

Sygn. akt: KIO/UZP 1171/09

WYROK
z dnia 28 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Izabela Niedziałek - Bujak

Klaudia Szczytowska – Maziarz

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **DeS Henryk Dowgier, Anna Dowgier Sp. j., ul. Galla 5/1, 30-053 Kraków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Muzeum Tatrzańskie im. Dra Tytusa Chałubińskiego, ul. Krupówki10, 34-500 Zakopane**, protestu z dnia 31 lipca 2009 r.

orzeka:

- 1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;**

- 2. kosztami postępowania obciąża Muzeum Tatrzańskie im. Dra Tytusa Chałubińskiego, ul. Krupówki10, 34-500 Zakopane i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez DeS Henryk Dowgier, Anna Dowgier Sp. j., ul. Galla 5/1, 30-053 Kraków;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Muzeum Tatrzańskie im. Dra Tytusa Chałubińskiego, ul. Krupówki10, 34-500 Zakopane** na rzecz **DeS Henryk Dowgier, Anna Dowgier Sp. j., ul. Galla 5/1, 30-053 Kraków**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zwrotu kwoty zaliczonej w poczet kosztów postępowania z wpisu uiszczonego przez Odwołującego;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **5 538 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **DeS Henryk Dowgier, Anna Dowgier Sp. j., ul. Galla 5/1, 30-053 Kraków**.

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Remont willi Oksza wraz ze zmianą sposobu użytkowania obiektu na Galerię XX Wieku”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez DeS Henryk Dowgier, Anna Dowgier Sp. j. z siedzibą w Krakowie, zwana dalej „*Odwołującym*”, zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 16 czerwca 2009 r. (nr ogłoszenia: 193468). Postępowanie to prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „*ustawą Pzp*”, Muzeum Tatrzańskie im. Dra Tytusa Chałubińskiego w Zakopanem, zwane dalej „*Zamawiającym*”.

W postępowaniu tym w dniu 24 lipca 2009 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, wskazując, że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 10.1.3. SIWZ, tzn. nie wykonał w okresie ostatnich 5 lat 2 robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia w tym, co najmniej 1 w obiektach zabytkowych.

Na tę czynność Odwołujący w dniu 31 lipca 2009 r. złożył protest, w którym wskazał na naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez brak wskazania w informacji o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu uzasadnienia faktycznego wykluczenia. Podniósł również, że Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, z uwagi na to, że nie wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów lub

wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Powołując się na orzecznictwo Zespołów Arbitrów oraz Krajowej Izby Odwoławczej podniósł, że wezwanie do uzupełniania dokumentów jest uzasadnione, w sytuacji gdy wykonawca złożył taki dokument, jednak nie wynika z niego spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę. Podkreślił, że na podstawie informacji z protokołu postępowania uzyskał informację, że Zamawiający oczekiwał od wykonawców wykazania się doświadczeniem w realizacji remontów budynków drewnianych oraz krycia dachów gontami drewnianymi, co – w ocenie Odwołującego – zmieniło treść warunku udziału sformułowanego w ogłoszeniu o zamówieniu i postanowieniach SIWZ.

W proteście Odwołujący odniósł się również do zapisu z protokołu postępowania, że jego oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny – rażąco niską cenę centralnego ogrzewania.

Podnosząc wskazane zarzuty wniósł o:

- 1) uwzględnienie protestu;
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) uznanie, że wykazane w jego ofercie realizacje spełniają warunki udziału w postępowaniu lub wypełnienie wobec niego zapisów art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp;
- 4) odstąpienie od zarzutu zawarcia w ofercie rażąco niskiej ceny lub wypełnienie wobec Odwołującego zapisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp;
- 5) przywrócenie oferty Odwołującego;
- 6) dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 7 sierpnia 2009 r. (doręczenie Odwołującemu w tej samej dacie) poprzez jego oddalenie. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu podtrzymał swoją decyzję o konieczności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu z uwagi na niespełnienie warunku doświadczenia. Podkreślił, że rodzaj i wartość wykonanych przez wykonawcę prac musi odpowiadać takim, jakie określa SIWZ czyli projekt, przedmiary, specyfikacje techniczne, a nie po prostu wykonywanie prac w jakimkolwiek obiekcie zabytkowym. Odwołał się przy tym również do zapisów pkt 4 SIWZ, który zawiera ogólny zakres zamówienia, gdzie wymieniono określone grupy robót (4.1 roboty budowlane, 4.2 wymiana instalacji elektrycznej, 4.3 wymiana instalacji wodno-kanalizacyjnej, 4.4 wymiana instalacji c.o., 4.5 wykonanie instalacji sygnalizacji włamania, p.poż., nagłośnienie, 4.6 wykonanie wentylacji, 4.7 zagospodarowanie terenu). Podniósł, że opis przedmiotu zamówienia wskazuje na budowlę zabytkową, drewnianą, konstrukcji zrębowej, z licznymi detalami snycerskimi zewnątrz i wewnątrz, krytej gontem, nie zaś na murowaną, krytą dachówką, czy innym materiałem, wykonanej w zupełnie odmiennej technologii. Wskazał też, że nie miał obowiązku wzywania wykonawcy do uzupełnienia

