

Sygn. akt: KIO/UZP 150/10

WYROK
z dnia 12 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Klaudia Szczytowska - Maziarz
Członkowie:	Małgorzata Stręciwilk Ryszard Tetzlaff
Protokolant:	Wioleta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Towarzystwo Kultury Teatralnej, 02-053 Warszawa, ul. Reja 9 oraz Stowarzyszenie SCENA 96, 02-026 Warszawa, ul. Raszyńska 32/34 lok. 140; adres do korespondencji: 02-053 Warszawa, ul. Reja 9** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa, 00-950 Warszawa, Pl. Bankowy 3/5** protestu z dnia 12 stycznia 2010 r.

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie, nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, unieważnienie czynności zaproszenia do dialogu konkurencyjnego wykonawców, którzy zostali zaproszeni do tego dialogu w wyniku pierwotnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, unieważnienie dialogu z wykonawcami oraz nakazuje zamawiającemu dokonanie ponownej czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem wniosku i jego uzupełnienia złożonego przez odwołującego,**

2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Stołeczne Warszawa, 00-950 Warszawa, Pl. Bankowy 3/5**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Towarzystwo Kultury Teatralnej, 02-053 Warszawa, ul. Reja 9 oraz Stowarzyszenie SCENA 96, 02-026 Warszawa, ul. Raszyńska 32/34 lok. 140,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **6 884 zł 00 gr** (słownie: sześć tysięcy osiemset osiemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Miasto Stołeczne Warszawa, 00-950 Warszawa, Pl. Bankowy 3/5** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Towarzystwo Kultury Teatralnej, 02-053 Warszawa, ul. Reja 9 oraz Stowarzyszenie SCENA 96, 02-026 Warszawa, ul. Raszyńska 32/34 lok. 140** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **3 056 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Towarzystwo Kultury Teatralnej, 02-053 Warszawa, ul. Reja 9 oraz Stowarzyszenie SCENA 96, 02-026 Warszawa, ul. Raszyńska 32/34 lok. 140.**

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego pn. „Zarządzanie samorządową instytucją kultury Teatrem Ochoty - Ośrodkiem Kultury Teatralnej” wykonawca - konsorcjum w składzie: Towarzystwo Kultury Teatralnej oraz Stowarzyszenie SCENA 96, zwany dalej protestującym lub odwołującym złożyło protest wobec czynności zamawiającego - Urzędu Miasta Stołecznego Warszawy, polegającej na wykluczeniu protestującego z postępowania na podstawie art. 24

ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, pomimo, iż protestujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i złożył wymagane dokumenty na potwierdzenie ich spełnienia.

W uzasadnieniu protestu protestujący podał, że zamawiający wykluczył go z postępowania, uznając za nieskuteczne wyjaśnienie i uzupełnienie dokumentów złożonych przez protestującego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego pismem z dnia 21 grudnia 2009 r., w związku z dostarczeniem tych dokumentów pod inny adres, co - w ocenie zamawiającego - skutkuje wykluczeniem protestującego z postępowania.

Protestujący podniósł, iż czynność wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów dokonana przez protestującego na adres Biura Kultury zamiast na adres Biura Zamówień Publicznych nie jest nieskuteczna. W ocenie protestującego kluczowym dla rozstrzygnięcia tego zagadnienia jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy zamawiający miał - zgodnie z obowiązującą w prawie polskim teorią doręczenia - możliwość zapoznania się z dokumentami przekazanymi przez protestującego. Wyjaśnił, że z okoliczności sprawy wynika, iż zamawiający nie tylko miał taką możliwość, ale nawet faktycznie zapoznał się z tymi dokumentami, na co wskazuje na to choćby pismo zamawiającego z dnia 5 stycznia 2010 r., w którym zamawiający merytorycznie odnosi się do treści zawartych w tych dokumentach.

Nie bez znaczenia są również następujące okoliczności:

