MuFo

Znak sprawy: DU.260.1.2021 Kraków, 10.06.2021 r.

Adresaci:

1. TDC Polska Sp. z o.o., ul. Warszawska 53, 61-028 Poznań
2. NAAV Sp. z o.o., ul. Prof. Dr Mieczysława Michałowicza 12, 43-300 Bielsko Biała
3. Deko-Bau Sp. z o.o., ul. Ścinawska 1, 59-300 Lublin
4. Trias AVI Sp. z o.o., ul. Kabaretowa 21, 01-942 Warszawa

Dot. postępowania o zamówienie publiczne prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: Wykonanie wystawy głównej pt. „Co robi zdjęcie?" dla Muzeum Fotografii w Krakowie.

Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty

Szanowni Państwo,
Zamawiający, Muzeum Fotografii z siedzibą w Krakowie w nawiązaniu do działu II rozdziału 7 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.), informuje, że za najkorzystniejszą ofertę uznał **ofertę nr 4**

Trias AVI Sp. z o.o., ul. Kabaretowa 21, 01-942 Warszawa, z ceną w wysokości 3.601.888,81 PLN
Uzasadnienie wyboru: uzasadnieniem wyboru jest złożenie najkorzystniejszej oferty przy spełnieniu warunków i wymagań Zamawiającego, określonych w dokumentach zamówienia oraz uzyskanie największej liczby punktów w przyjętych kryteriach oceny i porównania ofert.

Streszczenie oceny złożonych ofert:

Oferta 1. TDC Polska Sp. z o.o., ul. Warszawska 53, 61-028 Poznań **– oferta odrzucona.**

Oferta 2. NAAV Sp. z o.o., ul. Prof. Dr Mieczysława Michałowicza 12, 43-300 Bielsko Biała

„cena": 55,08 pkt.,

„wydłużenie gwarancji", 20 pkt.,

„doświadczenie zespołu Wykonawcy", 20 pkt.,

Łączny wynik to: 95,08 pkt.

Oferta 3. Deko-Bau Sp. z o.o., ul. Ścinawska 1, 59-300 Lublin

„cena": 36,95 pkt.,

„wydłużenie gwarancji", 14 pkt.,

„doświadczenie zespołu Wykonawcy", 20 pkt.,

Łączny wynik to: 70,95 pkt.

Oferta 4. Trias AVI Sp. z o.o., ul. Kabaretowa 21, 01-942 Warszawa

„cena": 60,00 pkt.,

„wydłużenie gwarancji", 20 pkt.,

„doświadczenie zespołu Wykonawcy", 20 pkt.,

Łączny wynik to: 100,00 pkt.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający odrzucił ofertę:

Ofertę 1. TDC Polska Sp. z o.o., ul. Warszawska 53, 61-028 Poznań na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) gdyż została złożona przez oferenta niespełniającego warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w dokumentach postępowania.

Uzasadniając swoją decyzję Zamawiający wskazuje, że warunkiem udziału w postępowaniu - zgodnie z pkt VIII SWZ - było wykazanie zdolności technicznej lub zawodowej, polegającej na wykazaniu należytego wykonania minimum jednego zamówienia w zakresie aranżacji wystawy **dla muzeum lub innej instytucji kultury** o parametrach szczegółowo określonych SWZ.

Na spełnienie powyższego warunku Wykonawca wykazał realizację zamówienia, polegającego na dostawie sprzętu i urządzeń w celu utworzenia ekspozycji poświęconej dziedzictwu historyczno-kulturowemu Kalisza i regionu w pomieszczeniach zabytkowego ratusza, na podstawie zamówienia złożonego przez **Miasto Kalisz**, co jest niezgodne z wymogami SWZ.
Postanowienia SWZ w tym zakresie operują pojęciem "instytucji kultury", przyjętym w obrocie prawnym i nie budzą wątpliwości pod względem zakresu znaczeniowego. Zasadą jest, że SWZ podlega wykładni językowej. W ramach tej wykładni, przyjmuje się - jako prymarne - domniemanie języka potocznego (życia codziennego), jednakże interpretowanym zwrotom należy przypisać znaczenie specjalne, jeśli zostało ustalone na gruncie określonej dziedziny wiedzy. W języku prawnym, na gruncie prawa przedmiotowego, przyjęte jest ustalone znaczenie pojęcia: „instytucja kultury", określające jego zakres znaczeniowy, obowiązujący przy wykładni SWZ. W świetle ustawy z dnia 25.10.1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 194), instytucją kultury „ex definitione” jest wyodrębniona jednostka organizacyjna, państwowa lub samorządowa, posiadająca osobowość prawną, prowadząca działalność kulturalną na podstawie aktu o jej otworzeniu oraz statutu nadanego przez organizatora.

