

Sygn. akt: KIO 75/12

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 17 stycznia 2012 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 16 stycznia 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 stycznia 2012 roku przez wykonawcę **Wiesława Bąkowskiego prowadzącego działalność pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „CERBER” Wiesław Bąkowski z siedzibą w Żaganiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową 5286 w Krośnie Odrzańskim,**

**postanawia:**

1. odrzuca odwołanie;
  
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Wiesława Bąkowskiego prowadzącego działalność pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „CERBER” Wiesław Bąkowski z siedzibą w Żaganiu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Wiesława Bąkowskiego prowadzącego działalność pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „CERBER” Wiesław Bąkowski z siedzibą w Żaganiu** tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:**

## Uzasadnienie

Zamawiający – Jednostka Wojskowa 5286 w Krośnie Odrzańskim prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Usługę utrzymania czystości i porządku obiektów terenów wewnętrznych i terenów zewnętrznych na terenie obiektów administrowanych przez JW 5286 Krosno Odrzańskie” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

W dniu 11 stycznia 2012 roku Odwołujący - wykonawca **Wiesław Bąkowski prowadzący działalność pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „CERBER” Wiesław Bąkowski z siedzibą w Żaganiu** (dalej „Odwołujący CERBER”) wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) zarzucając:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez sformułowaniu w SIWZ warunków udziału w postępowaniu oraz opisie sposobu oceniania ich spełnianie i przy żądaniu dokumentów na potwierdzenie ich spełniania;
2. naruszenie art. 22 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, przez naruszenie zasady, że zawarty w SIWZ opis oceny spełniania warunków udziału powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia;
3. naruszenie art. 25 ust. 1 związku z naruszeniem art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie przez Zamawiającego żądania dokumentów dla wykazania braku podstaw do wykluczenia;
4. naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp, przez wadliwe opisanie warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów żądanych na potwierdzenie ich spełnienia oraz sposób ich oceny przez Zamawiającego;
5. naruszenie art. 41 pkt 7 ustawy Pzp przez zaniechanie wskazania w treści ogłoszenia o zamówieniu warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu oceny ich spełniania zgodnego z ustawą o ochronie konkurencji.

### **Izba ustaliła, co następuje:**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku UE w dniu 10 grudnia 2011 roku pod numerem 2011/S 238-385112, wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 20 grudnia 2011 roku wykonawca Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej „Odwołujący Impel”) wniósł odwołanie wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ. Odwołujący Impel zarzucał naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 i 4, art. 25 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 1, art. 36 ust. 4, 5 i 6, art. 41 pkt 7 ustawy Pzp, wnosząc modyfikację kwestionowanych postanowień SIWZ, w tym między innymi o określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia jako wykazanie się wykonywaniem usług w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, obejmujących przynajmniej jedną usługę odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia o wartości 1 000 000 PLN. Do wykazu usług należało załączyć dokumenty potwierdzające, że każda usługa została wykonana należycie.

28 grudnia 2011 roku Zamawiający składając odpowiedź na odwołanie uwzględnił zarzuty w całości i zobowiązał się wykonać żądania Odwołującego w całości. Postanowieniem z dnia 29 grudnia 2011 roku, o sygn. akt KIO 2726/11 roku, KIO postępowanie odwoławcze umorzyła. Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca po którejkolwiek ze stron postępowania.

Izba ustaliła również, że Zamawiający dnia 5 stycznia 2012 roku dokonał modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień SIWZ, zmieniając je zgodnie z żądaniem i propozycją Odwołującego Impel. Dokonaną modyfikację zakwestionował w dniu 11 stycznia 2012 roku Odwołujący CERBER.

**W oparciu o ustalony stan faktyczny sprawy oraz biorąc pod uwagę akta postępowania w sprawie KIO 2726/11 oraz KIO 75/12, Izba zważyła co następuje:**

Odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 i 5 ustawy Pzp.

Izba zważyła, że kluczowy zarzut odwołania to jest: zaniechanie wskazania w treści ogłoszenia o zamówieniu warunków udziału w postępowaniu związanych z przedmiotem zamówienia i proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia oraz opisu sposobu oceny ich spełniania zgodnego z ustawą o ochronie konkurencji, był już przedmiotem rozpatrzenia przez Izbę w sprawie o sygn. akt KIO 2726/11. W ocenie Izby, w przedmiotowym odwołaniu, Odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były już przedmiotem

rozpatrzenia przez Izbę, a sprowadzają się one do zaniechania prawidłowego ustalenia warunków udziału w postępowaniu i opisu sposobu oceny ich spełniania.

Zauważyć przy tym należy, że w uprzednio toczącym się postępowaniu odwoławczym obecnie Odwołujący się wykonawca miał możliwość zgłoszenia przystąpienia po którejkolwiek ze stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i mógł kwestionować, a także mieć wpływ na ustalenie brzmienia warunków udziału w postępowaniu i ich opis. Tego zaś Odwołujący CERBER nie uczynił. Uznać zatem należy, że obecnie zgłaszane zarzuty są zarzutami spóźnionymi, ponieważ ich kwestionowanie było możliwe w ciągu 10 dni od daty publikacji ogłoszenia.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem, że modyfikacja ogłoszenia i SIWZ po uwzględnieniu odwołania otwiera drogę do ponownego kwestionowania tego samego zaniechania Zamawiającego. Zdaniem Izby zachodzi tożsamość okoliczności powołanych w obu odwołaniach, co skutkuje pozostawieniem zarzutu naruszenia art. 22 ust. 1 i 4 ustawy Pzp bez rozpoznania jako spóźniony. Zwrócić uwagę należy na tożsamość przywoływanych naruszeń w obu odwołaniach i tak naprawdę brak uzasadnienia dla pozostałych zarzutów w odwołaniu Odwołującego CERBER. Z tych względów uznać należało, że odwołanie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp podlega odrzuceniu.

Ponadto Izba wskazuje, że zarzuty odwołania Odwołującego CERBER odnoszą się do czynności i zachowań Zamawiającego wykonanych zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem Izby, to znaczy w przypadku uwzględnienia odwołania w całości, wykonanych zgodnie z żądaniami odwołania Odwołującego Impel. Zmiana SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu dokonana przez Zamawiającego w dniu 5 stycznia 2012 roku jest odzwierciedleniem żądania Odwołującego Impel zawartego w odwołaniu z 20 grudnia 2012 roku. Takie brzmienie warunku zostało zaproponowane przez Odwołującego, Zamawiający zaś wykonał wprost zawarte w odwołaniu Impel żądanie postępując zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie zatem z art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeśli dotyczy czynności, którą - w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu - zamawiający, wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, co miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 ust 1 i § 5 ust. 4 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 i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 41, poz. 238).

Zgodnie z art. 189 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy Pzp postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym.

**Przewodniczący:**