

Sygn. akt: KIO/UZP 891 /09

**WYROK**

**z dnia 24 lipiec 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Członkowie: Emil Kuriata  
Luiza Łamejko**

**Protokolant: Dorota Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lipca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Dariusza Kaszubę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Kaszub Dariusz Kaszuba, ul. Kolejowa 4, 83-307 Kiełpino**, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Miasto Złotów, al. Piasta 1, 77-400 Złotów**, protestu z dnia 16 czerwca 2009 r.

przy udziale wykonawcy xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy **Masters Sp. z o.o. ul. Mickiewicza 21, 70-383 Szczecin** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. uwzględni odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert,**

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Miasto Złotów, al. Piasta 1, 77-400 Złotów** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Dariusza Kaszubę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Kaszub Dariusz Kaszuba, ul. Kolejowa 4, 83-307 Kiełpino,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Miasto Złotów, al. Piasta 1, 77-400 Złotów** na rzecz **Dariusza Kaszuby prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Kaszub Dariusz Kaszuba, ul. Kolejowa 4, 83-307 Kiełpino** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 5 426 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Dariusza Kaszuby prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Kaszub Dariusz Kaszuba, ul. Kolejowa 4, 83-307 Kiełpino.**

### **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający: Gmina Miasto Złotów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „budowa nawierzchni kortu tenisowego w Złotowie” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych poz. 147448 z dnia 14.05.2009 r.

W dniu 10 czerwca 2009 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Dariusza Kaszubę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Kaszub Dariusz Kaszuba z siedzibą w Kiełpinie.

W dniu 16 czerwca 2009 r. do zamawiającego wpłynął protest na tę czynność od wykonawcy MASTERS Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie. Protestujący zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej Pzp. Wniósł o odrzucenie oferty złożonej przez Firmę Kaszub. W uzasadnieniu protestujący podniósł, iż w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zostały określone wymagania co do trawy syntetycznej oraz dokumenty, w celu potwierdzenia zachowania wymaganych parametrów (aprobata ITB, atest PZH, atest niepalności). Podniósł, że trawa zaoferowana przez Firmę Kaszub nie spełnia wymagań zamawiającego w zakresie:

- składu chemicznego trawy - 100% polietylen (wymagano: polietylen + polimer XT),
- karta techniczna trawy PE-BA Grass nie potwierdza czy jest to trawa monofilowa, czy fibrylowana,
- zgodność z parametrami technicznymi nie została wykazana badaniami ITB,
- oferta i karta techniczna zostały sporządzone wyłącznie na potrzeby tego postępowania, gdyż zawierają dane sprzeczne ze sobą,
- nie złożono w ofercie atestu niepalności, a jedynie jednozdaniowe oświadczenie producenta trawy.

Firma KASZUB zgłosiła przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez Masters Sp. z o.o. żądając oddalenia protestu.

Zamawiający uwzględnił protest. Stwierdził w rozstrzygnięciu protestu, że oferta Firmy Kaszub podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, gdyż nie zawiera wymaganego atestu (certyfikatu) niepalności oferowanej trawy. Zamawiający wyjaśnił, że w dniu 4 czerwca 2009 r. na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wskazanych w Części II., rozdz. 1. specyfikacji dotyczących nawierzchni kortu, tj. aprobaty ITB, atestu PZH, atestu niepalności. Wykonawca pismem z dnia 8.09.2009 r. (data wpływu 10.06.2009 r.) przesłał Deklarację zgodności parametrów nawierzchni, Atest PZH, Certyfikat niepalności, Autoryzację, Oświadczenie dotyczące Aprobaty ITB, Kartę techniczną oraz przedłożył pismo wystawione przez TORAKOL Rajmund Zalewski w Koszyczkach, z którego wynika, że zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 18.04.2004 r. o wyrobach budowlanych (Dz. U. Nr 92, poz. 881) aprobaty techniczne mogą być udzielane dla wyrobów, dla których nie ustanowiono Polskiej Normy lub dla wyrobów, których właściwości użytkowe, odnoszące

