

Sygn. akt: KIO/2800/10

WYROK
z dnia 11 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **MODERN CONSTRUCTION SYSTEMS Sp. z o.o., 60-289 Poznań, ul. Promienista 78**, od czynności zamawiającego **Miasto Chorzów, 41-500 Chorzów, Rynek 1**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Miastu Chorzów, 41-500 Chorzów, Rynek 1: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenie Anny Kasprzyk prowadzącej działalność pod firmą Studio Projektowe Anny Kasprzyk oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2. kosztami postępowania obciąża Miasto Chorzów, 41-500 Chorzów Rynek 1 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) kwotę

wpisu uiszczanego przez **MODERN CONSTRUCTION SYSTEMS Sp. z o.o., 60-289 Poznań, ul. Promienista 78,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Miasto Chorzów, 41-500 Chorzów, Rynek 1** na rzecz **MODERN CONSTRUCTION SYSTEMS Sp. z o.o., 60-289 Poznań, ul. Promienista 78,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 194 i 195 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 **Katowicach.**

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto Chorzów - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest opracowanie koncepcji przebudowy stadionu piłkarskiego przy ul. Cichej 6 w Chorzowie oraz projekt etapu I i III.

21 grudnia 2010 r. zamawiający *via fax* przesłał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Annę Kasprzyk prowadzącą działalność pod firmą Studio Projektowe Anny Kasprzyk w Warszawie – ofertę z najniższą ceną.

Wykonawca, którego oferta została sklasyfikowana na drugiej pozycji - MODERN CONSTRUCTION SYSTEMS Sp. z o. o. w Poznaniu - wniósł odwołanie, które wpłynęło w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 28 grudnia 2010 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt. 4 p.z.p. polegające na zaniechaniu wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Studia Projektowego Anny Kasprzyk w sytuacji gdy wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu zgodnie z pkt IV ppkt 2.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz z Załącznikiem nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia ,co w konsekwencji rażąco narusza:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 p.z.p. przez zaniechania odrzucenia oferty Studia Projektowego Anny Kasprzyk, „gdy Wykonawca ten powinien być wykluczony z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia”.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i wyboru ofert, dokonania wykluczenia Studia Projektowego Anny Kasprzyk i odrzucenia jego oferty, (podobnie jak dokonano tego prawidłowo w przypadku Wykonawcy nr 3 - STOŻEK I PARTNERZY Grupa Projektowa w Katowicach), a na skutek powyższego dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej i jedynej spełniającej wymagania .

W uzasadnieniu odwołujący wywiódł, że Studio Projektowe Anny Kasprzyk nie spełnia warunków ustalonych m. in. w załączniku nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż wskazana w załączniku nr 2 do oferty wykonawcy usługa zaprojektowania stadionu piłkarskiego w Gdyni nie dotyczy stadionu, który został zrealizowany przed dniem

składania ofert. Podniósł, że załącznik nr 2 wskazuje jedynie ogólną datę „11.2010r.”, natomiast z treści złożonej referencji wynika, że obecnie trwa etap uzyskiwania gotowości obiektu do odbioru. Odwołujący wywiódł, że „budowa i realizacja projektu stadionu w Gdyni w terminie składania ofert nie była zrealizowana i zakończona” zgodnie z art. 55 pkt 1 ustawy Prawo budowlane. Wskazał, że Studio Projektowe Anny Kasprzyk nie przedstawiło żadnych dowodów na fakt, iż wskazywany w jego ofercie stadion piłkarski został zrealizowany, zatem nie można uznać wykazu usług projektowych za spełniający wymagania zamawiającego.

Studio Projektowe Anny Kasprzyk 29 grudnia 2010 r. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy. Wykonawca nie przekazał natomiast kopii zgłoszenia przystąpienia odwołującemu. Wobec braku spełnienia przesłanki zawartej w art. 185 ust. 2 zd. 2 *in fine* p.z.p. Izba uwzględniła opozycje i nie dopuściła Studia Projektowego Anny Kasprzyk do udziału w postępowaniu odwoławczym. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 29 października 2009 roku (sygn. akt XXIII Ga 634/09 *niepubl.*) wskazał, że celem przekazania kopii zgłoszenia jest poznanie argumentacji zawartej w przystąpieniu przez wszystkich uczestników sporu, aby podczas przygotowania się do rozprawy znany był nie tylko krąg podmiotów, ale też ich stanowiska. Sąd Okręgowy uznał za nietrafny pogląd o braku znaczenia obowiązku przekazania kopii lub o ewentualnym pozbawieniu znaczenia terminu dokonania tej czynności - „nie można traktować określonych tam (tj. w ustawie Prawo zamówień publicznych) jako wymagania, których można nie spełnić i te wymagania, które muszą być spełnione. (...). Przyjęcie poglądu odmiennego prowadziłoby wprost do wybiórczego i dowolnego interpretowania ustawy w zakresie wnoszenia środków ochrony prawnej.”

