

**WYROK**

**z dnia 1 sierpnia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lipca 2012 r. przez wykonawcę **Wojciecha Pawlaka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „MITEX” Wojciech Pawlak, ul. Ustronie 29/9, 95-073 Grotniki** w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd do Spraw Cudzoziemców, ul. Koszykowa 16, 00-564 Warszawa**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Wojciecha Pawlaka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „MITEX” Wojciech Pawlak, ul. Ustronie 29/9, 95-073 Grotniki** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Wojciecha Pawlaka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „MITEX” Wojciech Pawlak, ul. Ustronie 29/9, 95-073 Grotniki** uiszczoną 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. 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**

Wykonawca - „MITEX” Wojciech Pawlak z siedzibą w Ustronie (dalej zwany Odwołującym, albo wykonawca MITEX), wniósł odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.) [dalej: ustawa Pzp], którego przedmiotem jest „Zakwaterowanie i wyżywienie cudzoziemców ubiegających się o nadanie im statusu uchodźcy w RP”, które to zamówienie zostało podzielone na trzy (3) części, z możliwością składania ofert częściowych. Niniejsze postępowanie prowadzi jako Zamawiający - Urząd do Spraw Cudzoziemców z Warszawy. Wykonawca w odwołaniu podał, że w dniu 17 lipca 2012 r. przesłał Zamawiającemu zapytania do SIWZ, lecz do dnia złożenia odwołania nie uzyskał na nie odpowiedzi. Termin składania ofert został przez Zamawiającego wyznaczony na 23 lipca 2012 r., a zatem wykonawca przedstawił zapytania przed upływem połowy okresu wyznaczonego na składanie ofert, a w konsekwencji Zamawiający miał obowiązek odpowiedzieć na złożone zapytanie. Dalej wykonawca podał, że zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, odwołanie jest wnoszone wobec czynności, podjętych oraz zaniechanych w toku postępowania, a polegających na:

1. określeniu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w tym wyznaczeniu terminu składania ofert i dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp;
2. zaniechaniu udzielenia Odwołującemu odpowiedzi na zapytanie do SIWZ wystosowane do Zamawiającego w dniu 17 lipca 2012 r. z zachowaniem terminu określonego w art. 38 ust. 1 ustawy Pzp;
3. zaniechaniu zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, z naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wykonawca stwierdził także, że odwołanie jest wnoszone również w stosunku do przyszłych czynności Zamawiającego, które zostaną dokonane po wniesieniu niniejszego odwołania, a przed jego rozpoznaniem przez Krajową Izbę Odwoławczą. Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ w następujący sposób:
  - a) w punkcie 11.1 SIWZ poprzez dostosowanie terminu wyznaczonego na składanie ofert do okresu czasu wymaganego zgodnie z ustawą Pzp, a także uwzględnienie przy wyznaczaniu nowego terminu konieczności jego wydłużenia wobec dokonania zmian w SIWZ w wyniku mniejszego odwołania;
  - b) w punkcie 3.7.6 lit. b) SIWZ poprzez określenie kryteriów na podstawie których

zostanie ustalony stan stwarzania zagrożenia dla osób zamieszkujących w ośrodku poprzez urządzenia, przedmioty i inne obiekty znajdujące się na terenie ośrodka;

- c) w punkcie 3.7.6 lit. c) SIWZ poprzez określenie sposobu i formy w jakiej mają być złożone wymagane przez Zamawiającego certyfikaty, atesty na wyposażenie placu zabaw i piaskownice;
  - d) w punkcie 3.7.6 lit. e) SIWZ poprzez określenie kryteriów na podstawie których zostanie ustalony stan stwarzania przez urządzenia i elementy znajdujące się wewnątrz budynków zagrożenia dla bezpieczeństwa mieszkańców ośrodka;
  - e) w punkcie 3.7.6. lit h) SIWZ poprzez dokładne określenie, na które elementy wyposażenia pomieszczenia przeznaczonego na biuro są potrzebne wszystkie dokumenty wymienione w tym postanowieniu SIWZ, a dla których jest wymagana jedynie część tych dokumentów (w tym przypadku konkretne wyliczenie w podpunktach);
  - f) w punkcie 3.7.6 lit m) SIWZ poprzez określenie sposobu i formy w jakiej mają być złożone wymagane przez Zamawiającego certyfikaty, atesty na wyposażenie pomieszczenia dla dzieci;
  - g) wprowadzenie do SIWZ postanowienia pozwalającego Wykonawcom na uczestniczenie w czynnościach wizytacji i oceny zaoferowanych obiektów;
  - h) nałożenie na Zamawiającego obowiązku sporządzenia dokumentacji zdjęciowej wszystkich pomieszczeń znajdujących się na terenie wizytowanych ośrodków, wszystkich elementów wyposażenia, urządzeń, obiektów znajdujących się na terenie tych ośrodków.
- 2) nakazanie Zamawiającemu udzielenia Odwołującemu odpowiedzi na pytania do SIWZ zawarte w piśmie z dnia 17 lipca 2012 r.;
  - 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wszystkich czynności dokonanych po wniesieniu niniejszego odwołania, a przed jego rozpoznaniem przez Krajową Izbę Odwoławczą oraz nakazanie powtórzenia tych czynności po uprzednim upływie nowego terminu wyznaczonego na składanie ofert;
  - 4) przeprowadzenie dowodów wskazanych w punkcie VIII niniejszego pisma;
  - 5) zasądzenie kosztów postępowania według złożonego na rozprawie spisu kosztów, który zostanie złożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Wobec wyznaczenia terminu składania ofert w postępowaniu wykonawca podniósł zarzut naruszenia art.43 ust.1 ustawy Pzp z uwagi na wyznaczenie 7 dniowego terminu na składanie ofert w sytuacji, gdy wartość zamówienia jest wyższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp oraz ust.2 i ust. 3 tego artykułu, oraz art. 38 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na wyznaczenie terminu składania ofert, który uniemożliwia

złożenie zapytania do SIWZ i udzielenie na nie odpowiedzi przez Zamawiającego w terminie określonym w tym przepisie i w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec dokonanego opisu przedmiotu zamówienia wskazał na naruszenia:

- a) w punktach 3.7.6 lit. b) i 3.7.6 lit. e) SIWZ w zakresie art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na posłużenie się w SIWZ nieostrym, wieloznacznym, pozwalającym Zamawiającemu na dowolność sformułowanie, które prowadzi w istocie do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców oraz brak jasnych kryteriów pozwalających wykonawcom określić czy dany przedmiot, obiekt, urządzenie stwarza zagrożenie dla bezpieczeństwa osób przebywających na terenie ośrodka i poprzestanie na stwierdzeniu cyt. „zagrożających w ocenie Zamawiającego bezpieczeństwu (...)”;
- b) w punktach 3.7.6 lit. c) i 3.7.6 lit. m) SIWZ - zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak jasnego i precyzyjnego określenia formy i sposobu sporządzenia dokumentów, których przedłożenia oczekuje Zamawiający;
- c) w punktach 3.7.6 lit. h) SIWZ - zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi brak jasnego i precyzyjnego określenia formy i sposobu sporządzenia dokumentów, których przedłożenia oczekuje Zamawiający, co powoduje że nie jest wiadome, które dokumenty mają dotyczyć poszczególnych elementów wyposażenia.

