

Sygn. akt KIO/UZP 132/09

WYROK
z dnia 12 lutego 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Agnieszka Trojanowska
Barbara Bettman

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lutego 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **KLK S.A., ul. Pod Młynem 1c, 40-098 Katowice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Katowice - Prezydent Miasta Katowice, ul. Młyńska 4, 40-098 Katowice** protestu z dnia 19 stycznia 2009 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **KLK S.A., ul. Pod Młynem 1c, 40-098 Katowice** 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 **KLK S.A., ul. Pod Młynem 1c, 40-098 Katowice,**
- 2) ~~dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez **XXX** na rzecz **XXX** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu **XXX**~~

- ~~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 **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **KLK S.A., ul. Pod Młynem 1c, 40-098 Katowice.**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *„wykonanie systemu teleinformatycznego i sieci telewizji kablowej w Spodku w Katowicach. Etap I - wykonanie projektu systemu, Etap II - realizacja zatwierdzonego projektu systemu, Etap III - prowadzenie obsługi serwisowej systemu podczas rozgrywek Mistrzostw Europy w Koszówce Mężczyzn 2009 i Mistrzostw Europy w Siatkówce Kobiet 2009”* (Numer sprawy: BZP 3413.J.Z. 5-2/09 Dot. ZP/316/I/08), zostało wszczęte przez Prezydenta Miasta Katowice, ul. Młyńska 4, 40-006 Katowice zwanego dalej: *„Zamawiającym”*, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2008/S 216-287544 w dniu 06.11.2008 r.

W dniu 22.12.2008 r. faksem Zamawiający przesłał do Wykonawcy: KLK S.A., ul. Pod Młynem 1C, 40-310 Katowice zwanego dalej: *„KLK SA”* albo *„Protestującym”* albo *„Odwołującym”* pismo w którym zgodnie z art. 26 ust.3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej: *„Pzp”* wezwał go do uzupełnienia zawartego w ofercie wykazu wykonanych dostaw wraz z referencjami o wykaz zrealizowanych zamówień dotyczących sieci telewizji kablowej. Stwierdził, iż w złożonej ofercie zamieszczono referencję dot. wykonania przez podwykonawcę zamówienia, ale nie ujęto go w tabeli wykazu wykonanych dostaw wraz z referencjami. Zamawiający określił, iż uzupełnienie oferty należy złożyć osobiście lub przesłać faksem do dnia 30.12.2008 r. do godz. 10.00 do Zamawiającego. Zaś Informacje przesłane faksem należy niezwłocznie potwierdzić listem poleconym.

W dniu 30.12.2008 r. KLK SA faksem przedłożył Zamawiającemu uzupełniony wykaz zrealizowanych przez podwykonawcę zamówień dotyczących sieci telewizji kablowych.

Dnia 15.01.2009 r. z kolei Zamawiający przekazał KLK SA pismo w którym poinformował co następuje:

„1. Niniejszym informujemy, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów w dniu 22.12.2008r zostało dokonane niezgodnie z przepisem art. 22 ust.1 pkt. 2 p.z.p. dlatego czynność ta zostaje anulowana.

Zamawiający nieprawidłowo wezwał do uzupełnienia oferty o wykaz wykonanych prac wskazując, że powinna być na nim umieszczona praca wykonana przez podwykonawcę. Na etapie składania ofert Zamawiający wymaga jedynie wskazania części zamówienia, którą będzie realizował podwykonawca (art. 36 ust.4 p.z.p), dlatego dane zawarte w ofercie, a dotyczące podwykonawcy mają charakter jedynie informacyjny.

Zgodnie z pkt 12. 2 specyfikacji w przetargu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w tym m.in. zaprojektowali przynajmniej jedną sieć telewizji kablowej opartej o medium światłowodowe. Wykonawcą jest firma KLK i to ona powinna wykazać się doświadczeniem w wykonywaniu tego rodzaju prac.

2. Zgodnie z art. 26 ust. 3 p.z.p. wzywamy do uzupełnienia oferty o wykaz wykonanych przez spółkę KLK w ciągu ostatnich trzech lat (licząc od daty upływu terminu składania ofert) usług polegających na zaprojektowaniu przynajmniej jednej sieci telewizji kablowej opartej o medium światłowodowe z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców wraz z załączeniem dokumentu potwierdzającego, że praca wykonana została należycie.

