

Sygn. akt: KIO 1914/12

**WYROK**  
**z dnia 21 września 2012 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Bogdan Artymowicz**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 września 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 września 2012 roku przez wykonawcę **W..... P..... K..... D..... Polonia Spółka Jawna, Al. Kościuszki 29, 21-400 Łuków** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Urząd do Spraw Cudzoziemców, ul. Koszykowa 16, 00-564 Warszawa 10,**

przy udziale wykonawcy **W..... P.....** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **MITEX W..... P.....**, ul. **Ustronie 29/9, 95-073 Grotniki**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie.**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **W..... P..... K..... D..... Polonia Spółka Jawna, Al. Kościuszki 29, 21-400 Łuków, i**
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **W..... P..... K..... D..... Polonia Spółka Jawna, Al. Kościuszki 29, 21-400 Łuków** tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

Zamawiający, Skarb Państwa – Urząd do spraw Cudzoziemców z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „zakwaterowanie i wyżywienie cudzoziemców ubiegających się o nadanie statusu uchodźcy w RP”.

Pismem z dnia 31 sierpnia 2012 r., zamawiający poinformował o wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej także jako „Pzp”]. Jednocześnie tym samym pismem poinformował, iż działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odrzucił ofertę wykonawcy: W..... P....., K..... D..... „Polonia” Sp. j. z siedzibą w Łukowie [dalej także jako „Polonia Sp. j.”], z uwagi na niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia [dalej także jako „SIWZ”].

Wobec takich czynności zamawiającego w dniu 10 września 2012 r., odwołanie złożył wykonawca Polonia Sp. j. z siedzibą w Łukowie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 87 ust. 1 Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego oraz zaniechanie rzetelnej oceny ofert w tym wszelkich wyjaśnień w zakresie ewentualnej niezgodności;
- 2) art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez unieważnienie postępowania, pomimo, że wpłynęła oferta nie podlegająca odrzuceniu tj. oferta odwołującego.

Odwołujący wnosił o:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty;
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie oferty odwołującego;
- 3) dokonanie wyboru oferty odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołujący wskazywał, iż wymagania z pkt 3.7.6 lit. b SIWZ nie dotyczyły boisk sportowych i infrastruktury sportowej oraz placu zabaw. W ocenie odwołującego wymagania związane z infrastrukturą sportową związane były z dodatkowym elementem oferty, który miał być punktowany i którego brak nie stanowił o niezgodności treści oferty z wymaganiami SIWZ. Ponadto odwołujący podnosił, iż zamawiający błędnie zakwalifikował rusztowanie z siatką na boisku do siatkówki, stelaż z koszem do koszykówki oraz bramki do piłki nożnej jako słupy lub słupki o których mowa w pkt 3.7.6. lit. b SIWZ. Odwołujący podkreślał, iż wymagania w zakresie terenu ośrodka nie dotyczyły szczegółowych elementów, takich jak elementy infrastruktury sportowej oraz placów zabaw. Skoro infrastruktura sportowa nie była elementem koniecznym a jedynie decydowała o przyznaniu dodatkowych punktów, w ocenie odwołującego, zamawiający winien był co

najwyżej nie przyznać punktów, jednakże nie mogło to stanowić o niezgodności oferty z treścią SIWZ. Odwołujący stwierdził, że jeśli jego oferta w swojej podstawowej treści odpowiada podstawowym wymogom SIWZ to elementy dodatkowe, tworzące dodatkową punktację winny być decydować wyłącznie o tej punktacji.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający, Skarb Państwa – Urząd do spraw Cudzoziemców z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „zakwaterowanie i wyżywienie cudzoziemców ubiegających się o nadanie statusu uchodźcy w RP”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 lipca 2012 r., pod numerem 2012/S 134-223414.