**Wskazał także na naruszenie art. 7 ust.1 ustawy Pzp i art. 8 ust.1 ustawy Pzp - wobec zaniechania umieszczenia w SIWZ postanowień umożliwiających wykonawcom udział w czynnościach wizytacji i oceny ośrodków, a także zaniechania umieszczenia postanowień dotyczących sporządzenia dokumentacji fotograficznej zarzut naruszenia, co zdaniem wykonawcy narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ukrywanie przed wykonawcami stanu ośrodków, odmawianie im prawa do uczestniczenia w czynnościach postępowania polegających na wizytacji i ocenie zaoferowanych ośrodków i tym samym narusza zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.**

**Ponadto wskazał na** nie udzielenie w terminie określonym w przepisie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp odpowiedzi na złożone zapytanie do SIWZ. Wykonawca wniósł ponadto o przeprowadzenie następujących dowodów:

1. z dokumentacji postępowania przetargowego prowadzonego przez UDSC pod sygn. akt 46/BL/OŚRODKI 2/PN/12 tj. SIWZ, ogłoszenia o przetargu, zapytania do SIWZ złożonego przez Odwołującego się w dniu 17 lipca 2012 r. na okoliczność warunków przetargu, sposobu wyznaczenia i samego terminu składania ofert, opisu przedmiotu zamówienia, nie udzielenia odpowiedzi na zapytanie do SIWZ złożone w dniu 17 lipca 2012 r. w ustawowym terminie, treści wyjaśnień do pisma odwołującego z dnia 12 lipca 2012 r. do ogłoszonego przetargu w dniu 10 lipca 2012 r., której udzielił Zamawiający w dniu 16 lipca 2012 r.;

2. z dokumentów z akt sprawy toczącej się przed Krajową Izbą Odwoławczą pod sygn. akt 128/12 i 189/12 w postaci: SIWZ postępowania przetargowego 42/BL/OŚRODKI 2/PN/I 1, ogłoszenia o wynikach postępowania przetargowego 42/BL/OŚRODKI 2/PN/I 1, odwołań złożonych przez Wykonawców w postępowaniu przetargowym 42/BL/OŚRODKI 2/PN/I 1, w tym dokumentacji zdjęciowej sporządzonej przez Zamawiającego, a także Odwołującego Mitex Wojciech Pawlak w tym postępowaniu oraz protokołu rozprawy KIO sygn. akt 128/12 i 189/12 - na okoliczność treści i warunków SIWZ, wyników postępowania przetargowego, przyczyn odrzucenia ofert Wykonawców, stanu technicznego ośrodków których oferty nie zostały odrzucone przez Zamawiającego, a w szczególności tego jakie usterki, wady urządzeń, obiektów i przedmiotów znajdujących się na terenie tych ośrodków nie zostały uznane za stwarzające zagrożenie dla osób przebywających na terenie ośrodków;
3. dokumentów z akt sprawy toczącej się przed Krajową Izbą Odwoławczą pod sygn. akt KIO 1165/12 w postaci: SIWZ postępowania przetargowego 17/BL/OŚRODKI/PN/12, ogłoszenia o wynikach postępowania przetargowego 17/BL/OŚRODKI/PN/12, odwołania złożonego przez Wykonawcę w postępowaniu przetargowym 17/BL/OŚRODKI/PN/12, w tym załączników złożonych wraz z odwołaniem, a w szczególności dokumentacji fotograficznej na którą w toku postępowania powoływał się Odwołujący, wyroku KIO w sprawie o sygn. akt KIO 1165/12 - na okoliczność treści i warunków SIWZ, wyników postępowania przetargowego, przyczyn odrzucenia ofert Wykonawców, stanu technicznego ośrodków, których oferty nie zostały odrzucone przez Zamawiającego, a w szczególności tego jakie usterki, wady urządzeń, obiektów i przedmiotów znajdujących się na terenie tych ośrodków nie zostały uznane za stwarzające zagrożenie dla osób przebywających na terenie ośrodków.

Wykonawca wskazał także, że posiada interes prawny do wniesienia odwołania, gdyż w wyniku przedstawionych w punkcie V odwołania działań i zaniechań Zamawiającego, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia poniósł szkodę. Na skutek wyznaczenia terminu składania ofert Wykonawca został pozbawiony możliwości należytego przygotowania się do przetargu. Zamawiający nie zapewnił Wykonawcom ubiegającym się o udzielenie im zamówienia minimalnego okresu potrzebnego na dostosowanie oferowanych obiektów do wymagań Zamawiającego. Ponadto Zamawiający mimo obowiązku nie udzielił Odwołującemu się odpowiedzi na zapytania do SIWZ w terminie. Na skutek bowiem sformułowania postanowień SIWZ z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców uszczerbku doznał interes wykonawcy, gdyż pozbawiono go możliwości skutecznego konkurowania z innymi podmiotami. W wyniku dokonania przez Zamawiającego zaskarżonych czynności Odwołujący poniesie szkodę w postaci utraconych korzyści, jakie osiągnąłby gdyby działania Zamawiającego były zgodne z prawem. W

przypadku, gdyby Zamawiający działał zgodnie z prawem i nie doszłoby do uchybień będących przedmiotem Odwołania, Odwołujący miałby możliwość skutecznego konkurencyjnego z innymi podmiotami.

W zakresie pierwszego z zarzutów - w uzasadnieniu odwołania podał, że Zamawiający opublikował SIWZ w dniu 16 lipca 2012 r. W punkcie 11.1 SIWZ wyznaczył termin składania ofert na dzień 23 lipca 2012 r. W konsekwencji Zamawiający wyznaczył zaledwie 7 dniowy termin na przygotowanie ofert. Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej 130.000 euro. W tym przypadku wskazał na przepis art. 43 ustawy Pzp, który normuje zasady wyznaczania terminów składania ofert. Powołany przepis dla postępowań, w których wartość przedmiotu zamówienia jest równa lub większa, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp przewiduje dłuższe terminy, niż ten który został ustalony przez Zamawiającego. Termin 7 dniowy na składanie ofert przewidziany jest jedynie dla postępowań przetargowych, w których wartość przedmiotu zamówienia jest niższa od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Wartość przedmiotu przetargu jest w przypadku niniejszego postępowania wyższa od kwot określonych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Przepisy ustawy prawo zamówień publicznych nie pozwalają Zamawiającemu na swobodne skracanie tych terminów. Zamawiający miał obowiązek zastosowanie art. 43 ust. 2 Pzp lub art. 43 ust. 3 Pzp. Jednakże Zamawiający nie spełnił warunków określonych w art. 43 ust. 3 Pzp, które pozwalałyby na skorzystanie z tego przepisy. Na skutek bezprawnego skrócenia terminów na złożenie ofert Wykonawcy zostali również pozbawieni możliwości uzyskania od Zamawiającego wyjaśnień dotyczących treści SIWZ. Przy tak krótkim określeniu terminu na składanie ofert nie jest w ogóle możliwe udzielenie odpowiedzi na zapytanie w terminie określonym w art. 38 ust. 1 Pzp. W konsekwencji Zamawiający dopuścił się również naruszenia tego przepisu, albowiem Odwołujący złożył w dniu 17 lipca 2012 r. zapytanie do SIWZ na które nie uzyskał do dnia wniesienia niniejszego odwołania odpowiedzi.

Z kolei zarzuty dotyczące postanowień punktu 3.7.6 lit. b) i 3.7.6 lit. e) SIWZ w płaszczyźnie zgodności tych postanowień z art. 7 ust. 1 Pzp - wykonawca uzasadnił w nawiązaniu do praktyki stosowania analogicznych postanowień, które znajdowały się z SIWZ dwóch poprzednich powyżej wskazanych postępowaniach przetargowych, których uczestnikiem był Odwołujący. W toku obu tych postępowań komisja przetargowa, która składała się z tych samych osób stosowała różne kryteria dla oceny tego, czy dany przedmiot, urządzenie, obiekt, element wyposażenia stwarza zagrożenie dla bezpieczeństwa osób przebywających na terenie ośrodka. W postępowaniu przetargowym 42/BL/OŚRODK1 2/PN/11 Komisja przetargowa uznała, że wjazd do hydroforni stwarza zagrożenie dla bezpieczeństwa osób przebywających na terenie ośrodka i odrzuciła moją ofertę. Znajdujący

