

Sygn. akt: KIO/UZP 578/09

WYROK

z dnia 15 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Stanisław Sadowy

Renata Tubisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **EVER GRUPA Sp. z o., ul. Arkuszowa 39, 01-934 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Katowicach, Al. Korfantego 35, 40-005 Katowice**, protestu z dnia 20 kwietnia 2009 r.

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża EVER GRUPA Sp. z o., ul. Arkuszowa 39, 01-934 Warszawa 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 uiszczanego przez EVER GRUPA Sp. z o., ul. Arkuszowa 39, 01-934 Warszawa;**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty 3 804 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemset cztery złotych zero groszy) przez EVER GRUPA Sp. z o., ul. Arkuszowa 39, 01-934 Warszawa na rzecz Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Katowicach, Al. Korfantego 35, 40-005 Katowice, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na posiedzenie Izby;**

- 3) 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 **EVER GRUPA Sp. z o., ul. Arkuszowa 39, 01-934 Warszawa.**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę fabrycznie nowej podłogi panelowej do bezpośredniego przykrycia płyty lodowiska o maksymalnych wymiarach 60x30 m oraz wózków lub skrzyń do transportu i przechowywania ww. podłogi”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez EVER GRUPA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanej dalej „Odwołującym”, zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 lutego 2009 r. (nr ogłoszenia: 2009/S 40-058222). Postępowanie to prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „*ustawą Pzp*”, Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Katowicach, zwany dalej „*Zamawiającym*”.

W postępowaniu tym Zamawiający, w dniu 15 kwietnia 2009 r., poinformował Odwołującego o wynikach postępowania, tj. o wyborze oferty firmy ERZET – Podłogi Jarosław Zajączkowski Spółka jawna z siedzibą w Bielsku – Białej (dalej: „*ERZET*”) jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Na tę czynność Odwołujący pismem z dnia 20 kwietnia 2009 r., doręczonym Zamawiającemu w dniu 22 kwietnia 2009 r., złożył protest, w którym wskazał naruszenia przepisów ustawy Pzp, poprzez:

- 1) dokonanie czynności oceny ofert i wyboru oferty firmy ERZET jako najkorzystniejszej, pomimo iż wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania, a oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu,
- 2) zaniechanie wykluczenia z postępowania firmy ERZET na podstawie ustawy Pzp,
- 3) zaniechanie odrzucenia oferty firmy ERZET, pomimo iż oferta ta naruszała przepisy ustawy Pzp,
- 4) zaniechanie wezwania firmy ERZET do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,

5) zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Podnosząc powyższe Odwołujący w proteście wskazał na naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp: art. 7 ust. 1, art. 24, art. 25, art. 26 ust. 3, art. 82 ust. 3, art. 89, art. 90 oraz art. 91.

Odwołujący wniósł jednocześnie o:

1. uchylenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. wezwanie firmy ERZET do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
3. wykluczenie z postępowania oraz odrzucenie ofert firmy ERZET,
4. powtórzenia czynności oceny ofert i wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu protestu wskazano, że zgodnie z pkt 5 ppkt 1) lit. b) SIWZ, warunkiem udziału w postępowaniu było wykazanie przez wykonawcę, iż wykonał co najmniej jedną dostawę podłogi o powierzchni powyżej 1.100 m² odpowiadającą swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia (tj. podłoga z deski dwustronnie lakierowanej, o grubości 20 - 25 mm, posiadająca certyfikat FIBA do rozgrywek na I poziomie) w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie. Odwołujący zwrócił szczególną uwagę na to, że Zamawiający nie wymagał, jedynie, aby wykonawca wykonał podłogę odpowiadającą rodzajem przedmiotowi zamówienia, ale także wartością. Zamawiający zatem traktował oba powyższe warunki jako równoważne.

