

Sygn. akt: KIO/UZP 1301/09

WYROK
z dnia 30 września 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Jankowska

Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Marek Koleśnikow

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **HYDROBUD Kielczyk Spółka Jawna, 15-102 Białystok, ul. Kombatantów 4** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Polskie Towarzystwo Ochrony Ptaków, 17-230 Białowieża, ul. Kolejowa Wejmutka** protestu z dnia 10 sierpnia 2009 r.

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - Polskie Towarzystwo Ochrony Ptaków, 17-230 Białowieża, ul. Kolejowa Wejmutka unieważnić czynność wykluczenia z postępowania HYDROBUD Kielczyk Spółka Jawna, 15-102 Białystok, ul. Kombatantów 4 i uznania jego oferty za odrzuconą, dokonać czynności ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej**
- 2. kosztami postępowania obciąża Polskie Towarzystwo Ochrony Ptaków, 17-230 Białowieża, ul. Kolejowa Wejmutka**

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 uiszczanego przez **HYDROBUD Kielczyk Spółka Jawna, 15-102 Białystok, ul. Kombatantów 4,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Polskie Towarzystwo Ochrony Ptaków, 17-230 Białowieża, ul. Kolejowa Wejmutka** na rzecz **HYDROBUD Kielczyk Spółka Jawna, 15-102 Białystok, ul. Kombatantów 4** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 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 **HYDROBUD Kielczyk Spółka Jawna, 15-102 Białystok, ul. Kombatantów 4.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Polskie Towarzystwo Ochrony Ptaków, ul. Kolejowa – Wejmutka, 17-230 Białowieża – prowadzi postępowanie w sprawie zamówienia publicznego na „Budowę stałego jazu piętrzącego z bystrotokiem na rzece Narewce wraz z budowlami towarzyszącymi na terenie Białowieskiego Parku Narodowego (powiat Hajnówka).

Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 10 sierpnia 2009 roku wykonawca HYDROBUD Kielczyk spółka jawna, 15-102 Białystok, ul. Kombatantów 4, wniósł protest na czynność zamawiającego polegającą na nieuprawnionym wykluczeniu go z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5, art. 36 ust. 1 pkt 17, art. 92 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

W ocenie protestującego nie budzi wątpliwości fakt, iż przedmiotowe zamówienie dotyczy zamówienia publicznego realizowanego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. -Prawo zamówień publicznych, co jednoznacznie wynika z treści ogłoszenia o zamówieniu (por. Ogłoszenie o zamówieniu z dnia 1.06.2009 r. Nr 173206) oraz terminologii używanej przez zamawiającego w dokumentacji przetargowej (specyfikacja istotnych warunków zamówienia, przywołanie Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie kosztorysu inwestorskiego(...) , warunek - pkt 3.1 lit.a z przywołaniem ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. -Prawo zamówień publicznych oraz oświadczenie, że oferent nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ustawy o zamówieniach publicznych - pkt 6.2 lit.d, oświadczenie o spełnieniu warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy o zamówieniach publicznych - pkt 6.2 11. e, która to terminologia w sposób jednoznaczny wynika z ustawy Prawo zamówień publicznych. Jeśli tak, to również nie budzi wątpliwości fakt, iż pouczenie zawarte w pkt 8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest nieprawdziwe i narusza przepisy ustawy zawarte w pkt. 36 ust. 1 pkt 17 w związku z art. 180 ust. 1 ustawy -Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z cyt. art. 180 ust. 1 w związku z art. 4 pkt 8 środki ochrony prawnej przewidziane w ustawie Pzp (protest, odwołanie, skarga do sądu) przysługują, jeżeli wartość zamówienia jest wyższa niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 14 000 euro.

