być odpowiednio mniejsza, co sprawiłoby, że za najkorzystniejszą zostałaby uznana oferta Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. Naruszenie przepisu artykułu 91 ustęp 1 ustawy Pzp w związku z artykułem 2 punkt 5 a ustawy Pzp polegające na wyborze oferty wykonawcy, jako najkorzystniejszej w rezultacie (z uwzględnieniem pozostałych kryteriów) przyznania 40 punktów w zakresie

kryterium określonego w punkcie 16.1.2. (doświadczenie), w zakresie którego wskazana ilość punktów przyznawana była w razie zapewnienia uczestnictwa w realizacji zamówienia „3 osób (powyżej 2 osób wskazanych w warunkach udziału w postępowaniu), z których każda w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, wykonała minimum co najmniej 2 koncepcje aranżacji wnętrz i ekspozycji wraz ze scenariuszem merytorycznym o wartości nie mniej niż 80 000,00 zł brutto każda (...)” pomimo, że wskazane w ofercie wykonawcy N. A. nie legitymuje się doświadczeniem w pełnym zakresie wymaganym we wskazanym kryterium, nie odpowiada, bowiem prawdzie oświadczenie wykonawcy w tym zakresie, w którym twierdzi on w złożonym oświadczeniu, że prace w nim wskazane, a wykonane przez wskazaną osobę obejmowały tworzenie scenariusza merytorycznego co sprawia, że liczba punktów w zakresie tego kryterium powinna być odpowiednio mniejsza,

2. Naruszenie przepisów artykułu 91 ustę 1 ustawy Pzp, w związku z artykułem 24 ust.1 punkt 12 ustawy Pzp, w związku z artykułem 24 aa ustawy Pzp, w związku z artykułem 89 ustę 5 punkt 5 ustawy Pzp, polegające na wyborze na oferty wykonawcy, jako najkorzystniejszej pomimo, że wykonawca, który ją złożył podlegał wykluczeniu z tej przyczyny, że nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w punktach 7.3.2 SIWZ, a polegającego na wykazaniu posiadania zdolności technicznej i zawodowej obejmującej wykazanie, że dysponuje on lub będzie dysponował zespołem osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, składającym się z co najmniej dwóch osób, z których każda w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wykonała minimum co najmniej 1 koncepcję aranżacji wnętrz i ekspozycji wraz ze scenariuszem merytorycznym, nie wykazał z tej przyczyny, wypełniając przy okazji dyspozycję co najmniej przepisu artykułu 24 ustę 1 punkt 17 ustawy Pzp, co miało wpływ na decyzje Zamawiającego, iż wskazana w ofercie N. A. wykonała być może co najmniej dwie koncepcje aranżacji wnętrz i ekspozycji, jednakże bez scenariusza merytorycznego, z tej przyczyny, że obydwie wskazane przy Jej nazwisku postępowania nie obejmowały sporządzenia rzeczowego scenariusza merytorycznego.

Podnosząc powyższe zarzuty Odwołujący wnosil o:

1. Uwzględnienie odwołania,
2. Unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy,
3. Nakazanie Zamawiającemu ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego obiektywnie najkorzystniejszej i wykluczenie wykonawcy, również z uwzględnieniem dyspozycji przepisu artykułu 24 ustę 1 punkt 17 ustawy Pzp, co jest równoznaczne z odrzuceniem jego oferty,

Odwołujący zwrócił uwagę, że w punkcie 16 SIWZ Zamawiający wskazał kryteria, jakimi miał się kierować podczas oceny ofert, gdzie w jednym z kryteriów określonym w

punkcie 16.1.2 SIWZ było doświadczenie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, przy czym waga tego kryterium została określona na 40 punktów.

Zauważył przy tym, że Zamawiający w zakresie wskazanego kryterium przyjął w SIWZ następującą metodę przyznawania punktów:

„Punkty w niniejszym kryterium zostaną przyznane w następujący sposób:

40 pkt - 3 osoby (powyżej 2 osób wskazanych w warunkach udziału w postępowaniu), z których każda w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, wykonała minimum co najmniej 2 koncepcje aranżacji wnętrz i ekspozycji wraz ze scenariuszem merytorycznym o wartości nie mniej niż 80 000,00 zł brutto każda w muzeach i/lub galeriach sztuki i/lub obiektach w celach edukacyjnych, pamiątkowych, ochronnych przedstawiając port folio z ekspozycjami (dla jednej koncepcji aranżacji wnętrz i ekspozycji wraz ze scenariuszem merytorycznym co najmniej 40 zdjęć)

10 pkt - 1 osoba (powyżej 2 osób wskazanych w warunkach udziału w postępowaniu), z których każda w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, wykonała minimum co najmniej 2 koncepcje aranżacji wnętrz i ekspozycji wraz ze scenariuszem merytorycznym o wartości nie mniej niż 80 000,00 zł brutto każda w muzeach i/lub galeriach sztuki i/lub obiektach w celach edukacyjnych, pamiątkowych, ochronnych przedstawiając port folio z ekspozycjami (dla jednego koncepcji aranżacji wnętrz i ekspozycji wraz ze scenariuszem merytorycznym co najmniej 40 zdjęć)

0 pkt - przy spełnieniu warunków udziału w postępowaniu”

Odwołujący wskazał, że wynik w postaci przyznania Wykonawcy 40 punktów w zakresie tego kryterium był rezultatem uznania, że każda ze wskazanych w ofercie Wykonawcy trzech osób legitymuje się wykonaniem „(...) minimum, co najmniej 2 koncepcje aranżacji wnętrz i ekspozycji wraz ze scenariuszem merytorycznym (...)”.