się na terenie mojego ośrodka zsypana bielizna z pralni do suszarni została uznana za przedmiot stwarzający zagrożenie. Zwrócił jednocześnie uwagę na wady techniczne ośrodków, których stan został uznany przez Zamawiającego za zgodny z SIWZ i nie stwarzający zagrożenia dla bezpieczeństwa osób przebywających w ośrodku. W tym przypadku wskazał na ośrodek położony w Lublinie oraz ośrodek w Grupie, podnosząc, że przy takim samym brzmieniu SIWZ komisja przetargowa w postępowaniu nr 42/BL/OŚRODKI 2/PN/11 stwierdziła, że dokładnie te same mankamenty istniejące w ośrodkach w Lublinie i Grupie nie stwarzają zagrożenia dla bezpieczeństwa osób w nich przebywających, co dokumentowała także własnoręcznie wykonanymi zdjęciami a w oparciu o zdjęcia zrobione przez wykonawców w tym samym czasie zakwestionowała autentyczność tych zdjęć twierdząc na posiedzeniu w KIO Nr 128/12, KIO 189/12, że zdjęcia te zrobiono w innym czasie. Wskazał także na ośrodek w Białymstoku oraz w Horbowie i Łukowie oraz stwierdzone jego zdaniem wady, których Komisja przetargowa nie uznała za stwarzające zagrożenia dla bezpieczeństwa osób przebywających na terenie ośrodków. Podkreślił, że wyrokiem z dnia 19. 06. 2012 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1165/12 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła wniesione przeze mnie odwołanie. Krajowa Izba Odwoławcza uznała moją argumentację dotyczące ośrodków położonych w Łukowie i Białymstoku. W konkluzji wykonawca stwierdził, że praktyka Komisji przetargowej, która stosowała różne kryteria dla oceny stwarzania przez przedmioty, obiekty, elementy wyposażenia zagrożenia dla osób przebywających na terenie ośrodka jednoznacznie przemawia za przyjęciem, że obecna treść postanowień SIWZ punkty 3.7.6 lit. b) i 3.7.6 lit. e) jest niezgodna z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Brak jednoznacznych kryteriów uniemożliwia również wykonawcy przygotowanie się do przetargu, bowiem nie jest on w stanie przewidzieć tego, co może zostać uznane za stwarzające zagrożenie.

Wskazując na postanowienia 3.7.6 lit. c) i 3.7.6 lit. m) SIWZ wykonawca stwierdził, że Zamawiający wprowadził obowiązek dołączenia do oferty atestów i certyfikatów na wymagane przez niego urządzenia placu zabaw, piaskownicę, wyposażenie pomieszczenia dla dzieci. Zgodnie z ustawą o systemie zgodności - właścicielem certyfikatów, atestów są producenci będący wytwórcami przedmiotów, które uzyskały np. certyfikaty. Oryginał certyfikatu pozostaje w wyłącznej dyspozycji jego właściciela. Zamawiający w żaden sposób nie precyzuje formy i sposobu sporządzenia dokumentów tego. Nie jest wiadome czy wymagany jest np. notarialnie poświadczony odpis certyfikatu, kopia certyfikatu poświadczona przez jego posiadacza (wytwórcę), kopia certyfikatu poświadczona przez wykonawcę, czy też po prostu wydruk kopii certyfikatu z pliku z internetu, który przez nikogo nie jest poświadczony za zgodność z oryginałem, a jedynie może być poświadczony przez wykonawcę który jak wykazały ostatnie wskazane postępowania w tym odwołaniu, raz świadczył sam za zgodność z oryginałem, a raz świadczył za zgodność z oryginałem łącznie



z wytwórcą danych urządzeń. Zdaniem wykonawcy Zamawiający powinien w treści SIWZ zamieścić postanowienie w którym dokładnie wyjaśni, jakie formy sporządzenia w/w dokumentów są przez niego akceptowane, przestrzegając tym samym prawo obowiązujące w tym zakresie.

Co do postanowienia 3.7.6 lit. h) SIWZ wykonawca wskazał, że Zamawiający opisuje wyposażenie pomieszczenia przeznaczonego dla pracownika socjalnego. Jednakże nie jest jasne to, czy drzwi do biura pracownika UDSC w ośrodku Wykonawcy mające posiadać atest, oraz dokumenty związane z ich montażem i zakupem jak i z wskazaną w treści punktu 3.7.6 lit. h) normą PN-EN dotyczą tylko folii i szyby, czy też także drzwi. W tym przypadku Zamawiający powinien enumeratywnie wyliczyć wymagane przez niego dokumenty w odrębnych podpunktach dotyczących każdego z elementów wyposażenia.

Ostatni z zarzutów dotyczący naruszenia art.8 ust.1 ustawy Pzp z uwagi na brak dopuszczenia wykonawców do udziału w czynnościach wizytacji i oceny ośrodków wykonawca uzasadnił tym, że jedynie pełna transparentność postępowania Zamawiającego i możliwość uczestniczenia w czynnościach wizytacji ośrodków jest w stanie zapewnić poszanowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. Wykonawcy mają wtedy możliwość naocznego zapoznania się ze stanem zaoferowanych ośrodków. Mogą oni w takiej sytuacji sporządzić dokumentację fotograficzną. W przeciwnym razie możliwości skutecznego wnoszenia środka zaskarżenia w toku postępowania przetargowego zostają mocno ograniczone. Podkreślił także, że w stosunku do SIWZ z postępowań nr 17/BL/OŚRODKI/PN/12 i 42/BL/OŚRODKI 2/PN/11 doszło do zmiany polegającej na usunięciu z SIWZ obowiązku sporządzenia przez Zamawiającego pełnej dokumentacji zdjęciowej obrazującej stan wizytowanych ośrodków, co w połączeniu z uniemożliwieniem wykonawcom uczestniczenia w czynnościach wizytacji ośrodków pozwala Zamawiającemu na całkowitą dowolność i arbitralność w podejmowaniu decyzji. .

#### **Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu.

Rozpoznając odwołanie Izba uwzględniła dyrektywę wynikającą z art. 192 ust.7 ustawy Pzp zgodnie, z którą, Izba orzeka wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu oraz z art. 190 ust.1 ustawy Pzp, w myśl, której strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

**Rozpatrując zarzut naruszenia art.43 ustawy Pzp - wyznaczenie 7 dniowego terminu na składanie ofert w sytuacji, gdy wartość zamówienia jest wyższa niż kwoty**

określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, Izba przede wszystkim stwierdziła, że w niniejszej sprawie ma zastosowanie art. 5 ust.1 ustawy Pzp, albowiem przedmiotem tego zamówienia są usługi hotelarskie i restauracyjne, które na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. nr 12, poz. 68) zamieszczone zostały w wykazie usług niepriorytetowych w załączniku nr 2 pod pozycją 17, co zostało także podane w załączniku C1 do Ogłoszenia o zamówieniu. Zatem do tego postępowania zgodnie ze wskazanym przepisem nie mają zastosowania przepisy ustawy dotyczące terminów składania ofert, o których stanowi art. 43 ustawy Pzp i tym samym podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia ust. 2 i 3 tego przepisu w związku z art. 7 ust.1 ustawy Pzp podlega oddaleniu. Izba dodatkowo stwierdza, że każdy z wykonawców w tym samym czasie miał możliwość zapoznania się z treścią Ogłoszenia o zamówieniu publikowanym już w dniu 10 lipca br na stronie internetowej Zamawiającego, następnie w dniu 14 lipca br w Dz. Urz. U. oraz od dnia 16.07.br - ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia publikowaną także na stronie internetowej Zamawiającego. Izba stwierdza również, że tak wyznaczony termin – w świetle ustawy Pzp - nie naruszał również prawa wykonawców do zadawania pytań, albowiem wskazany przez Odwołującego przepis art. 38 ust.1 ustawy Pzp odnosi się do zobowiązań zamawiającego. Izba ponadto zwraca uwagę, że w niniejszej sprawie termin składania ofert - wg aktualnego stanu upływa z dniem 10 sierpnia br. Zatem gdyby nawet przyjąć, że był on pierwotnie zbyt krótki na możliwość skutecznego domagania się odpowiedzi, to tak sformułowany zarzut w aktualnym stanie wobec jego faktycznego wydłużenia pozostaje bez wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym w tym zakresie ma zastosowanie dyrektywa, o której stanowi przepis art. 192 ust.2 ustawy Pzp, zgodnie, z którym odwołanie podlega uwzględnieniu, jeżeli Izba stwierdza naruszenie przepisów ustawy, które może mieć wpływ na wynik postępowania o zamówienie publiczne. Izba jednocześnie stwierdza, że odpowiedź na zapytanie została udzielona w piśmie z dnia 20.07.2012 r. tj. w ciągu trzech dni od otrzymania pisma wykonawcy z dnia 17.07. 2012 r.

