

Sygn. akt KIO 1412/10

POSTANOWIENIE
z dnia 15 lipca 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Magdalena Grabarczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 15 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Łukasza Ratajczyka prowadzącego działalność pod nazwą Firma Handlowo- Usługowa LUKTRANS, 62-200 Gniezno, ul. Konikowo 10-12** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Dróg Miejskich w Poznaniu Miasto Katowice, 61 - 623 Poznań, ul. Wilczak 16**

przy udziale wykonawcy **Michała Klawikowskiego prowadzącego działalność pod nazwą KLAWIKOWSKI, ul. Kochanowskiego 62, 83-000 Pruszcz Gdański** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze;

2. Nakazuje dokonanie zwrotu kwoty 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Łukasza Ratajczyka prowadzącego działalność pod nazwą Firma Handlowo- Usługowa LUKTRANS, 62-200 Gniezno, ul. Konikowo 10-12;**

3. Nakazuje dokonanie wpłaty przez **Zarząd Dróg Miejskich w Poznaniu Miasto Katowice, 61 - 623 Poznań, ul. Wilczak 16** na rzecz **Łukasza Ratajczyka prowadzącego działalność pod nazwą Firma Handlowo- Usługowa LUKTRANS, 62-200 Gniezno, ul. Konikowo 10-12** kwoty **4.188 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sto osiemdziesiąt osiem złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione tytuły wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu pełnomocnika na posiedzenie.

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

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Zarząd Dróg Miejskich w Poznaniu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 113, poz. 759) zwanej dalej również „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest monitorowanie i usuwanie zabrudzeń ścian zabezpieczonych powłoką antygraffiti na obiektach inżynierskich.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z 2 lipca 2010 r. pod nr 174981 – 2010.

Wobec treści ogłoszenia odwołanie wniósł Łukasz Ratajczak prowadzący działalność pod nazwą Firma Handlowo - Usługowa „LUKTRANS” w Gnieźnie. Odwołujący zarzucił naruszenie z art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 4 Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817), zwanego dalej rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów. Podniósł, że opis sposobu dokonywania przez zamawiającego oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu bezprawnie ogranicza uczciwą konkurencję. Wniósł o zmianę treści ogłoszenia oraz treści specyfikacji w oprotestowanym zakresie.

Odwołanie wpłynęło do Prezesa Izby w formie pisemnej 7 lipca 2010 r., kopia odwołania została przesłana do zamawiającego w terminie ustawowym.

Odwołujący wskazał w uzasadnieniu, że opisując sposób dokonywania oceny spełniania warunku dotyczącego doświadczenia zamawiający żądał, aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, wykonał usługę w ramach jednego zadania, polegającą na usuwaniu graffiti z powierzchni obiektów inżynierskich (co najmniej z 10 obiektów inżynierskich o łącznej powierzchni utrzymania nie mniejszej niż 3000m²), zabezpieczonych trwałą i trwałą powłoką antygraffiti wraz z odtworzeniem powłok zabezpieczających. Wywiódł, że zgodnie z wymaganiami zamawiającego, przez obiekt inżynierski należy rozumieć obiekt, o którym mowa w art. 4 pkt 12 ustawy z dnia 21 marca 1985r o drogach publicznych (Dz. U. 2007r. Nr 19 poz. 115 ze zm.) oraz w §1 ust. 2 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz. U. 2000r. Nr 63 poz.735). Odwołujący podniósł, że tak sformułowane żądanie rażąco narusza zasady uczciwej konkurencji, ponieważ bezprawnie ogranicza dostęp do postępowania tym wykonawcom, którzy posiadają doświadczenie,

zdobyte na innego rodzaju obiektach, budynkach, czy konstrukcjach, które niekoniecznie zaliczają się do kategorii obiektów inżynierskich. Zarzucił, że wymaganie zamawiającego, jest sprzeczne z zasadą proporcjonalności, o której mowa w art. 22 ust. 4 Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, zgodnie z którymi zamawiającemu wolno żądać wykazu zrealizowanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia. Odwołujący podniósł, że posiadane doświadczenie może zostać udokumentowane usługami zrealizowanymi na budynkach i obiektach nie będących obiektami inżynierskimi w rozumieniu siwz, zaś doświadczenie zdobyte w trakcie realizacji wielu oddzielnych zadań nie jest doświadczeniem gorszym, czy mniejszym, niż doświadczenie nabyte w jednym zadaniu.

