

Sygn. akt: KIO/UZP 792/09

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 7 lipca 2009 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Barbara Bettman**

**Członkowie: Ryszard Tetzlaff**

**Renata Tubisz**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu ~~rozprawie\*~~ w dniu ~~w dniach~~ 07.07.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Michała Pazurkiewicza** firma **EUROKLIMA Michał Pazurkiewicz, 43-300 Bielsko-Biała, ul. Czerwona 183** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Akademia Techniczno – Humanistyczna w Bielsku – Białej, 43-309 Bielsko-Biała, ul. Willowa 2** protestu ~~protestów\*~~ z dnia 01.06.2009 r.

przy udziale wykonawcy **konsorcjum EKOWENT Sp. J. M. Płaczek, R. Dziech – KELVIN Sp. z o.o., 43-300 Bielsko-Biała, ul. Sobieskiego 413** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Odrzuca odwołanie.**

2. kosztami postępowania obciąża **Michała Mazurkiewicza firmę EUROKLIMA Michał Pazurkiewicz, 43-300 Bielsko-Biała, ul. Czerwona 183**

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 **Michała Mazurkiewicza firmę EUROKLIMA Michał Pazurkiewicz, 43-300 Bielsko-Biała, ul. Czerwona 183**
- 2) dokonać wpłaty kwoty .....zł .....gr. (słownie:.....) przez .....na rzecz ....., stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu .....
- 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 **Michała Pazurkiewicza firmy EUROKLIMA Michał Pazurkiewicz, 43-300 Bielsko-Biała, ul. Czerwona 183.**

### **Uzasadnienie**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę wraz z montażem agregatu wody lodowej dla potrzeb chłodzenia powietrza w centralach wentylacyjnych wraz z podłączeniem do instalacji wentylacji w Budynku Dydaktyczno – Laboratoryjnym „L” Akademii Techniczno – Humanistycznej w Bielsku Białej, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (BZP Nr 1, poz. 115206 z 21.04.2009 r.) w dniu 1 czerwca 2009 r. został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez Michała Pazurkiewicza, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EUROKLIMA Michał Pazurkiewicz z siedzibą w Bielsku Białej.

Złożenie protestu nastąpiło skutkiem powiadomienia pismem z dnia 25 maja 2009 r. (doręczonym dnia 26 maja 2009 r.) o wykluczeniu odwołującego z postępowania i

odrzuconiu jego oferty. Pismem z 26.05.2009r. wykonawcy zostali jednocześnie powiadomieni o wyborze oferty złożonej przez konsorcjum firm EKOWENT Sp. J. M. Płaczek, R. Dziech oraz KELVIN Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Akademii Techniczno – Humanistycznej w Bielsku – Białej naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz.1058, Nr 220, poz. 1420, Nr 227 poz. 1505, z 2009 r. Nr 19, poz. 101), przez:

1. bezprawne wykluczenie odwołującego z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą;
2. dokonanie wyboru oferty, która nie była najkorzystniejsza.

Odwołujący zażądał;

1. unieważnienia czynności wykluczenia i odrzucenia jego oferty,
2. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
3. ponownych czynności oceny i wyboru oferty.

W uzasadnieniu zarzutów protestu, podał, że podstawę wykluczenia z postępowania stanowił zarzut nie złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, zgodnych z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący powołał się na okoliczność, iż stosownie do wezwania przez zamawiającego z 19 maja 2009 r. przekazał żądane informacje dotyczące wykazanego doświadczenia zawodowego wraz z właściwą interpretacją odnośnych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie uwzględnił wyjaśnień i podjął czynności wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty. Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oferent był zobowiązany do wykazania odpowiedniego doświadczenia i wiedzy w wykonaniu dostaw i montażu, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom, stanowiącym przedmiot zamówienia oraz przedstawienia potwierdzających to referencji. Ze złożonych dokumentów, zdaniem odwołującego wynika, iż wykonywał w oznaczonym czasie porównywalne zamówienia. Podkreślił, iż rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605, z 2008 Nr 188, poz. 1155), nie mówi o zamówieniach tożsamych z przedmiotem zamówienia, zatem dokonane czynności z uwzględnieniem odmiennej interpretacji przepisów przez zamawiającego naruszają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej o sygnaturach akt: KIO/UZP 768/08; KIO/UZP 665/08; KIO/UZP 221/08; KIO/UZP 2/08; KIO/UZP 1422/07. Wskazał, że