Wykonawcy na potwierdzenie spełniania tego warunku mieli obowiązek załączyć do oferty odpowiednie dokumenty. Szczegółowe żądanie w tym zakresie dotyczyło złożenia wraz z ofertą wykazu wykonanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz dokumenty np. referencje potwierdzające, że dostawy zostały wykonane należycie, zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ. Przedkładany wykaz powinien być zawierać minimum jedną wykonaną przez wykonawcę dostawę.

W ofercie firmy ERZET nie został spełniony wskazany warunku udziału w postępowaniu. Firma ta – w ocenie Odwołującego - nie wykazała, by w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia wykonała co najmniej jedną dostawę podłogi o powierzchni powyżej 1.100 m², odpowiadającą swoim

rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia. Przedłożone wraz z ofertą referencje, wystawione przez WCT SPARTAN Spółka z o. o. wskazują na całkowitą wartość tego zamówienia na poziomie 478.816,00 zł. Tymczasem – jak wskazywał Odwołujący - wartość przedmiotu zamówienia jest o wiele wyższa, a zgodnie z informacjami w SIWZ, przekracza równowartość kwoty 206.000 EUR (czyli co najmniej przekracza 798.682,60 złotych). Stosownie natomiast do kwoty ogłoszonej przez Zamawiającego przy otwarciu ofert, kwota ta oscyluje – jak podniósł Odwołujący - wokół sumy jednego miliona złotych. Również oferta ERZET opiewała na wyższą kwotę, tj.: 810.250,00 zł.

Wykonane i wykazywane w ofercie przez ERZET dostawy były zatem znacząco niższe od wartości przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu. W ocenie Odwołującego za odpowiadające wartości przedmiotowi zamówienia można uznać wyłącznie dostawy co najmniej o bardzo zbliżonej wartości, co przedmiot zamówienia lub wyższe, nie niższe jednak od wartości przedmiotu zamówienia, wskazywał przy tym na wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 301/08.

W proteście podniesiono również, że Zamawiający był zobowiązany do wystosowania do ERZET wezwania do uzupełnienia dokumentów w zakresie warunku doświadczenia w trybie art. 26 ust. 3 PZP, czego bezpodstawnie zaniechał, dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej bez tej wymaganej, na podstawie przepisów ustawy Pzp, czynności.

Zamawiający o złożonym proteście poinformował wykonawców w piśmie z dnia 23 kwietnia 2009 r. W związku z powyższym firma ERZET w piśmie z dnia 24 kwietnia 2009 r. złożyła przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez Odwołującego, odpierając podnoszone zarzuty.

Zamawiający złożony protest w dniu 23 kwietnia 2009 r. oddalił. W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający wskazał, że firma ERZET spełniła warunek doświadczenia, określony w SIWZ, wykazując się dostawą zrealizowaną w listopadzie 2006 r. na rzecz Wrocławskiego Centrum Treningowego SPARTAN Sp. z o.o. we Wrocławiu, dotyczącą podłogi przenośnej Junkers na halę widowiskowo – sportową ORBITA we Wrocławiu. Z listu referencyjnego co do tej dostawy, dołączonego do oferty wynika, że powierzchnia dostarczanej podłogi wynosiła 1104 m², a całkowita wartość tego zamówienia to: 478 816,00 zł.

Zamawiający wskazał, że wymóg co do wymaganej powierzchni podłogi został wypełniony, a ponadto Zamawiający w opisie warunku doprecyzował o jaki rodzaj podłogi chodzi dla spełniania warunku i wymóg ten spełnia wykazywana w ofercie ERZET dostawa w kontekście składanej przez tę firmę oferty - firma ta zaoferowała dostawę właściwej podłogi panelowej o powierzchni 1750 m² za kwotę 810 250,00 zł netto. To czyni ofertę (treść oferty) porównywalną do wykazywanej dostawy z listopada 2006 r.