Stwierdził również, że przyczyną podjęcia takiej decyzji przez Zamawiającego i przyznania maksymalnej ilości punktów w zakresie omawianego kryterium było wywołane działaniem wykonawcy przeświadczenie o prawdziwym i skutecznym wykazaniu przez wykonawcę, że każda ze wskazanych osób brała udział w opisanych realizacjach.

Zdaniem Odwołującego zarówno sposób opisanie w SIWZ sposobu wykazania spełniania warunków, jak i kryteriów przyznawania punktów w zakresie kryterium doświadczenia wskazują, że istotnym dla Zamawiającego było, aby wykazane prace obejmowały i koncepcje i scenariusz.

Podniósł, że istotnym jest także, że w przypadku realizacji wskazanych przez

wykonawcę, jako realizowane przez Panią N. A. niemożliwym było wykazanie spełnienia części warunku i związanego z nim kryterium oceny w postaci stworzenia scenariusza merytorycznego.

Odwołujący zaznaczył, że zarówno w przypadku Muzeum Interaktywnego i Centrum Edukacji Teatralnej w Krakowie (Zamawiający - Narodowy Teatr Stary im. Heleny Modrzejewskiej w Krakowie) jak i Galerii Sztuki Starożytnej w Warszawie (Zamawiający - Muzeum Narodowe w Warszawie) przedmiot zamówienia nie obejmował stworzenia scenariusza merytorycznego.

Względem postępowania prowadzonego przez Narodowy Teatr Stary im. Heleny Modrzejewskiej Odwołujący zwrócił uwagę, że wskazana przez Wykonawcę osoba nie mogła stworzyć scenariusza z tej przyczyny, że scenariusz nie był objęty przedmiotem zamówienia.

Przekonywał, że czym innym jest tworzenie koncepcji wystroju wnętrz i scenografii, co było przedmiotem konkursu którego zwycięzcą został wykonawca, a czym innym tworzenie scenariusza, rozumianego jako opowieść lub zestaw konkretnych wskazówek co do konkretnych rozwiązań, wyrażony tekstem i zawierający myśl autora odnośnie sposobu komunikowania treści ekspozycji oraz komplet tekstów i treść ostateczna elementów wystawy, w szczególności teksty do wydruków, treści aplikacji multimedialnych lub teksty nagrań audio.

Względem postępowania prowadzonego przez Muzeum Narodowe w Warszawie Odwołujący wskazał, że również w tym przypadku Pani N. A., ani nikt z pracowników (zespołu) wykonawcy nie był autorem scenariusza, na co w sposób niebudzący wątpliwości wskazuje okoliczność, iż jego autorem była zupełnie inna osoba wskazana w dokumentach stanowiących załączniki do ogłoszenia o zamówieniu (konkursie).

Argumentował, że załącznik wskazany w pozycji trzeciej ogłoszenia stanowi właśnie scenariusz, którego autorem jest Pan A. T. .

W konsekwencji, według Odwołującego - oświadczenia wykonawcy dotyczące posiadania zdolności technicznej w tym zakresie, w jakim obejmowały wykonanie scenariusza nie odpowiadają prawdzie.

Zdaniem Odwołującego powyższe ustalenie ma bezpośredni wpływ na ilość punktów w zakresie kryterium doświadczenia osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia.

W ocenie Odwołującego - jeżeli N. A. nie wykazała się wymaganym doświadczeniem - nie legitymując się autorstwem scenariuszy - liczba punktów przyznanych wykonawcy - w zakresie tego kryterium powinna być odpowiednio mniejsza, nie zaś maksymalna.

Z istoty analizowanego zarzutu wynika – według Odwołującego - również, że wykonawca, niezależnie od tego, jaki konkretnie pracownik był zaangażowany podczas wskazanych realizacji, to wykonawca nie może pochwalić się nawet pośrednim autorstwem scenariusza, w znaczeniu działania zespołowego, z odpowiednim przeniesieniem majątkowych praw autorskich, z tej przyczyny, że przedmiot zamówienia nie obejmował stworzenia takiego scenariusza.

Stwierdził również, że opis przedmiotu zamówienia nie obejmował stworzenia scenariusza, a zatem działanie wykonawcy polegające na wskazaniu tych realizacji należało uznać za lekkomyślne.