błędna interpretacja przepisów i niewłaściwe czynności zamawiającego, spowodowały uszczerbek jego interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 2 czerwca 2009 r. do postępowania wywołanego wniesieniem protestu pismem z dnia 4 czerwca 2009 r. przystąpił wykonawca konsorcjum EKOWENT Sp. J M. Płaczek, R. Dziech - KELVIN Sp. z o.o., który opowiedział się za utrzymaniem czynności zamawiającego. Podniósł, iż protest podlega odrzuceniu na podstawie art. 180 ust. 7 Pzp, albowiem dotyczy czynności zamawiającego, dokonanej zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem wcześniej złożonego protestu w tym samym postępowaniu. Stosownie do postanowień art. 181 ust. 6 Pzp, jeżeli protest wykonawcy na wybór oferty najkorzystniejszej zostanie ostatecznie rozstrzygnięty przez jego uwzględnienie, to wykonawca, który złożył ofertę pierwotnie uznaną za najkorzystniejszą, nie może protestować na czynność zamawiającego (ponowną ocenę ofert), wykonaną zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, zapadłym w wyniku wniesienia protestu. Przystępujący wywodził, że zarzuty odwołującego w istocie skierowane są przeciwko postanowieniom specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem są spóźnione i protest winien podlegać odrzuceniu.

Pismem z dnia 5 czerwca 2009 r., doręczonym w tym samym terminie, zamawiający stwierdził, że odrzuca protest jako bezpodstawny z następujących względów: firma EUROKLIMA Michała Pazurkiewicza wezwana pismem z 19 maja 2009 r. do wyjaśnienia, czy w ramach robót objętych listem referencyjnym wykonała dostawę wraz z montażem agregatu wody lodowej dla potrzeb chłodzenia powietrza w centralach wentylacyjnych, odpowiedziała w piśmie z dnia 23 maja 2009 r. doręczonym 25 maja 2009 r., iż nie wykonała dostawy wraz z montażem wymienionego agregatu. To oświadczenie stało się wiążące dla zamawiającego, z tego względu, że odwołujący sam potwierdził niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, zawartych w rozdziale V pkt 1 ppkt 1.2 i rozdział V pkt 2.3 ppkt 2.3.1 i 2.3.2 SIWZ, zatem zdaniem zamawiającego zachodziły podstawy do wykluczenia odwołującego z postępowania.

W odwołaniu wniesionym w dniu 10 czerwca 2009 r., z kopią przekazaną zamawiającemu faksem w tym samym terminie, zarzuty protestu zostały podtrzymane w całości wraz z wnioskami o nakazanie zamawiającemu;