Przywołany pogląd zachowuje aktualność również w obecnym stanie prawnym.

Przed otwarciem rozprawy zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający wywodził, że Studio Projektowe Anny Kasprzyk spełnia warunki udziału w postępowaniu, gdyż oczekiwał wykazania się doświadczeniem w wykonywaniu usług projektowych a opis sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu nie wprowadził wymogu wykazania w sposób szczególny zrealizowania przebudowy istniejącego stadionu piłki nożnej lub budowy nowego stadionu w oparciu o projekt wykonawcy.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska. Zamawiający wywodził dodatkowo, że pod pojęciem realizacji stadionu, należy rozumieć jego wybudowanie w taki sposób, by można było go obejrzeć.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 29 września 2010 r., pod numerem 189-289115.

W pkt IV ppkt 2.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający dokonał opisu sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający oczekiwał wykazania usług projektowych potwierdzających, iż wykonawca wykonał należycie w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 1 usługę o wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł brutto polegającą na zaprojektowaniu nowego lub przebudowie istniejącego stadionu piłki nożnej, który został zrealizowany. Wykonawca zobowiązany był złożyć wykaz wykonanych usług zgodnie z załącznikiem nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz złożyć dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług.

Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na 10 listopada 2010r.

Wraz z ofertą Studio Projektowe Anny Kasprzyk złożył stosowny wykaz, w którym wskazał usługę projektowania Stadionu Piłkarskiego w Gdyni data realizacji inwestycji określona została jako 11.2010r.". Z załączonych referencji wynika, że „Od września 2009 r. rozpoczęta została realizacja projektu i budowę można uznać za zakończoną, gdyż obecnie trwa etap uzyskiwania gotowości do odbioru obiektu (termin dostarczenia kompletu dokumentów odbiorowych - 30.11.2010r.)".

Izba ustaliła powyższe na podstawie ogłoszenia o zamówieniu oraz oryginałów specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz oferty Studia Projektowego Anny Kasprzyk.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 p.z.p. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Dla rozpoznania zarzutów podstawowe znaczenie ma interpretacja opisu sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Wbrew stanowisku zamawiającego prezentowanemu w odpowiedzi na odwołanie, nie sposób pominąć zawartego w pkt IV ppkt 2.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia

wymogu realizacji stadionu, którego projekt jest przedmiotem wykazywanej usługi. Niedopuszczalne jest odstępianie, przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, od części ustalonych wymagań i uznanie, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu wyłącznie na podstawie części zapisanych oczekiwań, nawet w celu utrzymania wyboru najkorzystniejszej oferty. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia winni być traktowani na równych prawach.

Zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ustala warunki udziału w postępowaniu. Jeśli wymagania zamawiającego nie zostały skorygowane wskutek wnoszenia środków ochrony prawnej lub z inicjatywy własnej zamawiającego, do terminu otwarcia ofert, stają się, co do zasady, wiążące w postępowaniu. Uprawnienie zamawiającego do uznania, że warunki udziału w postępowaniu ustalone zostały na zbyt wysokim poziomie, mają zbyt rygorystyczny charakter, oraz zmiany stosownych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na bardziej - zdaniem zamawiającego - związane i adekwatne do przedmiotu zamówienia, wygasa z upływem terminu składania ofert (arg. z art.38 ust. 4 p.z.p.). Postanowienia specyfikacji wiążą zamawiającego i wykonawców na równych prawach, co więcej – zamawiający staje się niejako zakładnikiem postanowień specyfikacji. Nawet jeśli zamawiający ustalił wymagania stawiane wykonawcom na bardzo wysokim poziomie, jest zobowiązany do dokonywania czynności w postępowaniu stosownie do ustalonych wymagań. Ma to na celu nie tylko poszanowanie zasad wynikających z art. 7 ust. 1 p.z.p. - wykonawcy po zapoznaniu się z warunkami udziału w postępowaniu podejmują decyzję, czy zamierzają wziąć udział w postępowaniu.

