

Sygn. akt: KIO 2114/11

WYROK
z dnia 17 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 października** 2011 r. w Warszawie odwołania z dnia 30 września 2011 r. wniesionego przez wykonawcę **Promac – Maciejak, Prokopiuk Spółka jawna z siedzibą w Warszawie, ul. Improwizacji 7, 01-992 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Urząd do Spraw Cudzoziemców, ul. Koszykowa 16, 00-564 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Krystiana Walczaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ORCHIDEA Krystian Walczak, ul. Smolika 45, 91-357 Łódź** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Promac – Maciejak, Prokopiuk Spółka jawna z siedzibą w Warszawie, ul. Improwizacji 7, 01-992 Warszawa

i nakazuje:

zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Promac – Maciejak, Prokopiuk Spółka jawna z siedzibą w Warszawie, ul. Improwizacji 7, 01-992 Warszawa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

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, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Urząd do Spraw Cudzoziemców, ul. Koszykowa 16, 00-564 Warszawa wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Zakwaterowanie i wyżywienie cudzoziemców ubiegających się o nadanie statusu uchodźcy w RP«.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

11.08.2011 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2011/S 153-254704 (zmiany: 25 sierpnia – nr 2011-118848, 14 września 2011 r. nr 2011-128329 i 21 września 2011 r. nr 2011-131777).

31.08.2011 r. KIO (sygnatura akt 1812) postanowieniem umorzyła odwołane w sprawie zmiany treści **specyfikacji**, gdyż zamawiający zadeklarował uwzględnienie wszystkich żądań odwołującego.

21.09.2011 r. zamawiający zmodyfikował **specyfikację** oraz ukazało się ogłoszenie o zmianie ogłoszenia o zamówieniu.

30.09.2011 r., zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, wykonawca PROMAC – Maciejak, Prokopiuk – Spółka jawna, ul. Improwizacji 7, 01-992 Warszawa wniósł do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) zaniechanie wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności, zgodnie z żądaniami odwołującego, zawartymi w uprzednim odwołaniu, co narusza art. 186 ust. 2 Pzp;
- 2) zaniechanie zapewnienia uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu, co narusza art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz:

- 1) dokonanie modyfikacji treści **specyfikacji**, zgodnie z żądaniami zawartymi w uprzednim odwołaniu odwołującego z 21 sierpnia 2011 r.;

- 2) doprowadzenie postępowania do zgodności z podstawowymi zasadami zapewnienia uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Argumentacja odwołującego

I. Rys historyczny

1. 22 sierpnia 2011 r. odwołujący złożył odwołanie, wskazujące na szereg czynności podjętych i zaniechanych przez zamawiającego w toku postępowania. Wskazane postępowaniu odwoławcze otrzymało w Krajowej Izbie Odwoławczej sygnaturę akt KIO 1812/11.

2. Do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1812/11 przystąpił po stronie odwołującego wykonawca Krystian Walczak, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą »Orchidea« Krystian Walczak, ul. Smolika 45 91-357 Łódź. Było to jedyne przystąpienie do omawianego postępowania odwoławczego.

3. Na wniosek odwołującego z 6 września 2011 r., Krajowa Izba Odwoławcza przekazała odwołującemu 8 września 2011 r. informację o umorzeniu postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1812/11, z uwagi na uwzględnienie przez zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu. Postanowienie w tej sprawie zostało wydane 31 sierpnia 2011 r.

4. Izba wskazała: »25.08.2011 r. o godzinie 09:33 faksem oraz w tym samym dniu o godzinie 15:00 w formie pisemnej (wpływ bezpośredni) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo zamawiającego – Urzędu do Spraw Cudzoziemców z 25.08.2011 r. zatytułowane „Odpowiedź na odwołanie”, w którym zamawiający wskazuje, że uwzględnia wszystkie zarzuty podniesione przez odwołującego i informuje, iż dokona wszystkich niezbędnych zmian w **specyfikacji** i zamieści je na stronie internetowej, na której dostępna jest **specyfikacja**«.

Dalej, po zbadaniu prawidłowości umocowania Pana Arkadiusza S., który podpisał „Odpowiedź na odwołanie”, do reprezentacji zamawiającego Izba stwierdziła: »postępowanie podlega umorzeniu, na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp«. Izba również przypomniała: »Jednocześnie Izba wskazuje, iż zgodnie z treścią 185 ust. 2 zdanie drugie Pzp zamawiający, w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego na skutek uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu«.