Zgodnie z pkt 3 SIWZ przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług w zakresie zakwaterowania i wyżywienia cudzoziemców ubiegających się o nadanie statusu uchodźcy w RP. W pkt 3.7. SIWZ zamawiający określił warunki jakie musi spełniać obiekt, w którym będą świadczone wszystkie przedmiotowe usługi. Zgodnie z pkt 3.7.6. SIWZ zamawiający określił, iż:

„(...) Dodatkowo muszą być spełnione niżej wymienione warunki dotyczące obiektu w którym będą świadczone usługi będące przedmiotem postępowania:

- na dzień składania ofert oraz od dnia składania ofert do momentu zakończenia umowy – warunki określone w ppkt-ach a) – r),
- w okresie obowiązywania umowy warunki określone w ppkt-ach a) – r) oraz warunki określone w ppkt-ach s) – bb).

Wykonawca zobowiązany jest zapewnić:

(...)

b) trwale ogrodzony teren obiektu ośrodka z zamykaną bramą wjazdową oraz trwałe wyгородzenie wszelkich urządzeń, przedmiotów i innych obiektów znajdujących się na terenie zewnętrznym okalającym budynek ośrodka, zagrażających w ocenie Zamawiającego bezpieczeństwu zamieszkujących w nim osób np. zbiorniki z gazem lub olejem opałowy, budynki przeznaczone do rozbiórki, szamba, betonowe płyty, głęboki, niezabezpieczony daszkiem wjazd do podziemia budynku itp.(...) Znajdujące się na terenie ośrodka wszystkie słupy elektryczne lub oświetleniowe, wszelkie inne słupy lub maszty oraz wszelkie wystające z ziemi słupki, kominki itp. (bez względu na ich wysokość) powinny zostać właściwie zabezpieczone (dopuszczalne zabezpieczenie w postaci np. specjalnych materacy ochronnych) lub wyгородzone. Drzewa nie będą

traktowane jako elementy niebezpieczne pod warunkiem, że nie będą połamane, bez odłamanych zwisających gałęzi.”.

W pkt 13 SIWZ zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert: cena - 30%, warunki lokalowe - 50%, odległość obiektu od siedziby zamawiającego - 20%. Zamawiający wskazał, iż Komisja dokona oceny w kryterium „warunki lokalowe” stosując następujące zasady:

- 1) za stan obiektu odpowiadający minimalnym wymaganiom określonym w pkt 3.7.5 i 3.7.6 – Komisja przyzna 1 punkt,
- 2) za stan obiektu wykraczający poza określone minimum wykonawca może otrzymać dodatkowe punkty przyznawane wg zasad określonych w dalszej części SIWZ, gdzie m.in. zamawiający przewidział dodatkowe punkty przy ocenie wyposażenia boiska lub terenu rekreacyjnego dla młodzieży.

Ponadto Izba ustaliła, iż zamawiający w piśmie z dnia 20 lipca 2012 r., odpowiadając na pytanie jednego z wykonawców dotyczące postanowień pkt 3.7.6 lit. b SIWZ wskazał, iż:

„(...) Zamawiający w pkt. 3.7.6. b) podaje przykładowe elementy, które w jego ocenie mogą stanowić zagrożenie dla bezpieczeństwa mieszkańców ośrodka. Stworzenie zamkniętego katalogu elementów stanowiących zagrożenie dla bezpieczeństwa mieszkańców ośrodka jest niemożliwe, gdyż Zamawiający na etapie tworzenia SIWZ nie jest w stanie przewidzieć wszystkich elementów, które mogą stwarzać uzasadnione zagrożenie dla bezpieczeństwa mieszkańców ośrodka. (...) Materace ochronne mogą być jedną z form zabezpieczenia przed elementami stanowiącymi zagrożenie dla bezpieczeństwa mieszkańców ośrodka, szczególnie w kontekście terenów i urządzeń o charakterze rekreacyjnym (place zabaw, boiska sportowe). Zastosowanie materaców ochronnych ma ograniczyć ryzyko poważniejszych urazów. Zamawiający nie określa wymogów i norm materacy ochronnych.”.

Pismem z dnia 31 sierpnia 2012 r., zamawiający poinformował o wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp. Jednocześnie tym samym pismem zamawiający poinformował wykonawców, iż działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odrzucił ofertę wykonawcy W..... P....., K..... D..... „Polonia” Sp. j. z siedzibą w Łukowie z uwagi na niezgodność z treścią SIWZ.