Także pozostałe zarzuty dotyczące postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia podlegają oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba postanowiła tylko częściowo uwzględnić wniosek dowodowy zgłoszony w odwołaniu, w zakresie dotyczącym dowodu z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rozstrzygniętego wyrokiem KIO z dnia 19.06.2012 r. sygn. akt: KIO 1165/12, włączając w poczet materiału dowodowego specyfikację istotnych warunków zamówienia z dnia 9.03.2012 r. oraz wyrok KIO [z dnia 19.06.2012 r. sygn. akt:

KIO 1165/12] wraz z uzasadnieniem. W pozostałym zakresie Izba oddaliła wnioski dowodowe uznając, że zostały one powołane jedynie dla zwłoki, w szczególności wniosek o włączenie do akt sprawy dokumentacji ze spraw o sygn. KIO 128/12 i KIO 189/12, gdyż ich przeprowadzenie istotnie opóźniłoby rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy, podczas gdy zebrane dowody w sprawie dają dostateczne podstawy do jej rozstrzygnięcia.

Rozpoznając zarzut w zakresie wymagania opisanego w punktach 3.7.6 lit. b) i 3.7.6 lit. e) specyfikacji, Izba stwierdziła, że w tych punktach Zamawiający wskazał, na rodzaje wad obiektu kwalifikowane przez niego jako „zagrożające bezpieczeństwu”, czy też stwarzające uzasadnione zagrożenie dla bezpieczeństwa mieszkańców. Izba stwierdziła także, że punkt 3.7.6 lit. b) w specyfikacji obowiązującej w niniejszym postępowaniu został uzupełniony - poszerzony - o dodatkowe – przykładowe - elementy w stosunku do specyfikacji z dnia 9.03.2012 r. Przyjęty opis wymagań dla tego zamówienia w kwestionowanych punktach nie narusza, zdaniem Izby, zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców. Izba jednocześnie zwraca uwagę, że także analogicznie opisane wymagania w postępowaniu zakończonym wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19.06.2012 r. pozwalały na obiektywną ocenę, czy dany przedmiot, obiekt, lub urządzenie stwarza zagrożenie dla bezpieczeństwa osób przebywających na terenie ośrodka. Izba zwraca jednocześnie uwagę, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu przede wszystkim wymaga zgodności oferowanego obiektu z wymaganiami określonymi w rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 7.06.2012 r. w sprawie ochrony przeciwpożarowej budynków, innych obiektów budowlanych i terenów oraz opinii właściwych służb [inspektora sanitarnego, Państwowej Straży Pożarnej, Państwowej Inspekcji Sanitarnej] i decyzji wymaganych przepisami prawa budowlanego. Izba zwraca także uwagę, że dodatkowe informacje zawarte zostały w pkt 13.1.2 siwz, stanowiącym o kryterium „warunki lokalowe”. Zdaniem Izby, zawarte w tym punkcie informacje pozwalają także *a contrario* na zdefiniowanie takich wad, które potencjalnie mogą być zakwalifikowane, jako stwarzające uzasadnione zagrożenie dla bezpieczeństwa osoby - mieszkańca. Izba stwierdza również, że wykonawca nie wskazał, jakie brzmienie postanowienia byłoby właściwe dla obiektywnego skonkretyzowania tego wymagania, przy którego ocenie niewątpliwie należy obiektywnie odwoływać się także do doświadczenia życiowego. Tym samym domagając się zdefiniowania tego pojęcia nie przedłożył wymaganego przepisem art. 190 ust.1 ustawy Pzp dowodu na poparcie swoich żądań.

Odnośnie zarzutu dotyczącego punktu 3.7.6 lit. c) i 3.7.6 lit. m) Izba stwierdza, że Zamawiający wyraźnie wskazał w każdym z tych punktów jaki dokument powinien być

dołączony do oferty. Zamawiający nie żądał w siwz wymogu potwierdzenia kopii dokumentów za ich zgodność z oryginałem przez producenta, czy też wyłącznie ich oryginałów. Forma dokumentu została określona w pkt 6.5 [str 14 – opis pod tabelą] gdzie wskazano, że (...) wszystkie kopie ww. dokumentów muszą być doręczone w formie oryginałów lub kserokopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę”. Izba zwraca jednocześnie uwagę, że w tym punkcie Zamawiający wymienił wszystkie dokumenty wymagane w tym postępowaniu dotyczące oferowanego obiektu, w tym wymaganych w pkt 3.7.6 lit. c) oraz lit. h) i m). Tym samym także nie zasługuje na aprobatę Izby argumentacja Odwołującego odnosząca się do punktu 3.7.6 lit. h specyfikacji. Jednocześnie Izba stwierdza, że domaganie się przez Odwołującego zmiany warunku i ograniczenie żądanego dokumentu tylko do certyfikatu wytwórcy nie zostało poparte żadnymi dowodami, co jest wymagane wskazywanym uprzednio przepisem art. 190 ust.1 ustawy Pzp. Tym samym podnoszone zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z postanowieniami wskazanymi punktów specyfikacji podlegają oddaleniu.

Nie zasługuje także na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 7 ust.1 ustawy Pzp i art. 8 ust.1 ustawy Pzp – odnoszący się do zaniechania umieszczenia w specyfikacji postanowień umożliwiających wykonawcom udział w czynnościach wizytacji i oceny ośrodków, a także zaniechania umieszczenia postanowień dotyczących sporządzenia dokumentacji fotograficznej, co zdaniem wykonawcy narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W tym przypadku Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że to Zamawiający określa sposób oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, oczywiście uwzględniając procedury określone ustawą Pzp. Ustawa jednoznacznie określa, że takiej oceny dokonuje zamawiający przy pomocy zespołu pomocniczego, jakim jest [art. 20 ust.1 ustawy Pzp] komisja przetargowa. Tym samym domaganie się uczestnictwa w wizytacji obiektu innego wykonawcy wspólnie z komisją przetargową w trakcie której jest dokonywana także jego ocena przez komisję, nie znajduje umocowania w przepisach prawa. Izba jednocześnie zwraca uwagę, że procedura uczestnictwa wykonawcy – tak ja w sprawie KIO 1165/12 – w trakcie wizytacji i oceny obiektu wskazanego przez wykonawcę, szczegółowo opisana w pkt 13.1.2. siwz nie jest kwestionowana przez Odwołującego. W tym punkcie m.in. podano, że czynności z wykonanej wizytacji obiektu zostaną (...) udokumentowane za pomocą zdjęć cyfrowych oraz obustronnie podpisanego pisemnego protokołu. Izba zwraca także uwagę, że taka właśnie procedura przyjęta w powoływanej przez wykonawcę sprawie sygn. akt. KIO: 1165/12 oraz zakres sporządzonych zdjęć - pozwoliły na rozpoznanie zasadności odrzucenia oferty wnoszącego odwołanie wykonawcy, jak również rozpoznanie zarzutu braku odrzucenia ofert innych uczestniczących w postępowaniu wykonawców i w konsekwencji odwołanie wykonawcy w tej części zostało

przez Izbę uwzględnione.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy 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), w tym § 3 pkt 2 zgodnie, z którym Izba orzeka o uzasadnionych kosztach strony na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

.....