się do wymagań podstawowych różnią się istotnie od właściwości określonych w Polskiej Normie wyrobu, objętych mandatami udzielonymi przez Komisję Europejską na opracowanie norm zharmonizowanych lub wytycznych do Europejskich Aprobatach Technicznych (wykaz mandatów zamieszczony jest w obwieszczeniu Ministra Infrastruktury z dnia 5 lipca 2004 r. (M.P. Nr 3212004 poz. 571). Z uwagi na powyższe, nie są udzielane aprobaty techniczne dla nawierzchni sportowych objętych normami: PN-EN 14904:2006, PN-EN 14877:2006, PN-EN 15330-1:2008. Aprobatach techniczne ITB są dokumentami dobrowolnymi, które mogą być udzielane dla wyrobów lub zestawu wyrobów niepodlegających wymaganiom ustawy o wyrobach budowlanych. Nawierzchni sportowych objętych tymi normami nie obowiązują norma europejska oraz krajowa RP dotycząca atestu niepalności na trawę.

Odwołujący dołączył do oferty Deklarację na zgodność z normą PN 15330-1:2008 oraz Certyfikat niepalności, wystawiony przez firmę PE-BA wskazujący jako dokumenty odniesienia: Certyfikat PZH HK/BI01931011200Q, Kartę techniczną Pe-Ba, PN EN 15330-1:2008. Firma Pe-Ba Tekstil oświadczyła, że trawa Pe-Ba Grass 38-11-14-46 o parametrach potwierdzonych załączonymi dokumentami jest zgodna z normą PN 15330-1:2008 oraz posiada Pierwszą Klasę Niepalności 51960. Dołączono także deklarację Firmy PE-BA Grass informującą, że produkt 38-11-14-46 jest niepalny. Zamawiający uznał, że Firma Kaszub nie złożyła wiarygodnego certyfikatu/atestu potwierdzającego, iż zaferowana trawa jest trudno zapalna. Wskazał, iż firma MASTERS Sp. z o.o. złożyła orzeczenie wydane przez Centrum Naukowo-Badawcze Ochrony Przeciwpożarowej im. Józefa Tuliszkowskiego z Józefowa k. Otwocka (laboratorium akredytowane przez Polskie Centrum Badań i Certyfikacji), stwierdzające, że oferowana trawa jest trudno zapalna, wg PN-B-02854: 1996.

W pouczeniu zamawiający podał, że od rozstrzygnięcia protestu nie przysługuje odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, ponieważ wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Jednocześnie w dniu 26 czerwca 2009 r. zamawiający powiadomił o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez MASTERS Sp. z o.o.

Wobec uwzględnienia protestu odwołujący wniósł odwołanie. Zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp żądając uznania oferty odwołującego za ważną oraz przywrócenia decyzji wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, a w przypadku uznania wady prawnej postępowania - unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał w pierwszej kolejności, że podane w rozstrzygnięciu protestu pouczenie, iż nie przysługuje odwołanie, jest sprzeczne z aktualnym stanem prawnym tj. art. 184 ust 1a pkt 4 Pzp.