1. unieważnienia czynności wykluczenia i odrzucenia oferty odwołującego,
2. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
3. ponownych czynności oceny i wyboru oferty,
4. wnioski dotyczyły także obciążenia zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący ponowił argumentację przedstawioną w proteście. Odnosząc się do stanowiska, zajętego w rozstrzygnięciu protestu, nie zgodził się z argumentacją zamawiającego, gdyż zawężenie interpretacji pojęcia „zamówień porównywalnych” do identycznych z przedmiotem tego zamówienia, uznał za niedopuszczalne w świetle przepisów rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, co potwierdza wyrok KIO/UZP 1033/08. Wskazał na okoliczność, iż przedmiot zamówienia został określony kodem CPV o numerze 45331000 - 6 instalacje cieplne, wentylacyjne i konfekcjonowania powietrza, który swym przedmiotowym zakresem obejmuje prace przez niego wykazane, co zarazem stanowiło zdefiniowanie robót referencyjnych, które należało ująć w wykazie. Podkreślił, iż spełnia warunki udziału, określone przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący potwierdził okoliczność, iż protest, od którego rozstrzygnięcia wniósł odwołanie, został złożony po uprzednim uwzględnieniu protestu konsorcjum EKOWENT Sp. J. M. Płaczek, R. Dziech - KELVIN Sp. z o.o. na wybór oferty jego firmy. Odwołujący stwierdził, iż otrzymał kopię tego protestu, jednak nie został wezwany przez zamawiającego zgodnie z art. 181 ust. 3 Pzp do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Odwołujący przyznał, że otrzymał załączone do kopii protestu wezwanie, ale dotyczyło ono innego postępowania. Tym samym odwołujący zakwestionował podstawy do zastosowania przepisu art. 180 ust. 7 i art. 181 ust. 6 ustawy Pzp, gdyż uchybienia i omyłki zamawiającego, nie mogą w żaden sposób wpływać na prawa odwołującego ani ich ograniczać.

Do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, pismem z dnia 16 czerwca 2009 r. przystąpiło konsorcjum EKOWENT Sp. J. M. Płaczek, R. Dziech - KELVIN Sp. z o.o., które wniosło jak w piśmie o przystąpieniu do postępowania wywołanego wniesieniem protestu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że postępowanie dotyczy zamówienia o wartości szacunkowej poniżej progów określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, zatem zgodnie z art. 184 ust. 1 i 1a pkt 3 i 4 Pzp, odwołanie przysługuje, skoro dotyczy wykluczenia wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Izba ustaliła, że przedmiotem protestu z dnia 15 maja 2009 r. na wybór oferty Odwołującego, z powiadomieniem 11.05.2009r., wniesionego przez konsorcjum EKOWENT Sp. J. M. Płaczek, R. Dziech - KELVIN Sp. z o.o. był zarzut naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 1 pkt 2 i 4, art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, w związku z

zaniechaniem odrzucenia oferty odwołującego i wybór tej oferty, gdyż przedstawione przez niego referencje, nie odpowiadają zakresowi przedmiotowego zamówienia. Przedłożone referencje wskazują wyłącznie na zakres prac, obejmujących wykonanie instalacji, wentylacji i klimatyzacji. Natomiast odwołujący nie wykazał doświadczenia przy dostawie i doborze agregatu wody lodowej, chłodzonego powietrzem i nie ma doświadczenia oraz wymaganej wprawy w wykonywaniu tego rodzaju instalacji. Pismem z dnia 15 maja 2009 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o proteście, w tym odwołującego i wezwał do udziału w postępowaniu zainicjowanym tym protestem, jak również przekazał jego treść. Odwołujący nie przystąpił do postępowania wywołanego wniesieniem protestu konsorcjum EKOWENT Sp. J. M. Płaczek - R. Dzieci - KELVIN Sp. z o.o. Pismem z 19 maja 2009 r. zamawiający powiadomił o uwzględnieniu protestu oraz o powtórzeniu czynności oceny ofert. Przed ponownym dokonaniem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, zamawiający wezwał pismem z dnia 19 maja 2009 r. o wyjaśnienie, czy w ramach robót objętych listem referencyjnym odwołujący wykonywał dostawy wraz z montażem agregatu wody lodowej do potrzeb chłodzenia powietrza w centralach wentylacyjnych. W odpowiedzi udzielonej na wymienione wezwanie, pismem z 23 maja 2009 r. odwołujący podał zakres robót referencyjnych, jakie ujął w załączniku – wykazie robót. Przyznał, że nie wykonywał dostaw z montażem agregatu wody lodowej.