Protestujący podniósł, iż powiadomienie o odrzuceniu oferty otrzymaliśmy w dniu 6 sierpnia 2009 r. pismem nr 149/SEK/09. Pismo informujące o wyborze najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty protestującego nie zawiera przyznanej ofertom punktacji oraz podstawy prawnej odrzucenia oferty, co w sposób oczywisty narusza przepisy art. 92 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty protestującego -"ze względu na niespełnienie wymogów prawnych zawartych w SIWZ w odniesieniu do pkt 3.1.c" nie ma odniesienia do stanu faktycznego zawartego w dokumentach dołączonych do oferty. Wymagany warunek SIWZ zawarty w pkt 3.1.c –„zrealizowali w latach 2005 - 2009 co najmniej 3 roboty budowlane o podobnym charakterze, polegające na budowie progów, jazów, grobli o wartości każdej co najmniej 242 000 zł brutto, co najmniej jedna z tych budowli winna być zrealizowana na terenie parku narodowego lub rezerwatu przyrody z podaniem ich wartości, daty i miejsca wykonania wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie" został przez protestującego w sposób wymagany w SIWZ wykazany. Kwestionowane przez zamawiającego doświadczenie protestującego w wykonywaniu robót na terenie Parku Narodowego/rezerwatu noszącego nazwę "Sopockiński Zakaźnik" zostało potwierdzone zarówno przez Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie (pismo z dnia 15.07.2009 r. nr NZG/435/SK/4/09), jak i kopią mapy dołączonej do złożonych wyjaśnień (pismo z dnia 16.07.2009 r.), z której w sposób nie budzący wątpliwości wynika, iż rezerwat ten leży w granicach Parku Narodowego. Nie ma tu znaczenia, iż Park Narodowy leży po stronie białoruskiej. Podkreślamy, iż warunek udziału w postępowaniu zawarty w pkt 3.1.c SIWZ nie wymagał doświadczenia w wykonywaniu robót na terenie Parku Narodowego położonego na terenie Polski ani też Unii Europejskiej. W świetle ustawy, tak postawiony warunek byłby niedopuszczalny i naruszałby przepisy art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Protestujący stwierdził, iż w świetle wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bezspornie wykazał, iż warunki tam określone spełnił, w związku z czym wykluczenie go z postępowania jako niespełniających wymaganych warunków rażąco narusza art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, a to z kolei prowadzi do jednoznacznego stwierdzenia, iż odrzucenie jego oferty jako niespełniającej warunków udziału w postępowaniu narusza zarówno przepisy art. 89 ust. 1 pkt 2 jak i pkt 5 ustawy Pzp i jest nieuprawnione. Ponieważ, w niniejszym postępowaniu oferta protestującego ma najniższą cenę a kryterium wyboru ofert, zgodnie z pkt 6.5 SIWZ jest cena ofertowa, oczywistym jest, iż oferta protestującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy i w niniejszym postępowaniu wybór oferty droższej w sposób oczywisty narusza postanowienia tego przepisu. Protestujący zażądał unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonanie ponownego wyboru z uwzględnieniem jego oferty.

Zamawiający nie rozpatrzył protestu w przepisany terminie, w związku z czym, na podstawie art. 183 ust. 3 ustawy Pzp protest należało uznać za oddalony.

W dniu 28 sierpnia 2009 roku pismem złożonym w placówce pocztowej operatora publicznego protestujący wykonawca wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W odwołaniu odwołujący się podtrzymał zarzuty, wnioski i argumenty podniesione w proteście.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Warunkiem uczestnictwa w przedmiotowym postępowaniu, wskazanym w pkt. 3.1.c siwz, było wykazanie się przez wykonawcę odpowiednim doświadczeniem polegającym na zrealizowaniu w latach 2005 – 2009 co najmniej 3 robót budowlanych o podobnym charakterze, polegających na budowie progów, jazów, grobli o wartości każdej co najmniej 242 000 zł brutto. Co najmniej jedna z tych budowli winna być zrealizowana na terenie parku narodowego lub rezerwatu przyrody z podaniem ich wartości, daty i miejsca wykonania wraz z kłaczeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie.

Odwołujący się, na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku, wskazał wykonanie rekonstrukcji jazu Wołkuszek, znajdującego się na granicy polsko-białoruskiej, przy czym po stronie białoruskiej jest to teren Parku Narodowego/rezerwatu noszącego nazwę „Sopockinski Zakaźnik”. Na potwierdzenie przedstawił pismo RZGW w Warszawie Zarząd Zlewni w Giżycku z dnia 15 lipca 2009 roku oraz kopię mapy, z której wynika, iż „Sopockinski Zakaźnik” znajduje się na terenie Parku Narodowego.

