

Sygn. akt: KIO 3501/24

## WYROK

Warszawa, dnia 17 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 października 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 września 2024 przez Nobile Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Muzeum Łazienki Królewskie w Warszawie

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu - Muzeum Łazienki Królewskie w Warszawie unieważnienie czynności polegających na zakwalifikowaniu wykonawców do negocjacji i odrzuceniu oferty wykonawcy Nobile Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego, a w toku badania dokonanie oceny złożonych ofert pod kątem przesłanek odrzucenia ofert na podstawie art 226 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2024 r. poz. 1320);

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 10 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę Nobile Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania i:

2.2 .kosztami postępowania obciąża Muzeum Łazienki Królewskie w Warszawie i zasądza od Muzeum Łazienki Królewskie w Warszawie na rzecz kwotę Nobile Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie 10 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych) tytułem zwrotu poniesionych przez tego wykonawcę kosztów postępowania w zakresie wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: .....

KIO 3501/24

Uzasadnienie

Zamawiający: Muzeum Łazienki Królewskie w Warszawie prowadzi w trybie podstawowym, na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy PZP postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Prace remontowo budowlane i konserwatorskie widowni XVIII-wiecznego zabytkowego budynku Amfiteatru położonego na terenie ogrodu Łazienki Królewskie w Warszawie, Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Biuletynie Zamówień Publicznych 7 sierpnia 2024 r. nr 2024/BZP 00448445/01, przewidziano wybór najkorzystniejszej oferty z możliwością negocjacji.

Odwołujący: Nobile Polska Sp. z o.o. z/s w Warszawie wniósł 24 września 2024 r. odwołanie od czynności Zamawiającego, polegającej na kwalifikacji wykonawców do negocjacji w trybie art. 275 pkt 2 Ustawy PZP, niezakwalifikowania Odwołującego do etapu negocjacji z jednoczesnym odrzuceniem jego oferty, co wynika z pisma Zamawiającego z 18 września 2024 r (data przekazania 19.09.)

Zamawiającemu zarzuca następujące naruszenia przepisów:

I. art. 275 pkt 2 w zw. z art. 288 pkt I i 2 w zw. z art. 289 pkt 1 i 2 oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP przez odrzucenie oferty Odwołującego, niezakwalifikowania go do etapu negocjacji i zakwalifikowanie do etapu negocjacji pozostałych Wykonawców w sytuacji, gdy oferta Odwołującego była zgodna z warunkami zamówienia określonymi w Kryterium III SWZ szczegółowo opisanego w rozdz. X ust. I pkt 2) lit d. tiret ii, § podwójny tiret B. SWZ (Kierownik prac konserwatorskich);

2. art. 239 pkt 1 i 1 w zw. 226 ust. 1 pkt 5 PZP przez odrzucenie najkorzystniejszej w świetle SWZ oferty Odwołującego wobec uznania jej za niezgodną z warunkami zamówienia; 3. art. 16 pkt 1 i 2 PZP przez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich Wykonawców, co było konsekwencją naruszenia przez Zamawiającego wskazanych wyżej przepisów prawa, a co z kolei skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego.

W związku z powyższym, wnosi o:

1. unieważnienie wszystkich czynności Zamawiającego wskazanych w jego piśmie z dnia 18 września 2024 r: polegających na zakwalifikowaniu wykonawców do negocjacji, odrzuceniu oferty Odwołującego, ograniczeniu kręgu wykonawców uczestniczących w dalszych etapach postępowania i niezakwalifikowaniu Odwołującego do

dalszego etapu negocjacji;

2. nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego, a w szczególności zbadania złożonych ofert pod kątem przesłanek odrzucenia ofert określonych w art. 226 PZP;
4. dopuszczenie dowodów z wezwania do wyjaśnień z 28 sierpnia 2024 — na fakt

żądanych przez Zamawiającego zakresu informacji oraz dokumentów niezbędnych do uzupełnienia informacji o Kierowniku Prac Konserwatorskich wskazanym w ofercie;

- b. z pisma Odwołującego z 2 września 2024 r. — na fakt złożenia żądanych wyjaśnień
- c. z kopii dyplomu, uzupełnionej tabeli dot. Kierownika Prac Konserwatorskich oraz

wypisów z rejestru — na fakt spełnienia przez wskazaną w ofercie osobę Kryterium III SWZ, szczegółowo opisanego w rozdziale X ust. 1 pkt 2) lit d. tiret ii., podwójny tiret B. SWZ Odwołujący jest wykonawcą który złożył ofertę, a jego oferta została odrzucona na I etapie [postępowania].