Odwołujący wyjaśnił, że w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów (pismo z dnia 8.06.2009r.) podniósł, iż wezwanie nie znajduje podstaw prawnych ani oparcia w zapisach siwz, gdyż. w ogłoszeniu o przedmiotowym zamówieniu nie określono warunku jakościowego oraz sposobu jego spełnienia. Oświadczył, że oferowana nawierzchnia spełnia wymagania w zakresie oczekiwanych parametrów technicznych oraz posiada dokumenty wymagane przez krajowe i europejskie przepisy, w załączeniu złożył te dokumenty. Wskazał na brak podstaw prawnych żądania w dokumentacji odbiorowej aprobaty ITB oraz atestu niepalności. Stwierdził, że brak uzupełnienia przez wykonawcę dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie może skutkować odrzuceniem oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp lecz wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odwołujący wskazał na brak określenia w ogłoszeniu warunków jakościowych przedmiotu zamówienia oraz dokumentów, które należy złożyć na potwierdzenie ich spełnienia, zgodnie z art. 41 ust. 1 pkt 7 Pzp (por. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19 stycznia 2006 r. UZP/ZO/0-94/06, wyrok Sądu Okręgowego sygn. akt V Ca 5 79/03). Zamawiający nie modyfikował treści ogłoszenia w toku postępowania. W piśmie z dnia 27 maja 2009r. na pytanie wykonawcy - czy do oferty należy załączyć dokumenty nawierzchni, zamawiający odpowiedział, iż "W specyfikacji istotnych warunków zamówienia (Część II Opis przedmiotu zamówienia rozdział 1 Budowa kortu tenisowego-opis techniczny) wskazano wymagane dokumenty dotyczące nawierzchni kortu, którymi są aprobata techniczna, atest PZH, atest niepalności". Zdaniem odwołującego odpowiedź ta potwierdza zapisy specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, iż dokumenty te należy złożyć w dokumentacji odbiorowej. Co więcej, w pkt 11 rozdz. VIII -Opis sposobu przygotowania ofert, zamawiający nie zawarł ww. dokumentów w wykazie wymaganych dokumentów składanych w ofercie. Nie zostały one także wskazane w opisie warunków udziału w postępowaniu oraz opisie sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków, ani w Informacji o dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie wykazał zatem obowiązku złożenia w ofercie dokumentów jakościowych, zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego - zamawiający ma obowiązek wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Żądanie przedłożenia w ofercie dokumentów jakościowych wiąże się jednak z koniecznością określenia warunku. Treść § 3 ust. 2 rozporządzenia z dnia 19 maja 2006r. w sprawie dokumentów jakich żądać może zamawiający od wykonawców nie pozostawia wątpliwości, że zamawiający nie miał podstaw do wzywania odwołującego do uzupełnienia dokumentów.

Ponadto, w przypadku uznania, że naruszenie art. 41 ust. 1 pkt 7 Pzp powoduje, że postępowanie obarczone jest wadą, która uniemożliwia zawarcie ważnej umowy

o zamówienie publiczne, postępowanie powinno być unieważnione na mocy art. 93 ust.1 pkt 7 Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Masters Sp. z o.o. żądając oddalenia odwołania.

**Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Izba uznała, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku gdyby potwierdziło się naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu, poprzez bezpodstawne uznanie, że oferta złożona przez odwołującego, zawierająca najniższą cenę, podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Na skutek uwzględnienia przez zamawiającego protestu oferta odwołującego, którą zamawiający wybrał pierwotnie jako najkorzystniejszą została odrzucona.

W Części II. rozdz. 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał jako „wymagane dokumenty dotyczące nawierzchni kortu”.: aprobatę ITB, atest PZH, atest niepalności. Powyższe dokumenty również jako „wymagane” zostały wskazane w pkt. 3.6 Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót [...]. W żadnym miejscu specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający jednak nie wymagał, aby powyżej wskazane dokumenty zostały złożone wraz z ofertą. W siwz pkt 11 rozdz. VIII - Opis sposobu przygotowania ofert, zamawiający zawarł wykaz dokumentów, których złożenia wymaga w ofercie, wśród których nie wymieniono aprobaty ITB, atestu PZH i atestu niepalności.

Biorąc pod uwagę również treść opublikowanego ogłoszenia o zamówieniu Izba stwierdziła, że takie dokumenty nie zostały wskazane, zgodnie z przepisem art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, który zobowiązuje zamawiającego do wskazania dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy, usługi, roboty budowlane wymagań zamawiającego – w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Podkreślić należy, że brak wskazania wymaganych