dokumentu, stwierdzając, że dokumenty wymagane w SIWZ zostały w ofercie złożone lecz nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Podniósł również, że adnotacja na protokole prac komisji przetargowej o cenie rażąco niskiej nie była podstawą odrzucenia oferty Odwołującego, a poza tym w informacji o wynikach postępowania wskazał uzasadnienie wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Od rozstrzygnięcia protestu Odwołujący w dniu 12 sierpnia 2009 r. (nadanie w placówce pocztowej operatora publicznego) złożył odwołanie, którego kopię przekazał w tym samym dniu Zamawiającego. W odwołaniu podtrzymał zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione wykluczenie go z udziału w postępowaniu oraz art. 24 ust. 3 ustawy Pzp poprzez brak uzasadnienia faktycznego wykluczenia go z udziału w postępowaniu. Wskazał też ponownie na zaniechanie przez Zamawiającego wezwania go do wyjaśnień treści przedłożonych dokumentów i ich uzupełnienia, a zatem naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Podkreślił też, że Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu dokonał zmiany treści ustalonego przez siebie w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu warunku udziału w postępowaniu. Według niego, potwierdził w ofercie, że wykazał się wymaganym doświadczeniem w poz. 2, tj. roboty remontowo – budowlane w budynku III Kliniki Chirurgii Ogólnej w Krakowie i w poz. 6 – roboty w budynku zabytkowego budynku spichlerza w Gliwicach.

Odwołujący w odwołaniu nie podtrzymał zarzutu dotyczącego uznania przez Zamawiającego w jego ofercie ceny rażąco niskiej, podtrzymał natomiast żądania co do unieważnienia czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu oraz uznanie, że spełnia warunki lub alternatywnie o nakazanie Zamawiającemu wypełniania zapisów art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp. Wniósł też o nakazanie Zamawiającemu przywrócenie oferty Odwołującego oraz nakazanie dokonania ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, tj. dokumentacji z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowień SIWZ i treści ogłoszenia o zamówieniu, a także treści oferty Odwołującego oraz oświadczeń i stanowisk stron zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu i odwołaniu, jak i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Ustalono również, że Odwołujący, podnosząc zarzut bezpodstawnego

wykluczenia go z udziału w postępowaniu przy cenie ofertowej Odwołującego niższej od ceny w ofercie uznanej przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza oraz przy uwzględnianiu jedynego cenowego kryterium oceny ofert w postępowaniu, w dostateczny sposób wykazał uszczerbek w swoim interesie prawnym, związany z bezprawnym pozbawieniem go przez Zamawiającego szans na uzyskanie niniejszego zamówienia.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby ustalił, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby uznał, że Zamawiający w sposób nieuprawniony wykluczył z udziału w postępowaniu Odwołującego uznając, że przedłożone w ofercie dokumenty (wykaz prac oraz referencje) nie potwierdzają spełniania warunku doświadczenia określonego przez niego w SIWZ.

W pierwszym rzędzie skład orzekający Izby dokonał ustalenia, że Zamawiający tak w postanowieniach SIWZ (10.1.3), jak i treści ogłoszenia (3.2) dokonał identycznego opisu warunku doświadczenia poprzez wskazanie, że wykonawcy: „*posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie do wykonania zamówienia, tj. zrealizowali w ostatnich 5-ciu latach, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 2 roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, w tym, co najmniej 1 w obiektach zabytkowych*”. W ramach żądanych dokumentów na potwierdzenie spełniania tego warunku Zamawiający wskazał wykaz wykonanych robót oraz dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie.

Odwołujący w swojej ofercie na str. 22 oferty zamieścił wykaz wykonanych robót, wskazując tam 6 prac:

- 1) Pałac Czapskich w Krakowie o wartości 695 967,87 zł;
- 2) Budynek I Kliniki Chirurgii w Krakowie o wartości 2 174 241,73 zł;
- 3) Pałac Pułłowskich w Krakowie o wartości 1 921 021,65 zł;
- 4) Kaplica NSPJ Zakopane Jaszczurówka o wartości 318 735,78 zł;
- 5) Budynek Główny AE w Krakowie o wartości 597 722,99 zł;
- 6) Rewitalizacja Spichlerza w Gliwicach o wartości 3 400 000 zł.

