Sygn. akt: KIO 2942/20

WYROK

z dnia 30 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ewa Sikorska

Protokolant:Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 listopada 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 listopada 2020 r. przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „ROL-MOT" Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Ciepielowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Muzeum Warszawy w Warszawie,**

przy udziale wykonawcy **Międzynarodowe Centrum Budownictwa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1.umarza zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy **Międzynarodowe Centrum Budownictwa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** oraz zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy **Międzynarodowe Centrum Budownictwa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** do uzupełnienia dokumentów przedmiotowych,

2.w pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Muzeum Warszawy w Warszawie** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „ROL-MOT" Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Ciepielowie** i dokonanie ponownej oceny ofert,

3.kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Międzynarodowe Centrum Budownictwa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „ROL-MOT" Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Ciepielowie** tytułem wpisu od odwołania,

3.2 zasądza od wykonawcy **Międzynarodowe Centrum Budownictwa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** na rzecz wykonawcy **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „ROL-MOT" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ciepielowie** kwotę **11 099 zł 96 gr** (słownie: jedenaście tysięcy dziewięćdziesiąt dziewięć złotych dziewięć dziewięćdziesiąt sześć groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

3.3. zasądza od wykonawcy **Międzynarodowe Centrum Budownictwa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** na rzecz **Muzeum Warszawy w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 **Warszawie.**

……..

Sygn. akt: KIO 2942/20

Uzasadnienie

Zamawiający – Muzeum Warszawy w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa i montaż systemu magazynowego do przechowywania obiektów muzealnych dla Muzeum Warszawy w Warszawie.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 12 listopada 2020 roku wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „ROL-MOT" Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Ciepielowie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegających na wykluczeniu odwołującego z postępowania i wyborze jako najkorzystniej oferty złożonej przez Międzynarodowe Centrum Budownictwa sp. z o.o., dalej jako „MCB" lub „przystępujący" i zaniechaniu odrzucenia oferty MCB.

Czynnościom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

1)przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy P.z.p. poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych (doświadczenie), co skutkowało również odrzuceniem jego oferty, podczas gdy z dokumentów złożonych przez odwołującego wynika, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu i posiada on wymagane przez zamawiającego doświadczenie zgodnie z pkt 1.2. rozdziału 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia („s.i.w.z.");

2)przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p. poprzez wprowadzenie w trakcie badania i oceny ofert dodatkowych, niewynikających z s.i.w.z., elementów oceny doświadczenia w wykonaniu dostaw, w ramach

warunków udziału w postępowaniu, co skutkowało wykluczeniem odwołującego z postępowania, podczas gdy nie wynikają one z literalnej treści s.i.w.z., natomiast dokumenty złożone przez odwołującego wskazują, że posiada on wymagane przez zamawiającego doświadczenie, zgodnie z pkt 1.2. rozdziału 5 s.i.w.z.;

3)przepisu art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnienia wątpliwości zamawiającego dotyczących wykonanych przez odwołującego dostaw wskazanych w wykazie dostaw z dnia 2 listopada 2020 r. oraz arbitralne rozstrzygnięcie wątpliwości przez zamawiającego bez udziału odwołującego i uznanie, że przedmiotem wykonanych przez odwołującego dostaw nie były opisane w warunku „regały";

4)przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MCB pomimo tego, iż jej treść nie odpowiada treści s.i.w.z., wobec niedołączenia przez tego wykonawcę do oferty dokumentów przedmiotowych potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego, w postaci badań szyn jezdnych;

5)na wypadek nieuwzględnienia zarzutu opisanego w punkcie 4 powyżej, odwołujący podniósł naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. polegające na zaniechaniu wezwania wykonawcy MCB do uzupełnienia dokumentów przedmiotowych wskazanych w ust. 4 rozdziału 6 s.i.w.z. oraz OPZ, w postaci badań szyn jezdnych;

6)przepisu art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez MCB, oraz zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, pomimo tego, że oferta odwołującego w świetle ustanowionych kryteriów powinna zostać za taką uznana, a oferta MCB odrzucona.