Odnosnie wskazanej w ofercie wykonawcy realizacji inwestycji dla Muzeum Marii Skłodowskiej - Curie Odwołujący podniósł, że niemożliwym jest, aby Wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu wskazany w punkcie 7.3.1. i 7.3.2. SIWZ w tym zakresie, w jakim wymagane jest przedstawienie port folio z wykonanej realizacji, z tej przyczyny, że realizacja ta nie została jeszcze ukończona.

Wobec powyższego podniósł, że możliwym było jedynie przedstawienie wizualizacji, rozumianej, jako wyobrażenie przyszłego wyglądu wystawy, nad której wykonaniem trwają prace.

W ocenie Odwołującego - wizualizacja lub też render nie może być uznana za zobrazowanie obiektu rzeczywiście istniejącego, a jedynie za jego przewidywane zobrazowanie, które mimo, że może być bardzo dokładne, to nie stanowi utrwalenia rzeczywiście istniejącego w przestrzeni i czasie obiektu.

Dopiero bowiem zdjęcia fotograficzne obrazujące utrwalony rezultat pracy są wystarczającym dla Zamawiającego źródłem informacji pozwalającym ocenić wygląd, cechy i jakość wykonanego zadania.

Odwołujący oświadczył, że był i jest w stanie przedstawić rozmaite wizualizacje obecnie realizowanych przedsięwzięć, które nie są ukończone.

Odwołujący oświadczył, że postępując zgodnie z czytelną intencją Zamawiającego przedstawił wyłącznie obrazy pokazujące dzieła przez niego ukończone i w rzeczywistości istniejące w przestrzeni, tak aby Zamawiający mógł poznać ich wygląd, estetykę i właściwości.

Zdaniem Odwołującego koniecznym zatem staje się zwrócenie się do Zamawiającego - Muzeum Marii Skłodowskiej - Curie o udzielenie informacji dotyczącej przebiegu realizacji zamówienia oraz zobowiązanie wykonawcy do udzielania odpowiedzi na pytanie, czy realizacja wskazanej inwestycji dobiegła końca, o co Odwołujący wnosił.

W ocenie Odwołującego z racji tego, że dokument zawierający wykaz przedsięwzięć realizowanych przez Panią N. A. zawiera nieprawdziwe dane, w razie uwzględnienia odwołania Wykonawca powinien zostać wykluczony na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 punkt 17 ustawy Pzp, zaś jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą.

Odwołujący zarzucił, że wykonawca bowiem, jak każdy inny podmiot biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinien szczególnie starannie działać przygotowując ofertę, w szczególności podając wyłącznie prawdziwe dane w odpowiedni sposób zweryfikowane, dane mające wpływ na jego kwalifikację podmiotową oraz na ocenę jego oferty.

Pismem z dnia 18 stycznia 2017r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Nizio International M. N., zwany dalej Przystępującym.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, oferty Przystępującego, odwołania, informacji Zamawiającego na podstawie art.92 ust.2 ustawy Pzp z dnia 10 stycznia 2017r., odpowiedzi na odwołanie z dnia 19 stycznia 2017r., pisma procesowego przygotowawczego Przystępującego wraz z załącznikami z dnia 27 stycznia 2017r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Izba zważywszy na datę wszczęcia do przedmiotowego postępowania przetargowego uznała, że stosuje się do niego przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Według informacji przedstawionej przez Zamawiającego w piśmie z dnia 17 stycznia 2017r., wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Izba doszła do przekonania, że przedmiotowe odwołanie w zakresie zarzutu 2, tj: naruszenia przepisu art.91 ust.1 w zw. z art.24 ust.1 pkt. 12 w zw. z art.24aa, w zw. z art.89 ust.1 pkt. 5 ustawy Pzp nie może podlegać badaniu i rozpoznaniu, bowiem dotyczy czynności innych niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy i gdyby zarzut ten został zgłoszony samodzielnie odwołanie podlegałoby odrzuceniu w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. w brzmieniu po nowelizacji, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego;
- 5) opisu przedmiotu zamówienia;
- 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

Izba reprezentuje stanowisko, że powyższy przepis w postępowaniach podprogowych został przez ustawodawcę zawężony jedynie do sytuacji wyraźnie w nich wskazanych i nie może być interpretowany rozszerzająco.

W ocenie Izby nie może być rozpoznany zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy z przetargu z racji nie ujęcia tej sytuacji w katalogu powyższego przepisu art. 180 ust.2 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby znowelizowany przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp i wskazane w nim przez ustawodawcę wyraźne sformułowanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty

świadczy o tym, że nie obejmuje ono zaniechania czynności odrzucenia oferty, jak również zaniechania czynności wykluczenia z postępowania, a jedynie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ.

Za powyższym znaczeniem przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp decydują argumenty z zakresu wykładni literalnej.

Dosłowne brzmienie tego przepisu oznacza dopuszczenie zakwestionowania wyboru, jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest najkorzystniejsza w świetle określonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert (nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp).

Natomiast definicja wyboru najkorzystniejszej oferty wynika pośrednio z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wybór oferty najkorzystniejszej należy rozumieć, jako czynności zamawiającego, polegające na zastosowaniu do oferty określonych w SIWZ kryteriów i ustalenie wyniku tej oceny w sposób skutkujący wyborem oferty.