#### UZASADNIENIE

Jako kryteria oceny ofert, Zamawiający przyjął:

1. Kryterium I - Łączna oferowana cena brutto 60%, maksymalna ilość punktów: 60;
2. Kryterium II - Długość gwarancji i rękojmi [G], 20%, maksymalna ilość punktów: 20;
3. Kryterium III — Doświadczenie kierownika prac konserwatorskich [DKP], 20%, maksymalna ilość punktów: 20.

Kryterium III, zostało szczegółowo opisane w rozdz. X ust. 1 pkt 2) lit d. tiret ii., podwójny tiret B. SWZ (Kierownik prac konserwatorskich).

Odwołujący w swojej ofercie wskazał osobę, którą spełniała wymagania. Zamawiający wielokrotnie wzywał Odwołującego do złożenia wyjaśnień. Tylko jeden raz tj. w piśmie z dnia 28 sierpnia 2024 r. zażądał uzupełnienia informacji co do Kryterium III i Kierownika Prac Konserwatorskich.

Odwołujący wskazał wyjaśnień udzielonych zamawiającemu w zakresie kryterium III, które było opatrzone w piśmie z 18 września stwierdzeniem „oferta odrzucona”.

W tym piśmie Zamawiający poinformował, iż skorzystał z uprawnienia, o jakim stanowi art. 288 ust. 1 PZP w zw. z rozdz. XXVII ust. 3 SWZ, ograniczając liczbę Wykonawców, których zaprosił do negocjacji, pomijając odwołującego i odrzucając jednocześnie jego ofertę Odwołującego w zakresie Kryterium nr III.

Nie bez znaczenia pozostaje także fakt, że oferta całościowa Odwołującego, była ofertą najkorzystniejszą, z najniższą ceną.

W konsekwencji doszło także do działania niezgodnego z art. 16 ust. 1 PZP. W gruncie rzeczy, Odwołujący nie ma wiedzy z jakich konkretnie powodów jego oferta została odrzucona i w konsekwencji doszło do jego pominięcia przy zaproszeniu do dalszego etapu.

Nie wynika to z pisma Zamawiającego z 18 września 2024 r. Wykonawca skarży daną czynność zamawiającego w granicy podanej podstawy prawnej i faktycznej. Nie może domyślać się powodów, które legły u podstaw danej czynności zamawiającego. Tym wymaganiom Zamawiający nie sprostał wobec czego odwołanie pozostaje uzasadnione.

Zamawiający: Muzeum Łazienki Królewskie w Warszawie w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Odnosząc się do zarzutów, Zamawiający wyjaśnił, co następuje:

- I. Odwołanie jest przedwczesne, albowiem nastąpiło przed podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty zgodnie z treścią art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP Zgodnie z art. 289 ust. 2 ustawy PZP ofertę wykonawcy niezaproszonego do negocjacji uznaje się za odrzuconą. Odwołujący został poinformowany o powyższym pismem Zamawiającego z dnia 18 września 2024 r. Uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia zostało podane wraz z wyborem najkorzystniejszej oferty zgodnie z wymogiem określonym przepisem art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty wraz uzasadnieniem faktycznym i prawnym odrzucenia została przesłana Odwołującemu pismem z dnia 11 października 2024 r.

Podkreślenia wymaga, iż zgodnie z wymogiem wynikającym z przepisu art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty.

Czynność odrzucenia oferty danego wykonawcy jest najdalej idącą w skutkach prawnych czynnością, pozbawiającą wykonawcę szans na uzyskanie zamówienia publicznego. Tym bardziej czynność ta powinna być kompleksowo

uzasadniona, tak aby była ona weryfikowalna, nie tylko przez wykonawcę, którego oferta została odrzucona, ale przez każdy podmiot, który byłby zainteresowany prześledzeniem procesu decyzyjnego zamawiającego.

To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 PZP wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie - jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. (por. wyrok KIO 593/23).

Uzasadnienie faktyczne i prawne podane przez zamawiającego wykonawcy wyznacza maksymalny zakres kognicji Izby. Nie można wymagać od wykonawcy, aby odwoływał się od czynności, dla której uzasadnienia mu nie podano. Innymi słowy podane Odwołującemu w tym postępowaniu przez Zamawiającego uzasadnienie, zwłaszcza faktyczne, konstytuuje czynność podjętą przez Zamawiającego względem wykonawcy, który może i musi ją zwalczać wyłącznie w zakresie okoliczności, które legły u jej podstaw i zostały mu zakomunikowane. Zastosowanie danej podstawy prawnej odrzucenia mogą uzasadniać różnorodne okoliczności faktyczne. Stąd właśnie nie tylko wskazany przepis, ale przede wszystkim skonkretyzowane

okoliczności faktyczne uzasadniające jego zastosowanie, wyznaczają czynność podjętą przez Zamawiającego, a w konsekwencji - jeżeli wykonawca odwoła się - zakres kognicji Izby.