Zamawiający podniósł dodatkowo, że zarzut, iż wykazana w ofercie firmy ERZET dostawa była znacząco niższa od wartości przedmiotu zamówienia jest nieuzasadniony. Zaoferowana przez tego wykonawcę cena jednostkowa w kwocie 463 zł/m² jest bardzo zbliżona do ceny jednostkowej podłogi w ramach dostawy, którą wykonawca ten zrealizował w listopadzie 2006 r., tj. wynoszącej 433,71 zł/m². Porównanie tych kwot (463 zł i 433,71 zł) – zdaniem Zamawiającego – biorąc również pod uwagę wzrost wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem, wskazuje na wypełnienie warunku określonego przez Zamawiającego. Tym samym – w ocenie Zamawiającego – bezzasadne są dywagacje Odwołującego zawarte w proteście, co do konieczności odrzucenia oferty ERZET, wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, czy też konieczności wzywania go do uzupełnienia dokumentów, co nie skutkuje koniecznością powtórzenia czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu.

Od rozstrzygnięcia protestu w dniu 30 kwietnia 2009 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych) zostało złożone odwołanie, w którym podtrzymane zostały zarzuty, żądania, jak i argumentacja z treści protestu. Kopia odwołania została w dacie złożenia odwołania przekazana Zamawiającemu.

Dodatkowo w treści odwołania Odwołujący wskazał na naruszenie przez Zamawiającego na etapie postępowania protestacyjnego art. 93 ustawy Pzp oraz art. 181 ustawy Pzp. Zamawiający – w ocenie Odwołującego - dokonał oddalenia protestu z pogwałceniem podstawowych zasad postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Zgodnie bowiem z art. 181 ust. 3 ustawy Pzp, kopię wniesionego protestu zamawiający niezwłocznie przekazuje wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tymczasem w niniejszym postępowaniu, po pierwsze, istnieją poważne wątpliwości, czy Zamawiający podołał obowiązkowi związanemu z przekazaniem pozostałym wykonawcom kopii wniesionego protestu, po drugie zaś, Zamawiający rozstrzygnął protest z dnia 22 kwietnia 2009 r. pismem z dnia 23 kwietnia 2009 r. (opatrzonym taką datą i w tej dacie otrzymanym przez Odwołującego), a więc jeden dzień po otrzymaniu protestu, zaś firma ERZET złożyła oświadczenie o przystąpieniu do postępowania wywołanego protestem w dniu 24 kwietnia 2009 r., a więc dzień po terminie rozstrzygnięcia protestu. W konsekwencji zatem, Zamawiający naruszył zasady wynikające z art. 181 ust. 3 oraz ust. 4 ustawy Pzp w sposób, który de facto pozbawił wykonawców prawa do obrony ich interesów, gdyż skutek wadliwego działania Zamawiającego nie mogli oni skutecznie przyłączyć się do postępowania protestacyjnego. W rezultacie doszło więc do sytuacji, która na gruncie procedury cywilnej jest kwalifikowana jako bezwzględna przyczyna nieważności postępowania (art. 379 Kodeksu postępowania cywilnego).

Odnosząc się natomiast do argumentacji zawartej w rozstrzygnięciu protestu, Odwołujący podniósł również, że bez znaczenia jest tu argument Zamawiającego jakoby o porównywalności oferty ERZET decydować miała cena za jeden metr kwadratowy podłogi, gdyż argument taki przeczy zarówno literalnej treści dokumentacji przetargowej, jak i celowi formułowania warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli bowiem Zamawiający chce znaleźć wykonawcę, który dysponuje doświadczeniem odpowiednim dla realizacji m. in. podłogi panelowej 1.750 m² (o wartości, którą sam Zamawiający wycenia na minimum ponad osiemset tysięcy złotych), przy czym doświadczenie to ma również dotyczyć wartości wcześniejszych dostaw, to racjonalne jest jedynie porównywanie wartości całego przedmiotu zamówienia oraz całej wcześniejszej dostawy.