Wobec powyższych zarzutów odwołujący wniósł o:

1)uwzględnienie zarzutów odwołania;

2)nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejsze oferty złożonej przez wykonawcę MCB;

3)nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania;

4)dokonanie ponownego badania i oceny ofert;

5)dokonanie wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej;

6)zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Odwołujący podniósł, że jego interes w uzyskaniu zamówienia doznaje uszczerbku w wyniku dokonania przez zamawiającego zaskarżonych czynności. W przypadku prawidłowego przeprowadzenia przez zamawiającego czynności badania i oceny ofert, wykonawca nie zostałby wykluczony z udziału w postępowaniu. Powyższe czynności dokonane przez zamawiającego pozbawiają odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. W konsekwencji powyższych działań zamawiającego, odwołujący nie uzyskując zamówienia, poniesie szkodę przejawiającą się chociażby w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem oferty i udziałem w postępowaniu, a także utratą korzyści, z jakimi wiązało się uzyskanie zamówienia. Prawidłowa ocena oferty odwołującego, w tym prawidłowa i zgodna z postanowieniami s.i.w.z. ocena doświadczenia wynikającego z wykazu dostaw i referencji, powinna prowadzić do uznania, iż odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta jest najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu w świetle kryteriów oceny ofert. Wykazane powyżej okoliczności jednoznacznie przesądzają o uprawnieniu odwołującego do wniesienia przedmiotowego odwołania oraz konieczności rozpatrzenia podniesionych w nim zarzutów.

Odwołujący wskazał, że zamawiający w dniu 6 listopada 2020 r. poinformował odwołującego o wykluczeniu go z postępowania. Uprzednio wykonawca Tronus Polska sp. z o.o., który złożył ofertę z najniższą ceną, został wykluczony z postępowania w dniu 23.10.2020 r. Wobec czego oferta odwołującego jest najkorzystniejsza w oparciu o określone przez zamawiającego kryteria oceny ofert (100% cena, zgodnie z postanowieniem ust. 1 rozdziału 13 s.i.w.z.)

Odwołujący stwierdził, że zamawiający określił w rozdziale 5 ust. 1 pkt 2 s.i.w.z. następujący warunek udziału w postępowaniu:

„Wykonawca w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie należycie wykonał co najmniej dwa zamówienia o wartości co najmniej 150 000 zł brutto każde zamówienie polegające na dostawie i montażu regałów jezdnych/przesuwnych z siatkami na obrazy.

Przez jedno zamówienie należy rozumieć zamówienie świadczone na rzecz jednego Zleceniodawcy (przez jednego Zleceniodawcę Zamawiający rozumie osobę fizyczną, osobę prawną, a także inne podmioty) na podstawie jednej umowy. Zamawiający nie dopuszcza łączenia w celu spełnienia powyższego warunku zamówień o wartości mniejszej niż wymagana świadczonych na rzecz kilku różnych Zleceniodawców.".

Odwołujący wskazał, że na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu przedstawił zamawiającemu w piśmie z dnia 2 listopada 2020 r. wykaz dostaw wraz z dowodami określającymi, że dostawy zostały wykonane należycie (referencje). W wykazie odwołujący wskazał 2 dostawy:

1)Dostawa i montaż regałów jezdnych/ram siatkowych przesuwnych wykonana na rzecz zamawiającego Akademii Sztuk Pięknych w Warszawie (dalej „ASP") (wykaz i referencja wystawiona przez ASP stanowią Załącznik nr 8 do odwołania)

2)Druga dostawa zastrzeżona przez odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa (nie budziła wątpliwości zamawiającego).

Odwołujący wskazał, że zamawiający w piśmie z dnia 6 listopada 2020 r. poinformował o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p., z powodu niewykazania warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji, o uznaniu oferty odwołującego za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy P.z.p. Z uzasadnienia wykluczenia wynika, że wątpliwości zamawiającego wzbudziła dostawa wskazana w pkt 1 powyżej wykonana na rzecz ASP. Zamawiający skoncentrował się wyłącznie na wskazanym w liście referencyjnym określeniu przedmiotu dostawy jako „dostawa ram siatkowych przesuwnych do przechowywania obrazów". Jak wskazuje zamawiający w informacji o wykluczeniu odwołującego: „Zamawiający wymagał wykazania należytego wykonania co

