

Sygn. akt: KIO 1526/12

**WYROK**  
**z dnia 2 sierpnia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk**

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lipca 2012 r. przez **Jacka Gontarza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma JAK-BUD Jacek Gontarz, ul. Wiejska 34, 14-500 Braniewo** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Braniewo, ul. Moniuszki 5, 14-500 Braniewo**

**orzeka:**

- 1. oddała odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża **Jacka Gontarza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma JAK-BUD Jacek Gontarz, ul. Wiejska 34, 14-500 Braniewo** i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Jacka Gontarza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma JAK-BUD Jacek Gontarz, ul. Wiejska 34, 14-500 Braniewo** tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2 zasądza od **Jacka Gontarza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma JAK-BUD Jacek Gontarz, ul. Wiejska 34, 14-500 Braniewo** na rzecz **Gminy Braniewo, ul. Moniuszki 5, 14-500 Braniewo** kwotę: **4 881 zł 92 gr** (słownie: cztery tysiące osiemset osiemdziesiąt jeden złotych dziewięćdziesiąt dwa groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego, koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę pełnomocników Zamawiającego oraz koszty diety pełnomocnika Zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Elblągu**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Gmina Braniewo (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Przebudowę ze zmianą sposobu użytkowania budynku administracyjno-biurowego w Bemowiznie na lokale socjalne i budowę przyłącza C.O.”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 13 czerwca 2012 r. pod nr 200236 – 2012.

W postępowaniu tym Jacek Gontarz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma JAK-BUD Jacek Gontarz z siedzibą w Braniewie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 18 lipca 2012 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Złożone odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty wykonawcy Apartament s.c. Zofia Szurpicka i Leszek Romanowski z siedzibą w Braniewie (dalej: „Apartament”) oraz na odrzuceniu oferty Odwołującego. Informacja o powyższych czynnościach została przekazana Odwołującemu faksem w dniu 13 lipca 2012 r. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 18 lipca 2012 r.

Izba postanowiła skierować odwołanie do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 31 lipca 2012 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego:

### I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący w swoim odwołaniu wskazał na następujące naruszenia:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji gdy jego oferta spełniała wszelkie wymogi formalne, czego konsekwencją było dokonanie wyboru oferty innego wykonawcy z pominięciem oferty Odwołującego, która jest ofertą poprawną formalnie;

- 2) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez jego zastosowanie i wezwanie Odwołującego do uzupełnienia oferty i przedłożenia oświadczeń stanowiących załączniki nr 2, 4 i 5 SIWZ;
- 3) art. 26 ust. 4 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie, w sytuacji gdy koniecznym było zastosowanie go w odniesieniu do wykonawcy Apartament;
- 4) art. 8 ustawy Pzp, poprzez uniemożliwienie zapoznania się z ofertą przetargową przedłożoną przez wykonawcę Apartament w zakresie weryfikacji referencji przedłożonych przez tego wykonawcę;
- 5) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 6) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego doszło do nieuzasadnionego uprzywilejowania podmiotu obecnie realizującego zadania będące przedmiotem zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) poprzez zmianę pkt X ust. 1 i usunięcie zapisu *„robotami budowlanymi, których przedmiotem była budowy, przebudowa lub remontu obiektu mieszkalnego”* i wprowadzenie w jego miejsce zapisu *„robotami remontowymi lub budową budynków mieszkalnych”*,
3. nakazanie zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o przedmiotowe zamówienie, w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji,
4. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
5. nakazanie Zamawiającemu umożliwienie Odwołującemu zapoznanie się z ofertą przetargową przedłożoną przez wykonawcę Apartament w zakresie weryfikacji referencji przedłożonych przez tego wykonawcę,
6. unieważnienie dokonania wyboru oferty wykonawcy Apartament,
7. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przypisanych.

Ponadto Odwołujący wniósł o: przeprowadzenie dowodu z całości dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia będącego przedmiotem odwołania, w tym

w szczególności z postanowień SIWZ do ogłoszenia z dnia 20.04.2012 r., zawiadomienia z dnia 20.06.2012 r., odpowiedzi z dnia 22.06.2012 r., pism Odwołującego z dnia 04.07.2012 r., 10.07.2012 r.