Przedmiotowe zamówienie, wykazane przez Wykonawcę, zostało złożone przez Miasto Kalisz, jednostkę samorządu terytorialnego. Podmiot ten nie jest ani muzeum, ani też inną instytucją kultury. Wprawdzie gmina (miasto) może (a nawet jest obowiązane) prowadzić działalność kulturalną, jako zadanie własne, jednakże przyjmuje się, że zadania te mogą być przez realizowane przez jednostkę samorządową wyłącznie w formie samorządowej instytucji kultury **i nie mogą być wykonywane przez urzędy gmin lub miast** (vide wyrok NSA z dnia 29.02.2012 r., II OSK 45/12, opubl. Legalis). Zadania w tym zakresie gmina (miasto) może realizować jedynie **poprzez instytucje kultury,** będące odrębnymi jednostkami powołanymi do prowadzenia działalności kulturalnej w ramach zadań statutowych, posiadającymi osobowość prawną, działającymi na podstawie aktu o utworzeniu, w oparciu o statut, za wpisem do właściwego rejestru.
Nietrafne jest zapatrywanie oferenta, iż wykonanie wystawy na rzecz gminy spełnia postawione wymogi w równym, a nawet wyższym stopniu, aniżeli wymagany w postępowaniu. Tego typu wartościowanie ma charakter dowolny i nie jest możliwa jego weryfikacja w oparciu o zobiektywizowane kryteria lub parametry. Tymczasem postawiony wymóg miał zapewnić odpowiednią jakość wykonania zamówienia w ten sposób, że wymagana aranżacja wystawy powinna dotyczyć przedsięwzięcia profesjonalnego, znamiennego określonym przeznaczeniem i funkcją, wpisanego w zawodową organizację i przygotowanie ekspozycji wystawienniczych. Gmina nie prowadzi bezpośrednio działalności kulturalnej i nie jest instytucją kultury, a zatem **podmiotem kwalifikowanym**, o którym mowa w SWZ. Okoliczność ta wpływa na przeznaczenie, funkcję i poziom merytoryczny zamówienia, istotne z punktu widzenia zamawiającego, a które postawiony warunek miał determinować, w kontekście standardów, jakie realizacja zamówienia, ze względu na jego przedmiot, powinna spełniać.

Warunek udziału w postępowaniu postawiony przez Zamawiającego był podyktowany **specjalistycznym charakterem zamówienia**, wymagającym umiejętności i doświadczenia w dziedzinie realizacji branżowych, określonych zarówno pod względem przedmiotowym, jak i podmiotowym. Wykonanie wystawy na rzecz podmiotu kwalifikowanego w zakresie usług kulturalnych, daje asumpt do twierdzenia, że przedmiotem realizacji było przygotowanie profesjonalnej wystawy, spełniającej najwyższe standardy jakościowe. Wykonanie tego typu przedsięwzięć na rzecz innych podmiotów, nie będących podmiotami kwalifikowanymi w obrocie kulturalnym, nie daje gwarancji, iż wykonawca będzie dysponował wymaganymi zdolnościami dla należytej realizacji zamówienia.

Stanowisko Zamawiającego potwierdza orzecznictwo, w tym między innymi aktualny również w obowiązującym stanie prawnym wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2017 r. KIO 644/17, w którym wyrażono że „(...) *To Zamawiający decyduje o treści warunku udziału w postępowaniu, bowiem przysługuje mu uprawnienie do jego sformułowania (oczywiście uprawnienie to podlega kontroli w trybie środków ochrony prawnej). Uprawnienie to służy zabezpieczeniu interesów Zamawiającego, który poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu uzyskuje narzędzie do weryfikacji wykonawców pod kątem zdolności do realizacji zamówienia.*" dalej wyrok KIO z dnia 16 kwietnia 2014 r. KIO/KD 33/14: (...) *Zamawiający nie ma możliwości zmiany, korygowania lub dopasowywania na etapie oceny ofert postawionych wcześniej wymagań w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu <u>ani poprzez zliberalizowanie wymagań zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia ani</u>*

