

WYROK
z dnia 22 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Agata Mikołajczyk
Jolanta Markowska

Protokolant: Wioleta Wasilewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22.12.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Projektowania i Realizacji Inwestycji „Instalprojekt Holding” Sp. z o.o., 04-543 Warszawa, ul. Botaniczna 68A** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Instytut Technologii Elektronowej, 02-668 Warszawa, Al. Lotników 32/46** protestu z dnia **16 października 2009 r.**

przy udziale xxx zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie xxx

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany treści ogłoszenia w zakresie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Instytut Technologii Elektronowej, 02-668 Warszawa, Al. Lotników 32/46 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 **Przedsiębiorstwo Projektowania i Realizacji Inwestycji „Instalprojekt Holding” Sp. z o.o., 04-543 Warszawa, ul. Botaniczna 68A;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Instytut Technologii Elektronowej, 02-668 Warszawa, Al. Lotników 32/46** na rzecz **Przedsiębiorstwa Projektowania i Realizacji Inwestycji „Instalprojekt Holding” Sp. z o.o., 04-543 Warszawa, ul. Botaniczna 68A;**
- 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 **Przedsiębiorstwa Projektowania i Realizacji Inwestycji „Instalprojekt Holding” Sp. z o.o., 04-543 Warszawa, ul. Botaniczna 68A;**

U z a s a d n i e

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *modernizację systemu klimatyzacji i poprawa czystości w laboratorium technologicznym Centrum Nanofotoniki*, ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 9 października 2009 roku, pozycja 174227.

Pismem z dnia 16 października 2009 r. wniesiony został do zamawiającego – Instytutu Technologii Elektronowej, protest dotyczący treści ogłoszenia o zamówieniu w zakresie ustalonych warunków udziału w postępowaniu oraz ustanowionego limitu minimum 55 punktowego, których uzyskanie warunkowało zaproszenie wykonawcy do składania ofert. Wskazane zapisy ogłoszenia zostały zakwestionowane, jako naruszające art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 oraz art. 51 ustawy Prawo zamówień publicznych. Protestujący wskazał na utrudnianie uczciwej konkurencji poprzez ustalenie warunku wykazania się 10 robotami o wartości 200.000 zł. każda, jako nieodpowiadającego przedmiotowi zamówienia i jego wartości. Dodatkowym ograniczeniem konkurencji, w ocenie protestującego, jest określenie wartości punktowej za dokumenty, które może prowadzić do sytuacji, w której wykonawca spełniający warunki udziału w postępowaniu nie zostanie zaproszony do złożenia oferty. Wykonawca wniósł o ustalenie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób zgodny z przepisami ustawy, poprzez co najmniej usunięcie wymogu uzyskania minimum 55 punktów w ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający oddalił protest w całości jako bezzasadny, pismem z dnia 23 października 2009 r., przekazany wykonawcy faksem w tym samym dniu.

Wobec takiego rozstrzygnięcia, w dniu 27 października 2009 r. wykonawca wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (wpływ bezpośredni), w którym podtrzymał zarzuty i żądania podniesione w proteście.

Na podstawie oryginału dokumentacji oraz stanowisk stron skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut z odwołania naruszenia art. 22 ust. 2 ustawy PrZamPubl odniesiony do ustalonego w ogłoszeniu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w ocenie składu orzekającego, został zmodyfikowany w treści odwołania i nie podlegał rozpoznaniu na podstawie art. 191 ust 3 ustawy PrZamPubl. W proteście Odwołujący wywodził naruszenie art. 22 ust 2 ustawy z treści ustalonego warunku posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia – wykazania 10 robót związanych z montażem systemów klimatyzacyjno-wentylacyjnych wykonanych w warunkach podwyższonej czystości, tj. przemysł farmaceutyczny, elektroniczny, chemiczny, spożywczy oraz szpitale o wartości powyżej 200.000 zł. netto każda, jako nieadekwatnego do przedmiotu zamówienia i jego wartości. Na tej podstawie, Izba uznała, iż opisany w odwołaniu zarzut nie był objęty protestem.

Uwzględniając odwołanie, Izba uznała, iż potwierdził się zarzut podtrzymany w odwołaniu, naruszenia art. 51 ustawy PrZamPubl poprzez ustanowienie limitu punktowego, uzależniającego zaproszenie wykonawcy spełniającego warunki udziału w postępowaniu do złożenia oferty.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu ((sekcja III) wskazał, iż zaprosi do składania ofert 5 wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu oraz uzyskają największą liczbę punktów lecz nie mniejszą niż 55 punktów, obliczoną na podstawie podanego wzoru, na podstawie dodatkowych informacji przedstawionych przez wykonawcę na formularzach. O liczbie uzyskanych punktów decydować będzie ilość wykonanych robót w zakresie montażu systemów klimatyzacyjno-wentylacyjnych i ich wartości (powyżej 200 000,00 zł. netto każda – 3 pkt za każdą robotę; poniżej 200 000,00 zł. netto każda – 2 pkt za każdą robotę; powyżej 50 000,00 zł. netto każda – 1 punkt) oraz ilość punktów uzyskanych za przedstawione dokumenty i certyfikaty (maksymalnie 10 punktów).

