

Sygn. akt: KIO/UZP 463/10

**WYROK**  
**z dnia 19 kwietnia 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Członkowie: Przemysław Dzierzędzki**

**Dagmara Gałczewska – Romek**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ARS LONGA Konserwacja Dzieł Sztuki i Obiektów Zabytkowych Danuta Mazur i Maciej Mazur Sp. J., 30-398 Kraków, Podgórki Tynieckie 71** od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego **Uzdrowiskowa Gmina Miejska Szczawno Zdrój, 58-310 Szczawno Zdrój, ul. Kościuszki 17** protestu z dnia 1 marca 2010 r.

przy udziale **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Elewacyjnych i Budowlanych Krzysztof Zawadzki oraz Pracownia Konserwatorska RESTOART Piotr Wanat, 50-361 Wrocław, ul. Piastowska 22/4** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności: wyboru oferty najkorzystniejszej oraz oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i nakazuje powtórzenie czynności: oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz badania i oceny ofert.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Uzdrowiskowa Gmina Miejska Szczawno Zdrój, 58-310 Szczawno Zdrój, ul. Kościuszki 17 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ARS LONGA Konserwacja Dzieł Sztuki i Obiektów Zabytkowych Danuta Mazur i Maciej Mazur Sp. J., 30-398 Kraków, Podgórk Tynieckie 71,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 044 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Uzdrowską Gminę Miejską Szczawno Zdrój, 58-310 Szczawno Zdrój, ul. Kościuszki 17** na rzecz **ARS LONGA Konserwacja Dzieł Sztuki i Obiektów Zabytkowych Danuta Mazur i Maciej Mazur Sp. J., 30-398 Kraków, Podgórk Tynieckie 71** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa procesowego przed KIO,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ARS LONGA Konserwacja Dzieł Sztuki i Obiektów Zabytkowych Danuta Mazur i Maciej Mazur Sp. J., 30-398 Kraków, Podgórk Tynieckie 71.**

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

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie kompleksowych prac konserwatorskich Sali widowiskowej (sufitu, ścian i elementów drewnianych) Teatru Zdrojowego w Szczawnie-Zdroju. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało wysłane do DUUE w dniu 07.12.2009 r., zaś opublikowane w dniu 10.12.2009 r. Ponadto zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu na własnej stronie internetowej oraz w swojej siedzibie w dniach od 10.12.2009 r. do dnia 18.01.2010 r.

Szacunkowa wartość zamówienia wynosi 1.864.625,94 zł, co stanowi równowartość 479.695,90 euro, t.j. przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zgodnie z pkt IX, 1.7) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) wykonawcy mieli wykazać się dysponowaniem co najmniej jedną osobą legitymującą się dyplomem konserwatora dzieł sztuki o specjalizacji konserwatora detalu architektonicznego lub rzeźby polichromowanej, posiadającą 2-letnią praktykę w zakresie konserwacji zabytków ruchomych.

Stosownie do pkt X, 1.6) SIWZ wykonawcy, w celu potwierdzenia spełnienia warunków wymienionych w pkt IX, 1.7), obowiązani byli przedłożyć wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności. Wedle Zamawiającego wykaz miał być sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ. Powyższy wykaz, zawierał w swojej treści klauzulę, iż: wykonawca ubiegając się o przedmiotowe zamówienie oświadcza, że dysponuje co najmniej jedną osobą legitymującą się dyplomem konserwatora dzieł sztuki o specjalności konserwatora detalu architektonicznego, posiadającą 2-letnią praktykę w zakresie konserwacji zabytków ruchomych.

Odwołujący do złożonej przez siebie oferty załączył wykaz osób, które będą realizować przedmiotowe zamówienie, w tym wykazując się m. in.: doświadczeniem Pana Adama J. legitymującego się dyplomem konserwatora zabytków w specjalności – konserwacja rzeźby.

Zamawiający pismem z dnia 25.02.2010 r. wykluczył Odwołującego się z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (a następnie odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp) z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającym na dysponowaniu co najmniej jedną osobą legitymującą się dyplomem konserwatora dzieł sztuki o specjalizacji konserwatora detalu architektonicznego lub rzeźby polichromowanej, posiadającą 2-letnią praktykę w zakresie konserwacji zabytków ruchomych.

