

Sygn. akt: KIO 2007/10

**WYROK**

**z dnia 30 września 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Magdalena Grabarczyk**

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 września** 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **16 września** 2010 r. przez **Przedsiębiorstwo Projektowo – Realizacyjne Budownictwa „PION” Spółka z o.o., 85-075 Bydgoszcz, ul. Paderewskiego 10/2** w postępowaniu prowadzonym przez **Kujawsko- Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o., 87-100 Toruń, Szosa Chełmińska 26/703**

**orzeka:**

- 1. Uwzględnienie odwołanie i nakazuje ponowną ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu – uznanie, że Przedsiębiorstwo Projektowo – Realizacyjne Budownictwa „PION” Spółka z o.o., 85-075 Bydgoszcz, ul. Paderewskiego 10/2 wykazało spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 9.1 tiret drugie specyfikacji istotnych warunków zamówienia;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Kujawsko - Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o., 87-100 Toruń, Szosa Chełmińska 26/703 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Projektowo – Realizacyjne Budownictwa „PION” Spółka z o.o., 85-075 Bydgoszcz, ul. Paderewskiego 10/2** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Kujawsko- Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o., 87-100 Toruń, Szosa Chełmińska 26/703** na rzecz **Przedsiębiorstwo Projektowo – Realizacyjne Budownictwa „PION” Spółka z o.o., 85-075 Bydgoszcz, ul. Paderewskiego 10/2** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Toruniu**.

.....

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Kujawsko - Pomorskie Inwestycje Medyczne w Toruniu Sp. z o.o. - prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest opracowanie dokumentacji budowlanej i wykonawczej rozbudowy Kujawsko- Pomorskiego Centrum Pulmonologii w Bydgoszczy.

9 września 2010 r. zamawiający powiadomił o unieważnieniu postępowania.

Wobec dokonanej czynności Przedsiębiorstwo Projektowo - Realizacyjne Budownictwa PION Sp. z o. o. w Bydgoszczy wniosło odwołanie, które wpłynęło w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 16 września 2010 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3, art. 26 ust. 4, art. 29 ust. 1, 2 art. 91 ust. 1, art. 93 ust. 1 p.z.p., art. 58 § 1 k.c., art. 305 kodeksu karnego oraz art. 3 ust 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu uchylecia decyzji o unieważnieniu postępowania przetargowego oraz uznanie, że doświadczenie zawodowe odwołującego jest zgodne z wymaganiami zamawiającego opisanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) i nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy p.z.p. oraz warunkami siwz. Na wypadek uznania, że doświadczenie zawodowe odwołującego nie jest zgodne z wymaganiami pkt 9.1. siwz odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do uzupełnienia braków w ofercie w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. - sformułowanie wezwania do uzupełnienia braków w sposób jasny, jednoznaczny i nie budzący, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami p.z.p. oraz warunkami siwz.

Odwołujący wskazał, że jego oferta jest jedyną ofertą nieodrzuconą i wywiódł, że pkt 9.1 siwz wymaga wykonania projektu wielobranżowego budynku szpitalnego obejmującego oddział łóżkowy i sale operacyjne (co najmniej po jednym). Podniósł, że dla wykazania doświadczenia zawodowego w projektowaniu sal operacyjnych i oddziałów szpitalnych nie ma znaczenia, czy dotyczy ono jednej "sztuki", czy też dwóch "sztuk". Gdyby zamawiający wymagał zaprojektowania wielu sal lub oddziałów winien wskazać ich minimalną ilość. W braku takiego ustalenia użyte w spornym postanowieniu pojęcia są wieloznaczne. Odwołujący ocenił, że posiada wymagane doświadczenie, nie podlega wykluczeniu, a tym

samym nie zachodzą żadne okoliczności uprawniające do unieważnienia postępowania przetargowego na podstawie art. 93 ust 1 pkt 1) p.z.p.

Odwołujący podniósł, że nawet w razie uznania, że zamawiający żądał od wykonawców wykazania doświadczenia zawodowego z postaci wykonania projektu obiektu szpitalnego z co najmniej 2 oddziałami i co najmniej 2 salami operacyjnymi, to odwołujący spełnia także i te wymagania. Wywiódł, że w nowoczesnej strukturze organizacyjnej szpitali - wobec zmienionych procedur medycznych Narodowego Funduszu Ochrony Zdrowia, pojawiły się w nich nowe, wyspecjalizowane oddziały: nie łóżkowe i zabiegowe.

Odwołujący zarzucił, że zamawiający wykorzystał tryb wskazany w art. 26 ust 4. p.z.p. wadliwie, wprowadzając odwołującego błąd, co do rzeczywistej treści pytania.