1. postępowanie prowadzone jest przez zamawiającego, którym jest Urząd Miasta Stołecznego Warszawy, a Biuro Kultury, czy Biuro Zamówień Publicznych stanowią jedynie jego wewnętrzne jednostki organizacyjne,
2. postępowanie prowadzą dwie jednostki organizacyjne zamawiającego, tj. Biuro Kultury we współpracy z Biurem Zamówień Publicznych,
3. nadawcą pisma z dnia 21 grudnia 2009 r., w którym wezwano protestującego do uzupełnienia dokumentów, było Biuro Kultury. W piśmie tym zamawiający, w przedostatnim akapicie wskazał na adres Biura Zamówień Publicznych, używając formuły: „Dla zachowania w/w terminu wystarczające jest przesłanie ww. dokumentów faksem (...) z jednoczesnym przesłaniem do Zamawiającego oryginału lub kserokopii (...) na adres: Biuro Zamówień Publicznych (...)”. W ocenie protestującego z formuły tej w żaden sposób nie wynika, iż przesłanie dokumentów na adres Biura Kultury będzie nieskuteczne. Wynika z niej tylko tyle, iż w przypadku przesłania dokumentów faksem lub pocztą elektroniczną dla zachowania terminu niezbędne jest jednoczesne przesłanie tych dokumentów na adres Biura Zamówień Publicznych. Protestujący wyjaśnił, że nie przekazywał dokumentów ani za pomocą

faksu, ani pocztą elektroniczną, lecz bezpośrednio do Biura Kultury, tj. nadawcy pisma z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów, ale złożył je w Biurze Kultury w dniu

28 grudnia 2009 r., tj. w wymaganym terminie.

Odnosząc się do merytorycznych podstaw uznania przez zamawiającego, że protestujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, protestujący podniósł:

1. zamawiający wymaga na potwierdzenie, iż Teatr Bretoncaffe nie jest odrębnym stowarzyszeniem ani instytucją, a jest jedynie nazwą projektu artystycznego realizowanego w ramach Stowarzyszenia Scena 96, jeszcze jakichś innych dodatkowych dokumentów; takie oczekiwanie nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp. Wskazał na normy zawarte w art. 25 i 26 ustawy Pzp, z których, zdaniem protestującego, wynika, iż zamawiający może żądać do przeprowadzenia postępowania wyłącznie dokumentów niezbędnych (art. 25 ust. 1 ustawy Pzp), których katalog precyzuje art. 26, a w zasadzie rozporządzenie wydane na jego podstawie. Wobec tego wystarczającym do uznania, iż Teatr Bretoncaffe nie jest odrębnym stowarzyszeniem ani instytucją, a jest jedynie nazwą projektu artystycznego realizowanego w ramach Stowarzyszenia Scena 96, jest dokument wniesiony przez protestującego w dniu 28 grudnia 2009 r. w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Podniósł, iż zamawiający ma wiedzę, iż Teatr Bretoncaffe jest nazwą projektu artystycznego realizowanego w ramach Stowarzyszenia Scena 96 - potwierdza to pismo z dnia 16 kwietnia 2008 r. Biura Kultury do Stowarzyszenia Scena 96 (znak pisma KU-RO.MD/0151/12-4/08).
2. zamawiający nie uznaje pokazów spektakli realizowanych w ramach Festiwalu Sztuka Ulicy, stwierdzając, iż protestujący „był organizatorem w/w festiwalu”, ponieważ zdaniem zamawiającego protestujący miał się wykazać doświadczeniem wyrażającym się zrealizowaniem (...) co najmniej 90 pokazów spektakli teatralnych. Wyjaśnił, że w ocenie zamawiającego szereg czynności, opisanych w piśmie z dnia 28 grudnia 2009 r., które wykonał protestujący, stanowi: „o doświadczeniu w zorganizowaniu w/w festiwalu, a nie w wystawieniu spektakli.” W ocenie zaś protestującego czynności opisane w piśmie z dnia 28 grudnia 2009 r., przykładowo dokonanie kwalifikacji teatrów, zaprogramowanie kształtu artystycznego i strony merytorycznej przedstawień, zbudowanie programu imprezy, stanowią właśnie potwierdzenie, iż protestujący zrealizował wymaganą liczbę pokazów. Protestujący odwołał się do Słownika języka polskiego PWN (Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2002), zgodnie z którym zrealizować to znaczy wykonać to co się zamierzyło, zaplanowało, wprowadzić coś w czyn, w życie, urzeczywistnić, spełnić, ziścić. Oczywiście jest, zdaniem protestującego, iż zrealizować (urzeczywistnić coś,