Izba uznała, iż ustalony przez zamawiającego limit koniecznych do uzyskania punktów (minimum 55), wykracza poza zakres warunków, których dotyczyć powinien sposób oceny. Faktycznie zapis ogłoszenia uzależnia skierowanie zaproszenia do złożenia oferty nie tylko od spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale także od osiągnięcia limitu punktów, co narusza art. 51 ustawy PrZamPubl. Zgodnie z art. 51 ustawy, zamawiający jest zobowiązany zaprosić do składania ofert wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 5 i nie większej niż 20. Dopiero w przypadku, gdy warunki udziału w postępowaniu spełnia większa liczba wykonawców niż określona w ogłoszeniu, o zaproszeniu danego wykonawcy do złożenia oferty decydować będzie ocena spełniania tych warunków (art. 51 ust. 2 ustawy PrZamPubl). Przy ilości wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu mniejszej od wskazanej w ogłoszeniu, zamawiający jest zobowiązany do zaproszenia wszystkich wykonawców spełniających te warunki (art. 51 ust. 3).

Skoro warunek udziału w postępowaniu, co do którego zamawiający wskazał sposób jego oceny, określa wymaganą ilość – co najmniej 10 wykonanych robót związanych z montażem systemów klimatyzacyjno-wentylacyjnych wykonanych w warunkach podwyższonej czystości o wartości powyżej 200.000 zł netto każda, to w oparciu o ustalony sposób oceny spełniania warunku wykonawca uzyska jedynie 30 punktów. Dla uzyskania dodatkowych punktów będzie mógł wykazać się dodatkowymi robotami o wartości poniżej ustalonego warunku minimalnego.

Izba wskazuje, iż sposób oceny spełniania warunku nie może wykraczać poza ustalony warunek. Skoro zamawiający nie uzależniał ilości możliwych do uzyskania punktów od wartości wskazanych robót (powyżej 200.000 zł netto), to również nie mogą mieć znaczenia przy ocenie spełniania warunku, roboty o wartości mniejszej od ustalonej przez zamawiającego jako minimalna wartość robót, jakimi miał wykazać się wykonawca. Prowadziłoby to do preferowania wykonawców mniejszych prac, nie spełniających postawionego warunku, stawiając jednocześnie w gorszej sytuacji wykonawców dużych robót o wartości przekraczającej minimalną wartość robót ustaloną w warunku udziału w postępowaniu. Jak słusznie wskazał odwołujący w odwołaniu, dla uzyskania wymaganej ilości punktów, przy utrzymaniu dotychczasowego zapisu, wykonawca mógłby przedstawić dodatkowe roboty wykonane w zakresie instalacji wentylacyjno-klimatyzacyjnych, nie odpowiadające pod względem wartości oraz warunku „podwyższonej czystości”. Jak wskazano powyżej, narusza to przepis art. 51 ustawy PrZamPubl. Przede wszystkim wprowadzony limit punktów, może doprowadzić do nie zaproszenia wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu. Wykonawca, który wykazałby się wymaganym doświadczeniem nie uzyskałby co najmniej 55 punktów, gdyż po podliczeniu punktów za każdą robotę o wartości powyżej 200 tys zł. netto (3x10) oraz maksymalnej ilości punktów

możliwych do uzyskania za dokumenty (10), brakowałyby nadal 15 punktów. Stoi to w rażącej sprzeczności z regulacją ustawową. Ponadto, Izba zauważa, iż zamawiający zamierza poddać ocenie punktowej tylko jeden z sześciu warunków opisanych w ogłoszeniu w sekcji III, punkty od 1 do 6., dotyczący doświadczenia (opisany w pkt 4). Natomiast w opisie sposobu oceny spełniania warunku, zamawiający zamierza poddać ocenie dokumenty, które nie są wymagane w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu – tj. certyfikaty.

Izba uwzględniając odwołanie i zgłoszone w nim żądanie, nakazuje zamawiającemu wykreślenie z ogłoszenia (sekcja III) kwestionowanego zapisu „lecz nie mniejszą niż 55” oraz nakazuje dokonanie zmiany sposobu przyznawania punktów, w taki sposób, aby punkty mogły być przyznane wyłącznie za roboty spełniające postawiony warunek udziału w postępowaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy.

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:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*