Uzupełnienie oferty oraz wyjaśnienia dotyczące oferty należy dostarczyć osobiście do siedziby Zamawiającego do pok. 316 lub przesłać faxem (.....) w terminie do 19 stycznia 2009 r. do godziny 12.00 Informacje przesłane faksem powinny być potwierdzona niezwłocznie listem poleconym”.

W dniu 19.01.2009 r. (faxem) działając na podstawie art. 180 Pzp, firma KLK SA złożyła protest na podjętą przez Zamawiającego w postępowaniu czynność polegającą na złożeniu przez Zamawiającego pismem z dnia 15.01.2009 r. oświadczenia woli o anulowaniu dokonanego dnia 22.12.2008 r. wezwania Protestującego do uzupełnienia dokumentów oferty. Protestujący wskazał, iż Zamawiający naruszył:

- 1) art. 2 pkt 12 Pzp poprzez niezastosowanie w niniejszym postępowaniu przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, niezgodnie z obowiązkiem ciążącym na Zamawiającym na podstawie tego przepisu,
- 2) art. 61 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 Pzp, poprzez dokonanie przez Zamawiającego czynności niedopuszczalnej na gruncie kodeksu cywilnego do którego zapisów Ustawa czyni odwołanie w zakresie spraw w niej nie uregulowanych.

Z uwagi na powyższe Protestujący żądał od Zamawiającego uznania złożonego

przez Zamawiającego w dniu 15.01.2009 r. oświadczenia o anulowaniu oświadczenia Zamawiającego z dnia 22.12.2008 r. za bezprawne, a zatem nie mogące wywołać żadnych skutków prawnych w stosunku do Protestującego.

Wskazał, iż dnia 22.12.2008 r. otrzymał od Zamawiającego pismo wzywające go zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia zawartego w ofercie Protestującego wykazu wykonanych dostaw wraz z referencjami o wykaz zrealizowanych zamówień dotyczących sieci telewizji kablowej. Zamawiający zwrócił uwagę, iż w zamieszczonej przez Protestującego ofercie nie ujęto referencji podwykonawcy zamówienia. Protestujący podniósł, iż zgodnie z wyznaczonym przez Zamawiającego terminem, dnia 30.12.2008 r. uzupełnił swoją ofertę.

Po dokonaniu dnia 15.12.2008 r. otwarciu ofert, w dniu 15.01.2009 r. Zamawiający skierował do Protestującego pismo, w treści którego, stwierdza, iż po pierwsze, dokonana dnia 22.12.2008 r. czynność w postaci wezwania Protestującego do uzupełnienia oferty: „*zostaje anulowana*” ze względu na powstałe po stronie Zamawiającego nieprawidłowości, po drugie, Zamawiający zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp wzywa Protestującego do uzupełnienia oferty o wskazane w piśmie dokumenty.

Protestujący stwierdził, iż nie zgadza się z podjętym przez Zamawiającego działaniem polegającym na anulowaniu wcześniej złożonego oświadczenia woli, czynność ta bowiem jako nie przewidziana przepisami ustawy prawo zamówień publicznych pozbawiona jest jakiegokolwiek podstawy prawnej. Jego zdaniem, ze względu na fakt, iż w przypadku nie złożenia przez Protestującego żadnych w piśmie z dnia 15.01.2009 r. dokumentów. Protestujący może zostać przez Zamawiającego z niniejszego postępowania wykluczony, jego interes prawny w złożeniu niniejszego protestu jest niewątpliwy.

Zgodnie z Pzp, jak stwierdził Protestujący, środki ochrony prawnej przysługują podmiotom uprawnionym do ich wnoszenia pod warunkiem wykazania, że ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał, lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Sądów Okręgowych i Zespołów Arbitrów interes prawny doznaje (może doznać) uszczerbku w konkretnym postępowaniu, w którym uczestniczy podmiot korzystający ze środków ochrony prawnej i polega na tym, że traci możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą (Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 11.10.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1201/07).