najmniej dwóch zamówień o wartości co najmniej 150 000 zł brutto za każde zamówienie, polegające na dostawie i montażu regałów jezdnych/przesuwnych z siatkami na obrazy a nie ram siatkowych przesuwnych do przechowywania obrazów". Przedstawione referencje na dostawę i montaż dla Akademii Sztuk Pięknych w Warszawie dotyczą zamówienia na ramy siatkowe przesuwne, które są zupełnie innym rozwiązaniem niż regały przesuwne z siatkami na obrazy. Ramy siatkowe posiadają całkowicie odmienny mechanizm ich przesuwania oraz wymagania dotyczące pomieszczenia. W podanej referencji zamówienia dla Akademii Sztuk Pięknych w Warszawie ramy siatkowe posiadają system szyn do przesuwania zamontowany do sufitu. Regały jezdne z siatkami posiadają natomiast system szyn do ich przesuwania umieszczony w podłodze. Ponadto odmienny system przesuwania ram siatkowych nie wymaga systemu ręczno-korbowego lecz jedynie uchwytu służącego do ich wysuwania.”.

W ocenie odwołującego, zamawiający w powyższym piśmie dokonał nieuprawnionej interpretacji określonego pierwotnie w s.i.w.z. warunku udziału w postępowaniu, rozszerzając go i tworząc jednocześnie niewynikającą z dokumentacji postępowania definicję „regału”, odnoszącą się do takich nieujętych w treści warunku wymagań jak: miejsce ulokowania systemu przesuwania regału, czy też posiadanie systemu ręczno-korbowego. Są to dodatkowe wymagania niewynikające ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Na etapie oceny spełniania warunku odwołujący dowiedział się, że wbrew literalnemu brzmieniu warunku, produkt posiadający mechanizm przesuwny zamontowany w suficie, a nie w podłodze, zdaniem zamawiającego, pozbawia go przymiotu „regału”. Powyższa nieuprawniona konkluzja dotyczy także posiadania przez urządzenie systemu ręczno-korbowego. Z uzasadnienia wykluczenia wynika bowiem, że w regałach przesuwnych zamawiający wymagał systemu przesuwania ręczno-przesuwnego, zaś inny system przesuwania nie licuje w jego ocenie z brzmieniem warunku, pomimo faktu, że absolutnie nic takiego z treści warunku nie wynikało. Zamawiający interpretując s.i.w.z. odnosi się zapewne do opisu zamawianych regałów, niemniej należy zaznaczyć, iż kwestionowana czynność zamawiającego polegała na badaniu spełniania przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu, nie zaś weryfikacji zgodności oferowanych dostaw z opisem przedmiotu zamówienia. Skoro więc z literalnego brzmienia warunku wynika wprost, że zamawiający określił warunek w sposób bardziej ogólny, nie może żądać wykazania warunku dalej idącego, jeśli takiego nie opisał, tylko dlatego, że przedmiot zamówienia charakteryzuje się jakimiś dodatkowymi cechami. Wymaganie, by przedstawione przez odwołującego referencyjne dostawy posiadały te dodatkowe cechy wyrażone w sposób nieuprawniony na etapie oceny ofert, jest – w ocenie odwołującego – niedopuszczalne.

Odwołujący podniósł, że zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie niekwestionowane jest, że zmawiający określając warunki udziału w postępowaniu nie może wymagać posiadania doświadczenia w wykonaniu identycznych dostaw jak stanowiące przedmiot zamówienia.

Odwołujący wskazał, że zamawiający dokonał oceny spełniania przez odwołującego warunku opierając się wyłącznie na literalnym brzmieniu listu referencyjnego wystawionego przez innego zamawiającego – ASP. Referencje nie służą potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, bowiem ten fakt potwierdza w składanym oświadczeniu (wykazie dostaw) sam wykonawca. Z wykazu dostaw złożonego przez odwołującego jasno wynika, co było przedmiotem dostawy - regały. Jednocześnie zamawiający, w przypadku powzięcia jakichkolwiek wątpliwości, powinien zwrócić się z wezwaniem do wyjaśnień bezpośrednio do odwołującego zgodnie z przepisem art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p., czego nie uczynił. W przypadku powstania po stronie zamawiającego wątpliwości, wezwanie, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym, jest obligatoryjne.

Ponadto, w ocenie odwołującego, użyte przez ASP w liście referencyjnym czy też w nazwie postępowania, nazewnictwo nie może przesądzać o braku możliwości zakwalifikowania produktu dostarczonego przez odwołującego ASP jako „regału”. Należy wskazać, iż zgodnie z określonym przez zamawiającego warunkiem - kluczowe było legitymowanie się przez wykonawcę doświadczeniem w dostawie i montażu regału posiadającego następujące cechy:

-jezdny/przesuwny

-z siatkami na obrazy.