Przed otwarciem rozprawy zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której uznał zarzut przedwcześnieści unieważnienia postępowania z uwagi na konieczność zastosowania trybu wskazanego w art. 26 ust. 3 p.z.p. Oświadczył, że unieważnił czynność unieważnienia postępowania i wezwał odwołującego zgodnie z przywołanym przepisem do złożenia oświadczeń i dokumentów. Zamawiający uznał przy tym, że z uwagi na użycie w treści warunku liczby mnogiej – „oddziały szpitalne – odwołujący dotychczas nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający nie uznał pozostałych zarzutów odwołania i wniósł o oddalenie odwołania.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Ogłoszeniu o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 4 marca 2010 r. pod numerem 2010/S 44 – 064989.

W postanowieniu pkt 9.1 tiret drugie zamawiający wymagał należytego wykonania jednego wielobranżowego projektu budowlanego i wykonawczego budynku szpitalnego z oddziałami szpitalnymi i salami operacyjnymi o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 1.500m<sup>2</sup>.

Wraz z ofertą odwołujący złożył wykaz wykonanych usług oraz dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie (str. 88 i 91 oferty). Odwołujący wskazał wykonanie projektu NZOZ w Bydgoszczy przy ul. Karłowicza. Odwołujący wykonał projekt budowlany i wykonawczy budynku szpitalnego zawierający "oddział łóżkowy- 7 łóżek" oraz blok operacyjny.

Zamawiający uznał ofertę odwołującego za najkorzystniejszą, jednak następnie unieważnił dokonaną czynność i 2 września 2010 r., na podstawie art. 26 ust.4 p.z.p. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień. Zamawiający prosił o wyjaśnienie, czy odwołujący wykonał projekt budowlany i wykonawczy budynku szpitalnego NZOZ w Bydgoszczy z jednym oddziałem szpitalnym. Odwołujący w wyznaczonym terminie udzielił zamawiającemu wymaganych wyjaśnień, odpowiedział twierdząco na zadane pytanie.

Zamawiający poinformował odwołującego o unieważnieniu postępowania na art. 93 ust.1 pkt 1) p.z.p., informując, iż w wyniku ponownego badania ofert uznał, iż usługa wykazana przez odwołującego nie spełnia wymagań siwz.

Na rozprawie odwołujący złożył opinię wydaną przez prof. Marię Teresę L. z Instytutu Filologii Polskiej Uniwersytetu Pedagogicznego w Krakowie dotycząca interpretacji postanowienia pkt 9.1. tiret 2 siwz oraz Andrzeja K. – odpowiedzi na pytanie, czy blok operacyjny jest oddziałem szpitalnym w rozumieniu rozporządzeń Ministra Zdrowia.

Opinie te, mimo, że stanowią dowód wyłącznie tego, że dana osoba złożyła oświadczenie tej treści (dokument prywatny), nie są dowodem spóźnionym. Za ich pomocą odwołujący wykazuje swoje rozumienie postanowień siwz, do czego jest uprawniony.

Izba dokonała ustaleń na podstawie wymienionych dokumentów.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 p.z.p. Jako jedyny uczestnik postępowania ma interes w uzyskaniu danego zamówienia, a zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują możliwość powstania szkody w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający unieważniając postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1) p.z.p. nie dokonał formalnie czynności wykluczenia odwołującego, nie przesłał odwołującemu informacji o wykluczeniu. Wskazać jednak należy, że przywołany przepis stanowi *verba legis* o wykonawcach podlegających wykluczeniu. Wydaje się zatem, że do jego zastosowania nie jest niezbędne dokonanie odrębnej czynności wykluczenia. Wystarczające jest wskazanie przyczyn dla których zamawiający uznaje, że wykonawca podlega wykluczeniu, tak aby możliwe było prawidłowe wniesienie środków ochrony prawnej, wobec wskazanych podstaw unieważnienia postępowania.

Informacja o unieważnieniu postępowania zawiera elementy konstytuujące czynność wykluczenia, informacje o podstawach faktycznych i prawnych wykluczenia odwołującego. Odwołujący wniósł odwołanie.

Przedmiotem sporu jest ocena czynności wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) p.z.p.. Rozpoznanie zarzutów podniesionych wobec tej czynności skutkować będzie oceną zgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych czynności unieważnienia postępowania.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Dla rozpoznania zarzutów niezbędne jest dokonanie wykładni postanowienia pkt 9.1. siwz. Podkreślić trzeba, że zarzuty odwołania nie są kierowane wobec treści siwz, lecz wobec czynności wykluczenia wynikającej z ich interpretacji dokonanej przez zamawiającego.

Izba uznała, wbrew stanowisku zamawiającego, że treść przywołanego postanowienia nie jest jednoznaczna. Przede wszystkim z użycia liczby mnogiej nie wynika wprost konieczność wykazania wykonania projektu zawierającego kilka (więcej, niż jeden) oddziałów szpitalnych i sal operacyjnych. *In initio* warunków zamawiający wskazał wprost, że wymaga wykonania „jednego projektu”. Skoro więc w dalszej części postanowienia zaniechał określenia ilości oddziałów i sal operacyjnych, uznać należy, że dopuścił możliwość wykazania wymaganego doświadczenia przez wykonanie projektów szpitali wieloddziałowych lub posiadających jeden oddział. Zamawiający formułując warunek udziału w postępowaniu wskazał na wymagany zakres projektu, jednak nie przez liczbę wymaganych oddziałów i sal operacyjnych, lecz przez wskazanie funkcji pomieszczeń.