W ocenie Izby tylko tak rozumiany wybór oferty najkorzystniejszej może być przedmiotem odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego wartość jest mniejsza niż tzw. progi unijne.

Powyższy pogląd Izby dodatkowo wzmacnia okoliczność, że w wyniku nowelizacji o wiele większego znaczenia nabrały pozacenowe kryteria oceny ofert (np. kwalifikacje i doświadczenie osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, aspekty społeczne, jakościowe, innowacyjne), których stosowanie jest w większości przypadków obowiązkowe.

Wymaga również zauważenia, że nowelizując art. 180 ust. 2 ustawy Pzp., normodawca zdecydował się rozszerzyć możliwość wnoszenia odwołań w postępowaniach o wartości zamówienia poniżej progów unijnych, dopuszczając wniesienie odwołania również wobec czynności opisu przedmiotu zamówienia oraz wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Jednocześnie jednak nie zostały wykreślone ani zmienione przesłanki z pkt. 3 i 4, zgodnie, z którymi odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz czynności wykluczenia odwołującego z postępowania.

Wnosząc z przeciwieństwa, odwołanie na zasadzie art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp nie przysługuje wobec zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy, jak i wobec zaniechania wykluczenia innego wykonawcy z postępowania, bowiem przepis ten nie może być interpretowany w taki sposób, że objęte są nim wszystkie czynności i zaniechania poprzedzające wybór najkorzystniejszej oferty, wówczas bowiem zbędne byłoby utrzymanie przesłanek określonych w art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp.

Należy również wskazać, że gdyby zamiarem ustawodawcy nie było ograniczenie odwołań na podstawie punktu 6 wyłącznie do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, zbędne byłoby określanie pozytywnego katalogu czynności podlegających zaskarżeniu w postępowaniach poniżej progów.

Izba również zwróciła uwagę, że przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp ma charakter wyjątkowy w stosunku do zasady, że do postępowań innych niż podprogowe odwołanie przysługuje, co potwierdza również użycie w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp przez ustawodawcę sformułowania „wyłącznie”, a to decyduje, że niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca.

Należy również zauważyć, że w postępowaniach o wartości równej lub wyższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie służy wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Podczas, gdy w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp była i jest mowa jedynie o tym, że odwołanie w postępowaniach poniżej progów służy wyłącznie wobec czynności, zaś ustawodawca nie przewidział zaniechania zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, nieuprawnione jest twierdzenie, że w odróżnieniu od punktów 1-5, przesłanka z pkt 6 obejmuje zarówno czynność, jak i zaniechania czynności (w dodatku innych niż czynność wprost wymieniona w przesłance).

Przewidziany w przepisie art. 180 ust. 2 katalog przesłanek zawsze odnosił się do czynnego zachowania zamawiającego, nie zaś do zaniechań, i sytuacja ta nie uległa zmianie w wyniku ostatniej nowelizacji ustawy.

Izba również zauważyła, że odmiennie odnosi się do tej kwestii przepis art. 181 ust. 1 ustawy Pzp, który wprost stanowi, że w postępowaniach poniżej progów unijnych

wykonawca lub uczestnik konkursu może w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania poinformować zamawiającego zarówno o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego, jak i o zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy, na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Dodatkowo Izba dostrzegła, że zgodnie z przepisem art. 92 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji, zamawiający miał obowiązek jednocześnie informować o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o ofertach odrzuconych i wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania. Treść tego przepisu była następująca:

Art. 92. 1. Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę) albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, uzasadnienie jej wyboru oraz nazwy (firmy) albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację;

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne;

3) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne – jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę;

4) terminie, określonym zgodnie z art. 94 ust. 1 lub 2, po którego upływie umowa w sprawie zamówienia publicznego może być zawarta.

Obecnie przepis art. 92 ust. 1 ustawy Pzp ma następujące brzmienie:

Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert łączną punktację,

2) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni,

3) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności,

- 4) wykonawcach, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, ale nie zostali zaproszeni do kolejnego etapu negocjacji albo dialogu,
- 5) dopuszczeniu do dynamicznego systemu zakupów,
- 6) nieustanowieniu dynamicznego systemu zakupów,
- 7) unieważnieniu postępowania – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Z powyższego brzmienia tych przepisów należy wnioskować, że ustawodawca odrębnie wypowiadał się o wyborze oferty najkorzystniejszej (pkt 1), wykluczeniach (pkt 2), odrzuceniach (pkt 3), zaś po nowelizacji zamawiający nie ma już obowiązku jednoczesnego informowania o tych czynnościach, a zatem znacznie częściej zamawiający będzie odrzucał oferty czy wykluczał wykonawców zanim wybierze ofertę najkorzystniejszą.