przez interpretowanie tych regulacji odmiennie niż wynika to z ich treści. Dopasowywanie przez zamawiającego wymagań na etapie oceny ofert prowadzi do rażącego naruszenia przepisów ustawy, w szczególności zasad prawa zamówień publicznych zobowiązujących zamawiającego do przygotowywania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2020 r. KIO 1052/20 wskazuje że:" (...) *Oceny warunku udziału w postępowaniu należy dokonywać przede wszystkim przez pryzmat przedmiotu zamówienia, a nie indywidulanych możliwości konkretnego wykonawcy, który jest potencjalnie zainteresowany jego realizacją. To nie interes podmiotu determinuje bowiem ocenę warunku, ale cel któremu służyć ma postawiony warunek udziału w postępowaniu".* (...) a także wyrok KIO z dnia 2 października 2018 r. KIO/KD 35/18 (...) *Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest zapewnienie bezwzględniej konkurencyjności postępowania, ale również i przede wszystkim uzyskanie świadczenia odpowiedniej jakości. Przyjęcie tezy przeciwnej prowadziłoby bowiem do niecelowości przepisów odnoszących się do warunków udziału w postępowaniu".(...)*, w konsekwencji wyrok KIO z dnia 9 lutego 2021 r. KIO 174/21 stwierdzający że: (...) *Brak posiadania przez wykonawcę wymaganego doświadczenia do realizacji przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ stanowi o braku możliwości zaoferowania przez wykonawcę realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z jednoznacznie określonymi wymaganiami „(...)* co potwierdza również nadal aktualny wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2015 r. KIO 1275/15: (...) *„1. Jeśli wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, nie ma doświadczenia wymaganego, czyli takiego, które się liczy. Wykonawca,*

który nie będzie dysponował (wymaganym) doświadczeniem nie może zostać dopuszczony do udziału w postępowaniu, gdyż nie może być traktowany lepiej niż wykonawca, który rzeczywiście posiada wymaganą wiedzę i doświadczenie - naruszałoby to zasadę równego traktowania wykonawców oraz prowadziłoby do obejścia art. 22 ust. 1 p.z.p.
2. Natomiast celem art. 26 ust. 2b p.z.p. nie jest obejście art. 22 p.z.p. - nie może być tak, że zamówienie może wykonywać podmiot, który nie ma wymaganego przez zamawiającego doświadczenia i dopiero będzie je zdobywał podczas wykonywania owego zamówienia (tak się dzieje w przypadku, gdy wykonawca będzie sam wykonywał zamówienie - tylko ewentualnie korzystając z jakichś porad). Gdyby zamawiający taką możliwość dopuszczał, nie stawiałby żadnych warunków udziału w postępowaniu. (...)"a także wyrok KIO z dnia 9 lutego 2021 r. KIO 174/2: (...) „*Brak posiadania przez wykonawcę wymaganego doświadczenia do realizacji przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ stanowi o braku możliwości zaoferowania przez wykonawcę realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z jednoznacznie określonymi wymaganiami (...)".*

Wyrok KIO z dnia 7 maja 2014 r. KIO 798/14 podkreśla: „*1. Zgodnie z celem zawartym w ustawie z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego po to, aby udzielić zamówienia. Zamawiający winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia, tym samym zamawiający prowadzi weryfikację wykonawców, której to weryfikacji dokonuje między innymi kontrolując wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, którego opis sposobu spełnienia zawarty jest w ogłoszeniu o zamówieniu (art. 41 pkt 7 ustawy) oraz Specyfikacji*

Istotnych Warunków Zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy). 2. Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez zamawiającego wymagań, co zapobiega jakiejkolwiek uznaniowości zamawiającego na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (...)".

W oparciu o przedstawione przez Wykonawcę dokumenty i wyjaśnienia należy uznać, że wskazane zamówienie nie zostało wykonane dla instytucji kultury, zgodnie z SWZ.

Mając na uwadze powyższe, zamawiający podjął decyzję w oparciu o przywołane w niniejszym piśmie podstawy prawne i faktyczne o odrzuceniu oferty wskazanego wyżej Wykonawcy, a słuszność decyzji Zamawiającego potwierdza także wyrok KIO z dnia 16 października 2020 r. KIO 2194/20: *(...) Ukształtowany przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej należy i musi być odczytywany tak jak on brzmi. Zgodnie z treścią jaka została zawarta w dokumentacji postępowania o udzielnie zamówienia publicznego.(...).*

Dlatego też, w ocenie Zamawiającego, w opisanym stanie faktycznym i prawnym, bezsprzecznie zachodzą przesłanki wypełniające dyspozycję wynikającą z powołanego art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy pzp. W konsekwencji ofertę Wykonawcy należało odrzucić.

Zamawiający informuje, że od powyższego rozstrzygnięcia przysługuje odwołanie. Szczegółowe uregulowanie środków ochrony prawnej zawarte jest w dziale IX ustawy pzp.

Umowę w sprawie udzielenia zamówienia publicznego Zamawiający zawrze, z uwzględnieniem art. 577, w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty – zgodnie z art. 264 ust. 1 ustawy pzp.

Z poważaniem,
Podpis elektroniczny
Adrianna Gębala-Pietras

Z-ca Dyrektora

Otrzymują:

1. Adresaci:
2. Strona internetowa postępowania
3. aa.