Nie sposób też pominąć, że mimo, iż przepisy nie definiują pojęcia „oddział”, to jednak niedopuszczalne jest powoływanie się przez zamawiającego wyłącznie na potoczne znaczenie użytych pojęć. Rynek zamówień publicznych jest fragmentem obrotu gospodarczego. Jego uczestnicy, co do zasady, posługują się terminologią właściwą dla danego obszaru działalności.

Dokonanie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu według treści nie zawartych w postanowieniach siwz łamie zasady określone w art. 7 ust. 1 p.z.p. Pogląd zamawiającego, że wymagał on wykazania doświadczenia wyłącznie w oparciu o wykonanie projektów szpitala z oddziałami łóżkowymi oraz, że oczywiste jest, że zakłada, iż powoływane przez wykonawców projekty zawierać będą również inne pomieszczenia typowe dla obiektów szpitalnych, nie znajduje oparcia w treści siwz.

Obowiązkiem zamawiającego jest takie sprecyzowanie opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, by wykonawcy mogli ustalić w sposób jednoznaczny treść wymagań zamawiającego. Wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji jeśli zamawiający temu obowiązkowi nie uczyni zadość.

Jeśli dla zamawiającego ma istotne znaczenie, by projekt zawierał kilka oddziałów i sal operacyjnych, winien określić to w sposób wyraźny, nie pozostawiający dowolności interpretacyjnej. Wykonawcy nie są zobowiązani do tego, aby dorozumiewać się oczekiwań zamawiającego.

Izba uznała, że postanowienie pkt 9.1. siwz nie wymaga literalnie, w sposób jednoznaczny wykazania wykonania projektu z wieloma oddziałami szpitalnymi i salami operacyjnymi

Podobny rezultat da odniesienie do przywołanego postanowienia reguł wykładni celowościowej. Brak jest podstaw do uznania, że wykonawca, który zaprojektował oddział i

blok operacyjny, a usługa ta została wykonana należycie, nie posiadał wystarczających kompetencji do przygotowania projektu zawierającego większą ilość oddziałów i sal operacyjnych, zwłaszcza, że zamawiający nie wskazał ich charakteru.

Odwołujący, który z należytą starannością zaprojektował budynek zawierający oddział oraz blok operacyjny wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu zgodnie z dokonany przez zamawiającego opisem.

Zarzuty odwołania znalazły potwierdzenie. Odwołujący nie podlega wykluczeniu, odpada zatem przesłanka zawarta w art. 93 ust. 1 pkt 1) p.z.p. i postępowanie nie podlega unieważnieniu.

Czynność wezwania do złożenia wyjaśnień dokonana w czasie postępowania w trybie art. 26 ust. 4 p.z.p. oraz czynność wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p. dokonana po wniesieniu odwołania są prawnie bezskuteczne. Ich podstawę stanowi wadliwa interpretacja pkt 9.1. siwz, której dotyczą potwierdzone zarzuty odwołania.

Art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p. i art. 58 § 1 k.c. nie znajdują zastosowania w sprawie. Pierwszy odnosi się do opisu przedmiotu zamówienia, zaś przepisy kodeksu cywilnego zgodnie z art. 14 p.z.p. stosuje się do czynności zamawiającego tylko w sprawach nieuregulowanych w ustawie.

Izba nie jest uprawniona, do orzekania w sprawach naruszenia norm kodeksu karnego oraz, za wyjątkiem przewidzianym w art. 89 ust. 1 pkt 3) p.z.p., w sprawach naruszenia przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Kognicja w tym zakresie należy do odpowiednich sądów powszechnych.

Naruszenia przepisów ustawy, których dopuścił się zamawiający mają wpływ na wynik postępowania. W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 p.z.p. i art. 192 ust. 3 pkt 1) p.z.p. uwzględniła odwołanie oraz orzekła jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., oraz § 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Izba nie uwzględniła wniosku o zasądzenie kosztów sporządzenia odwołań i opinii. Odwołujący reprezentowany w sposób profesjonalny - przez Prezesa Zarządu - złożył wniosek po zamknięciu rozprawy, wbrew wymaganiu § 28 ust. 2 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań. § 3 ust. 2 rozporządzenia w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania umożliwia zasądzenie kosztów strony na podstawie rachunków

przedłożonych do akt sprawy. Przedstawiona przez odwołującego faktura VAT wyszczególnia koszty sporządzenia odwołania i dwóch opinii. Wystawiony jest przez odwołującego dla zamawiającego. Nie stanowi zatem rachunku wystawionego odwołującemu przez autorów odwołania oraz opinii – dokumentującego poniesienie kosztów przez odwołującego, lecz zestawienie, które nie może stanowić podstawy do orzeczenia w przedmiocie kosztów.

.....