Odwołujący stwierdził, że produkt dostarczony przez niego do ASP funkcjonuje wśród oferowanych przez odwołującego produktów jako: „Regały wysuwane do magazynowania obrazów”. Produkty dostarczone do ASP w Warszawie są:

-przesuwne, jezdne (przesuwają się po szynach ułożonych na posadzce, wyposażone są w podstawy jezdne z kołami jezdnymi, posiadają system antyprzechyłowy, by przesuwały się po szynach bez blokowania i falowania);

-wyposażone są w siatki do przechowywania obrazów oraz specjalne haczyki do mocowania obrazów.

Tym samym przedmiot dostawy zrealizowany przez odwołującego dla ASP spełnia wszystkie cechy referencyjne opisane w określonym w s.i.w.z. w postępowaniu warunku w zakresie doświadczenia.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty MCB, odwołujący wskazał, że zamawiający w ust. 4 rozdziału 6 s.i.w.z. zamieścił poniższy wymóg:

„4. Ponadto wraz z ofertą Wykonawca złoży aktualne dokumenty (atesty, certyfikaty, deklaracje) potwierdzające wykonanie następujących badań oferowanych regałów: szyn jezdnych regałów ze stali nierdzewnej, niepalności na elementy regałów, atest higieniczny, deklarację zgodności z polskimi normami, oraz certyfikat zatwierdzenia wymagań normy EN ISO 9001:2015 na projektowanie, produkcję i montaż.”.

Ponadto zgodnie z ust. 11 pkt 2 rozdziału 10 s.i.w.z.:

„11. Wraz z ofertą wykonawca złoży także: (2) aktualne dokumenty potwierdzające wykonanie następujących badań oferowanych regałów:

a)szyn jezdnych regałów ze stali nierdzewnej,

b)niepalności na elementy regałów,

c)atest higieniczny,

d)deklarację zgodności z polskimi normami, oraz

e)certyfikat zatwierdzenia wymagań normy EN ISO 9001:2015 na projektowanie, produkcję i montaż.

Powyższy wymóg został przez zamawiającego powtórzony w ust. 11 Opisu przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 oraz opisie przedmiotu zamówienia zawartym w rozdziale 2 s.i.w.z. (ust. 4).

Odwołujący wskazał, że dołączona do oferty MCB ekspertyza 15/2006 - Badania szyny jezdnej o przekroju prostokątnym stosowanej do regałów typu COMPACTUS archive, COMPACTUS office i COMPACTUS power 3 obejmuje tylko 1 rodz szyn, jaki był opisany w opisie przedmiotu zamówienia tj. szyny jezdnej płaskiej o przekroju prostokąta. Natomiast zgodnie z OPZ mechanizm jezdny regałów składa się z dwóch różnych typów szyn: (1) szyny skrajne prowadzące posiadające 2 rowki (wyprofilowanie bieżni odpowiadającej wklęsłej powierzchni wieńca koła prowadzącego), utrzymujące prawidłowy tor jazdy regału, (2) szyny płaskie – pozostałe szyny regału. Powyższe wynika wprost z postanowienia ust. 2 OPZ:

„2. Szyny wykonane ze stali nierdzewnej, szerokość szyny minimum 60 mm, wysokość minimum 14 mm. Dwie skrajne szyny zestawu 10 regałów mają być szynami prowadzącymi posiadającymi 2 rowki (wyprofilowanie bieżni odpowiadającej wklęsłej powierzchni wieńca koła prowadzącego) utrzymujące prawidłowy tor jazdy regału. Pozostałe szyny - płaskie.”.

Odwołujący zauważył, że dla obu typów szyn badania wykonywane są odrębnie. Wykonawca MCB nie dołączył do ofert badań szyn skrajnych prowadzących. Przedstawiona wraz z ofertą ekspertyza 15/2006 wykonana przez Politechnikę Warszawską nie obejmuje w ogóle powyższego typu szyn – dotyczy wyłącznie szyn płaskich. Z dokumentacji jasno wynika, że oferowane szyny mają posiadać aktualne badania.