ziścić) można wykonując określone czynności samodzielnie, ale również za pomocą narzędzi, czy posługując się do tego celu osobami. W przedmiotowej sprawie zrealizować to nic innego jak wykonać to, co się zamierzyło, zaplanowało, urzeczywistnić, pokazy w ramach Festiwalu Sztuka Ulicy. Nadto podniósł, iż wprost w piśmie z dnia 28 grudnia 2009 r., w pkt 2.4, w zdaniu wprowadzającym potwierdził, iż zrealizował wymaganą liczbę pokazów: „Wykonawca - Scena 96 - zrealizował wszystkie pokazy”. Protestujący za błędny i pozbawiony oparcia w postanowieniach ogłoszenia o zamówieniu, uznał tok rozumowania zamawiającego, jakoby wymagane było „wystawienie spektakli”, ponieważ w ogłoszeniu o zamówieniu jest mowa *expressis verbis* o „zrealizowaniu spektakli,„. Odwołując się do powołanego wyżej słownika, stwierdził, iż wystawić to znaczy przygotować i pokazać coś w teatrze, zagrać. Wyraz zrealizować ma znacznie szerszy zakres, bowiem zrealizować to m.in. urzeczywistnić coś, wcielić coś w życie, a wystawić to zagrać. Realizować pokazy spektakli teatralnych to nie tylko przygotowanie własnych premier, ale również np. realizacja pokazów spektakli przygotowanych i zagranych przez inne osoby. Podniósł także, że w ogłoszeniu o zamówieniu w określeniu przedmiotu zamówienia mowa jest o tym, iż „Przedmiotem zamówienia jest zarządzanie samorządową instytucją kultury Teatrem Ochoty (...)”. Oceniał, że trudno się nie zgodzić z poglądem, iż wyraz zarządzanie obejmuje coś więcej niż przygotowywanie i pokazywanie czegoś w teatrze (wystawienie). W ocenie protestującego okoliczność ta powinna zostać uwzględniona przez zamawiającego w jego analizie, w szczególności zaś w wykładni sformułowania: „zrealizować co najmniej 90 pokazów spektakli teatralnych”.

Zamawiający protest oddalił w całości.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu zamawiający stwierdził, że protestujący, uzupełniając wniosek o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu, nie dochował miejsca złożenia dokumentów wskazanego przez zamawiającego, nadto nie skorzystał z możliwości przekazania ww. dokumentów drogą faksową lub elektroniczną, którą umożliwił zamawiający w piśmie z dnia 21 grudnia 2009 r., wobec czego zamawiający uznał uzupełnienie za nieskuteczne.

W ocenie zamawiającego, odmienna decyzja prowadziłaby do nierównego traktowania wykonawców i byłaby krzywdząca dla pozostałych wezwanych do uzupełnienia wykonawców, którzy dokumenty dostarczyli pod wskazany adres, nr faksu lub adres email. Dodał, że nie może dopuścić, aby wykonawcy samodzielnie decydowali o miejscu i/lub sposobie dostarczenia dokumentów stanowiących uzupełnienie wniosku o dopuszczenie do

udziału w postępowaniu, bowiem doprowadzi to do sytuacji, w której zamawiający nie będzie miał pełnej wiedzy niezbędnej do prawidłowego przeprowadzenia oceny tych dokumentów.

Wskazał też, że na decyzję zamawiającego wpływ miał fakt, iż protestujący dysponował pełną wiedzę i miał świadomość, gdzie należy składać dokumenty w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył prawidłowo, w miejscu wyznaczonym przez zamawiającego, tj. w siedzibie Biura Zamówień Publicznych Urzędu m.st. Warszawy.

Zamawiający wskazał, że protestujący, pomimo twierdzenia, iż Teatr Bretoncaffe nie jest odrębnym bytem prawnym, lecz jedynie nazwą projektu artystycznego realizowanego w ramach Stowarzyszenia Scena 96, nie poparł go żadnymi dowodami, zaś z dokumentacji załączonej przez samego protestującego do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. ze sprawozdań z działalności Stowarzyszenia Scena 96 za lata 2007 - 2009 wynika, iż Teatr Bretoncaffe jest bytem odrębnym od Stowarzyszenia Scena 96. W sprawozdaniach tych bowiem konsekwentnie stwierdzano, iż Stowarzyszenie Scena 96 „współpracuje” z Teatrem Bretoncaffe, który jest jednym z bardziej oryginalnych teatrów niezależnych Warszawy”. Podnoszono tam także, iż „Stowarzyszenie wspiera działania artystów tego teatru” oraz informowano, iż Teatr Bretoncaffe korzysta również ze sceny, studia i sali prób Teatru Wytwórnia, dzięki czemu może „zaprezentować warszawskiej publiczności swój różnorodny i bardzo ciekawy repertuar”.

