

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 29 września 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu **29 września 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Mariolę Polak prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „P.W. POLI” Mariola Polak, ul. Komandosów 38b, 85-549 Bydgoszcz** od czynności Zamawiającego, **Stołecznego Zarządu Infrastruktury, Al. Jerozolimskie 97, 00 - 909 Warszawa.**

**orzeka:**

**1. Odrzuca odwołanie,**

**2. Kosztami postępowania obciąża Mariolę Polak prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „P.W. POLI” Mariola Polak, ul. Komandosów 38b, 85-549 Bydgoszcz i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Mariolę Polak prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „P.W. POLI” Mariola Polak, ul. Komandosów 38b, 85-549 Bydgoszcz** stanowiący koszty postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Mariolę Polak prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „P.W. POLI” Mariola Polak, ul. Komandosów 38b, 85-549 Bydgoszcz** na rzecz **Stołecznego Zarządu Infrastruktury, Al.**

**Jerozolimskie 97,00-909 Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**UZASADNIENIE**  
**(sygn. akt KIO 2001/10)**

Zamawiający, Stołeczny Zarząd Infrastruktury w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie remontu sprzętu polowego.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

W dniu 09.09.2010 r. (*via* faks) zamawiający zawiadomił wykonawców o wynikach postępowania o udzielenie zamówienia, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Rafała Polek prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Wielobranżowy Rafał Polek z Bydgoszczy oraz o wykluczeniu z udziału w postępowaniu Marioli Polak prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą „P.W. POLI” Mariola Polak z Bydgoszczy (zwana dalej „P.W. Poli”) na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, wskazując, iż wyżej wymieniona pomimo wezwania zamawiającego nie przedłożyła potwierdzenia wykonania remontu sprzętu polowego oraz atestu PZH dot. brezentu leżyska.

W dniu 16.09.2010 r. Mariola Polak wniosła odwołanie od ww. czynności zamawiającego kwestionując zasadność wyboru oferty Zakładu Wielobranżowego Rafał Polek jako najkorzystniejszej dopiero po ponownym zbadaniu i ocenie złożonych ofert.

W uzasadnieniu odwołania P.W. Poli podniosła:

„Do chwili złożenia protestu przez w/w firmę, oferta mojej firmy tj. P.W. „POLI” była ofertą najkorzystniejszą.

Dopiero w piśmie Stołecznego Zarządu Infrastruktury z dnia 9 września 2010 r. Nr.8944AV/10 uzasadnia się, że w myśl art. 24 ust. 2 pkt.4 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, moja firma winna zostać wykluczona z postępowania, jako nie złożyła stosownych dokumentów tj. potwierdzenia wykonania remontu sprzętu polowego w ciągu ostatnich 3 lat o łącznej wartości 200 000,-zł. (Pismo z dnia 31.08.2010r- sprawa 8684/IV/10).

Żądanie to jest niezgodne ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia w punkcie 8. 2, który mówi, cytuję.... W okresie ostatnich 3 lat wykonali z należyłą starannością zamówienia

polegające na wykonaniu usługi remontu sprzętu podobnego do przedmiotu zamówienia o łącznej wartości 200 000,- zł.

Po ponownym rozpatrzeniu brzmienie tego punktu zostało wyraźnie zmienione, a firma moja przedstawiła takowe potwierdzenia.

Następny zarzut skierowany do mojej firmy, to, że nie złożyła atestu PZH, co do jakości zdrowotnej i higieny tkaniny (brezentu)- pismo z dnia 9 września 2010r., z której wykonane ma być leżysko, a w piśmie z dnia 31.08.2010r. Nr 8684 Zamawiający wzywał mnie do złożenia atestu PZH, co do jakości zdrowotnej i higienicznej tkaniny, z której wykonany jest materac oraz certyfikatu wytwórcy raz ze zgodą.

Właśnie takowy atest firma przedstawiła.

W związku z powyższym należałoby uściślić o jaki właściwie atest chodziło Zamawiającemu. Powyższe wskazuje, że w trakcie toczącego się postępowania, zostają zmieniane wymagania przez Zamawiającego, co jest niezgodne ze SIWZ pierwotnie opublikowanego przetargu.

Firma moja posiada atest na brezent wraz ze zgodą na posługiwanie się i mogła dostarczyć we wskazanym terminie (dokument w załączeniu).

Stan taki wskazuje, że jest torowana droga dla Zakładu Wielobranżowego Rafała Polka z siedzibą w Bydgoszczy ul. Na Wzgórzu 42C, którego to oferta ma być najkorzystniejsza, pomimo, że jej kwota jest wyższa o 162 000,-zł brutto, a SIWZ - pkt.18.2 mówi „Zamawiający wybierze wykonawcę, który zaoferuje najniższą cenę, przy spełnieniu wszystkich innych warunków.