5. Pomimo pisemnej deklaracji zamawiającego oraz przypomnienia Izby, iż obowiązkiem zamawiającego jest wykonanie, powtórzenie lub unieważnienie czynności w postępowaniu, zgodnie z żądaniem odwołującego zawartym w odwołaniu, zamawiający zaniechał wykonania wszystkich żądań odwołującego w uprzednim odwołaniu. W uprzednim odwołaniu odwołujący zawarł następujące żądania:

- »1) opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający złożenie oferty sprzecznej z odrębnymi przepisami, tj. rozporządzeniem Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 19 sierpnia 2004 r. w sprawie obiektów hotelarskich i innych obiektów, w których są świadczone usługi hotelarskie (Dz. U. z 2006 r. Nr 22 poz. 169);
- 2) opisanie sposobu dokonywania oceny zgodności oferty z treścią **specyfikacji**, w sposób przedstawiony w dalszej części odwołania, tj. w sposób zapewniający, że zamawiający będzie dokonywał oceny ofert:
 - a) stosując te same zasady do wszystkich wykonawców,
 - b) weryfikując każdy postawiony w **specyfikacji** warunek, w sposób miarodajny oraz kompleksowy;
- 3) modyfikację kryterium oceny ofert, odnoszącego się do właściwości wykonawcy, w sposób przedstawiony w dalszej części odwołania, tj. z wyłączeniem czynienia ze swojego uprawnienia użytku sprzecznego ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego;
- 4) doprowadzenia postępowania do zgodności z podstawowymi zasadami zapewnienia uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców«.

Nadto, przy szczegółowym omówieniu każdego zarzutu, odwołujący zawarł precyzyjne żądanie, wskazujące, która część **specyfikacji** powinna być zmodyfikowana i w jaki sposób.

6. Odwołujący wskazuje, jakie żądania zawarł w uprzednim odwołaniu i w jaki sposób została zmieniona **specyfikacja**.

II. Opis przedmiotu zamówienia

7. W odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia, odwołujący wskazywał, że zamawiający zaniechał opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który obligowałby wykonawców do uwzględniania nie tylko przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych (Dz. U. z 2004 r. Nr 223, poz. 2268 i Nr 273, poz. 2703, z 2005 r. Nr 175, poz. 1462, z 2006 r. Nr 220, **poz. 1600, z 2008 r. Nr 180, poz. 1112, z 2010 r. Nr 106, poz. 672 oraz z 2011 r. Nr 80, poz. 432**) lecz również rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 19 sierpnia 2004 r. w sprawie obiektów hotelarskich i innych obiektów, w których są świadczone usługi hotelarskie (Dz. U. z 2006 r. Nr 22 poz. 169).

8. Dodatkowo, odwołujący w uprzednim odwołaniu wskazał: »w ust. 3.7.7 **specyfikacji** zamawiający zaznacza, że już w czasie realizacji umowy, będzie żądał, aby pomieszczenia, w których świadczone są usługi zakwaterowania spełniały normy rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 19 sierpnia 2004 r. w sprawie obiektów hotelarskich i innych obiektów, w których są świadczone usługi hotelarskie (Dz. U. z 2006 r. Nr 22 poz. 169):

w okresie obowiązywania umowy wykonawca obowiązany będzie kwatrować cudzoziemców zgodnie z wymaganiami określonymi w załączniku nr 7 Cz V (pkt 17) rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 19 sierpnia 2004 r. w sprawie obiektów hotelarskich i innych obiektów, w których są świadczone usługi hotelarskie (Dz. U. z 2006 r. Nr 22 poz. 169), dotyczącymi zapewnienia odpowiedniej powierzchni mieszkalnej:

- a) pokój 1- i 2-osobowy – 6 m² na jedną osobę,
- b) pokój większy niż 2-osobowy – dodatkowo 2 m² na każdą następną osobę«.

Tym samym, odwołujący wskazywał na niekonsekwencję zamawiającego i stawianie wyższych wymogów na etapie wykonywania umowy o realizację zamówienia publicznego, niż na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, gdzie spełnianie przez wykonawców tych wymogów winno być weryfikowane.

9. Dlatego też, odwołujący postawił następujące żądanie odnoszące się do tego zarzutu (ust. 11 uprzedniego odwołania): »odwołujący żąda, aby w ust. 6.5 pkt 6 **specyfikacji** postanowienia: „Oświadczenie, że oferowany budynek spełnia wymagania określone w art. 35 ust. 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych” zostało zastąpione postanowieniem:

„Oświadczenie, że oferowany budynek spełnia wymagania określone w art. 35 ust. 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych oraz w rozporządzeniu Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 19 sierpnia 2004 r. w sprawie obiektów hotelarskich i innych obiektów, w których są świadczone usługi hotelarskie (Dz. U. z 2006 r. Nr 22 poz. 169). Załącznik nr VII, część III-V”«.

