

Sygn. akt KIO 1685/10

WYROK
z dnia 20 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Jana Gutkowskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Gutkowski Gutkowski Jan, 64 – 100 Leszno, ul. 17 Stycznia 92** od czynności zamawiającego, którym jest **Teatr Lalek „Pleciuga”, 70 – 405 Szczecin, pl. Teatralny 1**

przy udziale **ERBUD S.A., 02 – 819 Warszawa, ul. Puławska 300a** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Jana Gutkowskiego

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), tj. kwotę stanowiącą równowartość wpisu uiszczonego przez **Jana Gutkowskiego,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 209 zł 00 gr (słownie cztery tysiące dwieście dziewięć złotych zero groszy) przez **Jana Gutkowskiego** na rzecz **Teatru Lalek „Pleciuga”,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt KIO 1685/10

Uzasadnienie

I. Teatr Lalek „PLECIUGA”, pl. Teatralny 1, 71-405 Szczecin (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa basenu przeciwpożarowego na fontannę i podziemny rezerwoy zbiornik wody gaśniczej, wykonanie ogrodzenia zaplecza oraz wyburzenie ściany i montaż bramy stalowej na ścianie tylnej sceny głównej Teatru”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 24.05.2010 r., poz. 132939 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759).

Wartość zamówienia oszacowano na 819 092 euro.

W dniu 7.08.2010 r. Jan Gutkowski, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Gutkowski Gutkowski Jan, ul. 17 Stycznia 92, 64-100 Leszno (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zakwestionował prawidłowość swojego wykluczenia z postępowania i zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący swoje zarzuty uzasadnił następująco:

Zamawiający błędnie uznał, że Odwołujący nie dopełnił wymogu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego postanowieniem pkt 2 ppkt 2 Rozdziału V SIWZ, i w związku z tym podlega wykluczeniu z postępowania, a oferta jego podlega odrzuceniu. Odwołujący kwestionował również prawidłowość podania art. 89 ust. 1 pkt 5 jako podstawy odrzucenia jego oferty. W ocenie Odwołującego, Zamawiający na kolejnych etapach postępowania „poszukuje podstaw do wykluczenia” go z postępowania, w wyniku czego Zamawiający wraz z rzeczoznawcą badali wskazaną przez Odwołującego robotę na Placu Dąbrowskiego w Łodzi „z nadzwyczajną drobiazgowością”. Odwołujący dodatkowo wskazał, że Zamawiający posiada wiedzę, że Odwołujący wybudował największą w Polsce fontannę typu „woda - światło - dźwięk” podziwianą we Wrocławiu przez widzów krajowych i zagranicznych dokumentami i oświadczeniem Odwołującego potwierdzającymi, że spełnia wymagania określone w SIWZ, mimo to podejmował działania, w celu poszukiwania „punktów zaczepienia pozwalających na wykluczenie Odwołującego z postępowania”. Zdaniem Odwołującego okoliczność, że Zamawiający wykorzystał informację, którą powziął

– według Odwołującego - z pominięciem przepisów prawa, stanowi naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych. Odwołujący twierdził, że powierzchnia lustra wody fontanny przy Placu Dąbrowskiego w Łodzi wypełnia warunek zawarty w postanowieniu pkt 2 ppkt 2 Rozdziału V SIWZ, co wykazał dokumentami, oświadczeniem i wyjaśnieniami przekazanymi Zamawiającemu.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy „ERBUD” SA jako najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, ponowienie badania ofert oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dn. 12 sierpnia 2010 r. nie zgodził się z zarzutami Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił ERBUD S.A., 02 – 819 Warszawa, ul. Puławska 300a (dalej: Przystępujący). Przystępujący w całości poparł stanowisko Zamawiającego.