Na potwierdzenie należytego wykonania wskazanych robót budowlanych Odwołujący przedłożył referencje (str. 23 – 27a oferty).

Ustalono również, że wartość szacunkowa niniejszego zamówienia została ustalona na kwotę 3 452 134,90 zł, zaś na otwarciu ofert Zamawiający podał kwotę przeznaczoną na

realizację zamówienia, tj. 4 148 000,00 zł, natomiast wartość oferty Odwołującego to: 2 601 815,42 zł, a oferty najkorzystniejszej to: 3 379 995,46 zł.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia faktyczne Izba uznała, że wykazane w ofercie Odwołującego doświadczenie spełnia warunek określony przez Zamawiającego w SIWZ i w treści ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający, wskazując w informacji o wykluczeniu Odwołującego na niespełnienie warunku doświadczenia oraz w rozstrzygnięciu protestu na konieczność interpretacji warunku udziału w kontekście opisu przedmiotu zamówienia dokonanego przez Zamawiającego w dokumentacji technicznej zamówienia, postąpił w sposób nieuprawniony. Warunek udziału w postępowaniu został przez Zamawiającego skonstruowany na tyle ogólnie, że nie można wywodzić z jego treści bardziej szczegółowych wymogów, zwłaszcza utożsamiać zakresu wykazywanych przez wykonawców w ramach doświadczenia prac z zakresem prac wynikającym z opisu przedmiotu zamówienia. Jeśli Zamawiający oczekiwał od wykonawców, aby wykazali się remontem budynku w całości wykonanego w technologii drewnianej, nie tylko co do pewnych elementów, np. dachu, powinien był to w sposób precyzyjny opisać w SIWZ i w treści ogłoszenia. Podobne znaczenie ma również oczekiwanie Zamawiającego co do konieczności wykazywania się pracami na obiekcie krytym gontem. Jeśli Zamawiający nie dokonał takiego szczegółowego opisu na etapie dokumentacji postępowania w ramach opisu tego warunku, a nie opisu przedmiotu zamówienia nie może tego czynić na etapie oceny ofert poprzez doprecyzowanie warunku na tym etapie postępowania. Powyższe bowiem jest niedopuszczalne i prowadzi do nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu oraz prowadzi do dowolności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Zamawiającego. Wskazywał na to w pewnym stopniu sam Zamawiający na rozprawie podkreślając, że jedynie jedna wykazana przez Odwołującego praca odpowiada warunkowi z SIWZ, tj. Kaplica NSPJ na Jaszczurówce, wskazując jednocześnie na rodzajową tożsamość tego obiektu z budynkiem stanowiącym przedmiot zamówienia. Zamawiający jednak nie był w stanie ocenić tej pracy pod kątem warunku wartościowego, wskazując, że warunek ten „z przymrużeniem oka” wartościowo jest również wypełniony. Izba zwraca uwagę, że przepisy ustawy Pzp nie pozwalają na dowolność w szczególności, jeśli powyższe prowadzi do nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu i skutku w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Jeśli Zamawiający wskazał na odniesienie do rodzaju i wartości robót z opisu przedmiotu zamówienia w ramach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może po pierwsze pozwalać sobie na dowolność, po drugie zaś na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może doprecyzowywać warunku poprzez

wskazywanie tak naprawdę na tożsamość prac oczekiwanych w ramach doświadczenia zawodowego z robotami, które stanowią przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby stwierdził naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. W związku z uznaniem, że Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu na podstawie dokumentów załączonych do oferty Izba nie stwierdziła natomiast naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Nie stwierdzono też naruszenia art. 24 ust. 3 ustawy Pzp poprzez brak uzasadnienia faktycznego w informacji o wykluczeniu Odwołującego w postępowaniu. Uzasadnienie tej decyzji Zamawiającego znalazło się w piśmie z dnia 24 lipca 2009 r., natomiast przywołany przez Odwołującego przepis art. 24 ust. 3 ustawy Pzp nie określa zakresu wskazanego uzasadnienia i jego obszerności.

Zaprezentowane stanowisko Izby w niniejszym orzeczeniu potwierdzone jest orzecznictwem tak Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów okręgowych, przykładowo można w tym zakresie przywołać wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 22 stycznia 2009 r. (sygn. akt: XII Ga 413/08).

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 191 ust. 1a tej ustawy, uznając przy tym, że stwierdzone przez Izbę naruszenie ma istotny wpływ na wynik postępowania, tj. wybór oferty najkorzystniejszej, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz § 4 ust. 2 i ust. 4 pkt 2 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 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....