Zamawiający uznał, iż odwołujący się nie spełnia żądanego warunku i pismem z dnia 6 sierpnia 2009 roku poinformował odwołującego się o odrzuceniu jego oferty. W piśmie brak jest jednakże faktycznego i prawnego uzasadnienia odrzucenia oferty.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania: specyfikacji istotnych warunków zamówienia, złożonych ofert, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż odwołujący się ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia, uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Oferta odwołującego się zawiera bowiem najniższą cenę i w przypadku ewentualnego uwzględnienia odwołania, mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą.

Istota sporu sprowadzała się do wykazania, czy „Sopockinski Zakaźnik” jest rezerwatem przyrody, względnie – czy jest położony na terenie parku narodowego.

Zamawiający, ustalając rozpatrywany warunek udziału w postępowaniu, wskazał jedynie, iż inwestycja winna być realizowana na terenie rezerwatu przyrody bądź parku

narodowego. Nie sprecyzował, czy wskazane formy ochrony przyrody powinny znajdować się na terenie Polski lub Unii Europejskiej czy też dopuszcza również wykonywanie inwestycji na terenie innych krajów, jak również nie wymagał, by w przypadku rezerwatów lub parków znajdujących się poza terenem Polski, parki te lub rezerваты odpowiadały reżimom ochronnym przewidzianym prawem polskim.

Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku wykonawcy obowiązani byli złożyć oświadczenie o spełnieniu warunków zawartych w pkt. 3.1.c, potwierdzoną opiniami od poprzednio zamawiających (pkt. 6.1.2.g siwz).

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy – Pzp, specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna zawierać opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna zatem zawierać opis warunków, jakie stawia zamawiający w granicach art. 22 ust. 1 ustawy – Pzp w celu zapewnienia, że wybrany wykonawca będzie zdolny do wykonania zamówienia - będzie posiadał uprawnienia do wykonywania czynności objętych przedmiotem zamówienia (jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień), odpowiednie doświadczenie i wiedzę, potencjał techniczny, ekonomiczny i finansowy, a także będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz że nie zachodzą w stosunku do niego okoliczności skutkujące wykluczeniem z postępowania (art. 24). W specyfikacji zamawiający powinien sprecyzować warunki zamówienia na tyle dokładnie, żeby wykonawca przed przystąpieniem do sporządzania oferty mógł zweryfikować, czy spełnia warunki. Ustawa w zakresie merytorycznego kształtowania warunków pozostawia zamawiającemu pewną swobodę, jednak wyraźnym ograniczeniem tej swobody jest nakaz przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, a w związku z tym obowiązek takiego kształtowania warunków, aby zagwarantować dostęp do zamówienia podmiotom zdolnym do jego wykonania.

Zamawiający obowiązany jest też do podania sposobu, w jaki będzie oceniał spełnianie postawionych przez siebie warunków. Ocena spełniania warunków powinna być dokonana na podstawie złożonych przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów. Zamawiający w specyfikacji powinien dokładnie określić, jakie oświadczenia lub dokumenty powinien złożyć wykonawca oraz w jakiej formie powinien je przedstawić. W tym zakresie zamawiający związany jest przepisami art. 25 i 26 ustawy - Pzp, może więc żądać jedynie dokumentów i oświadczeń niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, skorelowanych z postawionymi warunkami.

Określenie warunków udziału w postępowaniu jest jedną z najważniejszych czynności zamawiającego, która ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania i musi być precyzyjnie określona już w ogłoszeniu.

Odwołujący się, zgodnie z wymogami zawartymi w siwz, na potwierdzenie spełnienia warunku opisanego w pkt. 3.1.c siwz, przedstawił pismo Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Warszawie Zarząd Zlewni w Giżycku, z którego wynika, iż rekonstrukcja jazu miała miejsce na granicy polsko-białoruskiej, przy czym po stronie białoruskiej jest to teren parku narodowego/rezerwatu o nazwie „Sopockinski Zakaźnik”.