Zamawiający w SIWZ wyraźnie nawiązał do wartości całego przedmiotu zamówienia - chcąc zapewne, by realizacja zamówienia odbyła się w określonej technologii, czego dostawy o niższej wartości nie gwarantują. Nadto przeliczanie na ceny jednostkowe pomija fakt, iż przedmiotem zamówienia nie jest wyłącznie podłoga, lecz także m. in.: wózki/skrzynie do transportu lub przechowania. Odwołujący wskazał też, że wartość przedmiotu zamówienia w SIWZ została ustalona nie w odniesieniu do jednego metra kwadratowego, lecz do całości dostawy, a w projekcie umowy nie ma wskazania ceny za jeden metr kwadratowy podłogi, lecz wyłącznie ceny za całość przedmiotu umowy (§ 2 ust. 1 projektu umowy). Również jako kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu (pkt 13 SIWZ) nie funkcjonuje cena jednostkowa, lecz cena za całość przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zauważył również, że powyższych zasad, wynikających z SIWZ, firma ERZET nie zakwestionowała w proteście na treść SIWZ, jak również nie zwracała się w tym zakresie do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SIWZ.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ oraz treść oferty firmy ERZET, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron postępowania odwoławczego, zawarte w proteście, rozstrzygnięciu protestu i odwołaniu oraz złożone w trakcie rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ustalono również, że Odwołujący posiada interes prawny w złożeniu protestu i odwołania, ponieważ jego oferta pozostaje ofertą ważną, a Odwołujący nie został

wykluczony z udziału w postępowaniu i przy założeniu, że jego zarzuty wobec oferty najkorzystniejszej są zasadne, ma realne szanse na uzyskanie niniejszego zamówienia publicznego. Argument podniesiony przez Zamawiającego trakcie rozprawy, że Odwołujący nie posiada interesu prawnego ponieważ jego oferta przekracza możliwości finansowe Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający nie dokonał wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i nie podjął decyzji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zatem Odwołujący na tym etapie postępowania ma realne szanse na uzyskanie zamówienia, zatem została w tym przypadku wypełniona dyspozycja przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych:

- 1) Zamawiający w pkt 5 ppkt 1 lit. b) SIWZ postawił warunek udziału w postępowaniu dotyczący wymaganego od wykonawców doświadczenia o treści: *„wykażą [wykonawcy], że wykonali co najmniej 1 dostawę podłogi o powierzchni powyżej 1100 m² odpowiadająca swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia (tj. podłoga z deski dwustronnie lakierowanej, o grubości 20-25 mm, posiadającą certyfikat FIBA do rozgrywek na I poziomie) w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie”*.
- 2) W pkt 6 ppkt 2 lit. h) SIWZ Zamawiający zażądał przedłożenia określonych dokumentów potwierdzających spełnianie warunku doświadczenia, tj. wykazu wykonanych usług wg treści postawionego warunku i według wzoru załącznika nr 3 do SIWZ z podaniem wartości dostaw oraz daty i miejsca ich wykonania, wskazując przy tym, że przywołany wykaz usług powinien zawierać minimum jedną wykonaną przez wykonawcę dostawę. Drugim dokumentem potwierdzającym spełnianie tego warunku były dokumenty, np. referencje, potwierdzające, że dostawy zostały wykonane należycie.
- 3) Firma ERZET w swojej ofercie przedłożyła wykaz wykonywanych usług według załącznika nr 3 do SIWZ, w którym wykazała jedną pozycję, tj. dostawę podłogi przenośnej Junkers w ilości 1104 m² z certyfikatem FIBA poziom I o wartości 478 816,00 zł wykonaną w listopadzie 2006 r. w Hali Orbita dla Wrocławskiego Centrum Treningowego Spartan
- 4) Do oferty firmy ERZET załączono list referencyjny z dnia 13 lutego 2008 r., wystawiony przez WCT Spartan, w którym potwierdzono powierzchnie wykonanej podłogi oraz termin realizacji dostawy i całkowitą wartość zamówienia. W

referencjach tych potwierdzono realizację tego zamówienia oraz polecono firmę ERZET jako rzetelnego wykonawcę.