Nie sposób uznać, że pod pojęciem wybór oferty najkorzystniejszej mieści się zaniechanie czynności odrzucenia oferty czy zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy w sytuacji, gdy zamawiający nie dokonał jeszcze czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Interpretacja funkcjonalna art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w sposób dopuszczający zaskarżanie – w ramach odwołań wobec wyboru oferty najkorzystniejszej – zaniechania odrzucenia oferty czy zaniechanie wykluczenia wykonawcy, nie daje się obronić również z powodu konsekwencji praktycznych co, do których należy wykluczyć, aby były objęte zamiarem ustawodawcy.

Przyjmując, że dopuszczalne jest kwestionowanie zaniechania odrzucenia oferty z powołaniem się na art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp (wybór oferty najkorzystniejszej), należałoby zadać pytanie o możliwość jednoczesnego zakwestionowania takiego samego zaniechania w stosunku do oferty, która wybrana nie została (przykładowo – została sklasyfikowana na drugim miejscu, za ofertą wybraną, a przed ofertą odwołującego).

Z jednej strony nie sposób znaleźć argumentów przemawiających za dopuszczeniem zaskarżenia takiego zaniechania, z drugiej – trudno byłoby uzasadnić takie różnicowanie możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej.

Ponadto, tak szeroka interpretacja art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp byłaby jeszcze bardziej trudna do zastosowania w trybach, w których następuje prekwalfikacja wykonawców, a w których ocenę istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy od wyboru najkorzystniejszej oferty dzieli cały odrębny etap postępowania.

W takich postępowaniach z jednej strony za niedopuszczalne należałoby uznać odwołanie wobec zaniechania wykluczenia wykonawcy w terminie liczonym zgodnie z art. 182 ust. 1 ustawy Pzp (tj. od przesłania informacji o wykonawcach zaproszonych do dalszego etapu postępowania) z powołaniem się na 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp – nie nastąpił bowiem wybór wyboru oferty najkorzystniejszej.

Z drugiej strony, dopuszczenie do wnoszenia odwołania dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej w takim trybie byłoby po pierwsze oderwane od określonych ustawą terminów na wniesienie odwołania, a po drugie – mogłoby doprowadzić do zniweczenia znacznej części postępowania i cofnięcia go po wyborze oferty na etap prekwalfikacji. Nie można zakładać, aby taki właśnie był zamiar racjonalnego ustawodawcy.

Reasumując, przyjęcie stanowiska zgodnie, z którym czynność wyboru oferty najkorzystniejszej należy rozumieć szeroko – jako następstwo wszystkich czynności z zakresu badania i oceny ofert, które doprowadziły do wyboru oferty najkorzystniejszej, nie daje się obronić w świetle tekstu racjonalnego ustawodawcy.

Przy przyjęciu takiej wykładni poza zakresem zaskarżenia w postępowaniach podprogowych pozostawałoby unieważnienie postępowania. Gdyby taki właśnie był zamiar ustawodawcy, przepis art. 180 ust. 2 zostałby sformułowany inaczej.

Dodatkowo istotnym argumentem przemawiającym za słusnością prezentowanego poglądu jest wyrażone w toku prac legislacyjnych nad nowelizacją stanowisko jej autora – Ministerstwa Rozwoju, stanowiące swego rodzaju wykładnię autentyczną.

Podczas uzgodnień międzyresortowych Ministerstwo Środowiska zgłosiło uwagę, że rozszerzenie katalogu okoliczności, wobec których można zastosować środki ochrony prawnej w postępowaniach podprogowych, ograniczy efektywność postępowań.

Wskazywano, że jeżeli zaproponowana zmiana jest konieczna, przy tak rozszerzonym katalogu okoliczności umożliwiających skorzystanie ze środków ochrony prawnej, niecelowe jest w ogóle utrzymanie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Ministerstwo Rozwoju zaznaczyło w toku prac legislacyjnych, że zmiana jest korzystna dla wykonawców, a enumeratywne wyliczenie nie otwiera zakresu środków ochrony prawnej tak szeroko, jak jego brak. Jak podano, przede wszystkim, poza tym zakresem będą „zaniechania” zamawiającego, a to znaczna różnica.

Odmiennej zamiarów nie sposób natomiast wyczytać z innych materiałów z prac legislacyjnych, w tym z samego uzasadnienia projektu ustawy, a należałoby zakładać, że, jeśli ustawodawca chciał tak dalece znieść dotychczas obowiązujące ograniczenia, to byłaby to zmiana na tyle istotna, że doczekałaby się odpowiedniego komentarza w uzasadnieniu nowelizacji.

Należy więc stwierdzić, że intencja autora nowelizacji co do zakresu zaskarżenia w postępowaniach poniżej progów unijnych została wyrażona podczas uzgodnień międzyresortowych, ze wskazaniem na zamiar utrzymania wyłączeń dotyczących zaniechań zamawiającego i nie może być pomijana przy interpretacji przepisów.

Natomiast dokonywana przez Izbę interpretacja nie może uwzględniać oczekiwań wykonawców, co do możliwości jak najszerszego wnoszenia odwołań w postępowaniach podprogowych, w sytuacji, gdy oczekiwania te nie tylko nie znajdują potwierdzenia w brzmieniu przepisów rozumianych zgodnie z wszystkimi regułami wykładni prawa, ale wręcz stoją w opozycji do wyników tej wykładni i wyartykułowanych przez autora projektu celów.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że zarzut 2 podniesiony w niniejszym odwołaniu zdecydowanie nie mieści się w katalogu określonym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, gdzie mowa jest wyraźnie o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie zaś zaniechaniu odrzucenia wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą.