W uzasadnieniu swojego odwołania Odwołujący podkreślił, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy złożone odwołanie jest drugim postępowaniem w tym zakresie albowiem pierwszy przetarg w dniu 17.05.2012 r. został przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp unieważniony, z uwagi na to, iż „(...) w ofertach nie uwzględniono ceny za część zamówienia, jakim było wyposażenie lokali w kuchnie gazowe wraz z butlami gazowymi 11 kg i montażem pochłaniaczy oparów”. Wskazał też, że podstawą unieważnienia oferty w tym postępowaniu nie było niespełnienie przez oferentów wymogów formalnych, o jakich mowa w art. 25 ustawy Pzp. Podniósł, że w dniu 13.06.2012 r. Zamawiający ponownie ogłosił przetarg nieograniczony na realizację tego samego zadania. W ust. 1 pkt X SIWZ jako warunek formalny przystąpienia do przetargu Zamawiający wskazał wykazanie się przez wykonawców co *najmniej 3 robotami budowlanymi których przedmiotem była budowa, przebudowa lub remontu obiektu mieszkalnego o wartości każdy co najmniej 1.200.000 złotych brutto*. Ponieważ odmiennie niż w pierwszym przetargu z dnia 20.04.2012 r. określono warunki formalne - wykaz robót, jakimi ma się wykazać wykonawca przystępujący do przetargu (co *najmniej 3 robotami remontowymi lub budową budynków mieszkalnych każda o wartości 1.200.000zł brutto*), Odwołujący w dniu 20.06.2012 r. wystąpił do Zamawiającego z zapytaniem „Czy będzie również brany pod uwagę Wykonawca, który wykaże się zgodnie z poprzednim ogłoszeniem z dnia 20.04.2012 r.?” W odpowiedzi zamieszczonej na stronie internetowej Zamawiający wskazał, iż: „uzna Wykonawcę zdolnego do wykonania zamówienia, jeżeli wykaże się robotami remontowymi”. Po uzyskaniu odpowiedzi tej treści Odwołujący podkreślił, że złożył ofertę w postępowaniu przetargowym na w/w zadanie. Wskazał też, że w dniu 03.07.2012 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia oferty poprzez dołączenie oświadczenia wykonawcy o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (załącznik nr 2), wykazu wykonanych robót budowlanych (załącznik nr 4) oraz oświadczenia wykonawcy o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania (załącznik nr 6). We wskazanym terminie Odwołujący dostarczył stosowną dokumentację, natomiast w dniu 13.07.2012 r. Zamawiający za pośrednictwem faksu zawiadomił Odwołującego o rozstrzygnięciu przetargu, w tym o wyborze oferty Apartament i odrzuceniu m.in. oferty Odwołującego. W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, iż Odwołujący nie spełnił wymogu zawartego w pkt X.1 SIWZ.

Biorąc powyższe pod uwagę Odwołujący wskazał, że z akt postępowania przetargowego, w szczególności w odpowiedzi Zamawiającego z dnia 22.06.2012 r. na

zapytanie Odwołującego z dnia 20.06.2012 r. wynika, iż spełnił on wymóg wykazania się co najmniej 3 robotami remontowymi, których wartość każdej z nich przekracza 1.200.000 pln. Przedstawiono referencje na wykonanie 3 robót remontowych, których poszczególna wartość przekraczała kwotę 1.200.000 pln. W ocenie Odwołującego niezasadnym było wzywianie go na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentacji. Takie postępowanie Zamawiającego, a więc zmiana pkt X.1 SIWZ, udzielenie konkretnej odpowiedzi na konkretnie zadane pytanie była – w jego ocenie - nieuczciwym i ewidentnym działaniem na szkodę Odwołującego.