Zdaniem zamawiającego powyższe sprawozdania w omawianym zakresie są wiarygodne i jasno z nich wynika, iż Teatr Bretoncaffe jest bytem odrębnym od Stowarzyszenia Scena 96. Tworzą go artyści mający własny repertuar i współpracujący nie tylko ze Stowarzyszeniem Scena 96, ale również innymi podmiotami. Bez znaczenia dla niniejszego postępowania jest, jaką konkretnie formą organizacyjno - prawną jest Teatr Bretoncaffe i fakt, że, jak podnosi protestujący, nie jest on stowarzyszeniem i nie ma osobowości prawnej. Zdaniem zamawiającego, z punktu widzenia niniejszego postępowania ma bowiem znaczenie jedynie fakt, iż Teatr Bretoncaffe jest bytem odrębnym od Stowarzyszenia Scena 96, przynajmniej w świetle załączonych przez protestującego ww. dokumentów, co oznacza, że protestujący nie może na potrzeby niniejszego postępowania posługiwać się doświadczeniem Teatru Bretoncaffe jako własnym.

Zamawiający wyjaśnił, że nie uznaje za wystarczające twierdzenie protestującego, iż Teatr Bretoncaffe jest jedynie nazwą projektu artystycznego realizowanego w ramach Stowarzyszenia Scena 96, ponieważ wyjaśnienia te są sprzeczne z dokumentami przedstawionymi przez samego protestującego w niniejszym postępowaniu, a protestujący nie wyjaśnił zamawiającemu tej sprzeczności, mimo że został o niej poinformowany.

Jako bezzasadny uznał także zamawiający zarzut dotyczący potwierdzenia przez protestującego warunku udziału w postępowaniu polegającego na zrealizowaniu co najmniej

90 pokazów spektakli teatralnych (pkt 7.2. lit. c tiret trzecie ogłoszenia o zamówieniu). Zamawiający nie zgodził się z interpretacją, iż organizacja festiwalu, na którym zrealizowano pokazy spektakli jest w istocie równoznaczna z samym zrealizowaniem tych spektakli, wskazując na względy logiczne i celowościowe. Wyjaśnił, że stosując sposób argumentacji protestującego należałoby uznać, iż każdy podmiot, który dokonał czynności umożliwiających zrealizowanie przez inny podmiot pokazu spektaklu teatralnego (np. zapewnił salę, infrastrukturę techniczną, opracował program lub harmonogram przedsięwzięcia itp.) miałby prawo do posługiwania się doświadczeniem w zakresie zrealizowania tegoż pokazu - byłoby to sprzeczne z logiką, obowiązującą w środowisku teatralnym praktyką, a także z regulacjami z zakresu prawa własności intelektualnej. Ponadto zastosowanie takiej argumentacji w praktyce doprowadziłoby prowadzone przez zamawiającego postępowanie do absurdu, w trosce bowiem o równe traktowanie wykonawców zamawiający musiałby dopuścić do udziału w postępowaniu podmioty bez stosownych kwalifikacji artystycznych.

W odwołaniu odwołujący podtrzymał zarzuty zawarte w proteście oraz argumenty na ich poparcie.

Dodatkowo w odniesieniu do stanowiska zamawiającego wyrażonego w rozstrzygnięciu protestu, podniósł, że zdecydował się złożyć dokumenty bezpośrednio w biurze zamawiającego i taki sposób uzupełnienia dokumentów jest skuteczny - nigdzie bowiem w dokumentacji przetargowej nie zawarto postanowienia, iż bezpośrednio złożenie dokumentów w biurze zamawiającego będzie uznane za nieskuteczne. Umożliwienie złożenia dokumentów również za pomocą faksu, czy drogą mail-ową, należy uznać za dodatkowe - ale nie wyłączone - sposoby przekazania dokumentów w trybie uzupełnienia.

Postawił pytanie, jaki dowód uzna zamawiający za wystarczający, skoro nie wystarczają w tej kwestii oświadczenia odwołującego wyrażone w dotychczasowej korespondencji, w tym w proteście.