Zamawiający w trakcie rozprawy wskazał, iż wykluczając wykonawców z postępowania kierował się zaleceniami Wojewódzkiego Urzędu Ochrony Zabytków z Wrocławia, delegatura w Wałbrzychu z dnia 06.04.2007 r (znak pisma: ZN-BNO-450-36/07). Ponadto Zamawiający powołał się również na decyzję nr 321/2009 z dnia 28.05.2009 r (znak: ZR-BNO-5001-28/09, l.dz. 1908/09): - „Pozwolenie na prowadzenie prac konserwatorskich przy zabytkach ruchomych”. Tym samym zdaniem Zamawiającego zmuszony był on do zastosowania się do powyższych aktów i wykluczenia odwołującego z postępowania.

Zamawiający wskazał również, iż w toku postępowania pismem z dnia 04.02.2010 r. zwrócił się do Wojewódzkiego Urzędu Ochrony Zabytków we Wrocławiu, Delegatura w Wałbrzychu z zapytaniem czy w świetle zapisów SIWZ wykonawcy będą spełniali powyższy warunek. Zdaniem Zamawiającego w piśmie z dnia 23.02.2010 r. Wojewódzki Konserwator Zabytków udzielił Zamawiającemu odpowiedzi negatywnej w powyższym zakresie.

Na czynność Zamawiającego, polegającą na wykluczeniu oraz odrzuceniu oferty Odwołujący wniósł protest do Zamawiającego, a następnie – odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Elewacyjnych i Budowlanych Krzysztof Zawadzki, oraz Pracownia Konserwatorska RESTOART Piotr Wanat z Wrocławia.

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

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy – Pzp. Czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego z postępowania skutkuje bowiem uznaniem oferty Odwołującego za odrzuconą, stosownie do przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy – Pzp. Ponadto potwierdzenie się podnoszonych w odwołaniu zarzutów pozwoliłoby Odwołującemu na uzyskanie niniejszego zamówienia, z racji złożenia przez niego najkorzystniejszej cenowo oferty, przy cenie jako jedynym kryterium oceny ofert przyjętym w SIWZ.

Istotne dla niniejszej sprawy jest ustalenie w jaki sposób Zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu, jak określił sposób oceny jego spełniania oraz czy Odwołujący w świetle postawionego warunku spełnił wymagania Zamawiającego.

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 go 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 postawione warunki udziału. 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 i jasno określona w ogłoszeniu i SIWZ, by wykonawca nie miał problemu z jej zrozumieniem. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego SIWZ tworzona jest po to, aby zamawiający otrzymał w wyniku przeprowadzonego postępowania zamówienie, które odpowiadać będzie ściśle jego potrzebom. SIWZ jest jednym z podstawowych dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i jednym z głównych dokumentów, na podstawie którego wykonawcy sporządzają ofertę. Specyfikacja stanowi instrukcję dla wykonawców w jaki sposób powinni sporządzić poprawnie ofertę, przy czym jeśli wykonawcy wykażą spełnienie warunku udziału zgodnie z zapisami SIWZ, Zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy ani odrzucić jego oferty. Wykonawca czytając SIWZ nie może się domyślać jakie warunki musi spełnić startując do przedmiotowego postępowania. Warunki udziału powinny być określone w SIWZ przez zamawiającego w sposób jednoznaczny. Zamawiający powinien w SIWZ określić warunki udziału w sposób obiektywny i nie budzący wątpliwości, zaś ocena kwalifikacji wykonawców winna być oparta na jasnych i przejrzystych zasadach jakimi będzie kierował się zamawiający. Sporządzona przez zamawiającego SIWZ wiąże zarówno zamawiającego jak i wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z tych też względów SIWZ musi być precyzyjna i

jednoznaczna, a jakiegokolwiek wątpliwości powstałe na tym tle powinny być, przy poszanowaniu przepisów prawa rozstrzygane na korzyść wykonawcy.

Zamawiający nie może też obowiązkowi sporządzenia oraz doprecyzowania zapisów SIWZ przerzucać na wykonawców, twierdząc iż w toku postępowania mają oni prawo zadawania pytań w przypadku zaistnienia wątpliwości co jej treści.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił warunki udziału w postaci m. in. wymogu dysponowania co najmniej jedną osobą legitymującą się dyplomem konserwatora detalu architektonicznego lub rzeźby polichromowej, posiadającą 2 – letnią praktykę w zakresie konserwacji zabytków ruchomych. Ocena, czy dany wykonawca spełnia powyższy warunek, następować miała na podstawie złożonego wykazu.