**WYROK**

**z dnia 1 sierpnia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lipca 2012 r. przez wykonawcę **Wojciecha Pawlaka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „MITEX” Wojciech Pawlak, ul. Ustronie 29/9, 95-073 Grotniki** w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd do Spraw Cudzoziemców, ul. Koszykowa 16, 00-564 Warszawa**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Wojciecha Pawlaka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „MITEX” Wojciech Pawlak, ul. Ustronie 29/9, 95-073 Grotniki** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Wojciecha Pawlaka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „MITEX” Wojciech Pawlak, ul. Ustronie 29/9, 95-073 Grotniki** uiszczoną 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. 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**

Wykonawca - „MITEX” Wojciech Pawlak z siedzibą w Ustronie (dalej zwany Odwołującym, albo wykonawca MITEX), wniósł odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.) [dalej: ustawa Pzp], którego przedmiotem jest „Zakwaterowanie i wyżywienie cudzoziemców ubiegających się o nadanie im statusu uchodźcy w RP”, które to zamówienie zostało podzielone na trzy (3) części, z możliwością składania ofert częściowych. Niniejsze postępowanie prowadzi jako Zamawiający - Urząd do Spraw Cudzoziemców z Warszawy. Wykonawca w odwołaniu podał, że w dniu 17 lipca 2012 r. przesłał Zamawiającemu zapytania do SIWZ, lecz do dnia złożenia odwołania nie uzyskał na nie odpowiedzi. Termin składania ofert został przez Zamawiającego wyznaczony na 23 lipca 2012 r., a zatem wykonawca przedstawił zapytania przed upływem połowy okresu wyznaczonego na składanie ofert, a w konsekwencji Zamawiający miał obowiązek odpowiedzieć na złożone zapytanie. Dalej wykonawca podał, że zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, odwołanie jest wnoszone wobec czynności, podjętych oraz zaniechanych w toku postępowania, a polegających na:

1. określeniu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w tym wyznaczeniu terminu składania ofert i dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp;
2. zaniechaniu udzielenia Odwołującemu odpowiedzi na zapytanie do SIWZ wystosowane do Zamawiającego w dniu 17 lipca 2012 r. z zachowaniem terminu określonego w art. 38 ust. 1 ustawy Pzp;
3. zaniechaniu zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, z naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wykonawca stwierdził także, że odwołanie jest wnoszone również w stosunku do przyszłych czynności Zamawiającego, które zostaną dokonane po wniesieniu niniejszego odwołania, a przed jego rozpoznaniem przez Krajową Izbę Odwoławczą. Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ w następujący sposób:
  - a) w punkcie 11.1 SIWZ poprzez dostosowanie terminu wyznaczonego na składanie ofert do okresu czasu wymaganego zgodnie z ustawą Pzp, a także uwzględnienie przy wyznaczaniu nowego terminu konieczności jego wydłużenia wobec dokonania zmian w SIWZ w wyniku mniejszego odwołania;
  - b) w punkcie 3.7.6 lit. b) SIWZ poprzez określenie kryteriów na podstawie których



zostanie ustalony stan stwarzania zagrożenia dla osób zamieszkujących w ośrodku poprzez urządzenia, przedmioty i inne obiekty znajdujące się na terenie ośrodka;

- c) w punkcie 3.7.6 lit. c) SIWZ poprzez określenie sposobu i formy w jakiej mają być złożone wymagane przez Zamawiającego certyfikaty, atesty na wyposażenie placu zabaw i piaskownicy;
  - d) w punkcie 3.7.6 lit. e) SIWZ poprzez określenie kryteriów na podstawie których zostanie ustalony stan stwarzania przez urządzenia i elementy znajdujące się wewnątrz budynków zagrożenia dla bezpieczeństwa mieszkańców ośrodka;
  - e) w punkcie 3.7.6. lit h) SIWZ poprzez dokładne określenie, na które elementy wyposażenia pomieszczenia przeznaczonego na biuro są potrzebne wszystkie dokumenty wymienione w tym postanowieniu SIWZ, a dla których jest wymagana jedynie część tych dokumentów (w tym przypadku konkretne wyliczenie w podpunktach);
  - f) w punkcie 3.7.6 lit m) SIWZ poprzez określenie sposobu i formy w jakiej mają być złożone wymagane przez Zamawiającego certyfikaty, atesty na wyposażenie pomieszczenia dla dzieci;
  - g) wprowadzenie do SIWZ postanowienia pozwalającego Wykonawcom na uczestniczenie w czynnościach wizytacji i oceny zaoferowanych obiektów;
  - h) nałożenie na Zamawiającego obowiązku sporządzenia dokumentacji zdjęciowej wszystkich pomieszczeń znajdujących się na terenie wizytowanych ośrodków, wszystkich elementów wyposażenia, urządzeń, obiektów znajdujących się na terenie tych ośrodków.
- 2) nakazanie Zamawiającemu udzielenia Odwołującemu odpowiedzi na pytania do SIWZ zawarte w piśmie z dnia 17 lipca 2012 r.;
  - 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wszystkich czynności dokonanych po wniesieniu niniejszego odwołania, a przed jego rozpoznaniem przez Krajową Izbę Odwoławczą oraz nakazanie powtórzenia tych czynności po uprzednim upływie nowego terminu wyznaczonego na składanie ofert;
  - 4) przeprowadzenie dowodów wskazanych w punkcie VIII niniejszego pisma;
  - 5) zasądzenie kosztów postępowania według złożonego na rozprawie spisu kosztów, który zostanie złożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Wobec wyznaczenia terminu składania ofert w postępowaniu wykonawca podniósł zarzut naruszenia art.43 ust.1 ustawy Pzp z uwagi na wyznaczenie 7 dniowego terminu na składanie ofert w sytuacji, gdy wartość zamówienia jest wyższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp oraz ust.2 i ust. 3 tego artykułu, oraz art. 38 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na wyznaczenie terminu składania ofert, który uniemożliwia

złożenie zapytania do SIWZ i udzielenie na nie odpowiedzi przez Zamawiającego w terminie określonym w tym przepisie i w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec dokonanego opisu przedmiotu zamówienia wskazał na naruszenia:

- a) w punktach 3.7.6 lit. b) i 3.7.6 lit. e) SIWZ w zakresie art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na posłużenie się w SIWZ nieostrym, wieloznacznym, pozwalającym Zamawiającemu na dowolność sformułowanie, które prowadzi w istocie do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców oraz brak jasnych kryteriów pozwalających wykonawcom określić czy dany przedmiot, obiekt, urządzenie stwarza zagrożenie dla bezpieczeństwa osób przebywających na terenie ośrodka i poprzestanie na stwierdzeniu cyt. „zagrożających w ocenie Zamawiającego bezpieczeństwu (...)”;
- b) w punktach 3.7.6 lit. c) i 3.7.6 lit. m) SIWZ - zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak jasnego i precyzyjnego określenia formy i sposobu sporządzenia dokumentów, których przedłożenia oczekuje Zamawiający;
- c) w punktach 3.7.6 lit. h) SIWZ - zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi brak jasnego i precyzyjnego określenia formy i sposobu sporządzenia dokumentów, których przedłożenia oczekuje Zamawiający, co powoduje że nie jest wiadome, które dokumenty mają dotyczyć poszczególnych elementów wyposażenia.