Na podstawie ogłoszenia o zamówieniu (BZP z dnia 27.11.2009 r. poz. 224751), Wniosku odwołującego o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu, Uzupelnienia tego wniosku, złożonych przez odwołującego na rozprawie: Wniosku o rejestrację podmiotu w Krajowym Rejestrze Sadowym, pism Urzędu Miasta Stołecznego Warszawy Biuro Kultury do Stowarzyszenia Scena 96 z dnia 14.04.2008 r. (znak: KU-RO.MD/0151/6-5/08) oraz 16.04.2008 r. (znak: KU-RO.MD/0151/12-4/08), Umów Partnerskich o Współpracy z dnia 03.01.2008 r. i 09.02.2009 r., zawartych pomiędzy Fundacją na Starej Pradze a Stowarzyszeniem Scena 96, złożonych przez zamawiającego na rozprawie: fragmentu materiału pozyskanego w ramach dialogu od wykonawcy Studio Teatralne Koło (partnerzy Studia), informacji o Teatrze Bretoncaffe z branżowych stron internetowych, stanowisk stron zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu oraz oświadczeń złożonych ustnie do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie przed dniem 29 stycznia 2010 r., w którym weszły w życie przepisy ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Izba ustaliła także, że odwołujący posiadał interes prawny do wniesienia tak protestu, jak i odwołania, ponieważ potwierdzenie się zarzutów, że zamawiający bezprawnie wykluczył go z udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego, oznaczałoby przywrócenie odwołującego do udziału w tym postępowaniu, a tym samym szansę na zaproszenie do dialogu, złożenie oferty i na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka niezbędna do rozpoznania odwołania, wynikająca z przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut niezasadnego uznania przez zamawiającego, że złożone przez odwołującego uzupełnienie dokumentów na wezwanie zamawiającego było nieskuteczne potwierdził się.

W ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji IV. 3.4. przedmiotowego postępowania zamieszczono informację: „Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału

w postępowaniu lub ofert: 11.12.2009 godzina 10:00, miejsce: Biuro Zamówień Publicznych, ul. Senatorska 36, 00-095 Warszawa, IV p., pok. Nr 13." Natomiast w sekcji I ogłoszenia, wskazując nazwę i adres zamawiającego podano: Miasto Stołeczne Warszawa, Pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa.

Zarówno rozstrzygnięcie protestu z dnia 21.01.2010 r., jak i wezwanie do uzupełnienia dokumentów (formalnie także do złożenia wyjaśnień) zostały skierowane do wykonawców, w tym odwołującego na druku oznaczonym: „Urząd Miasta Stołecznego Warszawy Biuro Kultury ul. Smolna 10A, 00-375 Warszawa (...)” i podpisane przez Zastępcę Dyrektora Biura Kultury.

W wezwaniu z dnia 21.01.2010 r. zamawiający wyznaczył odwołującemu termin do uzupełnienia dokumentów do dnia 28.12.2009 r. i wskazał, że: „Dla zachowania w/w terminu wystarczające jest przesłanie ww. dokumentów faksem nr (...) lub pocztą elektroniczną pod adres (...) z jednoczesnym przesłaniem do Zamawiającego oryginału lub kserokopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez osobę(-y) upoważnioną(-e) do reprezentowania na adres: Biuro Zamówień Publicznych Urzędu m.st. Warszawy, 00-095 Warszawa, ul. Senatorska 36, pokój 13, IV p.”

Bezsporne między stronami był fakt, że odwołujący złożył dokumenty w terminie, tj. złożył je w dniu 28.12.2009 r. i że złożył je w Kancelarii Biura Kultury, nie zaś w Biurze Zamówień Publicznych.

Na rozprawie zamawiający argumentował, że wskazanie w ogłoszeniu o zamówieniu miejsca złożenia wniosków o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu należało odczytywać jako wskazanie sposobu komunikowania się z zamawiającym, tj. poprzez Biuro Zamówień Publicznych pod adresem: ul. Senatorska 36, 00-095 Warszawa, zaś o prawidłowym odczytaniu przez odwołującego tego sposobu świadczyć miał fakt złożenia przez odwołującego wniosku w Biurze Zamówień Publicznych.

W ocenie Izby wskazanie w ogłoszeniu o zamówieniu wyłącznie miejsca składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (Biuro Zamówień Publicznych) w sytuacji, gdy zamawiającym jest Miasto Stołeczne Warszawa, mieszczące się pod innym niż to Biuro adresem nie przesądza o sposobie, a w szczególności miejscu dostarczania korespondencji w toku całego postępowania, tym bardziej, że po upływie terminu składania wniosków korespondencja do wykonawców kierowana była z Biura Kultury, tj. podmiotu, który nie został uprzednio wskazany w ogłoszeniu, a jego rola w postępowaniu mogła budzić wątpliwości wykonawców. Skoro bowiem z jednej strony w ogłoszeniu o zamówieniu w ogóle nie mówi się o Biurze Kultury, ale o Biurze Zamówień Publicznych, zaś wezwanie z dnia 21.12.2009 r. pochodzi od Dyrektora Biura Kultury, zaś w samej treści wezwania znajduje się zdanie: „W imieniu Miasta Stołecznego Warszawy /dalej

Zamawiający/, Biuro Kultury prowadzące we współpracy z Biurem Zamówień Publicznych Urzędu m.st. Warszawy postępowanie (...) wzywa Państwa do złożenia (...), to nie sposób stwierdzić, które z przywołanych Biur odgrywa rolę wiodącą w tym postępowaniu, pod którego adres należałoby wobec tego kierować korespondencję zwrotną.