Reasumując, Protestujący uznał, iż w niniejszej sprawie swoje wykluczenie z niniejszego postępowania na skutek braku doręczenia dokumentów, do których złożenia w piśmie nie mogącym wywrzeć skutków prawnych wzywa Zamawiający powoduje sytuację, w której Protestujący stracić może możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Protestujący wskazał, iż oświadczenie Zamawiającego o anulowaniu wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 22.12.2008 r. jest wadliwe z uwagi na następujące okoliczności.

1) naruszenie przepisu art. 2 pkt 12 Pzp poprzez podjęcie czynności niezgodnej z Ustawą pomimo obowiązku działania zgodnie z jej przepisami. Zgodnie z regulacją art. 2 pkt 12 Pzp Zamawiający obowiązany jest, jak stwierdził Protestujący do jej stosowania co oznacza również obowiązek podejmowania czynności nie tylko w Ustawie przewidzianych ale również z nią zgodnych. Tymczasem, Zamawiający anulując wcześniej wystosowane do Protestującego wezwanie do uzupełnienia oferty zakresie wskazanych dokumentów dokonał czynności bezprawnej, nie znajdującej oparcia w przepisach Ustawy. Reasumując, przedmiotowa czynność nie może odnieść żadnych skutków prawnych wobec Protestującego. Stanowisko Protestującego znajduje poparcie również w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej KIO/UZP 194/08, zgodnie z którym: *„Żaden z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie dopuszcza możliwości anulowania czynności dokonanej przez Zamawiającego (.....) Obowiązujące przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie dopuszczają takiej możliwości, wobec czego pismo Zamawiającego z dnia 29 lutego 2008 roku znak (...) treścią swoją anulujące rozstrzygnięcie protestu uznać należy za bezprawne działanie Zamawiającego. Nie może ono odnosić żadnych skutków prawnych wobec Odwołującego.”*. Chociaż powyższe orzeczenie dotyczy nieco innego stanu faktycznego, w zakresie czynności Zamawiającego jaką jest „anulowanie”, argumentacja w nim zawarta winna mieć zastosowanie, zdaniem Protestującego, również w niniejszej sprawie. Pzp jednoznacznie wskazuje sposób i tryb postępowania Zamawiającego w ramach postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego. Skoro Zamawiający w piśmie z dnia 15.01. 2009 r., decyzję w zakresie „anulowania” wcześniej skierowanego do Protestującego wezwania do uzupełnienia oferty, uzasadnia powstałą po swojej stronie nieprawidłowością działania, to nie może on, w świetle zapisów Pzp, kolejnym pismem anulować swojej decyzji dokonując jej ponownie. Takie zachowanie Zamawiającego potraktować należy jako próbę przerzucenia skutków własnego, niezgodnego z Pzp działania na Protestującego.

2) Naruszenie przepisu art. 61 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 Pzp, poprzez dokonanie przez Zamawiającego czynności niedopuszczalnej na gruncie nie tylko przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, ale i kodeksu cywilnego. Analizując skierowane do Protestującego dnia 22.12.2008 r. pismo, stwierdził, iż stanowiło ono oświadczenie woli Zamawiającego złożone Protestującemu w przedmiocie uzupełnienia przez Protestującego zawartego w ofercie wykazu wykonanych dostaw wraz z referencjami. Oświadczenie zostało skutecznie złożone, Protestujący zapoznał się z jego treścią i w żądanym przez Zamawiającego zakresie uzupełnił ofertę. Ponieważ Pzp sama nie reguluje problemów