10. Na tak postawione żądanie, zamawiający nie zastąpił postanowienia ust. 6.5 pkt 5 **specyfikacji** postanowieniem rozbudowanym, lecz usunął go całkowicie.

(1) Nadto, zamawiający usunął ze **specyfikacji** wszelkie fragmenty, nakładające na wykonawców wymóg spełnienia warunków zawartych w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych – np. ust. 3.7.4 **specyfikacji**, ust. 10.10 pkt 14 **specyfikacji**, ust. 19 pkt 6 **specyfikacji**, załącznik nr 6 do **specyfikacji**.

(2) Zamawiający usunął ze **specyfikacji** również oba fragmenty dotyczące rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 19 sierpnia 2004 r. w sprawie obiektów hotelarskich i innych obiektów, w których są świadczone usługi hotelarskie (Dz. U. z 2006 r.

Nr 22 poz. 169) – cytowany powyżej ust. 3.7.7 **specyfikacji** oraz § 3 ust. 4 załącznika nr 8 do **specyfikacji** – wzór umowy. Usunięcie fragmentów dotyczących się wskazanego rozporządzenia spowodowało, że zamawiający obecnie nie żąda spełnienia już w toku postępowania wyższych standardów, wymaganych uprzednio jedynie na etapie realizacji umowy, lecz – wbrew żądaniu odwołującego – obniżył standard wymagany podczas wykonywania umowy, do zbyt niskich standardów wymaganych w toku postępowania. Jak odwołujący wskazywał w uprzednim odwołaniu, zaniechanie wprowadzenia wymogu, by wykonawcy oświadczyli, iż oferowany budynek spełnia warunki przytoczonego rozporządzenia, narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy w zakresie minimalnego standardu, jakie winny posiadać obiekty hotelarskie.

(3) Zamawiający usunął również wymóg spełnienia przez wykonawców wymogów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 75. poz. 690) – np.: ust. 6.5 pkt 3 **specyfikacji**, ust. 10.10 pkt 12 **specyfikacji**, ust. 19 pkt 4 **specyfikacji**, załącznik nr 4 do **specyfikacji**.

11. Odwołujący żąda wykonania żądania zawartego w uprzednim odwołaniu, tj. zastąpienia pierwotnego ust. 6.5 pkt 6 **specyfikacji**:

»Oświadczenie, że oferowany budynek spełnia wymagania określone w art. 35 ust. 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych«,
postanowieniem:

»Oświadczenie, że oferowany budynek spełnia wymagania określone w art. 35 ust. 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych oraz w rozporządzeniu Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 19 sierpnia 2004 r. w sprawie obiektów hotelarskich i innych obiektów, w których są świadczone usługi hotelarskie (Dz. U. z 2006 r. Nr 22 poz. 169), Załącznik nr VII, część III-V».

III. Ocena zgodności ofert ze specyfikacją

12. W ust. 13.1.2 **specyfikacji**, zamawiający zawarł szereg warunków dotyczących pomieszczeń mieszkalnych, węzłów higieniczno-sanitarnych, placów zabaw, pomieszczeń kuchennych itd. Postanowienia te zostały zakwestionowane w następujących zakresach.

A. Dodatkowe punkty

13. Odwołujący oświadcza, że żądanie dotyczące dodatkowych punktów zostało wprowadzone do zmodyfikowanej treści **specyfikacji** w sposób należyty.

B. Liczba sprawdzanych pomieszczeń

14. Zamawiający w pierwotnej treści **specyfikacji** zastrzegł, że »[w] przypadku oceny pokoi mieszkalnych i węzłów higieniczno-sanitarnych w kryterium „warunki lokalowe” Komisja dokona oceny tych pomieszczeń na podstawie 3 wybranych przez siebie pokoi mieszkalnych i sanitariatów«. Postanowienie to wzbudziło zastrzeżenia odwołującego, gdyż było ono na tyle nieprecyzyjne, że nie dawało wykonawcom gwarancji, iż wszystkie oferty będą badane w jednakowy sposób oraz wyczerpująco, tj. że wykonawcy oferujący takie same budynki będą w ten sam sposób ocenieni.