Oczywistą zasadą jest, że w braku odmiennych wyraźnych wymagań informacje zwrotne przekazuje się do osoby / podmiotu, które kieruje „zapotrzebowanie na te informacje”.

Analiza literalnego brzmienia informacji zawartej w piśmie wzywającym odwołującego do uzupełnienia dokumentów odnośnie miejsca skierowania uzupełnianych dokumentów dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy wykonawca zdecyduje się na przesłanie kopii tych dokumentów z wykorzystaniem faksu lub poczty elektronicznej, nie rozstrzyga natomiast kwestii miejsca złożenia oryginałów uzupełnianych dokumentów.

Brak informacji w treści ogłoszenia o sposobie porozumiewania się wykonawców z zamawiającym, odnoszące się do innych czynności niż składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (np. w sekcji: V.3.13 ogłoszenia: Informacje dodatkowe) oraz niejednoznaczne informacje wynikające z treści samego wezwania - za co odpowiada zamawiający - nie mogą obarczać odwołującego negatywnymi konsekwencjami w postaci wykluczenia z udziału w postępowaniu.

Powyższe okoliczności nie pozwalają przyjąć, że obowiązkiem odwołującego było złożenie uzupełnianych dokumentów w terminie do 28.12.2009 r. na adres Biura Zamówień Publicznych, wobec czego Izba uznała, że zamawiający niezasadnie uznał złożenie dokumentów w Kancelarii Biura Kultury za nieskuteczne, a w konsekwencji niezasadnie wykluczył odwołującego z tego powodu, że nie złożył dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut niezasadnego uznania, że odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia potwierdził się.

W piśmie z dnia 05.01.2010 r. zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu, wskazując jako przyczynę tej decyzji fakt, iż odwołujący nie dostarczył w terminie pod oczekiwany przez zamawiającego adres dokumentów - w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 21.12.2009 r.

W tym zakresie Izba wypowiedziała się powyżej.

Jednocześnie w piśmie z dnia 05.01.2010 r. zamawiający poinformował, że dokonał analizy dokumentów otrzymanych od odwołującego, wobec czego, pomimo, że formalnie

powodem wykluczenia odwołującego nie było nie spełnienie przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu, Izba odniosła się również do tej kwestii.

Po pierwsze, Izba stwierdza, że prawem i obowiązkiem zamawiającego jest opisanie warunków udziału w postępowaniu adekwatnie do przedmiotu zamówienia, tj. tak, aby zamawiający miał gwarancję, że wykonawca, który im sprostą należycie wykona zamówienie.

Po drugie, Izba stwierdza, że powyższe uprawnienie musi uwzględniać konieczność precyzyjnego artykułowania przez zamawiającego jego oczekiwań, ponieważ zamawiający nie może zakładać, że wykonawcy zapoznając się z treścią warunku udziału w postępowaniu, zawartą w ogłoszeniu o zamówieniu będą mogli oprzeć się na czymś więcej niż literalnym brzmieniu tego warunku, w szczególności, nie może zakładać, że wykonawcy odgadną - i to w sposób identyczny - nie znajdujące odzwierciedlenia w brzmieniu warunku intencje zamawiającego.

Po trzecie, Izba stwierdza, że w braku wyraźnych wskazań w treści ogłoszenia o zamówieniu słowom, pojęciom, zwrotom tam użytym należy przypisywać znaczenie, jakie nadaje im słownik języka polskiego.

W zakresie wymaganego doświadczenia wykonawców zamawiający postawił wymóg wykazania się przez nich w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie prowadzeniem działalności o charakterze teatralnym i kulturalnym w tym wymagał, aby wykonawcy zrealizowali z należytą starannością na obszarze miast o liczbie ludności ponad 500 tys.: a) co najmniej 6 premier spektakli teatralnych; b) co najmniej 6 działań edukacyjnych (np. warsztaty, wykłady, dyskusje); c) co najmniej 90 pokazów spektakli teatralnych.