Na rozprawie Strony podtrzymały swoje stanowiska, z tym, że Odwołujący zaprezentował odmienną argumentację, niż uprzednio zawarta w odwołaniu – twierdził, że błędna ocena spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu wynika z niekonsekwencji Zamawiającego, który myli pojęcia „powierzchnia fontanny” i „powierzchnia lustra wody”. Mianowicie Zamawiający używał różnych pojęć w SIWZ określając warunek udziału w postępowaniu, a innych - udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców, natomiast obecnie, na etapie oceny i badania ofert, w sposób nieuprawniony dokonuje zawężenia rozumienia tych określeń.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie. Jednak po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W odwołaniu brak argumentacji, dlaczego w ocenie Odwołującego sporna fontanna ma wymaganą powierzchnię – Odwołujący zasadniczo twierdził jedynie, że wykazał już spełnienie warunków udziału za pomocą wyjaśnień złożonych Zamawiającemu, a sama realizacja drugiej, niespornej fontanny potwierdza posiadanie adekwatnego do przedmiotu zamówienia. Takie stanowisko może wskazywać, że Odwołujący kwestionował prawidłowość określonych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu – co jest spóźnione

na tym etapie postępowania. Niemniej jednak wszystkie podjęte przez Odwołującego czynności w związku z wnoszeniem środków ochrony prawnej - zarzuty podniesione w odwołaniu i stanowisko wyrażone na rozprawie – świadczyły o tym, że Odwołujący podważał słuszność wykluczenia go z postępowania, i ta kwestia była przedmiotem badania Krajowej Izby Odwoławczej.

Izba, badając zasadność odwołania i podniesionych w nim zarzutów, bierze pod uwagę całokształt okoliczności ustalonych do chwili zamknięcia rozprawy. I tak, Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

1. Zamawiający w SIWZ określił warunek udziału w postępowaniu w sposób następujący: należało udokumentować wykonanie minimum dwóch fontann, a każda z nich miała być o określonej wartości i oraz reprezentować typ fontanny „światło -woda – dźwięk”, przez co Zamawiający rozumiał taką fontannę, w której poszczególne obrazy wodne oraz ich odpowiednie oświetlenie są zsynchronizowane z muzyką. Zrealizowana fontanna miała mieć powierzchnię lustra wody minimum 300,00 m² „definiowana jako powierzchnia zbiornika lub zbiorników stanowiących jedną całość, w których zainstalowane zostały dysze tworzące poszczególne obrazy wodne” (Rozdział V pkt 2 ppkt 2 SIWZ, pkt III.3.2 ogłoszenia o zamówieniu w BZP).
2. Jeden z wykonawców zadał pytanie odnoszącego się wprost do Rozdział V pkt 2 ppkt 2 SIWZ (pytający wprost w pytaniu zaznaczył, że dotyczy ono tego właśnie punktu SIWZ) - pytał, jak obliczana będzie „powierzchnia fontanny”, „czy będzie uwzględniana powierzchnia lustra wody, zbiorników połączonych ze sobą, np. kaskadowo, czy też zbiorników, które funkcjonalnie są od siebie niezależne (tzn. brak jest przepływu wody między nimi), ale stanowią element tej samej budowli? Czy zbiorniki stanowią jedną całość, jeżeli woda pomiędzy nimi przepływa, czy też jeśli stanowią elementy tej samej budowli? Jeśli fontanna jest wielowarstwowa, to jak będzie uwzględniana powierzchnia fontanny: jako suma wszystkich warstw, czy jako powierzchnia największej warstwy, co Zamawiający w takim wypadku będzie rozumiał przez warstwę?”.
3. Zamawiający na powyższe pytanie (w odpowiedzi nr 2 na pytania wykonawców, udzielonej 2 czerwca 2010 r.) wskazał, że „powierzchnia fontanny obliczana będzie jako widoczna dla widza, pozioma powierzchni lustra wody zbiornika lub zbiorników stanowiących jedną całość, w których zainstalowane zostały dysze tworzące poszczególne obrazy wodne”.
4. Odwołujący do oferty załączył wykaz wykonanych przez siebie robót, z których jedna nie była przedmiotem sporu (fontanna w Parku Szczytnickim we Wrocławiu – pozycja nr 1 wykazu prac podobnych ze strony 8 oferty Odwołującego). Druga z robót, fontanny przy Placu Dąbrowskiego w Łodzi (pozycja nr 2 wykazu prac podobnych ze strony 8 oferty

Odwołującego), nie budziła wątpliwości co do jej wartości, natomiast sporne było, czy posiada powierzchnię lustra wody, wymaganą przez Zamawiającego w SIWZ.