związanych z oświadczeniami woli Zamawiającego czy też Protestującego poprzez art. 14 Pzp sięgnąć należy, jego zdaniem, w tym zakresie do przepisów kodeksu cywilnego. A zatem ocena złożonego przez Zamawiającego Protestującemu w dniu 15.01.2009 r. oświadczenia o anulowaniu dokonanego w dniu 22.12.2008 r. wezwania nastąpić powinna w oparciu o stosowne regulacje zawarte w kodeksie cywilnym. Ponieważ zgodnie z definicją słowa „*anulować*” zawartą w słowniku języka polskiego, oznacza ono: „*unieważnić lub odwołać jakieś zarządzenie lub zobowiązanie*”, dokonane przez Zamawiającego „*anulowanie*” wezwania jakie skierował do Protestującego potraktować należy jako próbę odwołania oświadczenia woli. Możliwość taką kodeks cywilny przewiduje w przepisie art. 61 tylko w wypadku gdy odwołanie doszło do drugiej strony wcześniej lub jednocześnie z oświadczeniem woli, które składający chce odwołać. W niniejszym postępowaniu, złożenie przez Zamawiającego oświadczenia woli o odwołaniu oświadczenia złożonego dnia 22.12.2008 r., jako sprzeczne z postanowieniami przepisu art. 61 kc, stąd też w żaden sposób nie może wywołać u Protestującego skutków prawnych.

W dniu 19.01.2009 r. Zamawiający faxem wysłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

Do postępowania przystąpił Wykonawca: SAAB Czech, s.r.o., ul. Sokolovska 79 cp.192, 18600 Praha 8, Republika Czeska zwana dalej: „SAAB”, który nie ponowił swojego przystąpienia na etapie protestu.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 21.01.2009 r. faxem, poprzez jego oddalenie. Odnosnie zarzutu naruszenia art. 2 pkt 12 Pzp uznał go za nie udowodniony - Zamawiający stosuje przepisy Pzp. Wskazał, iż w dniu 22.12.2008 r. wezwał wykonawcę do uzupełnienia wykazu o dokument, który nie potwierdzał, że Protestujący wykonywał prace polegające na zaprojektowaniu sieci telewizji kablowej opartej o medium światłowodowe. Stwierdził, że zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp wezwał do uzupełnienia oferty o wykaz wykonanych prac wskazując, że powinna być w nim umieszczona praca wykonana przez podwykonawcę, na zaprojektowanie sieci telewizji kablowej opartej o medium światłowodowe. Jednak przy ocenie ofert pod kątem spełnienia przez Wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, doświadczenie potencjalnego podwykonawcy nie może być brane pod uwagę. Dlatego też zdaniem Zamawiającego wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 22.12.2008 r. zostało dokonane niezgodnie z przepisem art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 26 ust. 3 Pzp. Uznanie przez Zamawiającego tak jak wnosi Protestujący: „*złożonego w dniu 15 stycznia 2009 r. oświadczenia o anulowaniu oświadczenia Zamawiającego z dnia 22 grudnia 2008 r. za bezprawne, a zatem nie mogące wywołać żadnych skutków prawnych w stosunku do Protestującego*” nie spowoduje, że Protestujący

będzie spełniał warunki udziału w postępowaniu, a w swym proteście nie zarzucił Zamawiającemu, iż niesłusznie twierdzi, że doświadczenie potencjalnego podwykonawcy nie może być brane pod uwagę.

Zamawiający zwrócił uwagę, iż Protestujący nie wykazał, że wykonywał prace polegające na zaprojektowaniu sieci telewizji kablowej opartej o medium światłowodowe, więc nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu z postępowania. Z tych względów Zamawiający, jak stwierdził, anulował czynność dokonaną z naruszeniem prawa i wezwał Protestującego do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust.3 Pzp. Podniósł, iż w sytuacji, w której dany wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu albo też nie przedkłada na tę okoliczność żądanych dokumentów, powinien być bezwzględnie przez Zamawiającego wykluczony z postępowania (wyrok KIO z dnia 02.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 11/07). Natomiast czynność wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu musi zostać obligatoryjnie poprzedzona wezwaniem w trybie art. 26 ust.3 Pzp do uzupełnienia brakującego dokumentu lub dokumentu zawierającego błędy, co potwierdza jednolite orzecznictwo Krajowej Izby odwoławczej (wyrok KIO z dnia 09.05.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 400/08). Tak więc, jak wskazał Zamawiający, w interesie Protestującego było aby czynność z dnia 22.12.2008 r. została anulowana.