**Wskazał także na naruszenie art. 7 ust.1 ustawy Pzp i art. 8 ust.1 ustawy Pzp - wobec zaniechania umieszczenia w SIWZ postanowień umożliwiających wykonawcom udział w czynnościach wizytacji i oceny ośrodków, a także zaniechania umieszczenia postanowień dotyczących sporządzenia dokumentacji fotograficznej zarzut naruszenia, co zdaniem wykonawcy narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ukrywanie przed wykonawcami stanu ośrodków, odmawianie im prawa do uczestniczenia w czynnościach postępowania polegających na wizytacji i ocenie zaoferowanych ośrodków i tym samym narusza zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.**

**Ponadto wskazał na** nie udzielenie w terminie określonym w przepisie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp odpowiedzi na złożone zapytanie do SIWZ. Wykonawca wniósł ponadto o przeprowadzenie następujących dowodów:

1. z dokumentacji postępowania przetargowego prowadzonego przez UDSC pod sygn. akt 46/BL/OŚRODKI 2/PN/12 tj. SIWZ, ogłoszenia o przetargu, zapytania do SIWZ złożonego przez Odwołującego się w dniu 17 lipca 2012 r. na okoliczność warunków przetargu, sposobu wyznaczenia i samego terminu składania ofert, opisu przedmiotu zamówienia, nie udzielenia odpowiedzi na zapytanie do SIWZ złożone w dniu 17 lipca 2012 r. w ustawowym terminie, treści wyjaśnień do pisma odwołującego z dnia 12 lipca 2012 r. do ogłoszonego przetargu w dniu 10 lipca 2012 r., której udzielił Zamawiający w dniu 16 lipca 2012 r.;

2. z dokumentów z akt sprawy toczącej się przed Krajową Izbą Odwoławczą pod sygn. akt 128/12 i 189/12 w postaci: SIWZ postępowania przetargowego 42/BL/OŚRODKI 2/PN/I 1, ogłoszenia o wynikach postępowania przetargowego 42/BL/OŚRODKI 2/PN/I 1, odwołań złożonych przez Wykonawców w postępowaniu przetargowym 42/BL/OŚRODKI 2/PN/I 1, w tym dokumentacji zdjęciowej sporządzonej przez Zamawiającego, a także Odwołującego Mitex Wojciech Pawlak w tym postępowaniu oraz protokołu rozprawy KIO sygn. akt 128/12 i 189/12 - na okoliczność treści i warunków SIWZ, wyników postępowania przetargowego, przyczyn odrzucenia ofert Wykonawców, stanu technicznego ośrodków których oferty nie zostały odrzucone przez Zamawiającego, a w szczególności tego jakie usterki, wady urządzeń, obiektów i przedmiotów znajdujących się na terenie tych ośrodków nie zostały uznane za stwarzające zagrożenie dla osób przebywających na terenie ośrodków;
3. dokumentów z akt sprawy toczącej się przed Krajową Izbą Odwoławczą pod sygn. akt KIO 1165/12 w postaci: SIWZ postępowania przetargowego 17/BL/OŚRODKI/PN/12, ogłoszenia o wynikach postępowania przetargowego 17/BL/OŚRODKI/PN/12, odwołania złożonego przez Wykonawcę w postępowaniu przetargowym 17/BL/OŚRODKI/PN/12, w tym załączników złożonych wraz z odwołaniem, a w szczególności dokumentacji fotograficznej na którą w toku postępowania powoływał się Odwołujący, wyroku KIO w sprawie o sygn. akt KIO 1165/12 - na okoliczność treści i warunków SIWZ, wyników postępowania przetargowego, przyczyn odrzucenia ofert Wykonawców, stanu technicznego ośrodków, których oferty nie zostały odrzucone przez Zamawiającego, a w szczególności tego jakie usterki, wady urządzeń, obiektów i przedmiotów znajdujących się na terenie tych ośrodków nie zostały uznane za stwarzające zagrożenie dla osób przebywających na terenie ośrodków.

Wykonawca wskazał także, że posiada interes prawny do wniesienia odwołania, gdyż w wyniku przedstawionych w punkcie V odwołania działań i zaniechań Zamawiającego, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia poniósł szkodę. Na skutek wyznaczenia terminu składania ofert Wykonawca został pozbawiony możliwości należytego przygotowania się do przetargu. Zamawiający nie zapewnił Wykonawcom ubiegającym się o udzielenie im zamówienia minimalnego okresu potrzebnego na dostosowanie oferowanych obiektów do wymagań Zamawiającego. Ponadto Zamawiający mimo obowiązku nie udzielił Odwołującemu się odpowiedzi na zapytania do SIWZ w terminie. Na skutek bowiem sformułowania postanowień SIWZ z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców uszczerbku doznał interes wykonawcy, gdyż pozbawiono go możliwości skutecznego konkurowania z innymi podmiotami. W wyniku dokonania przez Zamawiającego zaskarżonych czynności Odwołujący poniesie szkodę w postaci utraconych korzyści, jakie osiągnąłby gdyby działania Zamawiającego były zgodne z prawem. W

przypadku, gdyby Zamawiający działał zgodnie z prawem i nie doszłoby do uchybień będących przedmiotem Odwołania, Odwołujący miałby możliwość skutecznego konkurowania z innymi podmiotami.

W zakresie pierwszego z zarzutów - w uzasadnieniu odwołania podał, że Zamawiający opublikował SIWZ w dniu 16 lipca 2012 r. W punkcie 11.1 SIWZ wyznaczył termin składania ofert na dzień 23 lipca 2012 r. W konsekwencji Zamawiający wyznaczył zaledwie 7 dniowy termin na przygotowanie ofert. Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej 130.000 euro. W tym przypadku wskazał na przepis art. 43 ustawy Pzp, który normuje zasady wyznaczania terminów składania ofert. Powołany przepis dla postępowań, w których wartość przedmiotu zamówienia jest równa lub większa, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp przewiduje dłuższe terminy, niż ten który został ustalony przez Zamawiającego. Termin 7 dniowy na składanie ofert przewidziany jest jedynie dla postępowań przetargowych, w których wartość przedmiotu zamówienia jest niższa od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Wartość przedmiotu przetargu jest w przypadku niniejszego postępowania wyższa od kwot określonych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Przepisy ustawy prawo zamówień publicznych nie pozwalają Zamawiającemu na swobodne skracanie tych terminów. Zamawiający miał obowiązek zastosowanie art. 43 ust. 2 Pzp lub art. 43 ust. 3 Pzp. Jednakże Zamawiający nie spełnił warunków określonych w art. 43 ust. 3 Pzp, które pozwalałyby na skorzystanie z tego przepisy. Na skutek bezprawnego skrócenia terminów na złożenie ofert Wykonawcy zostali również pozbawieni możliwości uzyskania od Zamawiającego wyjaśnień dotyczących treści SIWZ. Przy tak krótkim określeniu terminu na składanie ofert nie jest w ogóle możliwe udzielenie odpowiedzi na zapytanie w terminie określonym w art. 38 ust. 1 Pzp. W konsekwencji Zamawiający dopuścił się również naruszenia tego przepisu, albowiem Odwołujący złożył w dniu 17 lipca 2012 r. zapytanie do SIWZ na które nie uzyskał do dnia wniesienia niniejszego odwołania odpowiedzi.

Z kolei zarzuty dotyczące postanowień punktu 3.7.6 lit. b) i 3.7.6 lit. e) SIWZ w płaszczyźnie zgodności tych postanowień z art. 7 ust. 1 Pzp - wykonawca uzasadnił w nawiązaniu do praktyki stosowania analogicznych postanowień, które znajdowały się z SIWZ dwóch poprzednich powyżej wskazanych postępowaniach przetargowych, których uczestnikiem był Odwołujący. W toku obu tych postępowań komisja przetargowa, która składała się z tych samych osób stosowała różne kryteria dla oceny tego, czy dany przedmiot, urządzenie, obiekt, element wyposażenia stwarza zagrożenie dla bezpieczeństwa osób przebywających na terenie ośrodka. W postępowaniu przetargowym 42/BL/OŚRODK1 2/PN/11 Komisja przetargowa uznała, że właz do hydroforni stwarza zagrożenie dla bezpieczeństwa osób przebywających na terenie ośrodka i odrzuciła moją oferty. Znajdujący