Tym samym skład orzekający Izby podzielił jednolite stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w innych orzeczeniach wydanych w analogicznych sprawach, tj. w postanowieniu z 5 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1599/16, w postanowieniu z 15 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1674/16, w postanowieniu z 21 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1696/16, postanowieniu z dnia 29 września 2016 roku, sygn. akt KIO 1750/16 oraz w postanowieniu z dnia 8 listopada 2016 roku, sygn. akt KIO 2026/16, postanowieniu z dnia 16 listopada 2016r., sygn. akt KIO 2084/16, w postanowieniu z dnia 14 grudnia 2016r., sygn. akt: KIO 2283/16, z dnia 30 stycznia 2017r., sygn. akt 160/17.

Podkreślenia wymaga, że nie ma żadnego związku pomiędzy naruszeniem przez Zamawiającego wymogu w kryterium oceny ofert i niespełnianiem przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu, jak podnosi Odwołujący w zarzucie nr 2, gdzie jednocześnie wskazuje podstawy prawne do wykluczenia wykonawcy z postępowania i argumentację faktyczną odnośnie kryterium oceny ofert.

Izba wskazuje, że kryteria oceny ofert i ich opis, którymi to kryteriami Zamawiający kierował się przy wyborze oferty najkorzystniejszej, jak również podanie wag tych kryteriów i sposobu ich oceny został w sposób jednoznaczny i precyzyjny określony w SIWZ. Zaznaczyć należy, że w kryterium poddane zostało ocenie doświadczenie innych osób niż tych, które wykonawca podał na okoliczność wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Tym samym ocena informacji przedstawionych przez wykonawcę w celu uzyskania jak największej liczby punktów w danym kryterium dokonywana jest tylko w przyzmacie postanowień SIWZ odnośnie tego kryterium – w efekcie wskazane informacje oceniane są jedynie jako te, które odpowiadają wymaganiom zawartym w kryterium lub jako te, które takim wymaganiom nie odpowiadają, co w efekcie pozwala na przyznanie punktów w danym kryterium lub nie. Nie ma tym samym możliwości „przenoszenia”, jak starał się to czynić Odwołujący, ustawowych regulacji odnośnie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu na zupełnie inny obszar związany badaniem oferty w danym kryterium oceny ofert.

Izba dodatkowo wskazuje, że dokonana ocena w kryterium oceny ofert dotyczących doświadczenia osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia w zakresie możliwości przedstawienia port folio z ekspozycjami została dokonana przez Zamawiającego prawidłowo. Podkreślenia wymaga, że w opisie jaki w SIWZ zawarł Zamawiający w sposób jednoznaczny wymagał przedstawienia port folio „dla jednej koncepcji aranżacji wnętrz i ekspozycji wraz ze scenariuszem merytorycznym co najmniej 40 zdjęć”. Nie sposób uznać zatem, aby w świetle takiego postanowienia SIWZ, należało uznać na niewypełniające kryteriów oceny oferty przedstawienie do oceny dwóch koncepcji dla danej osoby, z których jedna z tych koncepcji została już zrealizowana w postaci wystawy i którą można udokumentować port folio jakiego wymagał Zamawiający. Słusznie wskazał w trakcie rozprawy uczestnik postępowania odwoławczego, że wykonanie koncepcji, która stanowi przedmiot tej usługi, nie może być utożsamiana z wykonaniem wystawy przez zupełnie inny podmiot według tej koncepcji, a którą nabył w wyniku realizacji zamówienia. Wskazać w tym miejscu można, że mogła powstać koncepcja aranżacji wnętrz i ekspozycji wraz ze scenariuszem merytorycznym, która choć odpowiadała wymaganiom podmiotu ją zamawiającego nigdy nie została zrealizowana w postaci wystawy z uwagi na inne okoliczności, zmiany czy decyzje, a co wymaga podkreślenia nie jest zależne od autora koncepcji.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego w pozostałym zakresie Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art. 91 ust.1 w związku z art.2 pkt. 5 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

Przechodząc do rozpoznania merytorycznego Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt. 7.3.2. SIWZ postanowił, że za spełniających warunek posiadania zdolności technicznej i zawodowej, Zamawiający uzna wykonawców, którzy wykażą, że dysponuje lub będzie dysponował zespołem osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, składającym się z co najmniej dwóch osób, z których każda w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wykonała minimum co najmniej 1 koncepcję aranżacji wnętrz i ekspozycji wraz ze scenariuszem merytorycznym o wartości nie mniej niż 80 000,00 zł brutto w muzeach i/lub galeriach sztuki i/lub obiektach w celach edukacyjnych, pamiątkowych, ochronnych przedstawiając port folio z ekspozycjami (dla jednego scenariusza co najmniej 10 zdjęć).