Odwołujący wskazał także, że w dniu 10.07.2012 r. wystąpił do Zamawiającego o zweryfikowanie na podstawie art. 26 ustawy Pzp referencji wykonawcy Apartament. Zastrzeżenia Odwołującego budziły referencje z dnia 08.03.2011 r. i 16.11.2011 r., jakie przedłożyła w/w spółka cywilna, w szczególności w zakresie kto był rzeczywistym inwestorem a kto wykonawcą robót, czy poszczególni wspólnicy spółki czy też spółka. Zamawiający w dniu 13.07.2012 r. odmówił Odwołującemu ponownego zapoznania się z ofertą Apartament w zakresie, w jakim referencje te zostały zweryfikowane. Z ustnej wypowiedzi członka komisji przetargowej pani E..... B..... wynikało – jak wskazał Odwołujący - że sposób weryfikacji referencji jest niejawnym i zastrzeżony do wyłącznej kompetencji komisji przetargowej. Pisemnego stanowiska Zamawiającego w tym zakresie Odwołujący nie otrzymał. W tym zakresie Odwołujący podkreślił, iż zgodnie z treścią art. 8 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne i tylko w wypadkach wskazanych w ustawie Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem. Wskazał, iż przepis ten dalej stanowi, iż nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Odwołujący podkreślił, że w dniu 03.07.2012 r., kiedy zapoznawał się z ofertą Apartament takiego zastrzeżenia w tej ofercie nie było, dlatego też postępowanie Zamawiającego w tym zakresie było dla Odwołującego niezrozumiałe i nie pozwalało na stwierdzenie czy referencje rzeczywiście zostały zweryfikowane stosownie do postanowień art. 26 ustawy Pzp oraz w jaki sposób, a jednocześnie powyższe stanowi naruszenie art. 8 ustawy Pzp.

W następnej kolejności Odwołujący wskazał, iż dokonana przez Zamawiającego zmiana SIWZ w zakresie rodzaju robót, jakimi powinni się wykazać przystępujący do przetargu wykonawcy, stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Podkreślił, iż skoro podstawą unieważnienia pierwszego przetargu było nie ujęcie w ofertach wszystkich prac a niespełnienie przez wykonawców wymogów w zakresie wykazania się stosowanymi robotami, to nie było jakichkolwiek podstaw do tego by zmieniać postanowienia SIWZ w tym

zakresie. Wskazał, iż określenie przez Zamawiającego w SIWZ warunków udziału w postępowaniu, powinno się odbywać z uwzględnieniem dyspozycji art. 22 i 25 ustawy Pzp oraz powiązanego z nimi art. 7 ustawy Pzp. Ustalenie warunków faktycznej zdolności danego wykonawcy do wykonania zamówienia nie może prowadzić do nieuzasadnionej dyskryminacji oferentów. Każde odstępianie od ww. zasad przez formułowanie warunków nadmiernych (nieadekwatnych do przedmiotu zamówienia) należy uznać za działanie niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów Pzp, zwłaszcza art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 22 Pzp; przywołał w tym zakresie wyrok ZA UZP z dnia 4 lipca 2005 r., UZP/ZO/O-1593/05. Według niego skoro w pierwszym, wprawdzie unieważnionym przetargu, wystarczyło, aby przystępujący do przetargu wykazał się co najmniej 3 robotami remontowymi lub budową budynków mieszkalnych to niezrozumiałym jest zmienienie SIWZ w tym zakresie, zwłaszcza, że zakres pojęciowy roboty budowlane jest znacznie szerszy niż budowa lub przebudowa budynków mieszkalnych. Skoro przedmiotem zamówienia jest przebudowa budynku administracyjnego na lokale socjalne a nie jego budowa od podstaw, to, w ocenie Odwołującego, nie było koniecznym wykazanie się robotami, o jakich mowa w pkt X.1 SIWZ, zwłaszcza w odniesieniu do wymagań stawianych oferentom przy pierwszym unieważnionym przetargu. Takie zachowanie Zamawiającego – według Odwołującego - uznać należy za celowe ograniczenie Odwołującemu udziału w postępowaniu.