się na terenie mojego ośrodka zsypana bielizna z pralni do suszarni została uznana za przedmiot stwarzający zagrożenie. Zwrócił jednocześnie uwagę na wady techniczne ośrodków, których stan został uznany przez Zamawiającego za zgodny z SIWZ i nie stwarzający zagrożenia dla bezpieczeństwa osób przebywających w ośrodku. W tym przypadku wskazał na ośrodek położony w Lublinie oraz ośrodek w Grupie, podnosząc, że przy takim samym brzmieniu SIWZ komisja przetargowa w postępowaniu nr 42/BL/OŚRODKI 2/PN/11 stwierdziła, że dokładnie te same mankamenty istniejące w ośrodkach w Lublinie i Grupie nie stwarzają zagrożenia dla bezpieczeństwa osób w nich przebywających, co dokumentowała także własnoręcznie wykonanymi zdjęciami a w oparciu o zdjęcia zrobione przez wykonawców w tym samym czasie zakwestionowała autentyczność tych zdjęć twierdząc na posiedzeniu w KIO Nr 128/12, KIO 189/12, że zdjęcia te zrobiono w innym czasie. Wskazał także na ośrodek w Białymstoku oraz w Horbowie i Łukowie oraz stwierdzone jego zdaniem wady, których Komisja przetargowa nie uznała za stwarzające zagrożenia dla bezpieczeństwa osób przebywających na terenie ośrodków. Podkreślił, że wyrokiem z dnia 19. 06. 2012 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1165/12 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła wniesione przeze mnie odwołanie. Krajowa Izba Odwoławcza uznała moją argumentację dotyczące ośrodków położonych w Łukowie i Białymstoku. W konkluzji wykonawca stwierdził, że praktyka Komisji przetargowej, która stosowała różne kryteria dla oceny stwarzania przez przedmioty, obiekty, elementy wyposażenia zagrożenia dla osób przebywających na terenie ośrodka jednoznacznie przemawia za przyjęciem, że obecna treść postanowień SIWZ punkty 3.7.6 lit. b) i 3.7.6 lit. e) jest niezgodna z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Brak jednoznacznych kryteriów uniemożliwia również wykonawcy przygotowanie się do przetargu, bowiem nie jest on w stanie przewidzieć tego, co może zostać uznane za stwarzające zagrożenie.

Wskazując na postanowienia 3.7.6 lit. c) i 3.7.6 lit. m) SIWZ wykonawca stwierdził, że Zamawiający wprowadził obowiązek dołączenia do oferty atestów i certyfikatów na wymagane przez niego urządzenia placu zabaw, piaskownicę, wyposażenie pomieszczenia dla dzieci. Zgodnie z ustawą o systemie zgodności - właścicielem certyfikatów, atestów są producenci będący wytwórcami przedmiotów, które uzyskały np. certyfikaty. Oryginał certyfikatu pozostaje w wyłącznej dyspozycji jego właściciela. Zamawiający w żaden sposób nie precyzuje formy i sposobu sporządzenia dokumentów tego. Nie jest wiadome czy wymagany jest np. notarialnie poświadczony odpis certyfikatu, kopia certyfikatu poświadczona przez jego posiadacza (wytwórcę), kopia certyfikatu poświadczona przez wykonawcę, czy też po prostu wydruk kopii certyfikatu z pliku z internetu, który przez nikogo nie jest poświadczony za zgodność z oryginałem, a jedynie może być poświadczony przez wykonawcę który jak wykazały ostatnie wskazane postępowania w tym odwołaniu, raz świadczył sam za zgodność z oryginałem, a raz świadczył za zgodność z oryginałem łącznie

z wytwórcą danych urządzeń. Zdaniem wykonawcy Zamawiający powinien w treści SIWZ zamieścić postanowienie w którym dokładnie wyjaśni, jakie formy sporządzenia w/w dokumentów są przez niego akceptowane, przestrzegając tym samym prawo obowiązujące w tym zakresie.

Co do postanowienia 3.7.6 lit. h) SIWZ wykonawca wskazał, że Zamawiający opisuje wyposażenie pomieszczenia przeznaczonego dla pracownika socjalnego. Jednakże nie jest jasne to, czy drzwi do biura pracownika UDSC w ośrodku Wykonawcy mające posiadać atest, oraz dokumenty związane z ich montażem i zakupem jak i z wskazaną w treści punktu 3.7.6 lit. h) normą PN-EN dotyczą tylko folii i szyby, czy też także drzwi. W tym przypadku Zamawiający powinien enumeratywnie wyliczyć wymagane przez niego dokumenty w odrębnych podpunktach dotyczących każdego z elementów wyposażenia.

Ostatni z zarzutów dotyczący naruszenia art.8 ust.1 ustawy Pzp z uwagi na brak dopuszczenia wykonawców do udziału w czynnościach wizytacji i oceny ośrodków wykonawca uzasadnił tym, że jedynie pełna transparentność postępowania Zamawiającego i możliwość uczestniczenia w czynnościach wizytacji ośrodków jest w stanie zapewnić poszanowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. Wykonawcy mają wtedy możliwość naocznego zapoznania się ze stanem zaoferowanych ośrodków. Mogą oni w takiej sytuacji sporządzić dokumentację fotograficzną. W przeciwnym razie możliwości skutecznego wnoszenia środka zaskarżenia w toku postępowania przetargowego zostają mocno ograniczone. Podkreślił także, że w stosunku do SIWZ z postępowań nr 17/BL/OŚRODKI/PN/12 i 42/BL/OŚRODKI 2/PN/11 doszło do zmiany polegającej na usunięciu z SIWZ obowiązku sporządzenia przez Zamawiającego pełnej dokumentacji zdjęciowej obrazującej stan wizytowanych ośrodków, co w połączeniu z uniemożliwieniem wykonawcom uczestniczenia w czynnościach wizytacji ośrodków pozwala Zamawiającemu na całkowitą dowolność i arbitralność w podejmowaniu decyzji. .

#### **Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu.

Rozpoznając odwołanie Izba uwzględniła dyrektywę wynikającą z art. 192 ust.7 ustawy Pzp zgodnie, z którą, Izba orzeka wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu oraz z art. 190 ust.1 ustawy Pzp, w myśl, której strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

**Rozpatrując zarzut naruszenia art.43 ustawy Pzp - wyznaczenie 7 dniowego terminu na składanie ofert w sytuacji, gdy wartość zamówienia jest wyższa niż kwoty**

określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, Izba przede wszystkim stwierdziła, że w niniejszej sprawie ma zastosowanie art. 5 ust.1 ustawy Pzp, albowiem przedmiotem tego zamówienia są usługi hotelarskie i restauracyjne, które na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. nr 12, poz. 68) zamieszczone zostały w wykazie usług niepriorytetowych w załączniku nr 2 pod pozycją 17, co zostało także podane w załączniku C1 do Ogłoszenia o zamówieniu. Zatem do tego postępowania zgodnie ze wskazanym przepisem nie mają zastosowania przepisy ustawy dotyczące terminów składania ofert, o których stanowi art. 43 ustawy Pzp i tym samym podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia ust. 2 i 3 tego przepisu w związku z art. 7 ust.1 ustawy Pzp podlega oddaleniu. Izba dodatkowo stwierdza, że każdy z wykonawców w tym samym czasie miał możliwość zapoznania się z treścią Ogłoszenia o zamówieniu publikowanym już w dniu 10 lipca br na stronie internetowej Zamawiającego, następnie w dniu 14 lipca br w Dz. Urz. U. oraz od dnia 16.07.br - ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia publikowaną także na stronie internetowej Zamawiającego. Izba stwierdza również, że tak wyznaczony termin – w świetle ustawy Pzp - nie naruszał również prawa wykonawców do zadawania pytań, albowiem wskazany przez Odwołującego przepis art. 38 ust.1 ustawy Pzp odnosi się do zobowiązań zamawiającego. Izba ponadto zwraca uwagę, że w niniejszej sprawie termin składania ofert - wg aktualnego stanu upływa z dniem 10 sierpnia br. Zatem gdyby nawet przyjąć, że był on pierwotnie zbyt krótki na możliwość skutecznego domagania się odpowiedzi, to tak sformułowany zarzut w aktualnym stanie wobec jego faktycznego wydłużenia pozostaje bez wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym w tym zakresie ma zastosowanie dyrektywa, o której stanowi przepis art. 192 ust.2 ustawy Pzp, zgodnie, z którym odwołanie podlega uwzględnieniu, jeżeli Izba stwierdza naruszenie przepisów ustawy, które może mieć wpływ na wynik postępowania o zamówienie publiczne. Izba jednocześnie stwierdza, że odpowiedź na zapytanie została udzielona w piśmie z dnia 20.07.2012 r. tj. w ciągu trzech dni od otrzymania pisma wykonawcy z dnia 17.07. 2012 r.