Izba stwierdziła również, że w pkt. 9.2.1 SIWZ Zamawiający przewidział pozostałe dokumenty - wypełniony „Formularz oferty” na załączniku nr 1 do SIWZ.

W powyższym pkt. 2 załącznika nr 1 do SIWZ formularza oferty wykonawcy mieli złożyć oświadczenie, że n/w osoby będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia: W ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, wykonała co najmniej 2 koncepcje aranżacji wnętrz i ekspozycji wraz ze scenariuszem merytorycznym o wartości nie mniej niż 120 000,00 zł brutto każda w muzeach i/lub galeriach sztuki i/lub obiektach w celach edukacyjnych, pamiątkowych, (proszę o podanie nazwy Zamawiającego i miejsca wykonania) ochronnych przedstawiając port folio z ekspozycjami (dla jednej koncepcji aranżacji wnętrz i ekspozycji wraz ze scenariuszem merytorycznym co najmniej 40 zdjęć) z podaniem imienia i nazwiska i podstawy dysponowania tymi osobami.

Do powyższego oświadczenia Zamawiający zadedykował instrukcję, że w rubryce „W ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, wykonała co najmniej 2 koncepcje aranżacji wnętrz i ekspozycji wraz ze scenariuszem merytorycznym o wartości nie mniej niż 120 000,00 zł brutto każda w muzeach i/lub galeriach sztuki i/lub obiektach w celach edukacyjnych, pamiątkowych, ochronnych przedstawiając port folio z ekspozycjami (dla jednej koncepcji aranżacji wnętrz i ekspozycji wraz ze scenariuszem merytorycznym co najmniej 40 zdjęć)” należy podać informacje pozwalające stwierdzić czy Wykonawca spełnia kryteria oceny określone w pkt 16.1.2 SIWZ.

Izba ustaliła także, że w pkt.16.1.2. SIWZ Zamawiający postanowił między innymi, że przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami i ich wagami: Doświadczenie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia – waga 40 pkt.

Punkty w niniejszym kryterium zostaną przyznane w następujący sposób:

40 pkt – 3 osoby (powyżej 2 osób wskazanych w warunkach udziału w postępowaniu), z których każda w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, wykonała minimum co najmniej 2 koncepcje aranżacji wnętrz i ekspozycji wraz ze scenariuszem merytorycznym o wartości nie mniej niż 80 000,00 zł brutto każda w muzeach i/lub galeriach sztuki i/lub obiektach w celach edukacyjnych, pamiątkowych, ochronnych przedstawiając port folio z ekspozycjami (dla jednej koncepcji aranżacji wnętrz i ekspozycji wraz ze scenariuszem merytorycznym co najmniej 40 zdjęć)

10 pkt – 1 osoba (powyżej 2 osób wskazanych w warunkach udziału w postępowaniu), z których każda w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, wykonała minimum co najmniej 2 koncepcje aranżacji wnętrz i ekspozycji wraz ze scenariuszem merytorycznym o wartości nie mniej niż 80 000,00 zł brutto każda w muzeach i/lub galeriach sztuki i/lub obiektach w celach edukacyjnych, pamiątkowych, ochronnych przedstawiając port folio z ekspozycjami (dla jednego koncepcji aranżacji wnętrz i ekspozycji wraz ze scenariuszem merytorycznym co najmniej 40 zdjęć)

0 pkt – przy spełnieniu warunków udziału w postępowaniu.

Nadto, Izba stwierdziła w spornym zakresie, że Przystępujący w załączniku nr 1 do SIWZ – Formularz oferty wskazał osobę, która wykonała koncepcję aranżacji wnętrz i ekspozycji wraz ze scenariuszem merytorycznym przewidzianych na funkcjonowanie Muzeum Interaktywnego i Centrum Edukacji Teatralnej wykonywanych na rzecz Narodowego Starego Teatru im. H. Modrzejewskiej w Krakowie, a także dla Galerii Sztuki Starożytnej w Muzeum Narodowym w Warszawie.

Rozpoznając przedmiotową sprawę, Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego dotyczącej zarzutu nr 1 z tego powodu, że wymóg scenariusza w podanych realizacjach Przystępującego w kryterium oceny ofert spełnia wymagania SIWZ, również w aspekcie braku zdefiniowania tego pojęcia przez Zamawiającego.

Według zapatrywania Izby - Odwołujący nie udowodnił, że sporny wymóg wykonania scenariusza przez osobę, na którą powołuje się Przystępujący nie został spełniony.

Izba uznała, że informacje z linków ze strony internetowej są bezsporne, a zatem nie wymagają dowodzenia i z tego powodu Izba je pominęła, zaś wniosek o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania członka zarządu Odwołującego na okoliczności związane z oceną dokumentów Izba potraktowała, jako dowód zgłoszony dla zwłoki i nieprzydatny do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Izba oddaliła również wnioski dowodowe dotyczące zarzutu nr 2 z przyczyn wyżej wskazanych, bowiem zarzut ten w ogóle nie był rozpoznawany.