Odwołujący stwierdził, że wobec niezłożenia przez wykonawcę MCB dokumentów przedmiotowych potwierdzających zgodność oferowanych dostaw z OPZ, należy uznać, iż złożona przez niego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Powyższy brak nie stanowi omyłki i nie podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W związku z brakiem powyższego dokumentu w ofercie, zamawiający winien wezwać wykonawcę MCB do jego uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., czego nie uczynił. Powyższe prowadzi do wniosku, iż zamawiający w sposób nieprawidłowy przeprowadził czynność badania i oceny ofert, nie odnotowując braku badań szyn w złożonej ofercie.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 26 listopada 2020 roku zamawiający oświadczył, że uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów 1, 2, 3 i 6 odwołania i nie uwzględnia odwołania w zakresie zarzutów 4 i 5.

Przystępujący na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2020 roku wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów odwołania.

W piśmie procesowym z dnia 30 listopada 2020 roku przystępujący wskazał, że w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający precyzyjnie określił, jakich referencji żąda od uczestników postępowania. Wskazał, iż wykonawcy są obowiązani wykazać należyte wykonanie co najmniej dwóch zamówień o wartości co najmniej 150 000 zł brutto każde zamówienie polegające na dostawie i montażu regałów jezdnych/przesuwnych z siatkami na obrazy. Przy czym przez jedno zamówienie należy rozumieć zamówienie świadczone na rzecz jednego zleceniodawcy na podstawie jednej umowy. Zamawiający nie dopuszcza łączenia w celu spełnienia powyższego warunku zamówień o wartości mniejszej niż wymagana.

W ocenie przystępującego, zamawiający słusznie odrzucił ofertę odwołującego, przy czym nie do końca sposób zgodzić się z jego argumentacją.

Przystępujący stwierdził, że sporna referencja dotyczy realizacji dostawy dla Akademii Sztuk Pięknych w Warszawie („ASP”). Postępowanie prowadzone przez ASP pod sprawą oznaczoną znakiem ZP-1/2020 dotyczyło dwóch oddzielnych przedmiotów zamówienia, z czego doskonale zdawał sobie zarówno odwołujący, ASP, jak i inni uczestnicy postepowania. Tytuł postępowania brzmiał „Dostawa i montaż systemu magazynowego do przechowywania obiektów muzealnych dla Muzeum Akademii Sztuk Pięknych w Warszawie” i składało się z dwóch części: część pierwsza - Dostawa i montaż wysuwanych ram siatkowych do przechowywania obrazów, część druga - Dostawa i montaż jezdnych regałów siatkowych do przechowywania obrazów (strona 3 s.i.w.z). ASP doskonale widziało różnicę między regałem przesuwnym, a siatką przesuwną i dlatego zdecydowało się na przeprowadzenie postępowania na dwa niezależne przedmioty postępowania, rozumiejąc, że wykonawcy mogą posiadać niezbędny potencjał, doświadczenie i wiedzę do realizacji jednej części, równocześnie nie posiadając powyższego do realizacji części drugiej.

Przystępujący wskazał, że odwołujący złożył ofertę na obydwie części, przy czym cena za wykonanie dostawy i montażu regałów siatkowych do przechowywania obrazów wynosiła 76.875,00 zł, czyli była niższa od warunku postawionego przez zamawiającego Muzeum Warszawy. Jednakże to ta część realizacji odpowiada opisowi referencji, jakich wymagał zamawiający. Za wykonanie dostawy i montażu wysuwanych ram siatkowych do przechowywania obrazów, odwołujący zażądał ceny 220.170,00zł brutto. Odwołujący w braku właściwej, wymaganej w s.i.w.z. referencji postanowił posłużyć się inną referencją, nie odpowiadającą wymaganiom zamawiającego, ale odpowiadającą wartością wskazaną w s.i.w.z. Jednakże nie można stawiać znaku równości miedzy regałami z siatkami na obrazy, a samymi siatkami na obrazy, gdyż nie są to obiekty tożsame.

Odwołujący na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2020 roku cofnął zarzuty nieuwzględnione przez zamawiającego.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa i montaż systemu magazynowego do przechowywania obiektów muzealnych dla Muzeum Warszawy w Warszawie”. Wartość przedmiotowego zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.z.p.

Zamawiający określił w rozdziale 5 ust. 1 pkt 2 s.i.w.z. następujący warunek udziału w postępowaniu:

„Wykonawca w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie należycie wykonał co najmniej dwa zamówienia o wartości co najmniej 150 000 zł brutto każde zamówienie polegające na dostawie i montażu regałów jezdnych/przesuwnych z siatkami na obrazy.