Z pisma zamawiającego z dnia 05.01.2010 r. wynika, iż odnośnie warunku - zrealizowanie co najmniej 6 pokazów spektakli teatralnych - zamawiający nie uznał pokazów spektakli realizowanych w ramach Festiwalu Sztuka Ulicy, ponieważ wykonawca (Stowarzyszenie Scena 96) był organizatorem tego festiwalu, a fakt, że dokonał kwalifikacji właściwych teatrów, programował kształt artystyczny i stronę merytoryczną przedstawień, zbudował program imprezy, zapewnił warunki występu oraz wykonał szereg innych czynności stanowi o doświadczeniu w zorganizowaniu w/w festiwalu, a nie w wystawieniu spektakli.

W rozstrzygnięciu protestu zamawiający negował, iż organizacja festiwalu, na którym zrealizowano pokazy spektakli jest równoważna z samym zrealizowaniem spektakli, natomiast w toku rozprawy oświadczył, że jako zrealizowanie spektaklu rozumie jego przygotowanie i wystawienie.

Odnosząc treść powyższego uzasadnienia do brzmienia warunku udziału w postępowaniu, stwierdzić należy, że zamawiający jako synonimy potraktował znaczenie słów: „zrealizowanie” i „wystawienie”.

W proteście odwołujący przytoczył znacznie słowa „zrealizować” (zrealizować to znaczy wykonać to co się zamierzyło, zaplanowało, wprowadzić coś w czyn, w życie, urzeczywistnić, spełnić, ziścić) oraz „wystawić” (przygotować i pokazać coś w teatrze, zagrać). Powyższe porównanie wskazanych słów przesądza o bezpodstawności przypisywania im takiego samego znaczenia.

W istocie uznać należy, że zamawiający albo źle wyartykułował w ogłoszeniu o zamówieniu swoje oczekiwania odnośnie tej części warunku udziału w postępowaniu, albo też zmienił swoje oczekiwania w toku postępowania, tj. na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Bez względu na sposób rozstrzygnięcia tej kwestii (kwestia ta pozostaje bowiem bez znaczenia dla rozstrzygnięcia samego sporu pomiędzy stronami) stwierdzić należy, że zamawiający jest związany literalnym brzmieniem warunku udziału w postępowaniu zawartym w ogłoszeniu o zamówieniu i nie może przypisywać mu znaczenia innego niż wynikające ze znaczenia użytych dla opisu tego warunku słów.

Powyższe oznacza, że zrealizowania co najmniej 6 pokazów spektakli teatralnych nie wolno zamawiającemu rozumieć jako wystawienia co najmniej 6 pokazów spektakli teatralnych, a nadto, że w szerokim pojęciu zrealizowania mieści się organizacja festiwalu w ramach, którego doszło do pokazów.

Trafnie też odwołujący podkreślał, iż takie rozumienie postawionego warunku jest adekwatne do przedmiotu tego zamówienia skoro zamówienie to polega na zarządzaniu samorządową instytucją kultury, nie zaś na wystawieniu pokazów spektakli teatralnych.

Z pisma zamawiającego z dnia 05.01.2010 r. wynika nadto - odnośnie warunku - zrealizowanie co najmniej 6 premier spektakli teatralnych, iż zamawiający nie uznał tych premier, które zostały zrealizowane przez warszawski Teatr Bretoncaffe, ponieważ wykonawca nie załączył dokumentów, iż Teatr ten nie jest jedynie nazwą projektu artystycznego realizowanego w ramach Stowarzyszenia Scena 96, a co miałyby być niezgodne z treścią złożonego przez odwołującego „Sprawozdania merytorycznego z działalności za 2009 r., w którym znajduje się stwierdzenie: „Stowarzyszenie Scena 96 współpracuje z Teatrem Bretoncaffe, który jest jednym z bardziej oryginalnych teatrów niezależnych Warszawy”.

W rozstrzygnięciu protestu dodatkowo zamawiający przytoczył kolejne fragmenty ze sprawozdań, przedłożonych przez odwołującego za lata 2007 - 2009 (Stowarzyszenie wspiera działania artystów tego teatru. Teatr Bretoncaffe korzysta również ze sceny, studia

i Sali prób teatru Wytwórnia, dzięki czemu może zaprezentować warszawskiej publiczności swój różnorodny i bardzo ciekawy repertuar), które jego zdaniem świadczą o tym, że Teatr Bretoncaffe jest bytem odrębnym od Stowarzyszenia Scena 96.