Uwzględniając powyższe ustalenia faktyczne, skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Firma ERZET – zdaniem Izby - spełniła postawiony przez Zamawiającego w SIWZ warunek doświadczenia w zakresie dostaw podłogi, odpowiadającym swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia.

Niesporna pomiędzy stronami postępowania jest okoliczność, że wykazana przez firmę ERZET dostawa odpowiada doprecyzowanemu w SIWZ przedmiotowi dostaw, które wykonawcy mogli wskazywać na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu (dostawa podłogi o powierzchni 1100 m², tj. z deski dwustronnie lakierowanej, o grubości 20 – 25 mm, posiadającą certyfikat FIBA do rozgrywek na I poziomie). Firma ERZET wykazała się realizacją dostaw podłogi o powierzchni 1104 m², natomiast warunek wskazywał na minimalną powierzchnię dostawy wykazywanej w ramach doświadczenia na poziomie 1100 m². W tym zakresie Odwołujący zarzutów nie podnosi.

Podstawą sporu pomiędzy Odwołującym, a Zamawiającym jest ocena spełniania tego warunku co do wartości dostaw stanowiących przedmiot zamówienia. W tym natomiast przedmiocie skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że warunek ten został wypełniony przez firmę ERZET, jednak na podstawie odmiennej argumentacji od stanowiska w tym przedmiocie prezentowanego przez Zamawiającego. Zamawiający oceniając spełnianie tego warunku udziału w postępowaniu w kontekście wartości wykazywanych dostaw, uznał bowiem, że wartość wykazywanego zamówienia (kwota 478 816,00 zł) jest adekwatna do wartości dostawy podłogi określonej w ofercie firmy ERZET (kwota: 810 250 zł netto zł). Ponadto Zamawiający podnosił, że istotne znaczenie w tym zakresie – dla oceny spełniania warunku doświadczenia adekwatnego do wartości przedmiotu zamówienia - ma cena jednostkowa – na 1 m². Firma ERZET wskazała w wykazywanej dostawie cenę jednostkową na poziomie 433, 71 za 1 m², natomiast w jej ofercie cena ta (jednostkowa) wynosi 433, 71 zł 1 m². Tym samym w ocenie Zamawiającego – firma ERZET, biorąc pod uwagę upływ czasu od listopada 2006 r., kiedy miała miejsce wskazana dostawa oraz wskaźnik inflacyjny, wykazała porównywalność dostaw wykazywanych w ramach doświadczenia do przedmiotu zamówienia, wynikającego z treści oferty firmy ERZET.

Zwrócić w tym miejscu należy uwagę, że warunek porównywalności określonych dostaw, usług, czy też robót budowlanych w kontekście przepisów ustawy Pzp (art. 22 ustawy) oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich zamawiający może żądać od wykonawców, oraz form,

w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.) odnosi się do przedmiotu zamówienia, w tym do wartości przedmiotu zamówienia, a nie treści oferty, czy ofert wykonawców. Nie można dokonywać oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, biorąc pod uwagę oferowany przez wykonawcę w danym postępowaniu przedmiot zamówienia, czy też wartość oferty (cenę ofertową). W takim przypadku bowiem Zamawiający dokonywałby oceny ofert w kontekście nie przedmiotu i wartości przedmiotu zamówienia na co wskazują przepisy przywołanego rozporządzenia w sprawie dokumentów, lecz w kontekście każdej indywidualnej oferty, złożonej w postępowaniu. Takie zachowanie Zamawiającego prowadziłoby bowiem do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu – każda oferta oceniana byłaby w oparciu o inne mierniki, uzależnione od samego wykonawcy i jego oferty. Mielibyśmy zatem w tym zakresie do czynienia z kreowaniem (opisem) warunków udziału w postępowaniu *de facto* przez samych wykonawców, a opis warunków udziału w postępowaniu – stosownie do art. 22 ust. 2 ustawy Pzp winien być dokonywany przez zamawiającego, a nie wykonawców.