Art. 253 ust. 1 PZP służy temu, aby wykonawca miał szansę skutecznego zakwestionowania czynności Zamawiającego, co nie jest możliwe lub poważnie utrudnione, gdy nie zna powodów jej podjęcia lub miałby się o nich dowiedzieć dopiero w toku postępowania odwoławczego. W związku z powyższym, zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty. Ocena w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego i polegać na badaniu konkretnych przyczyn odrzucenia oferty, o których wspomina Zamawiający dopiero na etapie postępowania odwoławczego. (KIO 1132/22). Na podstawie informacji na podstawie art. 253 ust. 1 pkt 2 PZP wykonawca podejmuje decyzję o ewentualnym wniesieniu odwołania na czynności zamawiającego, wobec których odwołujący podnosi zarzuty w odwołaniu.

II. Przyczyna odrzucenia oferty Odwołującego była inna od podanej w odwołaniu.

Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy PZP z powodu tego, że oferta Wykonawcy nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Informacja o przyczynach odrzucenia oferty Odwołującego została mu przesłana pismem z dnia 11 października 2024 r.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający w Rozdz. X SWZ określił m.in. warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, polegający na:

„d) zdolności technicznej lub zawodowej - Zamawiający uzna za spełniony warunek w tym zakresie, jeżeli Wykonawca wykaże, że: /.../

Zamawiający wezwał 5 września 2024 r. Wykonawcę – NOBILE POLSKA Sp. z o.o. do przedstawienia dokumentów podmiotowych na potwierdzenie spełnienia warunków przedmiotowego postępowania, w tym do wykazu robót budowlanych. Na moment wezwania oferta ww. Wykonawcy była najkorzystniejsza.

Wykonawca we wskazanym terminie przekazał dokumenty podmiotowe, które po ich zbadaniu wymagały dodatkowych wyjaśnień oraz uzupełnienia. Wezwanie w tym zakresie zostało wysłane do Wykonawcy 12 września br.

NOBILE POLSKA Sp. z o.o. celem wykazania się spełnienia warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej podała w wykazie robót dwie prace wykonane w ramach konsorcjum:

- 1) wykonaną na rzecz Mazowieckiego Urzędu Wojewódzkiego - Rewaloryzacja dziedzińców wewnętrznych budynków w Warszawie przy pl. Bankowym 3/5;
- 2) wykonaną na rzecz Muzeum Łazienek Królewskich w Warszawie - Prace remontowo konserwatorskie w Stajni Kubickiego.

Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentów m.in. o umowy konsorcjum lub inne dokumenty potwierdzające jakie zadania w ramach danej umowy konsorcjum wykonał Wykonawca, celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W związku z faktem, że co do zasady każdy z wykonawców w ramach konsorcjum realizuje przypisane mu zadania, nabywając doświadczenie w tym zakresie, a nie w zakresie zadań realizowanych przez innych wykonawców, Zamawiający miał wątpliwości co do faktu potwierdzenia doświadczenia przez Wykonawcę i wystosował wezwanie w tej sprawie.

W odpowiedzi na wezwanie. Wykonawca przedstawił ogólne umowy konsorcjum, z których nie wynikało jednoznacznie, jakie konkretne zadania w zakresie kompleksowych prac izolacyjnych oraz prac konserwatorskich elewacji lub

powierzchni tynkowanych i kamiennych realizowała firma Nobile Polska. W szczególności, w przypadku umowy dotyczącej prac remontowo-konserwatorskich w Stajni Kubickiego, porównanie pierwotnej umowy konsorcjum z przedstawionymi przez Wykonawcę dokumentami wskazało, że zakres prac wykonywanych przez Nobile Polska nie obejmował wymaganych prac.

Zdaniem Zamawiającego, przedstawione przez Wykonawcę dokumenty nie potwierdzają w sposób jednoznaczny, że posiada on wymagane doświadczenie w zakresie realizacji robót budowlanych polegających na remoncie lub przebudowie lub adaptacji lub modernizacji wpisanego do rejestru zabytków obejmujących w swoim zakresie wykonanie kompleksowych prac izolacyjnych oraz wykonanie prac konserwatorskich elewacji lub powierzchni tynkowanych i kamiennych. Wykonawca nie przedstawił żadnych dodatkowych dokumentów, takich jak protokoły odbioru, zdjęcia lub opinie nadzoru budowlanego, które potwierdzałyby jego udział w tych pracach.

Orzecznictwo i doktryna wypracowały stanowisko, zgodnie z którym przyjmuje się, że wykonawca nie nabywa doświadczenia „merytorycznego” przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców. Realne doświadczenie nabywa wyłącznie przez bezpośredni udział w realizacji chociażby jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana była grupa wykonawców. Gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego.