Odwołujący podkreślił też, że zapis zaskarżony przez Odwołującego w pkt X.1 SIWZ nie spełnia zasady równego traktowania wykonawców i w jego ocenie w tym zakresie doszło do nieuzasadnionego podniesienia tzw. poprzeczki w zakresie prac, jakimi ma się wykazać przystępujący do przetargu. Zaostrzenie wymogów stanowi natomiast ewidentne ograniczenie udziału w postępowaniu nie tylko Odwołującemu, ale także innym przedsiębiorcom i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o jakim mowa w ustawie z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wskazał, że zmiana warunków udziału w przetargu niewątpliwie miała na celu wyeliminowanie Odwołującego, natomiast przedstawione powyżej kryteria udziału w postępowaniu nie mają jakiegokolwiek uzasadnienia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia i ewidentnie naruszają zasadę uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp, art. 22 Pzp - tym samym są sprzeczne z przepisami ustawy Pzp, a jako takie nie mogą się ostać.

Odwołujący w toku rozprawy podtrzymał zarzuty, żądania i argumentację podniesione w odwołaniu.

## II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający w piśmie z dnia 30 lipca 2012 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania obejmujących wynagrodzenie radcy prawnego oraz wydatki radcy prawnego. Ponadto Zamawiający wniósł o:

- dopuszczenie dowodu z akt przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym dokumentów wymienionych w uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie,
- dopuszczenie dowodu z zeznań świadka Pani E..... B..... na okoliczność sposobu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz motywów i okoliczności dokonanych w postępowaniu czynności dotyczących Odwołującego oraz Apartament.

Zamawiający podkreślił, że zarzuty, wnioski i argumenty zawarte w odwołaniu nie znajdują oparcia w przepisach ustawy Pzp ani też w dokumentacji zgromadzonej w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto podkreślił, że Odwołujący, na którym - stosownie do art. 6 Kc w związku z art. 14 ustawy Pzp - spoczywa ciężar dowodowy, nie przedstawił w odwołaniu jakichkolwiek dowodów na poparcie twierdzeń, z których wywodzi skutki prawne. Według Zamawiającego wywody zawarte w odwołaniu należy ocenić jako subiektywny i nietrafny pogląd na przebieg postępowania, którego rezultat jest dla Odwołującego niekorzystny. Co do zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podkreślił, że oferta tego wykonawcy nie stanowi potwierdzenia warunku realizacji trzech robót budowlanych, których przedmiotem była budowa, przebudowa lub remont obiektu mieszkalnego o wartości każdy co najmniej 1 200 000 zł brutto. Chybione są według Zamawiającego argumenty Odwołującego, który wywodzi prawidłowość przedłożonej dokumentacji z faktu odmiennego zapisu SIWZ w poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i rzekomej nieadekwatności wymagań Zamawiającego do przedmiotu zamówienia. Wadliwe jest, zdaniem Zamawiającego, powoływanie się przez Odwołującego na zapisy SIWZ w unieważnionym postępowaniu przetargowym. Podstawowe i decydujące znaczenie mają bowiem zapisy SIWZ obowiązującego w bieżącym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający podkreślił, że sporządzając zapisy SIWZ w niniejszym postępowaniu nie był związany zapisami poprzedniego SIWZ, ale związany obowiązującymi przepisami ustawy Pzp w dacie przygotowania postępowania i aktualnymi okolicznościami faktycznymi i prawnymi dotyczącymi przedmiotu zamówienia. Podkreślił, że sformułował zapisy SIWZ



biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, a w szczególności rodzaj inwestycji będącej przedmiotem zamówienia. Wskazał, że przedmiotem zamówienia jest przebudowa budynku administracyjnego na budynek mieszkalny, a w takiej sytuacji wymóg zawarty w pkt X SIWZ wykazania się doświadczeniem w zakresie wykonywania robót budowlanych, których przedmiotem była budowa, przebudowa lub remont budynku mieszkalnego nie sposób uznać za nieadekwatny lub zaostrożony. Według Zamawiającego wystarczającym dla realizacji tego typu inwestycji doświadczeniem nie może być wykazanie się wykonywaniem robót budowlanych dotyczących zupełnie innych pod względem technicznym i konstrukcyjnym budynków użytkowych bądź przemysłowych. Powołując się na orzecznictwo KIO na poparcie swojego stanowiska (KIO 1927/10), wskazał, że sformułowanie warunków udziału w postępowaniu wyznaczone jest granicą naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Wskazał też, że doświadczenie zdobyte w budowie obiektów podobnych do przedmiotu zamówienia stanowi o doświadczeniu niezbędnym do realizacji zamówienia, za niezbędne zaś należy uznać takie doświadczenie w realizacji robót budowlanych, które stopniem skomplikowania i wielkością odpowiada robotom, stanowiącym przedmiot zamówienia.