Czynności te leżą bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Ponadto, Izba ustaliła, iż zamawiający w dniu 11 września 2012 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 Pzp swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca W..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą MITEX W..... P..... z siedzibą w Grotnikach stając się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treść oferty Odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron oraz uczestnika złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:**

**Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Odnosząc się do podniesionych zarzutów Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Nie ulega wątpliwości, iż w pkt 3.7. SIWZ zamawiający zawarł warunki jakie musi spełniać obiekt, w którym będą świadczone wszystkie usługi. Przyjęta przez zamawiającego w SIWZ systematyzacja pozwala w ocenie Izby jednoznacznie stwierdzić, iż wymogi zawarte w pkt 3.7. specyfikacji dotyczące obiektu odnoszą się również czy to terenów rekreacyjnych czy np. boisk sportowych znajdujących się na terenie tego obiektu. Takie przyjęcie pozwala jednoznacznie stwierdzić, iż wymóg zawarty w pkt 3.7.6. lit b SIWZ aby „(...) znajdujące się na terenie ośrodka wszystkie słupy elektryczne lub oświetleniowe, wszelkie inne słupy lub maszty oraz wszelkie wystające z ziemi słupki kominki itp. (bez względu na ich wysokość) były właściwie zabezpieczone w postaci np. specjalnych materacy ochronnych lub wygradzone”, dotyczył również boisk sportowych i terenów rekreacyjnych. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż skoro elementy wyposażenia boiska lub terenu rekreacyjnego dla młodzieży nie były obowiązkowe to ich niezgodność z określonymi przez zamawiającego wymogami decydować mogła, co najwyżej o nieprzyznaniu dodatkowych punktów. W ocenie Izby, każdy wykonawca decydując się na umieszczenie na terenie obiektu dodatkowych elementów wyposażenia zobowiązany był do zapewnienia zgodności z postanowieniami pkt 3.7. SIWZ również tych elementów, gdyż postanowienia te dotyczą całego obiektu zarówno co do wyposażenia obligatoryjnego jak i dodatkowego w przypadku jego zaoferowania. Bezspornie w ramach wyposażenia dodatkowego obiektu odwołujący zaoferował siatkę z rusztowaniem do siatkówki, bramki do piłki nożnej jak też stelaż do koszykówki w których pionowe słupki nie zostały zabezpieczone zgodnie z

wymogiem z pkt 3.7.6. lit. b SIWZ. Powyższe w ocenie Izby świadczy o niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ i w konsekwencji słuszności decyzji zamawiającego. Oceny takiej nie zmieniają złożone przez odwołującego certyfikaty, czy też opinie techniczne dotyczące stanu bezpieczeństwa i higieny użytkowania urządzeń sportowych gdyż w pkt 3.7.6. lit. b SIWZ zamawiający postawił dodatkowe wymagania w zakresie bezpieczeństwa w tym również dotyczące słupków stelaża do siatkówki, do koszykówki czy bramek do piłki nożnej. Ponadto na zgodność treści oferty odwołującego z treścią SIWZ nie miałyby wpływu ewentualne wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp na co wskazywał odwołujący. Należy podnieść, iż ewentualne wyjaśnienia w rozumieniu art. 87 ust. 1 Pzp nie mogą prowadzić do istotnej zmiany treści oferty w taki sposób, aby doprowadzić do jej zgodności z treścią SIWZ. Niewątpliwie, w przedmiotowej sprawie, za istotną należałoby uznać zmianę oferty w zakresie zabezpieczenia wszelkich słupków znajdujących się na terenie obiektu skoro pierwotnie takie zabezpieczenie nie było w ofercie odwołującego przewidziane.

Wobec braku zasadności zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 87 ust. 1 Pzp za nietrafny należało również uznać zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli m.in. nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Wobec braku w przedmiotowym postępowaniu ważnej oferty zamawiający zasadnie zastosował dyspozycję art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....