15. Odwołujący w uprzednim odwołaniu postawił następujące żądanie odnoszące się do tego zarzutu (ust. 22 uprzedniego odwołania): »[...] odwołujący żąda wykreślenia ze **specyfikacji** postanowień dokonywania badania oferty w oparciu o badanie jedynie 3 pomieszczeń mieszkalnych oraz 3 węzłów higieniczno-sanitarnych oraz zastąpienie tych ustępów postanowieniem, że „zamawiający zbada w czasie oględzin (wizji lokalnej) wszystkie pomieszczenia mieszkalne oraz węzły higieniczno-sanitarne, w których świadczone będą przez wykonawcę przedmiotowe usługi”«.

Odwołujący żąda również by w **specyfikacji** znalazło się postanowienie gwarantujące możliwość pełnej i wyczerpującej weryfikacji ofert konkurencyjnych – w tym również i stanu oferowanych budynków, która w sposób jednoznaczny pozwoli określić spełnienie przez daną ofertę wymogów **specyfikacji**, np. przez wprowadzenie postanowienia: „wykonawcy uprawnieni będą do uczestnictwa we wszystkich wizjach lokalnych, oraz dokonywania własnych pomiarów i oględzin. O kolejnych terminach wizji lokalnych wykonawcy będą informowani równocześnie”«.

16. Wobec tak postawionego żądania, zamawiający uwzględnił jedynie pierwszą jego część i dokonał wykreślenia niekonkurencyjnego warunku, lecz nie zastąpił go warunkiem, zgodnym z żądaniem odwołującego. Mianowicie, nie oświadczył, że w czasie oględzin (wizji lokalnej) będą badane wszystkie pomieszczenia, lecz wskazał, że »Wykonawca jest zobowiązany udostępnić KP i zainteresowanym wykonawcom wszystkie pomieszczenia (...)«. Powyższe oznacza, że zamawiający w dalszym ciągu nie jest zobowiązany do badania wszystkich pomieszczeń, co oznacza, że może zbadać jedynie część z nich.

17. Zamawiający nie wykonał również żądania, dotyczącego wprowadzenia do **specyfikacji** postanowienia gwarantującego możliwość pełnej i wyczerpującej weryfikacji ofert konkurencyjnych, w tym również i stanu oferowanych budynków. Choć bowiem w ust. 13.1.2 pkt 4 **specyfikacji** zamawiający przyznał wykonawcom możliwość udziału w wizytacji obiektów, dokonywanej przez komisję przetargową, to równocześnie zastrzegł, że będzie to możliwe »po wcześniejszym uzyskaniu zgody Dyrektora Generalnego UdSC«. Warunek ten

oznacza, że Dyrektor Generalny może np. nie udzielać odpowiedzi zainteresowanym wykonawcom, udzielić odpowiedzi odmownej lub udzielić zgody po przeprowadzeniu oględzin (wizji lokalnej) przez komisję przetargową.

Wówczas zainteresowani wykonawcy pozbawieni będą możliwości weryfikacji, czy dany obiekt spełnia warunki **specyfikacji**. Dlatego wprowadzanie jakiegokolwiek warunku do tego uprawnienia, niweczy całkowicie jego cel. Sformułowanie uprawnienia w warunkowy sposób oznacza, że wszystkie wizje lokalne mogą się odbywać z wyłącznym uczestnictwem komisji przetargowej. Jest to więc uprawnienie pozorne, a zatem nie czyni ono zadość żądaniu odwołującego.

18. Odwołujący żąda wykonania pominiętych żądań zawartych w uprzednim odwołaniu, tj. wprowadzenia do **specyfikacji** postanowień, że »zamawiający zbada w czasie oględzin (wizji lokalnej) wszystkie pomieszczenia mieszkalne oraz węzły higieniczno-sanitarne, w których świadczone będą przez wykonawcę przedmiotowe usługi«, oraz wprowadzenia do **specyfikacji** postanowienia, gwarantującego możliwość pełnej i wyczerpującej weryfikacji ofert konkurencyjnych – w tym również i stanu oferowanych budynków, który w sposób jednoznaczny pozwoli określić spełnienie przez daną ofertę wymogów **specyfikacji**, np. przez wprowadzenie postanowienia:

»Wykonawcy uprawnieni będą do uczestnictwa we wszystkich oględzinach (wizjach lokalnych) oraz dokonywania własnych pomiarów i oględzin. O kolejnych terminach oględzin (wizji lokalnych) wykonawcy będą informowani równocześnie«.

C. Sposób mierzenia pomieszczeń

19. W uprzednim odwołaniu odwołujący wskazał, że pomimo ustanowienia warunków granicznych dla powierzchni pomieszczeń, zabrakło postanowień dotyczących sposobu weryfikacji spełnienia tego warunku. Brak było również w **specyfikacji** postanowień dotyczącej minimalnej wysokości pomieszczeń.