Odwołujący uznał za przesadzone żądanie doświadczenia nabytego w jednej usłudze, w zakres której wchodziły czynności wykonywane na co najmniej 10 obiektach inżynierskich o powierzchni nie mniejszej niż 3000 m². Oceniał, że nie istnieje żadne uzasadnienie dla twierdzenia, że wykonawca, który zrealizował na przestrzeni określonego czasu, kilka oddzielnych zadań w zakresie stanowiącym przedmiot niniejszego zamówienia, niekoniecznie obejmujących w jednym zadaniu 10 obiektów o wymaganej powierzchni, posiada doświadczenie niewystarczające dla zagwarantowania należytego wykonania przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający przed otwarciem posiedzenia Izby, złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty podniesione w odwołaniu. Zamawiający oświadczył, że po umorzeniu postępowania przez Izbę dokona zamiany opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w ten sposób, że siwz otrzyma brzmienie:

„wykonawca musi wykazać, że wykonał (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, że wykonuje) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usługę w ramach jednego zadania (jednej umowy) polegającą na usuwaniu graffiti z podłoża betonowego i/lub stalowego i/lub kamiennego i/lub ceglanego (o łącznej powierzchni utrzymania nie mniejszej niż 3.000 m², zabezpieczonego trwałą i traconą powłoką antygraffiti wraz z odtworzeniem powłok zabezpieczających.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 186 ust. 2 Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W

takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Użyty w przywołanym przepisie czasownik „może” wskazuje na etap postępowania odwoławczego, na jakim Izba może wydać postanowienie o umorzeniu postępowania. Zgodnie z art. 186 ust.1 Pzp zamawiający może wnieść odpowiedź na odwołanie. Odpowiedź na odwołanie wnosi się na piśmie lub ustnie do protokołu.

Zamawiający jest zatem uprawniony do uwzględnienia zarzutów odwołania w każdym czasie, moment uwzględnienia zarzutów odwołania ma jednak znaczenie dla rozliczenia kosztów postępowania odwoławczego, ustalenia strony ponoszącej koszty postępowania.

Wskazać też należy, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, inaczej, niż przepisy kodeksu postępowania cywilnego, nie dają Izbie możliwości kontrolowania oświadczeń stron pod kątem ich zgodności z przepisami prawa. W konsekwencji oświadczenie zamawiającego o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości wyczerpuje dyspozycję art. 186 ust. 2 zd. 1 Pzp i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego.

Wobec uprawnienia Izby do wydania postanowienia w przedmiocie umorzenia na posiedzeniu niejawnym dopuszczalne jest umorzenie postępowania po przeprowadzeniu posiedzenia niejawnego z udziałem stron i pełnomocników wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego, w razie złożenia odpowiedzi na odwołanie przed otwarciem posiedzenia oraz braku zgłoszenia przystąpienia przed upływem ustawowego terminu.

Wskazać jednak należy, że zarzuty i żądania stanowią dwie odrębne kategorie prawne, z mocy art. 180 ust. 3 Pzp oraz § 4 ust. 1pkt 6) i 7) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. Nr 48, poz. 280). Izba przy rozpoznawaniu odwołania związana jest wyłącznie zarzutami, nie zaś żądaniem odwołania zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp (*arg. a contrario*). Analogicznie art. 186 ust. 2 zd. 1 Pzp wskazuje, że oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów, nie odnosi się do sposobu w jaki zamawiający zamierza wykonać swoje zobowiązanie do wykonania czynności zgodnie z żądaniem odwołania.

Skoro zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości zobowiązany jest do zmiany treści siwz zgodnie z żądaniem wynikającym z treści odwołania. Przeciwnie działanie narusza art. 186 ust. 2 zd. 2 Pzp. Zmiana treści siwz jest nową czynnością dokonaną przez zamawiającego w postępowaniu. Zarzuty podniesione wobec dokonanej po umorzeniu postępowania zmianie siwz mogą zostać rozpoznane przez Izbę w ramach kolejnego postępowania odwoławczego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 186 ust.2 zd. 1 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 *in initio* 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) uznając złożenie oświadczenia o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego przed otwarciem posiedzenia.

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł oraz koszty dojazdu na posiedzenie w wysokości 5.188 zł na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, zgodnie z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania mając na względzie, że zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania dzień przed wyznaczonym posiedzeniem Izby, a o swoim stanowisku nie poinformował odwołującego. Tym samym zamawiający spowodował poniesienie kosztów związanych z reprezentacją przez zamawiającego, ich zwrot Izba uznała za uzasadniony.

.....