Odnosnie drugiego zarzutu Zamawiający uznał, iż nie zostało wykazane naruszenie art. 61 Kodeksu cywilnego. Wezwanie do uzupełnienia brakujących dokumentów lub dokumentów zawierających błędy dokonane na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, jego zdaniem nosi znamiona oświadczenia wiedzy (Zamawiający stwierdził, że dokumenty załączone do oferty nie spełniają warunków udziału w postępowaniu). Powołanie się Protestującego na orzeczenie KIO o sygn. akt: KIO/UZP 194/08 nie ma zastosowania, ponieważ dotyczyło anulowania rozstrzygnięcia protestu, a więc oświadczenia woli.

W dniu 29.01.2009 r. (data nadania u operatora pocztowego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty i żądania z protestu.

Ze względu na fakt, iż w przypadku nie złożenia przez Odwołującego żądanych w piśmie z dnia 15.01.2009 r. dokumentów, Odwołujący może zostać przez Zamawiającego z niniejszego postępowania wykluczony, interes prawny Odwołującego w złożeniu niniejszego odwołania jest niewątpliwy. Przy założeniu, iż wezwanie, które skierował Zamawiający do Odwołującego dnia 22.12.2008 r. nie straciło swej mocy prawnej, a Odwołujący uzupełnił ofertę zgodnie z żądaniem Zamawiającego, który nie poddawał wówczas pod wątpliwość doświadczenia Odwołującego, spełnienie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu przetargowym przez Odwołującego nie budzi wątpliwości. Wskazał istniejące zagrożenie wykluczenia Odwołującego z postępowania na skutek braku

doręczenia dokumentów, do których złożenia po tym jak Zamawiający dokonał „*anulowania*” wcześniejszego wezwania wzywa Zamawiający. Powyższe zatem spowodować może, jak wskazał sytuację, w której Odwołujący straci możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odnosnie argumentacji szczegółowej względem wskazanych zarzutów podtrzymał ją w całości dodając:

Względem naruszenie przez Zamawiającego art. 2 pkt 12 Pzp poprzez niezastosowanie w niniejszym postępowaniu przepisów Ustawy, niezgodnie z ciążącym na Zamawiającym obowiązkiem, iż Zamawiający w piśmie rozstrzygającym protest, podniósł, iż stosuje przepisy Ustawy, nie wskazał jednak w swoich wywodach podstawy prawnej sanującej zastosowanie przez niego trybu „*anulowania*”. Przeciwnie, dalej na owo „*anulowanie*” się powołuje, dodając ponadto, iż działanie przez niego podjęte było w interesie Odwołującego. Odwołujący podkreśla, iż wszelkie czynności Zamawiającego, w zakresie przygotowania i przeprowadzenia postępowania, winny być podejmowane przede wszystkim zgodnie z Ustawą, a ponadto z zachowaniem bezstronności i obiektywizmu.

Względem naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 61 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 Pzp, poprzez dokonanie przez Zamawiającego czynności niedopuszczalnej na gruncie nie tylko przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, ale i kodeksu cywilnego, stwierdził, iż Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, wskazuje tylko, iż Odwołujący nie wykazał naruszenia art. 61 kc. oraz że wezwanie Zamawiającego z dnia 15.01.2009 r. nosi znamiona oświadczenia wiedzy, nie zaś oświadczenia woli. Dla uzasadnienia swoich twierdzeń nie podaje jednak żadnych argumentów. Odwołujący podnosi, iż bezspornie cechą wspólną oświadczeń wiedzy jest wywoływanie skutków prawnych niezależnie od woli i zamiarów działającego podmiotu. Jednakże, wezwania Zamawiającego nie można potraktować jako pisma tylko i wyłącznie o charakterze informacyjnym, o czym świadczy forma „*wezwania do uzupełnienia oferty*”, ale również wyznaczony Odwołującemu termin na dokonanie takiego uzupełnienia.

Reasumując, Odwołujący wskazał także, że działanie prawne Zamawiającego polegające na wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia oferty, z pewnością wywołuje określone konsekwencje po stronie Odwołującego, a zatem zastosowanie do przedmiotowego wezwania przepisów kodeksu cywilnego dotyczących oświadczeń woli jest w pełni uzasadnione.