20. Odwołujący postawił żądanie, odnoszące się do tego zarzutu (ust. 26 uprzedniego odwołania): »Odwołujący wnosi o doprecyzowanie treści **specyfikacji** przez wprowadzenie postanowienia, że „badanie spełnienia warunku minimalnej powierzchni pomieszczeń odbędzie się przez dokonanie pomiarów technicznych faktycznej powierzchni podłogi oraz przez dokonanie działań arytmetycznych z użyciem danych z tych pomiarów technicznych, przy założeniu, że:

(i) powierzchnia podłogi pomieszczenia użytkowego ze spadami jest liczona dla minimalnej wysokości pomieszczenia 190 cm oraz

(ii) powierzchnia podłogi pomieszczeń mieszkalnych bez spadów jest liczona dla minimalnej wysokości pomieszczenia 250 cm (minimalna wysokość – zgodna z § 72 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 75. poz. 690)».

21. Żądanie zostało połowicznie wprowadzone do **specyfikacji**. Zamawiający wskazał w ust. 13.1.2 pkt 5 **specyfikacji**, że »zamawiający dokona pomiarów wszystkich pomieszczeń posługując się urządzeniem typu dalmierz ultradźwiękowy«. Techniczne wykonanie pomiaru powierzchni pomieszczeń – choć sformułowane odmiennie od żądania zawartego w uprzednim odwołaniu – satysfakcjonuje odwołującego. Jednak sposób dokonania tego pomiaru nie został uwzględniony w zmodyfikowanej treści **specyfikacji**. Mianowicie, zamawiający zaniechał wprowadzenia wymogu, że jedynie powierzchnie mieszkalne o wysokości min. 250 cm lub w przypadku spadów min. 190 cm, będą traktowane jako podstawa do dokonania pomiarów minimalnej powierzchni pomieszczenia.

22. Odwołujący żąda wykonania żądania zawartego w uprzednim odwołaniu, tj. wprowadzenia do **specyfikacji** postanowienia, że »badanie spełnienia warunku minimalnej powierzchni pomieszczeń odbędzie się przez dokonanie pomiarów technicznych faktycznej powierzchni podłogi oraz przez dokonanie działań arytmetycznych z użyciem danych z tych pomiarów technicznych, przy założeniu, że:

(iii) powierzchnia podłogi pomieszczenia użytkowego ze spadami jest liczona dla minimalnej wysokości pomieszczenia 190 cm oraz

(iv) powierzchnia podłogi pomieszczeń mieszkalnych bez spadów jest liczona dla minimalnej wysokości pomieszczenia 250 cm (minimalna wysokość – zgodna z § 72 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 75. poz. 690)».

IV. Kryteria oceny ofert

23. Odwołujący oświadcza, że żądanie dotyczące kryteriów oceny ofert zostało wprowadzone do zmodyfikowanej treści **specyfikacji** w sposób należyty.

V. Doktryna i orzecznictwo

24. Mając na uwadze pełną dowolność zamawiającego przy wypełnianiu żądań odwołującego, zawartych w uprzednim odwołaniu, odwołujący wskazuje, że przepisy ustawy obligują zamawiającego do spełnienia wszystkich żądań zawartych w odwołaniu. Przy tak

precyzyjnym sformułowaniu żądań, jak miało to miejsce w uprzednim odwołaniu, zamawiający nie powinien mieć najmniejszych wątpliwości, jak zmodyfikować treść **specyfikacji**.

25. Art. 186 ust. 2 Pzp jest komentowany w następujący sposób: »Zamawiający może obecnie uwzględnić w całości zarzuty zawarte w odwołaniu (art. 186 ust. 2 Pzp). Stanowi to odpowiednik dotychczasowego uznania protestu. W razie uwzględnienia odwołania, w sytuacji, gdy nikt nie przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, KIO będzie uprawniona do umorzenia postępowania na posiedzeniu niejawnym. Skutkiem tego będzie wykonanie, powtórzenie lub unieważnienie przez zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem odwołania. Jest to o tyle uzasadnione, iż bezprzedmiotowym byłoby rozpoznanie odwołania w sytuacji, gdy stanowisko odwołującego byłoby w pełni podzielone przez zamawiającego i innych uczestników postępowania. Powyższe ma na celu odformalizowanie postępowania odwoławczego, co ma duży wpływ na szybkość postępowania« (Iwona Pasierbiak: „Postępowanie odwoławcze według Prawa zamówień publicznych po 29 stycznia 2010 roku”).