dokumentów zgodnie z ww. przepisem skutkuje dla zamawiającego niemożnością żądania złożenia przez wykonawców takich dokumentów w danym postępowaniu.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że obowiązek określenia ww. dokumentów w ogłoszeniu wynika z art. 41 pkt 7 Pzp. Przepis ten dotyczy opisu warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Wymagania zamawiającego dotyczące oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych nie stanowią warunków udziału w postępowaniu. Po pierwsze warunki udziału w postępowaniu zostały określone w art. 22 ust. 1 Pzp. Po drugie stosownie do brzmienia art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp ustawodawca wyraźnie oddzielił warunki udziału w postępowaniu (art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp) od wymagań zamawiającego dotyczących oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych (art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp), wskazując w osobnych punktach ww. przepisu, iż oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie zarówno warunków udziału w postępowaniu, jak i przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Okolicznością bezsporną jest w niniejszej sprawie, że zamawiający nie modyfikował treści ogłoszenia w toku postępowania. Wyjaśnienie zamawiającego dotyczące treści siwz (pismo z dnia 27 maja 2009r.) w odpowiedzi na pytanie wykonawcy - „czy do oferty należy załączyć dokumenty nawierzchni” – nie stanowiło zmiany treści specyfikacji. Zamawiający niejednoznacznie odpowiedział, iż „W specyfikacji istotnych warunków zamówienia (Część II Opis przedmiotu zamówienia rozdział I Budowa kortu tenisowego-opis techniczny) wskazano wymagane dokumenty dotyczące nawierzchni kortu, którymi są aprobatą techniczna, atest PZH, atest niepalności”. Treść tej odpowiedzi wyłącznie potwierdza postanowienie siwz (część II.rozdz.1 pkt 6), z którego nie wynika, że wskazane dokumenty należy złożyć w ofercie.

W toku postępowania przystępujący do postępowania wykonawca podnosił, że dwaj wykonawcy (łącznie z nim) złożyli w ofertach omawiane dokumenty, co potwierdza, iż postanowienia siwz w tym zakresie były jasne i jednoznaczne. Powyższe nie dowodzi, zdaniem Izby, iż wymaganie co do ich złożenia zostało skutecznie zawarte w dokumentacji przetargowej. Nie można wykluczyć, że wykonawcy złożyli takie dokumenty z ostrożności - wobec braku jednoznacznego wymagania w specyfikacji. Ponadto, okoliczność podniesiona przez przystępującego nie potwierdziła się, wobec wyjaśnienia odwołującego, że trzeci wykonawca - Konsorcjum Jedynka – MAXISTAR-ERGO. - nie złożył atestu niepalności w ofercie, a pomimo to jego oferta nie została odrzucona przez zamawiającego. Twierdzeniu temu przystępujący wykonawca nie zaprzeczył. W tych okolicznościach Izba uznała, że nie

ma znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania fakt, że przystępujący Masters Sp. z o.o. złożył taki dokument w swojej ofercie.

Zważywszy powyższe, Izba uznała, że zamawiający nie wykazał, iż w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy mieli obowiązek złożenia w ofercie aprobaty technicznej ITB, atestu PZH i atestu niepalności. Zgodnie z postanowieniem § 13 ust. 4 lit. b wzoru umowy „zaświadczenia, atesty itp. dokumenty dotyczące wbudowanych materiałów, potwierdzające ich dopuszczenie do stosowania w budownictwie”, a zatem aprobata techniczna ITB, atest PZH i atest niepalności określone w pkt 3.6 specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót są wymagane na etapie wykonania i odbioru robót. Izba uznała w tym stanie rzeczy, iż zamawiający nie miał podstaw do żądania złożenia przez wykonawców w ofercie omawianych dokumentów. Pozbawione podstawy prawnej było zatem wezwanie odwołującego w dniu 4 czerwca 2009 r. do ich uzupełnienia, a w konsekwencji odrzucenie oferty odwołującego z powodu niezłożenia „wiarygodnego” atestu niepalności. W tych okolicznościach nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania kwestia, czy dokumenty złożone przez odwołującego w dniu 10 czerwca 2009 r. w ramach uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp stanowią atest niepalności. Podkreślić jednak należy, że zamawiający nie podważył skutecznie, w świetle obowiązujących przepisów, a w szczególności ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r o wyrobach budowlanych. (Dz. U. Nr 92, poz. 881) i 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 ze zm.), iż dokumenty złożone przez odwołującego potwierdzają fakty w nich stwierdzone tj. Certyfikat niepalności, wystawiony przez firmę PE-BA (wskazujący jako dokumenty odniesienia: Certyfikat PZH HK/BI01931011200Q, Karta techniczna Pe-Ba) - potwierdza, że trawa Pe-Ba Grass 38-11-14-46 o parametrach potwierdzonych załączonymi dokumentami jest zgodna z normą PN 15330-1:2008 oraz posiada Pierwszą Klasę Niepalności 51960., natomiast deklaracja Firmy PE-BA Grass - że zaoferowany przez odwołującego produkt 38-11-14-46 jest niepalny.