O ile zamawiający przeczył faktom wynikającym ze wzmiankowanego pisma, winien był – stosownie do art. 6 Kodeksu cywilnego, stosowanego na podstawie art. 14 ustawy Pzp – udowodnić prezentowane stanowisko za pomocą wskazanych dowodów. Dowodami, w myśl art. 188 ust. 3 ustawy Pzp są w szczególności dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz przesłuchanie stron.

Zamawiający na rozprawie przedstawił pismo, w którym zawarł prezentowane przez siebie stanowisko. W piśmie powołał się na informacje zawarte na stronie Ambasady Republiki Białoruś w Rzeczypospolitej Polskiej, gdzie „Sopockinski Zakaźnik” nie jest wymieniony jako park narodowy lub rezerwat przyrody, a także na artykuł Krzysztofa Wojciechowskiego zamieszczony w periodyku „Dziki Życie” z kwietnia 2007 roku, gdzie autor wyjaśnia, iż zakaźnik jest formą ochrony przyrody o reżimie ochronnym pośrednim między rezerwatem przyrody a parkiem krajobrazowym oraz na ogłoszenie o zamówieniu na rekonstrukcję jazu Wołkuszek, w którym nie ma informacji, iż inwestycja ma być realizowana na terenie Republiki Białoruś. Zamawiający przedstawił również artykuł Zbigniewa Rutkowskiego „Kajakiem przez granicę” zawarty w piśmie „Gościńiec” numer 3 (7)/2002, z którego wynika, że jaz Wołkuszek leży na terytorium Polski.

W ocenie Izby złożone pismo należy zakwalifikować jako dokument prywatny stanowiący dowód tego, iż osoba, która go podpisała (zamawiający), złożyła oświadczenie w nim zawarte. Dokumenty prywatne nie korzystają z domniemania zgodności z prawdą oświadczeń w nich zawartych. Dokument taki ma znikomą moc dowodową, jeśli przemawia na rzecz strony, która go sporządziła.

Podobnie Izba oceniła przedstawione przez zamawiającego artykuły prasowe. Artykuły te, mimo że napisane są prawdopodobnie przez osoby mające wiedzę w zakresie ochrony przyrody, nie są i nie mogą być traktowane jak opinie biegłych. Mogą być jedynie potraktowane jako stanowisko zamawiającego.

Izba nie zaliczyła w poczet dowodów złożonego na rozprawie wydruku ze strony internetowej zawierającej wykaz parków narodowych Białorusi. Informacje w nim zawarte sporządzone są w języku białoruskim, zaś stosownie do treści § 18 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 roku w sprawie regulaminu

postępowania przy rozpoznawaniu odwołań wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona, która się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski, poświadczone przez tłumacza przysięgłego.

Odnosząc się do stwierdzenia zamawiającego, iż zakaźnik jest formą ochrony przyrody pośrednią pomiędzy rezerwatem przyrody a parkiem krajobrazowym w ustawodawstwie polskim podkreślić należy, iż zamawiający nie skonkretyzował warunku udziału w postępowaniu w ten sposób, że parki narodowe lub rezerваты przyrody, na terenie których wykonawcy realizowali inwestycje, muszą odpowiadać prawu polskiemu. Trudno wobec tego odmówić statusu parku narodowego lub rezerwatu przyrody obiektowi, który posiada taki status w kraju, na terenie którego się znajduje. Izba uznała, że odwołujący się nie może ponosić negatywnych konsekwencji braku skonkretyzowania warunku udziału w postępowaniu przez zamawiającego, a także subiektywnej oceny jego spełniania.

W świetle powyższego, Izba nie stwierdziła okoliczności, które stanowiłyby podstawę do wykluczenia odwołującego się z postępowania. Zamawiający nie wykazał, że odwołujący się nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 3.1.c siwz.

Izba zwraca również uwagę, iż zamawiający popełnił błąd formalny odrzucając ofertę odwołującego. Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający winien wykluczyć odwołującego się z postępowania i jego ofertę uznać za odrzuconą.

Wobec tego, iż Izba stwierdziła naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, mające wpływ na wynik postępowania, należało orzec jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 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 oraz Dz. U. z 2008 roku Nr 182, poz. 1122).

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....