26. Również orzecznictwo, w pełni podziela powyżej prezentowaną argumentację, iż jedynie literalne wypełnienie żądań zawartych w uprzednim odwołaniu czyni zadość dyspozycji art. 186 ust. 2 Pzp. Przykładowo, w postanowieniu Krajowej Izby Odwoławczej z 19 maja 2011 r., sygn. akt: KIO 970/11, KIO 975/11, Izba orzekła: „Izba zważyła, że przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych nie dają Izbie możliwości kontrolowania oświadczenia zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania pod kątem jego zgodności z przepisami prawa. W postępowaniu odwoławczym nie stosuje się art. 213 § 2 Kpc. Oświadczenie zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania złożone w formie pisemnej przed otwarciem posiedzenia wyczerpuje dyspozycję art. 186 ust. 2 zdanie pierwsze Pzp i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego.

Wskazać jednak należy, że jakkolwiek zarzuty i żądania stanowią dwie odrębne kategorie prawne, to związanie wyłącznie zarzutami, nie zaś żądaniami odwołania, odnosi się zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp jedynie do Krajowej Izby Odwoławczej przy rozpoznawaniu zarzutów odwołania.

Art. 186 ust. 2 zdanie drugie Pzp stanowi natomiast, że w razie uwzględnienia zarzutów odwołania w całości, zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Przywołany przepis statuuje stan związania zamawiającego zarzutami odwołania. Zatem złożenie przez zamawiającego oświadczenia o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości,

zobowiązuje go po umorzeniu postępowania odwoławczego do unieważnienia, powtórzenia lub wykonania czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniami wynikającymi z treści odwołania. Przeciwnie działanie narusza art. 186 ust. 2 zdanie drugie Pzp i może stać się podstawą kolejnych środków ochrony prawnej«.

27. Podobnie, w postanowieniu z 22 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1485/11, Izba orzekła: »Izba wskazuje, iż zarzuty i żądania stanowią dwie odrębne kategorie prawne, z mocy art. 180 ust. 3 Pzp oraz § 4 ust. 1 pkt 6 i 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280). Izba przy rozpoznawaniu odwołania związana jest wyłącznie zarzutami, nie zaś żądaniami odwołania zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp. (...) Skoro zamawiający uwzględnił zarzuty uprzedniego odwołania w całości to zobowiązany jest do wykonania wadliwych czynności zgodnie z żądaniami wynikającymi z treści odwołania. Przeciwnie działanie narusza art. 186 ust. 2 zdanie drugie Pzp«. Identyczne orzeczenie zostało wydane 10 maja 2011, sygn. akt 893/11.

28. Zamawiający nie wykonał należycie żądań zawartych w uprzednim odwołaniu. Z tego też względu, zamawiający naruszył obowiązek, wynikający z art. 186 ust. 2 zdanie drugie Pzp. Mając więc na uwadze powyższe, uznać należy, że odwołanie jest w pełni uzasadnione, a żądania określone w jego *petitum* zasługują na uwzględnienie.

30.09.2011 r. odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

03.10.2011 r. (poniedziałek) zamawiający zamieścił odwołanie na stronie internetowej (art. 185 ust. 1 *in fine* Pzp).

06.10.2011 r. wykonawca **Krystian Walczak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Krystian Walczak Orchidea, ul. Smolika 45, 91-357 Łódź** złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie odwołującego (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodów złożonych przez odwołującego:

- 1) (dowód nr 1) opracowanie Stowarzyszenia Interwencji Prawnej na potwierdzenie warunków dotyczących lokowania i prowadzenia ośrodków dla**

uchodźców – Karol Kościński »Warunki dotyczące lokowania i prowadzenia ośrodków dla uchodźców a prawo zamówień publicznych, Opinia prawna«, Stowarzyszenie Interwencji Prawnej nr 3/2011;

2) (dowód nr 2) zestawienie postanowień specyfikacji odnośnie poprzednich postępowań, na dowód, że w poprzednich postępowaniach obowiązywały postanowienia zaniechane w rozpoznawanym postępowaniu

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, że wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowiona w art. 189 ust. 2 Pzp.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem oraz dowody złożone przez odwołującego – opracowanie Stowarzyszenia Interwencji Prawnej na potwierdzenie warunków dotyczących lokowania i prowadzenia ośrodków dla uchodźców **oraz** zestawienie postanowień specyfikacji w innych postępowaniach zamawiającego.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut pierwszy – zaniechanie wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności, zgodnie z żądaniami odwołującego, zawartymi w uprzednim odwołaniu, co narusza art. 186 ust. 2 Pzp – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w postępowaniu o sygn. akt KIO 1812/11 uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, zgodnie z art. 186 ust. 2 Pzp. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Przepis art. 186 ust. 2 Pzp ma wpływ na rozpoczęcie biegu terminów, od których uzależniona jest możliwość wniesienia środków ochrony prawnej i pozostawienie postępowania (w tym przypadku specyfikacji) bez zadeklarowanych zmian spotkałoby się ze skutecznym wniesieniem środków ochrony prawnej mimo upływu terminów od zaistnienia pierwotnej przyczyny do wniesienia tych środków.