Uwzględniając powyższe argumentacja Zamawiającego o porównywalności, co do wartości wykazywanego przez ERZET doświadczenia z jego ceną ofertową w danym postępowaniu, jak też z cenami jednostkowymi jest niedopuszczalna w świetle przywołanych przepisów ustawy Pzp i rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Niemniej jednak, biorąc pod uwagę treść określonego przez Zamawiającego w SIWZ warunku udziału w postępowaniu, co do wymaganego doświadczenia, skład orzekający Izby ustalił, że warunek ten został przez firmę ERZET wypełniony. Zamawiający w SIWZ sformułował bowiem warunek adekwatności wykazywanej w ramach doświadczenia dostawy do wartości przedmiotu zamówienia, nie doprecyzowując konkretnie o jaką wartość w tym przypadku chodzi. W związku z tym, że wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia nie została przy opisie warunku udziału w postępowaniu przywołana oraz okoliczność, że wartości tej przed otwarciem ofert Zamawiający nie ma obowiązku upubliczniać w treści protokołu z postępowania (patrz – załączniki nr 1 i 2 – tj. Druk ZP 1 i Druk ZP 2 – do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 października 2008 r. w sprawie w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Dz. U. Nr 188, poz. 1154) uznać należało, że warunek w tym zakresie miał charakter ogólny. Powyższe oznacza, że tak naprawdę Zamawiający szczególnych wymogów w tym zakresie nie przedstawił. Tym samym na etapie oceny ofert warunku tego również doprecyzowywać nie może w szczególności w sposób dyskryminujący jakichś wykonawców, którzy złożyli swoje oferty w postępowaniu. W szczególności nie jest dopuszczalne odnoszenie spełniania tego warunku

do wartości ceny ofertowej – jak wskazano powyżej, czy też cen jednostkowych, których na etapie opisu warunków Zamawiający w żaden sposób nie przywoływał, jak również nie jest dopuszczalna interpretacja dokonywana w tym zakresie przez Odwołującego i odnoszenie tego warunku do konkretnej wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia z dokładnością co do złotówki, czy też kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podawanej na publicznym otwarciu ofert. Byłaby to niedopuszczalna nadinterpretacja i nadużycie pozwalające na swobodną interpretację warunku udziału w postępowaniu dopiero na etapie oceny ofert (po upływie terminu do składania ofert), podczas gdy warunek ten winien być dokładnie opisany i uszczegółowiony na wcześniejszym etapie postępowania, tj. etapie zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w oficjalnym publikatorze oraz upublicznienia treści SIWZ. Skoro tego Zamawiający nie uczynił na tych etapach postępowania przetargowego w tej chwili nie może już doprecyzować warunków bowiem jest to niezgodne z zasadą równego traktowania wykonawców oraz zasadą uczciwej konkurencji.

Skład orzekający Izby nie podziela opinii Odwołującego, co do konieczności wykazywania się doświadczeniem co najmniej równym wartościowo, bądź wyższym, co do oceny, czy dane zamówienie odpowiada wartości przedmiotu zamówienia. Przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów stanowią o „*odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia*” (§ 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia). Dostawy odpowiadające przedmiotowi zamówienia należy rozumieć, zgodnie z literalnym znaczeniem tego sformułowania jako dostawy adekwatne, porównywalne do przedmiotu zamówienia, zatem mogą być one równe wyższe, ale też i niższe od wartości przedmiotu zamówienia, byleby tylko można było stwierdzić, że dają się w jakiś sposób porównać. Niemniej jednak zakres tego porównania powinien określić dokładnie sam zamawiający w opisie warunku udziału w postępowaniu, aby w tym zakresie nie pozostawić żadnych wątpliwości. Jeśli tego nie uczyni, jak w niniejszym postępowaniu, nie może w sposób arbitralny określać zakresu tej wartościowej porównywalności dopiero na etapie badania i oceny ofert.