Także pozostałe zarzuty dotyczące postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia podlegają oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba postanowiła tylko częściowo uwzględnić wniosek dowodowy zgłoszony w odwołaniu, w zakresie dotyczącym dowodu z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rozstrzygniętego wyrokiem KIO z dnia 19.06.2012 r. sygn. akt: KIO 1165/12, włączając w poczet materiału dowodowego specyfikację istotnych warunków zamówienia z dnia 9.03.2012 r. oraz wyrok KIO [z dnia 19.06.2012 r. sygn. akt:

KIO 1165/12] wraz z uzasadnieniem. W pozostałym zakresie Izba oddaliła wnioski dowodowe uznając, że zostały one powołane jedynie dla zwłoki, w szczególności wniosków o włączenie do akt sprawy dokumentacji ze spraw o sygn. KIO 128/12 i KIO 189/12, gdyż ich przeprowadzenie istotnie opóźniłoby rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy, podczas gdy zebrane dowody w sprawie dają dostateczne podstawy do jej rozstrzygnięcia.

Rozpoznając zarzut w zakresie wymagania opisanego w punktach 3.7.6 lit. b) i 3.7.6 lit. e) specyfikacji, Izba stwierdziła, że w tych punktach Zamawiający wskazał, na rodzaje wad obiektu kwalifikowane przez niego jako „zagrożające bezpieczeństwu”, czy też stwarzające uzasadnione zagrożenie dla bezpieczeństwa mieszkańców. Izba stwierdziła także, że punkt 3.7.6 lit. b) w specyfikacji obowiązującej w niniejszym postępowaniu został uzupełniony - poszerzony - o dodatkowe – przykładowe - elementy w stosunku do specyfikacji z dnia 9.03.2012 r. Przyjęty opis wymagań dla tego zamówienia w kwestionowanych punktach nie narusza, zdaniem Izby, zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców. Izba jednocześnie zwraca uwagę, że także analogicznie opisane wymagania w postępowaniu zakończonym wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19.06.2012 r. pozwalały na obiektywną ocenę, czy dany przedmiot, obiekt, lub urządzenie stwarza zagrożenie dla bezpieczeństwa osób przebywających na terenie ośrodka. Izba zwraca jednocześnie uwagę, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu przede wszystkim wymaga zgodności oferowanego obiektu z wymaganiami określonymi w rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 7.06.2012 r. w sprawie ochrony przeciwpożarowej budynków, innych obiektów budowlanych i terenów oraz opinii właściwych służb [inspektora sanitarnego, Państwowej Straży Pożarnej, Państwowej Inspekcji Sanitarnej] i decyzji wymaganych przepisami prawa budowlanego. Izba zwraca także uwagę, że dodatkowe informacje zawarte zostały w pkt 13.1.2 siwz, stanowiącym o kryterium „warunki lokalowe”. Zdaniem Izby, zawarte w tym punkcie informacje pozwalają także *a contrario* na zdefiniowanie takich wad, które potencjalnie mogą być zakwalifikowane, jako stwarzające uzasadnione zagrożenie dla bezpieczeństwa osoby - mieszkańca. Izba stwierdza również, że wykonawca nie wskazał, jakie brzmienie postanowienia byłoby właściwe dla obiektywnego skonkretyzowania tego wymagania, przy którego ocenie niewątpliwie należy obiektywnie odwoływać się także do doświadczenia życiowego. Tym samym domagając się zdefiniowania tego pojęcia nie przedłożył wymaganego przepisem art. 190 ust.1 ustawy Pzp dowodu na poparcie swoich żądań.

Odnośnie zarzutu dotyczącego punktu 3.7.6 lit. c) i 3.7.6 lit. m) Izba stwierdza, że Zamawiający wyraźnie wskazał w każdym z tych punktów jaki dokument powinien być



dołączony do oferty. Zamawiający nie żądał w siwz wymogu potwierdzenia kopii dokumentów za ich zgodność z oryginałem przez producenta, czy też wyłącznie ich oryginałów. Forma dokumentu została określona w pkt 6.5 [str 14 – opis pod tabelą] gdzie wskazano, że (...) wszystkie kopie ww. dokumentów muszą być doręczone w formie oryginałów lub kserokopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę”. Izba zwraca jednocześnie uwagę, że w tym punkcie Zamawiający wymienił wszystkie dokumenty wymagane w tym postępowaniu dotyczące oferowanego obiektu, w tym wymaganych w pkt 3.7.6 lit. c) oraz lit. h) i m). Tym samym także nie zasługuje na aprobatę Izby argumentacja Odwołującego odnosząca się do punktu 3.7.6 lit. h specyfikacji. Jednocześnie Izba stwierdza, że domaganie się przez Odwołującego zmiany warunku i ograniczenie żądanego dokumentu tylko do certyfikatu wytwórcy nie zostało poparte żadnymi dowodami, co jest wymagane wskazywanym uprzednio przepisem art. 190 ust.1 ustawy Pzp. Tym samym podnoszone zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z postanowieniami wskazanymi punktów specyfikacji podlegają oddaleniu.

Nie zasługuje także na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 7 ust.1 ustawy Pzp i art. 8 ust.1 ustawy Pzp – odnoszący się do zaniechania umieszczenia w specyfikacji postanowień umożliwiających wykonawcom udział w czynnościach wizytacji i oceny ośrodków, a także zaniechania umieszczenia postanowień dotyczących sporządzenia dokumentacji fotograficznej, co zdaniem wykonawcy narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W tym przypadku Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że to Zamawiający określa sposób oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, oczywiście uwzględniając procedury określone ustawą Pzp. Ustawa jednoznacznie określa, że takiej oceny dokonuje zamawiający przy pomocy zespołu pomocniczego, jakim jest [art. 20 ust.1 ustawy Pzp] komisja przetargowa. Tym samym domaganie się uczestnictwa w wizytacji obiektu innego wykonawcy wspólnie z komisją przetargową w trakcie której jest dokonywana także jego ocena przez komisję, nie znajduje umocowania w przepisach prawa. Izba jednocześnie zwraca uwagę, że procedura uczestnictwa wykonawcy – tak ja w sprawie KIO 1165/12 – w trakcie wizytacji i oceny obiektu wskazanego przez wykonawcę, szczegółowo opisana w pkt 13.1.2. siwz nie jest kwestionowana przez Odwołującego. W tym punkcie m.in. podano, że czynności z wykonanej wizytacji obiektu zostaną (...) udokumentowane za pomocą zdjęć cyfrowych oraz obustronnie podpisanego pisemnego protokołu. Izba zwraca także uwagę, że taka właśnie procedura przyjęta w powoływanej przez wykonawcę sprawie sygn. akt. KIO: 1165/12 oraz zakres sporządzonych zdjęć - pozwoliły na rozpoznanie zasadności odrzucenia oferty wnoszącego odwołanie wykonawcy, jak również rozpoznanie zarzutu braku odrzucenia ofert innych uczestniczących w postępowaniu wykonawców i w konsekwencji odwołanie wykonawcy w tej części zostało

przez Izbę uwzględnione.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy 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), w tym § 3 pkt 2 zgodnie, z którym Izba orzeka o uzasadnionych kosztach strony na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

.....