Z ostrożności Odwołujący wskazał ponadto, iż przedmiotem niniejszego postępowania mogą być tylko zarzuty podniesione w proteście, a zatem skoro przedmiotem protestu Odwołujący nie uczynił problemu interpretacji art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, tj. spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, wszelkie zawarte przez

Zamawiającego w piśmie rozstrzygającym protest twierdzenia z tym związane, nie mogą być w ramach tego postępowania rozpatrywane.

Odwołujący podniósł także, iż podana przez Zamawiającego podstawa prawna rozstrzygnięcia protestu tj. art. 183 ust. 1 pkt. 3 Pzp jest błędna, bowiem Zamawiający nie rozstrzygał protestu na wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ ewentualna decyzja o wykluczeniu Odwołującego z postępowania jeszcze nie zapadła. W konsekwencji należy zauważyć, że w ten sposób Zamawiający naruszył swoim postępowaniem także przepis art. 183 ust. 4 Pzp, albowiem oddalając protest, Zamawiający powinien wskazać podstawę prawną oddalenia, a także ustosunkować się do podniesionych w nim zarzutów.

Kopie odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (wpływ bezpośredni).

W dniu 30.01.2009 r. Zamawiający przekazał firmie: SAAB (faxem) kopię odwołania i wezwał go do udziału w postępowaniu odwoławczym. Przystąpienie nie nastąpiło.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „S/WZ”, treścią spornej oferty, oraz pismami Zamawiającego z dnia 22.12.2008 r. oraz 15.01.2009 r., jak również pismem Odwołującego z dnia 30.12.2008 r. po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowiska stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że Wykonawca wnoszący odwołanie nie posiadał interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniającego do złożenia protestu i odwołania.

Izba, wyjaśnia, iż Odwołujący na rozprawie jasno określił, iż celem odwołania jest tylko i wyłącznie unieważnienie decyzji z 15.01.2009 r. w zakresie anulowania czynności z dnia 22.12.2008 r. i zachowanie w mocy czynności Zamawiającego z 22.12.2008 r. oraz ważność uzupełnienia oferty z 30.12.2008 r. Jednakże, zdaniem Izby, powyższe w żaden sposób nie wpłynie na status prawny, jak i faktyczny oferty Odwołującego, ani na jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia. Nie doznał on bowiem ani nie może doznać uszczerbku nawet w przypadku uznania, co nie miało miejsca, naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Czynność bowiem z dnia 22.12.2008 r., jak i 30.12.2008 r. ma charakter ambiwalentny.

Jednakże, Izba uznała, że mimo, iż z uwagi na brak interesu prawnego Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku odnoszenia się merytorycznie do podniesionych przez Odwołującego zarzutów, uczyni w niniejszym odwołaniu wyjątek z uwagi na charakter sprawy.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Z uwagi na charakter zarzutów:

- 1) naruszenie art. 2 pkt 12 Pzp poprzez podjęcie czynności niezgodnej z Ustawą pomimo obowiązku działania zgodnie z jej przepisami.
- 2) naruszenie art. 61 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 Pzp, poprzez dokonanie przez Zamawiającego czynności niedopuszczalnej na gruncie nie tylko przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, ale i kodeksu cywilnego; odnoszących się *de facto* do czynności oświadczenia złożonego przez Zamawiającego w dniu 15.01.2009 r., tj. oświadczenia o anulowaniu oświadczenia Zamawiającego z dnia 22.12.2008 r., Izba postanowiła rozpatrzyć ww. zarzuty łącznie, uznając niniejsze za niezasadne.

Odnośnie istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania postanowień SIWZ skład orzekający Izby ustalił:

Zamawiający w części III SIWZ: „WARUNKI ORAZ DOKUMENTY WYMAGANE OD WYKONAWCY”, pkt 12: „Warunki udziału w postępowaniu” stwierdził, iż: „W przetargu mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki:”, ppkt 12.2: „posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują lub będą dysponować potencjałem technicznym, a także dysponują lub będą dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w szczególności wykażą, że w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonywali min. 1 zamówienie odpowiadające swoim rodzaje przedmiotowi niniejszego zamówienia - w szczególności zaprojektowali min. 1 sieć teleinformatyczną przeznaczoną do obsługi min. 300 stanowisk komputerowych oraz przynajmniej jedną sieć telewizji kablowej opartej o medium światłowodowe, i zrealizować min. 1 projekt, w ramach którego wykonali okablowanie strukturalne i dostarczy urządzenia sieciowe wraz serwerami i zasilaczami awaryjnymi UPS obsługujące min. 300 stanowisk komputerowych oraz załączą dokumenty potwierdzające, że usługi te zostały wykonane należyście”.