Zamawiający stanowczo zaprzeczył też jakoby w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do zmiany w porównaniu do SIWZ unieważnionego postępowania w zakresie wymagań związanych z doświadczeniem wykonawców (pkt X SIWZ) pozwalających na formułowanie zarzutów o podwyższeniu poprzeczki lub zaostrożeniu wymogów. Wskazał, że nieuzasadnione są twierdzenia Odwołującego o naruszeniu przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i popełnieniu czynu nieuczciwej konkurencji, ponieważ tego typu nieprawidłowość może być popełniona przez innego wykonawcę, a nie przez Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących braku weryfikacji przez Zamawiającego oferty Apartament, ponieważ oferta tego wykonawcy podlegała identycznej weryfikacji jak oferta Odwołującego i z tego powodu wykonawca ten został podobnie jak Odwołujący wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełniania dokumentów. Wykonawca Apartament w przeciwieństwie do Odwołującego uzupełnił dokumenty, co umożliwiło Zamawiającemu uznanie, że wykonawca ten spełnia wymagania SIWZ dotyczące wymaganego doświadczenia. W tym zakresie Zamawiający, powołując się na orzecznictwo KIO, stwierdził także, że przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), nie ograniczają kręgu podmiotów uprawnionych do wystawiania dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia i w związku z tym uprawnionym do wystawiania dokumentów jest

podmiot, który bezpośrednio zlecił i odebrał zamówienie, nawet jeśli jest także wykonawcą, gdyż tylko on jest władny ocenić należyte wykonanie zobowiązań wynikających z umowy.

Zamawiający podniósł także, że nieuzasadnionym jest również zarzut Odwołującego dotyczący braku ujawnienia Odwołującemu treści oferty Apartament. Oferta ta została Odwołującemu udostępniona i miał on możliwość jej sfotografowania, co zresztą znajduje potwierdzenie w treści odwołania. Co do zarzucanego braku pisemnego stanowiska co do wyjaśnienia sposobu weryfikacji referencji Apartament Zamawiający podkreślił, że przepisy ustawy Pzp nie przewidują pisemnych wyjaśnień Zamawiającego w tym zakresie. Wskazał na przepisy ustawy, na podstawie których Zamawiający bądź wyjaśnia treść SIWZ (art. 38 ustawy Pzp), bądź wzywa wykonawcę do wyjaśnienia treści złożonych dokumentów lub wyjaśnień (art. 26 ust. 4 ustawy Pzp) lub żąda wyjaśnień treści oferty (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp). Podkreślił, że o pozytywnej bądź negatywnej weryfikacji spełniania przez wykonawców wymogów dotyczących ofert oraz o rozstrzygnięciu postępowania wykonawcy są zawiadamiani w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej lub o odrzuceniu oferty.

W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko zawarte w odpowiedzi na odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania w całości, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła jednak, że nie jest uprawniona do merytorycznego rozpoznawania niektórych zarzutów odwołania z racji tego, że stanowią one wypełnienie dyspozycji art. 189 ust. 2 pkt 3 i 6 ustawy Pzp. Odwołujący w treści odwołania podnosi zarzut nieuprawnionego ukształtowania przez Zamawiającego zapisów SIWZ dotyczących opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego od wykonawców w tym postępowaniu doświadczenia, domagając się jednocześnie usunięcia tego zapisu SIWZ (pkt X ust. 1 SIWZ) i podnosząc w tym zakresie również zarzut czynu nieuczciwej konkurencji oraz naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. Izba stwierdziła, że zarzut ten został przez Odwołującego podniesiony po upływie terminu. Zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp zarzuty odwołania dotyczące treści ogłoszenia o zamówieniu (w którym informacja o opisie warunków jest zamieszczana), jak

i postanowień SIWZ w przetargu nieograniczonym (opis warunku również znajduje się w treści SIWZ) w zamówieniach, których wartość nie przekracza tzw. „progów unijnych” (wartości zamówień, o których mowa w rozprawdzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 282, poz. 1650)) odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub SIWZ na stronie internetowej. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym otwarcie ofert miało miejsce w dniu 28 czerwca 2012 r. i w którym nastąpił już wybór oferty najkorzystniejszej z pewnością wskazany w przywołanym przepisie ustawy Pzp termin na podniesienie zarzutów wobec opisu warunków w SIWZ już upłynął.