Analiza treści dokumentów złożonych w toku postępowania przez Odwołującego się pozwala na wniosek, iż spełnił on ww. warunek opisany przez Zamawiającego.

W ocenie Izby stanowisko Zamawiającego polegające na uznaniu, iż Odwołujący się nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, należy uznać za nieuprawnione. Zamawiający określił bowiem w specyfikacji warunek dysponowania co najmniej jedną osobą legitymującą się dyplomem konserwatora detalu architektonicznego lub rzeźby polichromowej, posiadającą 2 – letnią praktykę w zakresie konserwacji zabytków ruchomych. W załączniku nr 5 do SIWZ Zamawiający zawarł informację, iż wykonawca ubiegając się o przedmiotowe zamówienie powinien oświadczyć, że dysponuje co najmniej jedną osobą legitymującą się dyplomem konserwatora dzieł sztuki o specjalności konserwatora detalu architektonicznego, posiadającą 2-letnią praktykę w zakresie konserwacji zabytków ruchomych.

W ocenie Izby sprzeczność zapisów SIWZ (sprzeczność postawionego warunku w pkt IX, 1.7) SIWZ z załącznikiem 5 do SIWZ) nie może powodować negatywnych konsekwencji dla wykonawców uczestniczących w przedmiotowym postępowaniu. Wszelkie wątpliwości powinny być interpretowane na korzyść wykonawców.

Faktycznych powodów wykluczenia Odwołującego się z postępowania nie można dopatrywać się w przedłożonych przez Zamawiającego dokumentach, t.j.: w „Zaleceniach konserwatorskich” z dnia 10.04.2007 r., Decyzji nr 321/2009 r. z dnia 28.05.2009 r. pn. – „Pozwolenie na prowadzenie prac konserwatorskich przy zabytkach ruchomych”. Oba wskazane przez Zamawiającego dokumenty, jego zdaniem obowiązywały go do zastosowania się do treści powyższych aktów i tym samym wykluczenia odwołującego z postępowania. Jednakże Izba wskazuje, iż oba dokumenty datowane są na dzień przed wszczęciem przedmiotowego postępowania, którego ogłoszenie opublikowane zostało w dniu 10.12.2009 r. Zamawiający znając treść powyższych dokumentów powinien rzetelnie przygotować dokumentację postępowania i precyzyjnie, w sposób nie budzący wątpliwości wskazać

wykonawcom warunki udziału w postępowaniu. Skoro Zamawiający w pkt IX, 1.7) SIWZ zawarł warunek obejmujący również alternatywne dysponowanie co najmniej jedną osobą legitymującą się dyplomem konserwatora dzieł sztuki o specjalizacji konserwatora rzeźby polichromowanej, to rozszerzył powyższy warunek (w stosunku do decyzji z dnia 28.05.2009 r., oraz załącznika nr 5 do SIWZ) o rzeźbę polichromowaną. Wykonawca, czytając SIWZ i kierując się jej zapisami mógł stwierdzić, iż spełnia postawiony przez Zamawiającego warunek udziału. Należy zauważyć, że źródłem wiedzy dla wykonawców jest SIWZ, nie zaś inne dokumenty wiążące Zamawiającego z podmiotami trzecimi. Wykonawca związany jest SIWZ, nie ma on obowiązku sięgania do innych dokumentów, dlatego też argumentacja Zamawiającego w przedmiotowej sprawie nie znajduje uzasadnienia.