Przywoływany na tę okoliczność wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 kwietnia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 301/08) nie zawiera w ustaleniach składu orzekającego Izby rozpatrującego tę sprawę stwierdzenia jakoby sformułowanie: „*odpowiadające wartością stanowiącym przedmiot zamówienia*” należało postrzegać jako zamówienia równe, bądź wyższe od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia. Skład Izby w tej sprawie uznał, że za „*odpowiadające wartością*” należy uznać zamówienia, których wartość nie odbiega w sposób istotny od wartości przedmiotu zamówienia, a nie należy jej odnosić do ceny zaproponowanej w ofercie, którą to opinię Izba w niniejszej sprawie również podziela. Skład

orzekający Izby w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 301/08 rozpatrywał podobną kwestię i również stwierdził, że w danym zamówieniu zamawiający nie określił wartości wymaganego doświadczenia zatem należało uznać, że wykonawca w takiej sytuacji nie był zobligowany do podania precyzyjniej, konkretnej wartości zrealizowanych usług. Do powyższej opinii skład orzekający Izby również się przychyła.

Zwrócić bowiem należy uwagę, że Zamawiający w postępowaniu może określić warunki udziału w postępowaniu na poziomie niższym niż zamawiany przez niego przedmiot zamówienia. W niniejszym postępowaniu tak bowiem Zamawiający uczynił w odniesieniu do określania rodzajowości doświadczenia, żądając doświadczenia na wykonaną powierzchnię podłogi minimum 1100 m², gdy tymczasem zakres przedmiotu zamówienia obejmuje 1750 m². Biorąc pod uwagę taką sytuację również można mówić o obniżeniu wymogów Zamawiającego co do wymaganej wartości zamówienia w stosunku do ustalonej przez niego wartości szacunkowej, choć – jak wskazano powyżej – w tym zakresie Zamawiający żadnych warunków w SIWZ nie określił.

Skład orzekający Izby po analizie przedłożonych w trakcie rozprawy przez Odwołującego dokumentów związanych z realizacją przez niego dostawy podłogi, która była wykazywana jako doświadczenie w treści oferty, uznał te dokumenty za pozostające bez związku z podnoszonymi i rozpatrywanymi zarzutami, a zatem nieistotne dla rozstrzygnięcia sprawy, dlatego też nie uwzględnił ich w materiale dowodowym w niniejszej sprawie.

Podniesione przez Odwołującego zarzuty na etapie odwołania, dotyczące naruszenia art. 181 ustawy Pzp oraz art. 93 ustawy Pzp skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania z uwagi na treść art. 191 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. Wskazane zarzuty nie zostały objęte treścią protestu z dnia 20 kwietnia 2009 r., jak też - jak oświadczył na rozprawie Odwołujący – odrębnym protestem, zatem nie mogą podlegać rozpatrzeniu przez Izbę. Izba działając w oparciu o aktualnie obowiązujące przepisy ustawy Pzp nie może brać pod uwagę z urzędu ewentualnych okoliczności skutkujących unieważnieniem postępowania (art. 191 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp został skreślony na podstawie przepisów ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw – Dz. U. Nr 171, poz. 1058). Uwzględniając powyższe również z tego powodu wskazane zarzuty podniesione w odwołaniu i wnioski o unieważnienie postępowania nie mogą być rozpoznane.

Uwzględniając powyższe ustalenia faktyczne i prawne skład orzekający Izby przy rozpatrywaniu złożonego odwołania nie stwierdził naruszeń przywołanych przez

Odwołującego przepisów art.: art. 7 ust. 1, art. 24, art. 25, art. 26 ust. 3, art. 82 ust. 3, art. 89, art. 90 oraz art. 91 ustawy Pzp.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania. . Uwzględniając również treść § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.), uznano za uzasadnione - na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku - koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz związane z dojazdem na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Katowicach.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....