Co do drugiej z wymienionych przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, tj. przesłanki wynikającej z pkt 6 wskazanego przepisu ustawy Pzp Izba stwierdziła, że wobec jej wypełnienia nie znajduje podstaw do merytorycznego rozpoznania:

- zarzut dotyczący zaniechania wezwania przez Zamawiającego wezwania wykonawcy Apartament do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp,
- zarzut zastosowania żądania wezwania przez Zamawiającego uzupełnienia oferty Odwołującego o oświadczenia stanowiące załącznik nr 2, 4 i 5 do SIWZ oraz
- zarzut uniemożliwienia zapoznania się z ofertą Apartament w zakresie weryfikacji referencji przedłożonych przez tego wykonawcę.

Stosownie do art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp nie podlega merytorycznemu rozpoznaniu odwołanie dotyczące innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość nie przekracza wartości progów unijnych. Przywołany art. 180 ust. 2 ustawy Pzp przewiduje dla zamówień o mniejszej wartości (poniżej wartości progów unijnych) ograniczoną możliwość zaskarżenia w trybie odwoławczym do ściśle określonych w tym przepisie czynności, tj. do:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania ocenę,
- 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania,
- 4) odrzucenia oferty odwołującego.

Ustawodawca zatem przewidział, że w zamówieniach o wartości poniżej progów unijnych nie istnieje możliwość podnoszenia zarzutów dotyczących oceny innych ofert

złożonych w postępowaniu przez Zamawiającego, także w zakresie zaniechania wobec nich określonej procedury wyjaśnienia treści dokumentów oświadczeń, czy wyjaśnienia treści oferty, jak również nieujawniania jakiegokolwiek dokumentacji z postępowania o zamówienie publiczne dotyczącej oferty konkurencyjnej. Przepisy te nie przewidują także możliwości zaskarżenia innej czynności Zamawiającej odnoszącej się do oferty Odwołującego takiej jak wezwanie do uzupełniania dokumentów. Wykonawca w takim postępowaniu posiada uprawnienie do zaskarżenia co najwyżej skutków takiego wezwania do uzupełniania dokumentów, tj. czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania bądź odrzucenia jego oferty. Tylko zatem w tym zakresie (odrzucenie oferty Odwołującego) złożone odwołanie mogło podlegać rozpoznaniu na przeprowadzonej przez Izbę rozprawie.

Izba rozpoznając odwołanie na rozprawie ustaliła, że odwołanie podlega oddaleniu z uwagi na brak wypełnienia materialnoprawnej przesłanki rozpatrzenia odwołania, opisanej w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Jak ustalono w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron wykonawcą ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego byli wykonawcy wspólnie ubiegający się o to zamówienie, tj. Konsorcjum „JAK-BUD-PP-B EKOBUD” w składzie: Jacek Gontarz, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: „JAK-BUD” Jacek Gontarz oraz PP-B Ekobud S.C. Ewa i Remigiusz Owczarek. Potwierdzeniem powyższego jest treść oferty złożona w przedmiotowym postępowaniu, do której dołączona została umowa konsorcjum z dnia 25 kwietnia 2012 r. zawarta pomiędzy tymi dwoma firmami, jak również dokumenty podmiotowe załączone do oferty, odnoszące się także do drugiego z konsorcjantów, w tym także list referencyjny przedłożony na potwierdzenie spełniania warunku doświadczenia w postępowaniu. Okoliczność tę potwierdził także w toku posiedzenia przed Izbą sam Odwołujący. Jednocześnie Izba ustaliła, że przedmiotowe odwołanie zostało wniesione przez Jacaka Gontarza, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: „JAK-BUD” Jacek Gontarz. Cała treść odwołania, jak i załączone do niego dokumenty nie wskazują na działanie tego podmiotu (firmy) w imieniu i na rzecz dwóch podmiotów. Żadne sformułowanie zawarte w treści odwołania nie pozwala na twierdzenie, że odwołanie zostało złożone przez wykonawcę, który ubiega się dane zamówienie publiczne, a tylko przez jedną firmę prowadzoną przez Pana Jacka Gontarza, która to firma przymiotu wykonawcy w tym postępowaniu – stosownie do definicji pojęcia „wykonawca”, zawartej w art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, nie posiada. O zamówienie publiczne ubiegają się bowiem wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne, a nie firma „JAK-BUD” Jack Gontarz. Tym samym zatem Odwołujący, składając samodzielnie odwołanie, nie wykazał – zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp – że wskutek dokonania określonych czynności przez Zamawiającego, co do których podniesione zostały zarzuty odwołania, utracił szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Skoro