Natomiast Izba oparła się na dowodach przedstawionych przez Przystępującego w załączniku nr 3 - idea, zawartość merytoryczna oraz forma regulaminu konkursu na opracowanie koncepcji wystroju wnętrz i scenografii Muzeum Interaktywnego i Centrum Edukacji Teatralnej wykonywanych na rzecz Narodowego Starego Teatru im. H. Modrzejewskiej w Krakowie, gdzie między innymi na stronie 44 w projekcie adaptacji przestrzeni, podziału wnętrz i ich przeznaczenia wskazano, że w przestrzeni, umownie nazwanej „Oś Czasu”, opowieść o historii Teatru będzie prowadzona w sposób tradycyjny przy użyciu realnych obiektów, zaś w załączniku nr 4 wytyczne dla Ścieżki „Antyk” przewidziano również sposób użycia literackiego tekstu.

W powyższym zakresie Izba przyjęła wyjaśnienia Przystępującego, że efektem wykonania powyższych postanowień regulaminu było przygotowanie scenariusza koncepcyjnego, merytorycznego, który załączył na stronach 59 – 68 załącznika do pisma procesowego, a który był podpisany przez osobę zadeklarowaną w formularzu oferty.

Podobnie Izba uznała, że analogiczna sytuacja wystąpiła przy kolejnym zamówieniu, tj. przy opracowaniu koncepcji aranżacji Galerii Sztuki Starożytnej w Muzeum Narodowym i w tym zakresie istotny był regulamin konkursu na opracowanie koncepcji aranżacji galerii sztuki starożytnej w Muzeum Narodowym w Warszawie (str. 70 i nast. załącznika przedłożonego przez Przystępującego).

Izba stwierdziła również, że w pkt 2 ze str. 73 załącznika przewidziano założenia merytoryczne i funkcjonalne, a także Scenariusz Galerii Starożytnej – projekt, założenia ogólne (strona 90 i nast.), w następstwie, których Przystępujący sporządził projekt koncepcyjny(str. 109-117) dla Galerii Sztuki Starożytnej MNW zawierający opis koncepcji aranżacji z opisem scenariusza podpisany przez tą samą osobę.

Zdaniem Izby okoliczność opracowania scenariusza w ramach zadeklarowanych w formularzu oferty zamówieniach wynika również z załączonych przez Przystępującego umów

o dzieło, gdzie na str. 120 jest wskazana koncepcja i scenariusz ekspozycji, dotyczy to Muzeum Narodowego i na str. 122 opracowanie koncepcyjne ze scenariuszem dla ekspozycji MICET w Krakowie, obie podpisane przez tą samą osobę wskazaną w formularzu ofertowym.

Dodatkowo, Izba stanęła na stanowisku, że zarzut Odwołującego niewykazania się wykonaniem scenariusza przez osobę, na którą powołał się Przystępujący w formularzu oferty nie mógł również znaleźć potwierdzenia z tego powodu, że Zamawiający w ogóle nie zamieścił w SIWZ definicji scenariusza, a wobec tego pojęcie to należało rozumieć w taki sposób, jaki wynika ze specyfiki opisu wystawy przygotowanej przez jej autora.

Nadawanie, zatem dodatkowej treści pojęciu, które nie zostało w ogóle przez Zamawiającego określone nie może działać przeciwko danemu wykonawcy. Izba podkreśla, że nieuprawnioną i nieznajdującą uzasadnienia w postanowieniach SIWZ oraz obowiązujących przepisach argumentacja Odwołującego wskazująca na przenoszenie postanowień SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu (odniesienie do załącznika nr 6 do SIWZ) do ukształtowanych kryteriów oceny ofert. Zamawiający w żaden sposób nie uzależnił tych postanowień od siebie, nie odwoła się w kryterium do żadnych treści z opisu przedmiotu zamówienia. Interpretacja postanowień dotyczących opisu sposobu spełnienia kryterium przez pryzmat opisu przedmiotu zamówienia danym postępowaniu o udzielenie zamówienia nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia. Zaznaczyć należy, że każda taka interpretacja mogłaby być odmienna od pozostałych, co uniemożliwiłoby jakiejkolwiek porównanie złożonych ofert. Treść opisu kryterium była jednoznaczna, a brak zdefiniowania przez Zamawiającego określenia „scenariusz merytoryczny” nie może być na tym etapie postępowania precyzowana, a co za tym idzie, nie może działać na niekorzyść wykonawcy składającego ofertę. W rozpoznawanej sprawie każde rozumienie tego sformułowania broni się z uwagi na brak definicji legalnej jak również brak definicji w SIWZ.

Reasumując, złożenie przez Przystępującego w formularzu ofertowym oświadczenia o dodatkowych realizacjach zamówień podobnych do przedmiotu zamówienia i związanym z tym doświadczeniem osób nie może być, w rozpoznawanej sprawie, uznane za niewiążące, dla oceny w wymaganym przez Zamawiającego kryterium mającego wpływ na wynik postępowania przetargowego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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 wraz ze zm.).

Przewodniczący:.....

.....

.....