W ocenie Izby o braku odrębności Teatru Bretoncaffe, choć trudno w ogóle stwierdzić, o jakiego rodzaju odrębność - odrębność pod jakim względem chodzi zamawiającemu, świadczy już sam fakt, że w Sprawozdaniach merytorycznych Stowarzyszenia Scena 96 za kolejne 3 lata (2007 - 2009) ujmowana jest aktywność tego Teatru, rozliczane są środki na realizację programów tego Teatru, a nadto to, iż artyści Teatru Bretoncaffe są członkami Stowarzyszenia Scena 96, co oświadczył odwołujący w uzupełnieniu wniosku.

Potwierdzeniem braku tej odrębności jest także to, iż w pismach Urzędu Miasta Stołecznego Warszawy Biuro Kultury z dnia 14.04.2008 r. i 16.04.2008 r. korespondencja odnosząca się do „projektu Spektakle Teatru Bretoncaffe w 2008 roku” oraz „projektu Teatr Bretoncaffe 2008. Premiery i eksploatacja spektakli” adresowana jest do Stowarzyszenia Scena 96.

Przemawiają za tym nadto Umowy Partnerskie o współpracy z dnia 03.01.2008 r. i 09.02.2009 r., które zostały zawarte z Fundacją na Starej Pradze ze Stowarzyszeniem Scena 96, działającym w imieniu własnym, przez uprawnione ze strony tego Stowarzyszenia osoby. Analizując treść złożonych oświadczeń woli w umowie z dnia 03.01.2008 r. Izba doszła do przekonania, że w § 1 nie wskazano Teatru Bretoncaffe jako podmiotu, w imieniu którego działa (który reprezentuje) Stowarzyszenie Scena 96, ale wskazano ten Teatr jako beneficjenta tej umowy, tj. tego, któremu będzie udostępniana scena do prezentacji spektakli. Z § 1 umowy z dnia 09.02.2009 r. wynika zaś wprost, że umowa ta określa zasady współpracy pomiędzy Fundacją a Stowarzyszeniem w zakresie współpracy dotyczącej realizacji zadania pod nazwą „Realizacja i eksploatacja spektakli teatralnych Teatru Bretoncaffe w 2009 roku”, które jest realizowane przez Stowarzyszenie Scena 96.

Teatr Bretoncaffe - jak wskazano w Protokole z Walnego Zgromadzenia Członków Stowarzyszenia Scena 96, załączonego do Wniosku o rejestrację podmiotu w KRS (data wpływu do Sądu 18.03.2004 r.) to formacja teatralna funkcjonująca w ramach struktury tego Stowarzyszenia.

Współpraca Teatru Bretoncaffe z innymi osobami i podmiotami np. ze Studium Teatralnym Koło, co podnosił na rozprawie zamawiający, tj. Teatru rozumianego jako zjawisko, przedsięwzięcie artystyczne, któremu nadano nazwę, sugerującą bycie teatrem - instytucją, a które to przedsięwzięcie tworzy grupa kilku osób nie przekreśla tego, że Teatr ten nie jest „bytem odrębnym od Stowarzyszenia Scena 96”. Jak trafnie wskazywał odwołujący w toku rozprawy trudno pierwszeństwo w ocenie tego, czym w istocie jest Teatr

Bretoncaffe oddawać podmiotom innym (informacje ze stron internetowych, na które pwoływał się zamawiający), niż Stowarzyszenie Scena 96, które wykazało, poprzez przywoływane powyżej dokumenty objęcie swoją działalnością również aktywności tego Teatru. Trudno też odmawiać osobom tworzącym tak rozumiany teatr możliwości współpracy z innymi osobami i podmiotami.

Reasumując, Izba oceniła, że zamawiający niezasadnie przyjął, iż informacje zawarte we wniosku odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z uzupełnieniem pozwalają przyjąć, że odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia.

Wobec powyższego na podstawie przepisu art. 191 ust.1 zdanie pierwsze oraz art. 191 ust. 1a ustawy Pzp Izba orzekła jak w sentencji.

Ze względu na fakt, że zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu (sekcja III pkt 8.1.) przewidział, iż zaprosi do dialogu konkurencyjnego wykonawców w liczbie nie więcej niż 5 i zamawiający, w wyniku pierwotnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oceny zaprosił 5 wykonawców, uwzględniając, że ponowny ranking złożonych wniosków może zmienić listę wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do dialogu Izba nakazała także zamawiającemu unieważnienie czynności zaproszenia do dialogu i czynność samego dialogu.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Jednocześnie też Izba, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznała za uzasadnione koszty odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 2 440,00 zł

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....