Jednak, że względu na uprawnienie zamawiającego do dokonywania kolejnych modyfikacji specyfikacji, zgodnie z art. 38 ust. 4, 4a i 6 Pzp, zamawiający może dokonać zmian w specyfikacji odmiennych od zawartych w żądaniach odwołującego. Wobec tej nowej czynności, termin na wniesienie środków ochrony prawnej – zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp – wynosił 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji na stronie internetowej co w rozpoznawanej sprawie nastąpiło jednocześnie. I odwołujący we właściwym terminie od zaistnienia przyczyny, modyfikacji specyfikacji (21.09.2011 r.) wniósł skutecznie odwołanie (30.09.2011 r.).

Wobec niepodważalnego uprawnienia zamawiającego do modyfikacji specyfikacji, zgodnie z art. 38 ust. 4, 4a i 6 Pzp i zgodnie z zamierzeniami zamawiającego zarzut pierwszy – naruszenia art. 186 ust. 2 Pzp i zaniechania dokonania wskazanych przez odwołującego (i jednocześnie przyrzeczonych przez zamawiającego) modyfikacji specyfikacji – nie może, w ocenie składu orzekającego Izby, zostać uwzględniony.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut drugi – zaniechania zapewnienia uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu, co narusza art. 7 ust. 1 Pzp – nie zasługuje na uwzględnienie.

Od dnia wejścia w życie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, które nastąpiło 2 marca 2004 r. nie obowiązuje przepis art. 79 ust. 1 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (ostatnie miejsce publikacji Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664, Nr 113, poz. 984 i Nr 197, poz. 1661 oraz z 2003 r. Nr 2, poz. 16, Nr 130, poz. 1188 i Nr 165, poz. 1591). Przepis ten brzmiał: *»Dostawcom lub wykonawcom, których interes prawny doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego określonych w ustawie zasad udzielania zamówień, przysługują środki odwoławcze przewidziane w niniejszym rozdziale«*. Pod rządami ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych odwołujący [i protestujący] mieli obowiązek wskazać naruszenie którejś z zasad udzielania zamówień. Jednak wobec obecnie obowiązującego art. 179 ust. 1 Pzp o brzmieniu *»Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy«*, odwołujący nie musi wykazywać naruszenia zasad zamówień publicznych, aby odwołanie podlegało rozpoznaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Odwołujący przywołał tylko naruszenie ogólnej zasady art. 7 ust. 1 Pzp bez wskazania innego konkretnego przepisu. W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosnie zarzutu zaniechania w opisie przedmiotu zamówienia powołania się na przepisy rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 19 sierpnia 2004 r. w sprawie obiektów hotelarskich i innych obiektów, w których są świadczone usługi hotelarskie (Dz. U. z 2006 r. Nr 22 poz. 169), skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący nie zdołał wykazać, że zamawiający jest obowiązany stosować się do wskazanych przepisów. Z przedstawionych przez odwołującego dowodów (opracowanie Stowarzyszenia Interwencji Prawnej na potwierdzenie warunków dotyczących lokowania i prowadzenia ośrodków dla uchodźców) nie wynika konieczność stosowania wskazanych przepisów.

Truizmem jest stwierdzenie, że postępowanie w sprawie zamówienia publicznego musi być zgodne z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, ale również z innymi przepisami powszechnie obowiązującymi. Jednak zamawiający formułując specyfikację nie musi brać pod uwagę wszystkich przepisów obowiązujących w polskim systemie prawnym. Autor złożonego jako dowód nr 1 opracowania nie wskazał z jakich przepisów ma wynikać obowiązek stosowania przytoczonych tam przepisów w postępowaniach na przedmiot zamówienia, jaki istnieje w rozpoznawanym przetargu, cyt. »Poddanie procedury wyboru ośrodków dla uchodźców reżimowi ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U z 2010 nr 113 poz. 759) sprawia, że prowadzenie ośrodka dla uchodźców staje się usługą, traktowaną zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. (Dz. U. 2010 nr 12 poz. 68) jako odmiana usługi hotelarskiej i restauracyjnej.« [pisownia zgodna z oryginałem pierwszy akapit str. 3].