5. Wątpliwości Zamawiającego co do spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu zapoczątkowało pismo Przystępującego, w którym zgłosił on zastrzeżenia co do powierzchni fontanny w ofercie konkurencyjnej (Odwołującego).
6. Zamawiający w dniu 16 czerwca 2010 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do powierzchni i Odwołujący takie wyjaśnienia złożył w dn. 18 czerwca 2010 r., wskazując, że powierzchnia lustra wody rozumianego zgodnie z postanowieniami SIWZ, spełnia wymagania Zamawiającego. Do odpowiedzi załączył rysunek – rzut z góry fontanny w Łodzi. Zamawiający, wzywając do złożenia wyjaśnień odnośnie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie wskazywał na cechę „widoczności do widza”.
7. Na rozprawie Odwołujący okazał rysunek – rzut z góry spornej fontanny, z którego wynikało (taki sam rysunek, w mniejszym formacie, załączył do wyjaśnień z dn. 18 czerwca 2010 r.), że fontanna jest zbudowana z trzech głównych elementów: zbiornika - niecki basenowej (o pow. 251,13 m²), wypłyenia niecki z zainstalowanymi dyszami (o powierzchni 7,2 m²) i zbiornika fali morskiej (o pow. 44 m²).
8. Budowa fontanny w Łodzi nie była sporna – Strony nie kwestionowały, że składa się ona z trzech elementów, natomiast sporne było, czy można zsumować ich powierzchnię, aby uzyskać wymaganą powierzchnię 300 m² – Zamawiający i Przystępujący twierdzili, że zgodnie z opisem warunku w SIWZ, można zsumować jedynie powierzchnię niecki basenowej i wypłyenia niecki, co daje powierzchnię łączną 258,33m², a więc zbyt mało, aby spełnić warunek udziału w postępowaniu. Natomiast zdaniem Odwołującego można było zsumować powierzchnię wszystkich tych trzech elementów, a więc powierzchnia łączna wynosi 302,33m².
9. Odwołujący przyznał na rozprawie, że powierzchnia zbiornika fali morskiej jest niewidoczna dla widza, natomiast jego zdaniem nie ma to znaczenia dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem posiada inne elementy wymagane w SIWZ (dysze do tworzenia poszczególnych obrazów wodnych – dzięki zbiornikowi fali morskiej jest wytwarzany efekt „fala morska” górna). Zdaniem Odwołującego widoczność dla widza nie może być brana pod uwagę, ponieważ taki wymóg nie znalazł się w opisie warunku w SIWZ; element ten pojawił się dopiero w odpowiedziach na pytania, i to w kontekście powierzchni fontanny, a nie powierzchni lustra wody.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, iż spełnił warunek udziału w postępowaniu polegający na wybudowaniu dwóch fontann o powierzchni widocznego dla widza lustra wody min. 300 m², ponieważ jedna z fontann ujętych w wykazie – fontanna w Łodzi powierzchni (lustra wody) o takim rozmiarze nie posiadała.

Faktem powszechnie znanym jest, że każdy zbiornik wodny (z wyjątkiem zbiornika zamkniętego wypełnionego maksymalnie, do pokrycia), ma powierzchnię, nazywaną „lustrem wody” (granica wody i powietrza).

Fontanny mogą być zbudowane w taki sposób, że nie posiadają widocznego dla widza zbiornika wody (a więc i widocznej dla widza „powierzchni lustra wody”) – woda wytryskuje z dysz umieszczonych w powierzchni twardej i spływa odpływami pod tą powierzchnię (Odwołujący sam zwrócił uwagę na możliwość budowy takich fontann, i przedłożył Izbie stosowne rysunki, włączone do akt sprawy).

Zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w taki sposób, że akcentował znaczenie powierzchni lustra wody (jej wielkość była parametrem granicznym), mającej udział w tworzeniu obrazów widocznych dla widza. Dodatkowo, w odpowiedzi na zadane pytanie, wyjaśnił wprost, że sumowane mogą być powierzchnie widoczne dla widza.

Pytanie wykonawcy co do obliczania powierzchni, stanowiącej element warunku udziału w postępowaniu, zostało zadane w określonym kontekście – Zamawiający w SIWZ, opisując warunek udziału w postępowaniu, użył określenia „powierzchnia zbiornika lub zbiorników stanowiących jedną całość”, co było równoznaczne z dopuszczeniem możliwości sumowania powierzchni zbiorników – pytanie dotyczyło więc sposobu sumowania tych powierzchni. Jak zauważył zadający pytanie wykonawca, istnieją fontanny o złożonej budowie, kaskadowe, warstwowe (tj. mające więcej, niż jedną powierzchnię „czynną”, widoczną dla widza), zatem wątpliwości, w jaki sposób sumować przedmiotowe powierzchnie, były uzasadnione. Powyższe okoliczności należy wziąć pod uwagę, analizując odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 2: podano w niej sposób obliczania powierzchni, jakiej realizacją należy się wykazać w celu udokumentowania spełnienia warunku udziału w postępowaniu: ma to być „widoczna dla widza, pozioma powierzchnia lustra wody zbiornika lub zbiorników stanowiących jedną całość, w których zainstalowane zostały dysze tworzące poszczególne obrazy wodne”. Oznacza to, że istotne były dla Zamawiającego powierzchnie „czynne”, budzące zainteresowanie publiczności, biorące udział w tworzeniu obrazów w tym sensie, że mają być zauważalne dla widza.