Ponadto, Zamawiający w pkt 13: „Dokumenty, które należy przedłożyć w ofercie” wyżej wskazanej części SIWZ, w pkt 13.2: „Oświadczenia oraz dokumenty jakie należy

przedłożyć w ofercie na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu:” wskazał m.in. lit. g) wykaz wykonanych w ciągu ostatnich trzech lat (licząc od daty upływu terminu składania ofert) usług odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi niniejszego zamówienia, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu dat wykonania i odbiorców oraz załączenie dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należycie zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ.

Ponadto, Izba ustaliła co następuje:

W dniu 22.12.2008 r. Zamawiający przesłał do Odwołującego wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia zawartego w ofercie wykazu wykonanych dostaw wraz z referencjami o wykaz zrealizowanych zamówień dotyczących sieci telewizji kablowej. Stwierdził, iż w złożonej ofercie zamieszczono referencję dotyczącą wykonania przez podwykonawcę zamówienia, ale nie ujęto go w tabeli wykazu wykonanych dostaw wraz z referencjami. Określił, iż uzupełnienie oferty należy złożyć osobiście lub przesłać faksem do dnia 30.12.2008 r. do godz. 10.00 do Zamawiającego. Zaś Informacje przesłane faksem należy niezwłocznie potwierdzić listem poleconym.

W dniu 30.12.2008 r. Odwołujący przedłożył Zamawiającemu uzupełniony wykaz zrealizowanych przez podwykonawcę zamówień dotyczących sieci telewizji kablowych.

Dnia 15.01.2009 r. z kolei Zamawiający poinformował Odwołującego:

„1. (.....), że wezwanie do uzupełnienia dokumentów w dniu 22.12.2008r zostało dokonane niezgodnie z przepisem art. 22 ust.1 pkt. 2 p.z.p. dlatego czynność ta zostaje anulowana.

Zamawiający nieprawidłowo wezwał do uzupełnienia oferty o wykaz wykonanych prac wskazując, że powinna być na nim umieszczona praca wykonana przez podwykonawcę. Na etapie składania ofert Zamawiający wymaga jedynie wskazania części zamówienia, którą będzie realizował podwykonawca (art. 36 ust.4 p.z.p), dlatego dane zawarte w ofercie, a dotyczące podwykonawcy mają charakter jedynie informacyjny.

Zgodnie z pkt 12. 2 specyfikacji w przetargu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy spełniają warunku udziału w postępowaniu, w tym m.in. zaprojektowali przynajmniej jedną sieć telewizji kablowej opartej o medium światłowodowe. Wykonawcą jest firma KLK i to ona powinna wykazać się doświadczeniem w wykonywaniu tego rodzaju prac.

2. Zgodnie z art. 26 ust.3 p.z.p. wzywamy do uzupełnienia oferty o wykaz wykonanych przez spółkę KLK w ciągu ostatnich trzech lat (licząc od daty upływu terminu składania ofert) usług polegających na zaprojektowaniu przynajmniej jednej sieci telewizji kablowej opartej o medium światłowodowe z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat

wykonania i odbiorców wraz z załączeniem dokumentu potwierdzającego, że praca wykonana została należycie.

Uzupełnienie oferty oraz wyjaśnienia dotyczące oferty należy dostarczyć osobiście do siedziby Zamawiającego do pok. 316 lub przesłać faxem (.....) w terminie do 19 stycznia 2009 r. do godziny 12.00 Informacje przesłane faksem powinny być potwierdzona niezwłocznie listem poleconym”.