Dlatego proszę o ponowne zbadanie zgłoszonych powyżej zastrzeżeń, ponieważ po sprawdzeniu dokumentacji wybranej firmy, okazuje się, że nie posiada zgody na posługiwanie się atestami przedstawionymi.”

**Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez zamawiającego, dokumentację postępowania odwoławczego o sygn. akt. KIO 1665/10 oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na posiedzeniu, Izba ustaliła, co następuje.**

W odwołaniu Rafała Polek wniesionym w dniu 04.08.2010 r. (sygn. akt. KIO 1665/10) dotyczącym wyboru jako najkorzystniejszej oferty P.W. Poli zarzucono zamawiającemu m.in. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez brak stosowanego wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu postawionych w siwz oraz art. 87 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Wybrany wykonawca pomimo zawiadomienia o wniesionym odwołaniu nie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W wyroku z dnia 17.08.2010 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie oraz w sentencji orzeczenia nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert. W uzasadnieniu wyroku, poza potwierdzeniem części zarzutów wskazujących na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu (co podlegałoby sanacji na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy), Izba uznała również za potwierdzone zarzuty dotyczące czynu nieuczciwej konkurencji w odniesieniu do posługiwania się niektórymi z przedstawionych przez wybranego wykonawcę certyfikatów i nakazała ocenę jego oferty „w zakresie w jakim zostały potwierdzone zarzuty odwołania, w kontekście art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy”.

### **Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy.

Zgodnie z powołanym przepisem, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W zastanych okolicznościach sprawy przyjąć należało, iż w treści (uzasadnieniu) wyroku Izby z dnia 17.08.2010 r. znalazło się wyraźne stwierdzenie o potwierdzeniu zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w odniesieniu do oferty pierwotnie wybranej (P.W. Poli) w związku z posługiwaniem się przez wykonawcę wskazanymi w uzasadnieniu orzeczenia certyfikatami jakości.

W świetle regulacji art. 89 ust. 1 pkt 3 oferta podlega odrzuceniu jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przepisy ustawy statuują nakaz odrzucenia oferty nie dając w takim przypadku możliwości jakiegokolwiek jej poprawienia, wyjaśnienia czy uzupełnienia. Potwierdzenie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w odniesieniu do oferty skutkuje więc dla zamawiającego bezwzględnym nakazem jej odrzucenia na podstawie dyspozycji tego przepisu. Powtórzenie badania i oceny ofert winno w takim przypadku nieść tego typu skutek.

Jakkolwiek zamawiający uzasadniając w dniu 09.09.2010 r. rozstrzygnięcie przedmiotowego przetargu wskazał na inne podstawy wykluczenia P.W. Poli z postępowania, czynność tego typu należy ocenić jako co do celu i rezultatu zgodną z ww. wyrokiem Izby, tj. prowadzącą do eliminacji z postępowania oferty, która winna być w świetle tego wyroku odrzucona.

Ponadto przyjęcie przedmiotowego odwołania do rozpatrzenia (w kształcie zarzutów w nim sformułowanych) prowadziłyby do ponownej oceny okoliczności, co do których Izba wyrokowała już w ww. orzeczeniu.

W odniesieniu do kwalifikacji niniejszego odwołania nie tylko jako środek zaskarżenia czynności eliminujących z postępowania ofertę odwołującej – w świetle kryteriów oceny zawartych w siwz ofertę najkorzystniejszą – ale również jako kwestionowanie prawidłowości zaniechania odrzucenia oferty w jej następstwie wybranej, stwierdzić należy, iż w treści odwołania żadnych konkretnych zarzutów w tym przedmiocie nie sformułowano. Dopiero w piśmie z dnia 21.09.2010 r. stanowiącym uzupełnienie braków formalnych odwołania podjęto próbę dookreślenia zarzutów w tym przedmiocie. Jednakże powyższe, w formie pisemnej wpłynęło do Izby w dniu 23.09.2010 r., a więc po terminie na wniesienie odwołania i tym samym nie może być brane pod uwagę jako skuteczne uzupełnienie czy rozszerzenie jego treści.

W związku z brakiem nadających się do rozpatrzenia zarzutów odwołania dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Rafała Polek i odrzuceniem odwołania, poza zakresem orzekania Izby pozostawiono ocenę kwestii czy domaganie się odrzucenia oferty mniej korzystnej jest dopuszczalne w świetle dyspozycji art. 179 ust. 1 Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....