Rację ma Odwołujący, że powierzchnia fontanny (cała powierzchnia, na której znajdują się urządzenia fontanny) i powierzchnia lustra wody fontanny to dwa odmienne pojęcia. Jednak w ocenie Izby użycie zamiennie tych dwóch pojęć przez Zamawiającego nie wprowadziło wątpliwości co do określenia warunku udziału w postępowaniu – pojęcia te mogą być stosowane zamiennie, nawet w opisie warunku udziału w postępowaniu (który z założenia winien być precyzyjny), jeżeli z kontekstu jednoznacznie wynika, co określają. Kontekst w odpowiedzi na pytanie nr 2 nie budził żadnych wątpliwości, pytanie dotyczyło bowiem sumowania powierzchni będącej przedmiotem oceny, a więc odpowiedź dotyczyła tej właśnie powierzchni (mimo, że użyto pojęcia „powierzchnia fontanny” z kontekstu w sposób oczywisty wynikało, że chodzi

o „powierzchnię lustra wody fontanny”). Odpowiedź na pytanie nr 2 nie zmodyfikowała dotychczasowego warunku udziału w postępowaniu, jedynie wyjaśniła zagadnienie dopuszczalności sumowania różnych powierzchni lustra wody fontanny, i jednoznacznie sprecyzowała, że chodzi o powierzchnie widoczne dla widza.

Odwołujący na rozprawie przyznał, że powierzchnia zbiornika wody morskiej fontanny w Łodzi jest niewidoczna dla widza, jednak twierdził, że nie ma to znaczenia, bowiem znajdują się w niej dysze, wytwarzające falę morską – która jest obrazem, o którym mowa w Rozdziale V, pkt 2 ppkt 2 SIWZ.

Fontanna w Łodzi, jak wynika z opisu Odwołującego, posiada widoczny dla widza zbiornik wody basenowej oraz niewidoczny dla widza zbiornik fali morskiej, pomiędzy nimi znajduje się wypłylenie niecki basenowej. Wzdłuż granicy pomiędzy zbiornikiem fali morskiej a zbiornikiem fali morskiej może być tworzona „fala morską” górna – spiętrzenie wody przypominające morską falę. Zbiornik fali morskiej jest więc technicznym elementem fontanny, niewidocznym dla widza, zatem nieistotnym dla odbiorcy pokazu wizualnego, chociaż niezbędnym do wytworzenia elementów pokazu. Taką ocenę roli zbiornika fali morskiej ilustruje zdjęcie przedłożone Izbie na rozprawie przez Odwołującego – zbiornik fali morskiej jest poza kadrem, widoczna jest tylko „fala morską”.

W konsekwencji, Izba uznała za słuszne stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, iż zgodnie z opisem warunku w SIWZ, można było zsumować jedynie powierzchnię niecki basenowej i wypłylenia niecki fontanny w Łodzi, co daje powierzchnię łączną 258,33m², a więc zbyt mało, aby wykazać się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby nie ma znaczenia, w jaki sposób Zamawiający powziął wątpliwości co do potwierdzenia spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, i nie ma przeszkód, aby Przystępujący poinformował Zamawiającego, nawet nieformalnie, o zastrzeżeniach odnośnie spełnienia przez wykonawców konkurencyjnych warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą, dlatego nie ma istotnego znaczenia dla skuteczności wykluczenia Odwołującego z postępowania podania przez Zamawiającego jako podstawy prawnej odrzucenia oferty art. 89 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych. Jeżeli w tym wypadku doszło do naruszenia tego przepisu, to nie miało to żadnego wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych).

Reasumując, Izba nie stwierdziła naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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).

Przewodniczący:

.....