Ponadto, zgodnie z protokołem Komisji Przetargowej:

„Komisja uznała, że czynność z dnia 22.12.2008 r., tj. prośba o uzupełnienie przez wykonawcę (.....). dołączonego do oferty wykazu wykonanych usług wykonanych w ciągu ostatnich trzech lat licząc od daty upływu terminu składania ofert o prace wykonywane przez firmę P.H.U. „TELSAT” Grzegorz Kawka, została dokonana z naruszeniem art. 22 ust. 1 pkt. 2 Pzp. Przepis ten stanowi bowiem, że niezbędną wiedzę i doświadczenie powinien posiadać składający ofertę wykonawca, a nie wskazany w ofercie podwykonawca”.(...)

„Komisja postanowiła więc anulować dokonana 22.12.2008 r. czynność. Zgodnie z pkt 12. 2 specyfikacji w przetargu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w tym min. zaprojektowali przynajmniej jedną sieć telewizji kablowej opartej o medium światłowodowe, Wykonawcą jest firma KLK S.A. i to ona powinna wykazać się doświadczeniem w wykonywaniu tego rodzaju prac”. (...)

„Komisja postanowiła wezwać wykonawcę KLK S.A. do uzupełnienia (w trybie art. 26 ust.3 p.z.p.) oferty o wykaz wykonanych przez spółkę KLK w ciągu ostatnich trzech lat (licząc od daty upływu terminu składania ofert) usług polegających na zaprojektowaniu przynajmniej jednej sieci telewizji kablowej opartej o medium światłowodowe z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców wraz z załączeniem dokumentu potwierdzającego, że praca wykonana została należycie”.

Analizując w/w zapisy SIWZ oraz zaistniały stan faktyczny w odniesieniu do zarzutów postawionych przez Odwołującego, Izba stwierdziła co następuje:

Izba stwierdza, iż po pierwsze art. 2 pkt 12 Pzp jest typową definicją ustawową, a więc przepisem, który nie ma bytu samodzielnego, a służy wyłącznie do precyzowania treści innych przepisów, nie wynikają z niego żadne bezpośrednie konsekwencje.

Po drugie, orzeczenie Izby przywołane przez Odwołującego odnosi się do rozstrzygnięcia protestu i nie ma zastosowania w przedmiotowym stanie faktycznym.

Po trzecie, Izba zauważa, iż Odwołujący wnosząc o uznanie za bezskuteczną czynności Zamawiającego z dnia 15.01.2009 r., jako niezgodnej z prawem, tj. Pzp i kc *de facto* dopuścił możliwość uznania za bezskuteczną czynności z dnia 22.12.2008 r. Przyznał

więc, iż działania niezgodne z prawem, z mocy prawa nie mogą wywoływać negatywnych konsekwencji wobec osób trzecich.

Po czwarte, Izba wyjaśnia, iż pismo Zamawiającego z dnia 15.01.2009 r. zawierało dwie odrębne czynności „*anulowanie*” czynności z dnia 22.12.2008 r., jak i prawidłowe zdaniem Zamawiającego wezwanie do uzupełnienia oferty zgodne z art. 26 ust. 3 w związku z art. 22 ust.1 pkt 2 Pzp. Izba nie zamierza odnosi się do kwestii samego wezwania w piśmie z dnia 15.01.2009 r. uznając, iż nie jest to przedmiotem odwołania (zgodnie z stanowiskiem Odwołującego z odwołania, jak i z rozprawy). Względem czynności „*anulowania*”, Izba uznała, iż ma ona charakter informacyjny, tzn. informacji o sytuacji prawnej i nie jest oświadczeniem woli w rozumieniu art. 61 kc w związku z art. 14 Pzp. Zamawiający informowała tylko i wyłącznie, iż czynność z dnia 22.12.2008 r. jest nieważna z mocy prawa.

Jednocześnie Izba zwraca uwagę, iż zgodnie z art. 191 ust. 1a Pzp uwzględnienie odwołania następuje, jeżeli stwierdzone naruszenie przepisów ustawy miało wpływ lub może mieć wpływ na wynik postępowanie. W niniejszym stanie faktycznym Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów ustawy, co więcej działania Zamawiającego w żaden sposób nie miały ani nie mogły mieć wpływu na jego wynik.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. 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 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*