Ponadto odwołujący przedstawił jako dowód nr 2 kopie specyfikacji z kilku uprzednich postępowań zamawiającego, gdzie sam zamawiający powoływał się na uregulowania konkretnych aktów prawnych. Jednak skład orzekający Izby stwierdza, że każde zamówienie publiczne jest postępowaniem indywidualnym i zamawiający nie ma obowiązku kontynuować uprzednich postępowań redagując prawie identycznie kolejne specyfikacje. Natomiast w poprzednich postępowaniach nie znajdowało się wskazanie z których przepisów wynika obowiązek stosowania wszystkich uregulowań, na które powoływano się w specyfikacji. Jednocześnie skład orzekający Izby stwierdza, że nawet radykalna zmiana specyfikacji nie oznacza, że uprzednie postępowania były niewłaściwie prowadzone, ale oznacza, że u zamawiającego zmieniły się na przykład warunki finansowe, cele czy priorytety.

Ze względu na brak dowiedzenia z których przepisów wynika konieczność stosowania przez zamawiającego wskazanych unormowań, skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut zaniechania w opisie przedmiotu zamówienia powołania się na przepisy rozporządzenia

Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 19 sierpnia 2004 r. w sprawie obiektów hotelarskich i innych obiektów, w których są świadczone usługi hotelarskie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosnie zarzutu zaniechania doprecyzowania postanowień w specyfikacji, dotyczących zbadania przez zamawiającego wszystkich pomieszczeń wykonawcy, a pozostawienia tylko stwierdzenia, że wykonawca jest obowiązany udostępnić KP [komisji przetargowej] i zainteresowanym wykonawcom wszystkie pomieszczenia, skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający zobowiązał wykonawców do udostępnienia komisji przetargowej wszystkich pomieszczeń wykonawcy. Natomiast odwołujący zamierza, aby zamawiający dokonał pomiarów wszystkich pomieszczeń wykonawcy. Jednak odwołujący nie poparł takiego podejścia do problemu argumentem, że wynika to z jakiegoś przepisu.

Gospodarzem postępowania jest zamawiający i to on decyduje jaką formę przybiorą konkretne czynności postępowania. Jedynym ograniczeniem są przepisy prawa, a w rozpoznawanej kwestii odwołujący nie wskazał, że tylko żądanie udostępnienia wszystkich pomieszczeń bez zaznaczenia, że zamawiający (komisja przetargowa) zbada wszystkie pomieszczenia – uchybia jakimś przepisom prawa.

Ponadto zamawiający będzie zapraszać innych wykonawców, aby mogli uczestniczyć wraz z komisją przetargową w oględzinach pomieszczeń. Dlatego każdorazowo zaproszeni wykonawcy, będący jednocześnie konkurentami, będą mogli zgłaszać do zamawiającego uwagi czy nawet odwołanie, że członkowie komisja przetargowej, czyli faktycznie przedstawiciele zamawiającego, dokonali czynności oględzin nierzetelnie lub bez równego traktowania wszystkich wykonawców.

Zgodnie z oświadczeniem zamawiającego tylko Szef Urzędu do Spraw Cudzoziemców i upoważniony przez niego Dyrektor Generalny mogą wydawać zgody na wejście osób postronnych na teren wizytowanego ośrodka. Dlatego skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że postanowienia zawarte w specyfikacji są właściwe, natomiast niezasadna odmowa udzielenia zezwolenia na wejście do ośrodka w trakcie oględzin może być przyczyną skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Zamawiający wskazał w specyfikacji, że o terminach oględzin poszczególnych ośrodków wykonawcy będą informowani równocześnie. Ze względu na pewność i szybkość komunikowania się zamawiający będzie mógł skorzystać z nowoczesnych środków komunikowania się, a nie będzie mógł polegać tylko na formie pisemnej. Brak wyrażenia tego wprost w specyfikacji nie uniemożliwia stosowania np. faksu do informowania o terminach i miejscach dokonywania oględzin, szczególnie że zamawiający w specyfikacji przewidział możliwość takiego komunikowania się.

Natomiast faktyczne nierówne traktowanie wykonawców czy utrudnienie uczciwej konkurencji w zakresie powiadamiania o terminach oględzin może być przedmiotem wnoszenia odwołań.

Ze względu na brak dowiedzenia, że zamawiający naruszył jakieś przepisy w kwestionowanych sformułowaniach specyfikacji i ze względu na możliwość wniesienia środków ochrony prawnej w przypadku, gdy zaistnieje naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut bezprawnego zaniechania doprecyzowania postanowień w specyfikacji nie zasługuje na uwzględnienie.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....