Z tej przyczyny, zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania i odrzucił jego ofertę.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że dla ochrony swego interesu prawnego, wykonawca, wybór oferty którego jest kwestionowany protestem innego uczestnika, winien przystąpić do postępowania wywołanego takim protestem i aktywnie bronić swojej oferty. Izba ustaliła, iż dokument protestu EKOWENT Sp. J. M. Płaczek - R. Dzieci - KELVIN Sp. z o.o. został odwołującemu przekazany w dniu 15 maja 2009 r. tak, że mógł zapoznać się z jego treścią. Okoliczność, iż zamawiający podał, iż „dotyczy postępowania w przetargu nieograniczonym na dostawę krzesel do sal audytoryjnych w Budynku Dydaktyczno – Laboratoryjnym „L” należącym do Akademii Techniczno – Humanistycznej w Bielsku – Białej nie ma istotnego znaczenia. Z treści załączonego protestu wynikało bezsprzecznie, że dotyczy on wyboru oferty odwołującego do realizacji zamówienia na dostawy wraz z montażem agregatu wody lodowej dla potrzeb chłodzenia powietrza w centralach wentylacyjnych wraz z podłączeniem do instalacji wentylacji w Budynku Dydaktyczno – Laboratoryjnym „L” należącym do ATH. Zamawiający w dokumentacji akt przedstawił pismo z dnia 15 maja 2009 r., przy którym przesłał uczestnikom postępowania kopię protestu konsorcjum, w którym nazwa postępowania została oznaczona prawidłowo. Wymienione pismo przesłano drogą e-mail o godz. 14.39, a Odwołujący potwierdził jego otrzymanie o godz. 15.09 (dowód potwierdzenie w aktach sprawy). Niezależnie od tego jak zostało

oznaczone pismo powiadamiające o proteście, to niewątpliwie licząca się była treść protestu – zarzuty podniesione przeciwko ofercie odwołującego, które zostały uznane rozstrzygnięciem tego protestu i przytoczone jako argumenty uzasadniające odrzucenie oferty odwołującego pismem z dnia 25 maja 2009 r. Wyjaśnienia odwołującego złożone w dniu 25 maja 2009 r. nie spowodowały zmiany stanowiska zamawiającego o uznaniu protestu konsorcjum EKOWENT Sp. J. M. Płaczek, R. Dziech - KELVIN Sp. z o.o. Wobec powyższego protest odwołującego odnoszący się do tożsamyh zarzutów był niedopuszczalny w świetle art. 181 ust. 7 Pzp.

Rozstrzygnięcie protestu konsorcjum stało się ostateczne z chwilą upływu terminu na wniesienie odwołania, jak stanowi art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp. Wykonawcy, który przystępuje do postępowania wywołanego wniesieniem protestu przez innego wykonawcę, służy prawo do wniesienia odwołania, jeżeli oponuje przeciwko dokonaniem przez zamawiającego rozstrzygnięciu. Zgodnie z art. 181 ust. 6 Pzp, wykonawca wnoszący protest oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 3 tegoż artykułu, nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności zamawiającego, wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Dotyczy to zarówno wykonawcy, który przyłączył się do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia poprzedniego protestu, jak i wykonawcy, który z takiej możliwości mimo wezwania, nie skorzystał. Jest to więc wyraz zasady koncentracji postępowania protestacyjno - odwoławczego, przyjętej w Prawie zamówień publicznych - jednoczesnego rozstrzygnięcia protestów na wybór najkorzystniejszej oferty. Izba zobligowana była odwołanie odrzucić na posiedzeniu, na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 Pzp, gdyż odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę wezwanego do udziału w postępowaniu wywołanym wniesieniem protestu przez konsorcjum EKOWENT Sp. J. M. Płaczek, R. Dziech - KELVIN Sp. z o.o. i dotyczy czynności, które zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

O odrzuceniu odwołania Izba orzekła postanowieniem na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

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 zm.) na niniejsze ~~wyrok~~/postanowienie\* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Bielsku-Białej**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*