Przez jedno zamówienie należy rozumieć zamówienie świadczone na rzecz jednego Zleceniodawcy (przez jednego Zleceniodawcę Zamawiający rozumie osobę fizyczną, osobę prawną, a także inne podmioty) na podstawie jednej umowy. Zamawiający nie dopuszcza łączenia w celu spełnienia powyższego warunku zamówień o wartości mniejszej niż wymagana świadczonych na rzecz kilku różnych Zleceniodawców.”.

W przedmiotowym postępowaniu złożono 3 oferty:

1) oferta Tronus Polska sp. z o.o.,

2) oferta przystępującego,

3) oferta odwołującego.

Na potwierdzenie spełniania przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu odwołujący przedstawił zamawiającemu w piśmie z dnia 2 listopada 2020 r. wykaz dostaw wraz z dowodami określającymi, że dostawy zostały wykonane należycie (referencje). W wykazie odwołujący wskazał 2 dostawy:

1)Dostawa i montaż regałów jezdnych/ram siatkowych przesuwnych wykonana na rzecz zamawiającego Akademii Sztuk Pięknych w Warszawie,

2)Druga dostawa zastrzeżona przez odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa (nie budziła wątpliwości zamawiającego).

Zamawiający w piśmie z dnia 6 listopada 2020 r. poinformował o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p., z powodu niewykazania warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji, o uznaniu oferty odwołującego za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy P.z.p. Zamawiający wskazał, że wymagał wykazania należytego wykonania co najmniej dwóch zamówień o wartości co najmniej 150 000 zł brutto każde zamówienie, polegające na dostawie i montażu regałów jezdnych/przesuwnych z siatkami na obrazy, a nie ram siatkowych przesuwnych do przechowywania obrazów. Przedstawione referencje na dostawę i montaż dla Akademii Sztuk Pięknych w Warszawie dotyczą zamówienia na ramy siatkowe przesuwne, które są zupełnie innym rozwiązaniem niż regały przesuwne z siatkami na obrazy. Ramy siatkowe posiadają całkowicie odmienny mechanizm ich przesuwania oraz wymagania dotyczące pomieszczenia. W podanej referencji zamówienia dla Akademii Sztuk Pięknych w Warszawie ramy siatkowe posiadają system szyn do przesuwania zamontowany do sufitu. Regały jezdne z siatkami posiadają natomiast system szyn do ich przesuwania umieszczony w podłodze. Ponadto odmienny system przesuwania ram siatkowych nie wymaga systemu ręczno-korbowego lecz jedynie uchwytu służącego do ich wysuwania.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego.

W pozostałym zakresie odwołanie podlega umorzeniu z uwagi na cofnięcie zarzutów przez odwołującego.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Istotą rozstrzygnięcia jest zajęcie stanowiska w sprawie, czy przedmiot zamówienia dostarczony przez odwołującego w ramach postępowania realizowanego dla ASP odpowiada warunkowi postępowania określonemu w rozdziale 5 ust. 1 pkt 2 s.i.w.z. Spór dotyczy tego, czy urządzenia dostarczone i zamontowane przez odwołującego były regałami jezdnymi/przesuwnymi z siatkami na obrazy.

Poza sporem pozostaje okoliczność, że pojęcie „regału” nie zostało zdefiniowane w żadnym dokumencie obowiązującym w niniejszym postępowaniu. Definicji takiej zamawiający nie zawarł w s.i.w.z., strony nie przywołały żadnych innych dokumentów branżowych, w których taka definicja mogłaby być zawarta. Przystępujący co prawda słusznie zauważył podczas rozprawy, że nie wszystkie przedmioty mają swoje definicje i dlatego powinniśmy stosować określenia funkcjonujące w życiu, niemniej jednak tzw. „życiowe” definicje mogą odnosić się wyłącznie do przedmiotów czy czynności powszechnych, znanych ogółowi, nie zaś do specyficznych produktów określonych branż.