W konsekwencji dla interpretacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia podstawowe znaczenie ma wykładnia literalna. Jednym z postulatów wykładni literalnej jest, że jeżeli określony termin należy do terminów specyficznych w określonej dziedzinie wiedzy, to należy przyjąć, iż termin ten ma takie znaczenie, jak w tych dziedzinach (domniemanie znaczenia specjalnego). Nie budzi wątpliwości Izby, że realizacja stadionu – obiektu budowlanego - to wykonanie zgodnie z projektem, tak że obiekt może być użytkowany zgodnie ze swoim przeznaczeniem. Poświadczeniem takiego stanu rzeczy jest dokonanie odbioru stadionu, uzyskanie pozwolenia na użytkowanie którym mowa w art. 55 pkt 1 Prawa Budowlanego.

Odniesienie pojęcia realizacji do projektu (mimo, że nie znajduje to wprost oparcia w brzmieniu w pkt IV ppkt 2.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia) nie prowadzi do przeciwnych wniosków. Należyta realizacja projektu architektonicznego następuje wszak w sytuacji powstania obiektu zgodnego z projektem, który może być użytkowany zgodnie ze swoim przeznaczeniem.

Zatem w obu przypadkach przesadzające znaczenie ma jest odebranie stadionu.

Prezentowana przez zamawiającego na rozprawie interpretacja, zgodnie z którą, wystarczające jest zgłoszenie gotowości do odbioru, nie znajduje oparcia w treści pkt IV ppkt 2.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Uprawnione jest przypuszczenie, że gdyby interpretacja taka była znana wykonawcom potencjalnie zainteresowanym zamówieniem to liczba uczestników postępowania – adresowanego na rynek europejski - mogłaby być większa.

Izba ocenia, że prezentowana wykładnia literalna postanowienia pkt IV ppkt 2.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia znajduje również oparcie w wykładni celowościowej. Zgodnie z art. 21 ust. 1 pkt 4 Prawa Budowlanego projektant świadczący nadzór autorski stwierdza w toku wykonywania robót budowlanych zgodność realizacji z projektem i uzgadnia możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, zgłoszonych przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie koncepcji, projektów wykonawczych oraz nadzór autorski – intencją zamawiającego jest zatem uzyskanie usługi o kompleksowym charakterze, zawarcie umowy z podmiotem dającym pewność wykonania projektu, na podstawie którego powstanie stadion, który będzie użytkowany zgodnie ze swoim przeznaczeniem. Sam fakt udostępnienia obiektu dla zwiedzających nie skutkuje możliwością użytkowania obiektu. Zgodnie bowiem z art. 55 ust. 1 Prawa budowlanego niezbędne jest zajęcie stanowiska przez organy wymienione w art. 56 ust. 1 Prawa budowlanego.

Z treści referencji złożonej przez Studio Projektowe Anny Kasprzyk wynika, że stadion w Gdyni nie został odebrany, nie potwierdza ona zatem spełniania warunku udziału w postępowaniu – tak jak ustalił go zamawiający.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p. znalazł potwierdzenie.

Powołane przez zamawiającego orzeczenia Zespołu Arbitrów oraz Krajowej Izby Odwoławczej nie znajdują zastosowania w sprawie - dotyczą innych stanów faktycznych - przedmiotem postępowań nie były usługi projektowania i nadzoru autorskiego.

Powołane przez odwołującego art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 p.z.p. nie znajdują zastosowania w sprawie – odnoszą się do oceny formalnej oferty. Ustawa Prawo zamówień publicznych odróżnia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu od czynności badania i oceny ofert. Skutkiem nie wykazania przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu jest obowiązek wykluczenia wykonawcy, natomiast zaistnienie przesłanek wskazanych w art. 89 ust. 1 p.z.p. niesie skutek odrzucenia oferty.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 p.z.p. uwzględniła odwołanie i na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 p.z.p. nakazała zamawiającemu wykonanie czynności zgodnie z pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p. oraz § 5 ust. 2 pkt 1 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.

.....