Ponadto Zamawiający nie może również uzasadniając wykluczenie Odwołującego z postępowania powoływać się na treść pisma Wojewódzkiego Urzędu Ochrony Zabytków we Wrocławiu, Delegatura w Wałbrzychu z dnia 23.02.2010 r. Z treści powyższego pisma wynika, iż ze względu na charakter i technologię prac, Wojewódzki Urząd podtrzymuje zawarty w zaleceniach oraz pozwoleniu warunek wykonywania prac przez osobę z dyplomem wyższej uczelni o specjalności konserwacja detalu architektonicznego. Treść powyższego pisma wskazuje, iż wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu ze względu na charakter przedmiotu zamówienia mogli wykazać się dysponowaniem osobę z dyplomem wyższej uczelni o specjalności konserwacja detalu architektonicznego (jednocześnie nie uwzględniając dyplomu dotyczącego konserwacji rzeźby). Zdaniem Izby Zamawiający nie może po otwarciu ofert, dokonując badania i oceny ofert dokonywać zmiany postawionego przez siebie warunku udziału w postępowaniu (zawartego w pkt IX, 1.7) SIWZ), powołując się na treść pisma dnia 23.02.2010 r. Wojewódzkiego Urzędu Ochrony Zabytków we Wrocławiu, Delegatura w Wałbrzychu. Izba stwierdza, iż zaakceptowanie działań zamawiającego prowadziłyby do subiektywnej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co zdaniem Izby stoi w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji.

W świetle zebranego materiału dowodowego Izba stwierdza, że Odwołujący spełnił postawiony przez Zamawiającego warunek, ponieważ wykazał się dysponowaniem osobą legitymującą się dyplomem z zakresu rzeźby. Zdaniem Izby w pojęciu rzeźby mieści się również rzeźba polichromowana (t.j. rzeźba posiadająca kolor). W świetle powyższego nieuzasadnionym było wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba uznała, że Odwołujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji sprzeczności postawionego warunku z załącznikiem 5 do SIWZ, decyzją z dnia 28.05.2009 r. oraz zaleceniami konserwatorskimi z dnia 06.04.2007 r.

Dodatkowo zdaniem Izby spełnienie tak postawionego warunku udziału w postępowaniu nie przeczy treści przepisom w zakresie Rozporządzenia Ministra Kultury z dnia 09.06.2004 r. w sprawie prowadzenia prac konserwatorskich, restauratorskich, robót budowlanych, badań konserwatorskich i architektonicznych, a także innych działań przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków oraz badań archeologicznych i poszukiwań ukrytych lub porzuconych zabytków ruchomych (Dz. U. z 2004 r., Nr 150, poz. 1579). Zgodnie z ww. rozporządzeniem prace konserwatorskie, prace restauratorskie lub badania konserwatorskie mogą prowadzić osoby, które posiadają tytuł zawodowy magistra uzyskany po ukończeniu wyższych studiów na kierunku konserwacja i restauracja dzieł sztuki lub wyższych studiów w specjalności w zakresie konserwacji zabytków oraz odbyły po ukończeniu tych studiów co najmniej 12-miesięczną praktykę zawodową w zakresie konserwacji i badania zabytków.

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 IX, 1.7) SIWZ.

Zarzut dotyczący wykluczenia Odwołującego z postępowania z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu, tj. naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3, i w konsekwencji naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz 91 ust. 1 ustawy – Pzp należało tym samym uznać za uzasadniony.

Na marginesie, niezależnie od powyższego Izba pragnie również dodać, iż treść art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, (wbrew temu co twierdzi Zamawiający) nakłada na Zamawiającego obowiązek uzupełniania dokumentów. Uzupełnienie dokumentów dotyczy bowiem zarówno sytuacji, błędu w istniejących dokumentach, jak i braku oświadczeń czy dokumentów, a brak oświadczeń czy dokumentów dotyczy również sytuacji, gdy przedłożony dokument nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Tym samym przed wykluczeniem wykonawcy z postępowania Zamawiający zobowiązany jest w pierwszej kolejności do uzupełnienia brakujących dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ewentualnie wyjaśnienie ich treści na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Dyspozycja art. 26 ust. 3 ustawy wskazuje, iż jest to obowiązek Zamawiającego, nie zaś wyłącznie jego uprawnienie.

Konkludując, Izba stwierdza, iż w niniejszej sprawie naruszenie przepisów ustawy – Pzp, miało istotny wpływ na wynik postępowania. Wykluczenie Odwołującego się uniemożliwiło bowiem merytoryczną ocenę jego oferty, która z uwagi na przyjęte kryterium oceny ofert (cena – 100%) mogłaby być uznana za ofertę najkorzystniejszą. Tym samym spełniona została przesłanka art. 191 ust. 1a ustawy – Pzp, co uzasadnia uwzględnienie odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe 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 Rozporządzeniem 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 **Świdnicy**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....