bowiem Odwołujący nie jest wykonawcą w przedmiotowym postępowaniu (nie ubiega się samodzielnie o zamówienie publiczne) wskazując na określone w treści odwołania rzekome naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego, nie wykazał interesu w podnoszeniu tych zarzutów. Tym samym Izba w związku z brakiem wykazania po stronie Odwołującego uszczerbku w interesie tego podmiotu, wyrażającym się w pozbawieniu go szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia jako wykonawcy, nie mogła merytorycznie rozpoznać zarzutów odwołania. W przypadku braku zmaterializowania się przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp skutkują koniecznością oddalenia odwołania bez merytorycznego odniesienia się do zarzutów odwołania.

Na marginesie tylko Izba zwraca tylko uwagę, że podnoszenie zarzutów odwołania powinno mieć odniesienie do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stosownie bowiem do art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powoływanie się na zmianę opisu warunku udziału w postępowaniu i tym samym nieuprawniony zakres tego opisu warunku w stosunku do warunku opisanego we wcześniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które dodatkowo zostało przez Zamawiającego unieważnione, jest nieuprawnione. Każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, nawet jeśli dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia, podlega odrębnie określonym regułom przewidzianym dla postępowania o zamówienie publiczne opisanym w przepisach ustawy Pzp, w tym także jeśli chodzi o wnoszenie środków ochrony prawnej. Każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 7a ustawy Pzp, rozpoczyna się od publicznego ogłoszenia o zamówieniu (tak w przypadku przetargu nieograniczonego) lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji. Postępowanie to może zakończyć się bądź osiągnięciem podstawowego celu prowadzenia tego postępowania, tj. udzieleniem zamówienia publicznego poprzez podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranym w postępowaniu wykonawcą, bądź też unieważnieniem tego postępowania, w sytuacji, gdy wypełnienie znajdzie którakolwiek z przesłanek ustawowych określonych w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp. Każdy wykonawca zainteresowany uzyskaniem danego zamówienia publicznego powinien dochodzić swoich praw w konkretnym postępowaniu, podnosząc zarzuty dotyczące danych czynności czy zaniechań zamawiającego podejmowanych w toku konkretnego postępowania o zamówienie publiczne na właściwym jego etapie i przy zachowaniu ustawowych terminów do ich podniesienia.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, obciążając nimi Odwołującego. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła

- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczzonego przez Odwołującego w wysokości 10 000 zł;
- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2 lit. b) wskazanego rozporządzenia – koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600 zł;
- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2 lit. a) wskazanego rozporządzenia – koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę pełnomocników Zamawiającego w łącznej kwocie: 1 258,92 zł;
- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2 wskazanego rozporządzenia – koszty diety pełnomocnika Zamawiającego będącego jego pracownikiem.

Izba nie uwzględniła kosztów wskazanych w rachunku Zamawiającego jako wartość wynagrodzenia za 1 dzień pracy pełnomocnika Zamawiającego, uznając, że powyższy koszt mieści się w ramach kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego, które to koszty - stosownie do przywołanych powyżej regulacji (§ 3 pkt 2 lit. b)) – mogą zostać zasądzone w maksymalnej wysokości 3 600 zł, niezależnie od ilości pełnomocników ustanowionych w sprawie.

**Przewodniczący:** .....