Wykonawca miał szansę złożyć taki wykaz robót i przedstawić odpowiedni materiał dowodowy, aby wykazać się, że spełnia warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej.

W związku z powyższym, Zamawiający uznał, że Wykonawca nie wykazał w sposób przekonujący, iż posiada wymagane doświadczenie w zakresie realizacji robót budowlanych polegających na remoncie lub przebudowie lub adaptacji lub modernizacji wpisanego do rejestru zabytków obejmujących w swoim zakresie wykonanie kompleksowych prac izolacyjnych oraz wykonanie prac konserwatorskich elewacji lub powierzchni tynkowanych i kamiennych, tj. nie wykazał, że spełnia warunek przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego opisany w SWZ. Brak wymaganego doświadczenia stanowi podstawę do odrzucenia oferty zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy PZP.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła stan faktyczny sprawy na podstawie na podstawie zgromadzonej dokumentacji, na którą składa się dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia przedłożona przez zamawiającego, stanowiska przedstawione wraz ze złożonymi dowodami, a także stanowiska stron i uczestników przedstawione na rozprawie do protokołu postępowania odwoławczego prowadzonego w formie elektronicznej oraz pisemnej.

W niniejszej sprawie odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony wpis w wymaganej wysokości.

Nadto, odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP.

W pierwszym rzędzie oceniając stanowisko zamawiającego, że odwołanie jest przedwczesne, izba stwierdza niezasadność tej tezy.

W informacji o kwalifikacji do negocjacji w trybie art. 275 pkt 2 ustawy pzp z 18 września 2024 r., w której wskazano o przyznanej wykonawcom punktacji, zawarte została w odniesieniu do odwołującego informacja, że oferta tego wykonawcy została odrzucona. Wskazano to dwukrotnie tj. w kolumnie „Kryterium nr III Doświadczenie kierownika prac konserwatorskich (20%)” oraz w kolumnie łączna suma punktacji, w której nie podano punktów oferty lecz stwierdzenie „Oferta odrzucona”. W części końcowej zamawiający stwierdził, że skorzystał z uprawnienia, o jakim stanowi art. 288 ust. 1 ustawy pzp, a w kolejnych zdaniach podano pouczenie o prawie wniesienia odwołania z pouczeniem o procedurze wniesienia odwołania. Oczywiste jest, że decyzja o kwalifikacji do negocjacji połączona z odrzuceniem oferty jest czynnością podlegającą zaskarżeniu w drodze odwołania wnoszonego przez podmiot mający interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ustawy pzp.

Odwołanie zostało złożone pomimo braku uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności odrzucenia oferty.

W okolicznościach sprawy stwierdzić należy, że wykonawca racjonalnie oparł się na treści informacji o odrzuceniu oferty, upatrując przyczyny odrzucenia oferty w zakresie kryterium doświadczenia kierownika prac konserwatorskich. W tym zatem zakresie dowodził spełnienia

warunku postawionego wobec kierownika prac dowodząc, iż przedstawił zamawiającemu stosowne dowody – dokumenty na tę okoliczność. Wykazania przez wykonawcę tych warunków zamawiający nie kwestionował, nie podnosił też jako argumentu w końcowej decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty, a także w toku postępowania odwoławczego.

Gdyby jednak hipotetycznie przyjąć za zasadny pogląd zamawiającego o przedwczesności odwołania, w sytuacji braku odwołania na czynność „pierwszego odrzucenia”, kolejne odwołanie na czynność odrzucenia oferty wraz z wyborem najkorzystniejszej oferty, uznane by było za złożone z przekroczeniem terminu i w konsekwencji odrzucone na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy pzp.

Wobec odmiennych przyczyn odrzucenia oferty na kolejnym etapie postępowania stwierdzić należy, że doszło do naruszenia 16 ust. 1 PZP tj. równego traktowania wykonawców przejrzystości jawności proporcjonalności. Odwołujący został dwukrotnie oceniony negatywnie, dwukrotnie ze skutkiem w postaci odrzucenia jego oferty, a jednocześnie nie miał wiedzy z jakich konkretnie powodów jego oferta została odrzucona. W konsekwencji doszło do jego pominięcia przy

zaproszeniu do dalszego etapu. W toku ponownego badania ofert zamawiający dysponuje stosowanymi instrumentami, w szczególności procedurą uzyskiwania wyjaśnień, w celu oceny złożonych ofert, spełnianiem warunków udziału w postępowaniu oraz w zakresie przyjętych kryteriów oceny.

W świetle ustalonego stanu faktycznego sprawy należy stwierdzić, że odwołanie podlega uwzględnieniu.

W takim stanie rzeczy orzeczono, jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 i 576 ustawy Pzp i rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego.

Przewodniczący: .....