Zamawiający, formułując warunek udziału w postępowaniu, nie wskazał w nim, iż wymaga wykazania się dostarczeniem i zamontowaniem regałów z systemem szyn umieszczonych w podłodze oraz systemem ręczno-korbowym. Podkreślenia również wymaga, że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu w opisie warunku nie ustanowił wymogu wykazania się doświadczeniem tożsamym z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w s.i.w.z. Wymóg wykazania się wykonaniem dostaw o tożsamym charakterze byłby zresztą niezgodny z zawartą w art. 22 ust. 1 ustawy P.z.p. zasadą proporcjonalności obowiązującą przy ustalaniu warunków w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Tym samym, wykluczenie odwołującego z tego powodu, że wykonana przez niego dostawa nie cechowała się takimi atrybutami, należy uznać za nieuprawnione.

Izba wskazuje, że w sytuacji, gdy zaistniały jakiekolwiek wątpliwości co do tego, co należało rozumieć przez określenie „regał”, wykonawcy mogli zwrócił się z pytaniem do zamawiającego w tym zakresie. W związku z tym, że takie pytanie nie zostało zadane, wszelkie wątpliwości należy interpretować na korzyść wykonawców biorących udział w postępowaniu. Niejednoznaczność postanowień s.i.w.z. nie może powodować negatywnych skutków dla wykonawców, a wszelkie wątpliwości zamawiający powinien rozstrzygać na korzyść wykonawcy - tak orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. akt KIO 643/12 z dnia 16 kwietnia 2012 roku: "Badanie i ocenę ofert powinien zamawiający prowadzić z uwzględnieniem zasady, iż wszelkiego rodzaju niedopowiedzenia, niejasności, niedoprecyzowania, zawarte w postanowieniach SIWZ należy interpretować na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. To zamawiającego obciąża obowiązek takiego przygotowania postępowania, aby postanowienia SIWZ były jednoznacznie i nie budziły wątpliwości w toku prowadzonej procedury" Z kolei Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z 10 lipca 2015 r., sygn. akt. I C 2/15 stwierdził, że "Doprecyzowanie zamówienia następuje poprzez przygotowanie przez zamawiającego Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - jednego z podstawowych dokumentów, niezbędnych dla

przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego obligatoryjna treść została wskazana przez ustawodawcę w art. 36 ustawy P.z.p. (m. in. co do opisu przedmiotu świadczenia oraz sposobu obliczenia ceny). To na podstawie informacji w niej zawarł. wykonawcy przygotowują swe oferty. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego i jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych, natomiast dla oferenta jest ona wiążąca od momentu złożenia oferty (art. 701 § 4 k.c). Należy jednak podkreślić, że dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z postanowień specyfikacji, winny być one jasne i precyzyjne i nie powinny nasuwać wątpliwości interpretacyjnych. Jeżeli zaś takowe się pojawią, w ocenie Sądu winny być one rozstrzygane na korzyść wykonawców, którzy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji niezastosowania się do niewłaściwie sformułowanych, niejasnych postanowień specyfikacji."

Izba wskazuje, że nieuprawnionym jest podejmowanie decyzji w kwestii wykluczenia odwołującego na podstawie treści złożonych referencji. Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, referencje stanowią potwierdzenie należytego wykonania dostaw, usług lub robót budowlanych, których rodzaj, przedmiot, wartość, daty i miejsce wykonania wykonawca podaje w wykazie dostaw, usług lub robót budowlanych. Zamawiający błędnie i w sposób nieuzasadniony przyjął, że treść referencji powinna powielać informacje żądane przez zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, albowiem potwierdzeniem spełnienia warunku jest oświadczenie wykonawcy w formie wykazu, a referencje mają za zadanie potwierdzać jedynie prawidłowość wykonywanej usługi referencyjnej. Nie może zatem ulegać najmniejszej wątpliwości, że dokumentem potwierdzającym zakres wykonanych usług jest wykaz usług wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane. Wobec powyższego, to nie referencje, których rolą jest poświadczenie należytego wykonania zamówienia, ale wykaz dostaw, usług lub robót budowlanych stanowi potwierdzenie wykonanych zadań, a więc i posiadanego przez wykonawcę doświadczenia (tak np. wyrok z dnia 22 października 2018 r., KIO 2038/18).

Odnosząc się do natomiast do argumentacji przystępującego oraz złożonego przez niego dowodu w postaci specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez ASP, Izba wskazuje, iż nomenklatura przyjęta przez innego zamawiającego w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest wiążąca dla uczestników przedmiotowego postępowania. Wykonawców w danym postępowaniu wiążą powszechnie obowiązujące przepisy prawa oraz specyfikacja istotnych warunków zamówienia przygotowana przez zamawiającego dla tego konkretnego postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

…….