Wbrew twierdzeniu odwołującego, że niespełnienie wymagań „przedmiotowych” w wyniku braku złożenia dokumentów potwierdzających ich spełnienie stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania w myśl art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, pogląd taki nie znajduje właściwego usprawiedliwienia. Przepis ten stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy wyłącznie z uwagi na niezłożenie oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub złożone dokumenty zawierają błędy z zastrzeżeniem, że zamawiający ma obowiązek uprzedniego wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia. Przepis ten nie odnosi się w żadnym stopniu do kwestii wykazania przez wykonawcę spełniania wymagań „przedmiotowych” tj. dotyczących przedmiotu zamówienia. Możliwość uzupełnienia



dokumentów potwierdzających spełnianie tych wymagań, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, pozostaje bez wpływu na interpretację przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, w którym jednoznacznie określono hipotezę omawianej normy prawnej. Nie wykazanie przez wykonawcę, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania zamawiającego określone w ogłoszeniu i specyfikacji stanowi podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zważywszy, jak wyżej, Izba uwzględniła zarzut odwołania, iż uznanie przez zamawiającego, że oferta złożona przez odwołującego podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią siwz narusza przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W konsekwencji, należało również stwierdzić naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez uznanie przez zamawiającego, że oferta odwołującego niezasadnie została wybrana jako oferta najkorzystniejsza i powtórzenie w dniu 26 czerwca 2009 r. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Na marginesie Izba wskazuje, że zamawiający przedwcześnie dokonał w dniu 26 czerwca 2009 r. powtórzenia czynności oceny ofert, odrzucenia oferty odwołującego i wyboru oferty złożonej przez MASTERS Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej. Zgodnie z art. 183 ust. 5 Pzp w przypadku uwzględnienia protestu zamawiający powtarza oprotestowaną czynność niezwłocznie – jeżeli uwzględnił wszystkie zgłoszone żądania lub po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu – jeżeli co najmniej jedno ze zgłoszonych żądań nie zostało uwzględnione. W przedmiotowym postępowaniu nie zostały uwzględnione wszystkie zgłoszone żądania, biorąc pod uwagę, że do postępowania protestacyjnego skutecznie zgłosił swoje przystąpienie inny wykonawca (odwołujący) - w zakresie wszystkich zarzutów protestu - żądając jego oddalenia. W takiej sytuacji nie ma możliwości, aby wszystkie zgłoszone żądania mogły być uwzględnione, a zatem powtórzenie czynności oceny ofert, odrzucenie oferty odwołującego i powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej mogło nastąpić wyłącznie po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu, stosownie do treści art. 183 ust. 5 pkt 2 Pzp. Zamawiający w sposób nieuzasadniony uznał, że od dokonanego rozstrzygnięcia protestu nie przysługuje odwołanie, co oznaczałoby, iż zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp protest jest ostatecznie rozstrzygnięty wraz z rozstrzygnięciem protestu przez zamawiającego. Rozstrzygnięcie protestu dotyczy odrzucenia oferty, a zatem zgodnie z art. 184 ust. 1a pkt 4 Pzp w przedmiotowym postępowaniu, którego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, odwołanie przysługuje wykonawcy, którego oferta miałaby zostać odrzucona w wyniku wniesionego protestu.

W tym stanie rzeczy należało uznać, że rozstrzygnięcie protestu przez zamawiającego zapadło z naruszeniem wymienionych powyżej przepisów ustawy Pzp. Z uwagi na powyższe, Izba nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert stosownie do uwzględnienia odwołania.

Biorąc za podstawę powyższe, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art.191 ust.1 i ust. 1a oraz art. 191 ust. 2 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....