Sygn. akt: KIO 2346/11

POSTANOWIENIE
z dnia 14 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 14 listopada 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2011 r. przez wykonawcę Daniela Jędrzejewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Alfa Guard Security w Czarnej Wodzie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Kociewskie Centrum Zdrowia spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Starogardzie Gdańskim
przy udziale wykonawcy Ekotrade spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. odrzuca odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Daniela Jędrzejewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Alfa Guard Security w Czarnej Wodzie i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Daniela Jędrzejewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Alfa Guard Security w Czarnej Wodzie tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od Odwołującego Daniela Jędrzejewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Alfa Guard Security w Czarnej Wodzie na rzecz Zamawiającego Kociewskiego Centrum Zdrowia spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Starogardzie Gdańskim kwotę 4.304,42 zł (słownie: czterech tysięcy trzystu czterech złotych, czterdziestu dwóch groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2346/11

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są usługi stanowiące *„Świadczenie kompleksowej ochrony mienia”,* z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 6 października 2011 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 263749, w tej samej dacie zamieszczono na stronie internetowej Zamawiającego specyfikację istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający pismem z dnia 24 października 2011 r. przekazał Wykonawcom, którzy złożyli oferty, informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. Do Odwołującego przedmiotowa informacja dotarła w dniu 25 października 2011r. za pomocą faksu. W dniu 28 października 2011r. Odwołujący, na podstawie art. 180 ust. 2 pkt. 2 ustawy Prawo

zamówień publicznych, wniósł odwołanie od „opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu". Odwołujący wniósł o stwierdzenie oferty firmy Ekotrade sp. z o.o. w Gdańsku za niezgodną ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia a także zasądzenie kwoty 2500,00 zł netto, jako kosztu przygotowania pism dotyczących całości postępowania oraz pokrycia kosztów dojazdu na posiedzenie w kwocie będącej iloczynem ilości kilometrów i stawki (750 km x 0,80 zł), tj. 600,00 zł.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący postawił następujące zarzuty oraz uzasadniającą je argumentację:

1. Uznanie załączonej polisy ubezpieczeniowej firmy Ekotrade Sp. z o.o. jako spełniającej warunek udziału w postępowaniu. Zgodnie z roz. VIII. 1 pkt. 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający wymaga, by wykonawca przedłożył: „aktualną, *opłaconą polisę ubezpieczeniową, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej na sumę gwarancyjną minimum 5 000 000 zł, określający podmiot ubezpieczenia zgodnie z podmiotem zamówienia".* Przedstawiony dokument nie gwarantuje zamawiającemu uzyskania odszkodowania w wysokości 5 000 000 zł w przypadku wyrządzenia szkody leżącej po stronie Wykonawcy. Firma Ekotrade Sp. z o.o. złożyła polisę na 3 000 000 zł na jedno zdarzenie, co nie gwarantuje Zamawiającemu uzyskania odszkodowania w wysokości 5 000 000 zł za jedno zdarzenie powodujące szkodę leżącą po stronie Wykonawcy. Przedstawione ubezpieczenie charakteryzuje się nieodnawialnością środków, które zostały wykorzystane

w danym okresie ubezpieczenia, co w rezultacie skutkuje niewypłacalnością ubezpieczenia w danym okresie ubezpieczeniowym od dnia 1 kwietnia 2011 do 31 marca 2012.

2. Uznanie listu referencyjnego wystawionego przez Elbląski Szpital Specjalistyczny z Przychodnią SPZOZ w Elblągu dla Ekotrade Sp. z o.o., jako spełniającego warunek udziału w postępowaniu. Zgodnie z rozdziałem VI11.1 pkt. 3 ppkt. 3.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Zamawiający wymaga: „wykonawca *musi wykazać, co najmniej jedn usługę wykonaną lub wykonywaną należycie w jednostce o podobnej do Zamawiającego charakterystyce, z uwzględnieniem następującego zakresu czynności:*
- sprzedaży biletów na parkingu przez pracownika na stanowisku bileter,
- ochrona fizyczna mienia,
- interwencja zmotoryzowanych grup interwencyjnych."
Firma Ekotrade Sp. z o.o. załączyła list referencyjny, z którego nie wynika szczegółowy zakres świadczonych usług, brak odniesienia do pracownika na stanowisku bileter oraz istnienia zmotoryzowanej grupy interwencyjnej. Nie można uznać tego dokumentu, za speniający warunek postawiony przez Zamawiającego w roz. VIII. 1 pkt. 3 ppkt. 3.2 SIWZ.

3. Uznanie przez Zamawiającego załącznika nr 5 do SIWZ, jako spełniającego warunek udziału w postępowaniu. Zgodnie z roz. VIII.l pkt. 4 ppkt. 4.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Zamawiający wymaga, aby osoby uczestniczące w wykonywaniu zamówienia posiadały:
- pracownik ochrony fizycznej - doświadczenie na takim stanowisku minimum 3 lata,
- pracownik ochrony fizycznej wchodzący w skład patrolu interwencyjnego - minimum licencję I-go stopnia oraz doświadczenie na stanowisku minimum 5 lat,
- kasjer bileter - doświadczenie na takim stanowisku minimum rok.
Firma Ekotrade Sp. z o.o. w przedstawionym wykazie personelu stawiającym załącznik nr 5 do SWIZ wykazała pracownika ochrony z 2 letnim stażem pracy w ochronie, co stanowi sprzeczność z wymaganiami dotyczącymi stażu pracy określonym na poziomie minimum 3 lat. Zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zmawiającego pracownik ten nie może uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Firma Ekotrade Sp. z o.o. przedstawiła jedno stanowisko pracy w charakterze biletera, co przy zmianowości pracy nie pozwala na zachowanie kodeksu pracy ponieważ przeciętna ilość godzin wynosi ok. 170 w miesiącu, a zgodnie z przedstawionym załącznikiem pracownik musiałby wypracowywać ok 366 godzin miesięcznie, co jest niemożliwe z punktu widzenia prawa pracowniczego.

4. Niedopełnienie przez Zamawiającego obowiązku zamieszczenia w SIWZ opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Na postawie art. 36 pkt 1 ust. 5 Zamawiający ma obowiązek zawrzeć warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. W SIWZ z dnia 06.10.2011 będącej podstawą do przeprowadzenia przetargu w dziale VII pkt 2 Zamawiający zamieścił zapis

„Ocena *spełniania warunków udziału w postępowaniu nastąpi na podstawie przedstawionych przez Wykonawcę dokumentów i oświadczeń. Niespełnienie ww. warunków spowoduje wykluczenie Wykonawców z postępowania przetargowego"* jako spełniający warunek opisu sposobu dokonania oceny ofert. Z powyższego zapisu zawartego w SIWZ nie wynika opis sposobu oceny oferty. W dniu 25.10.2011 upoważniony pracownik firmy Alfa Guard Security złożył osobiście wniosek o udostępnienie protokołu otwarcia ofert wraz ze wszystkimi załącznikami w celu zapoznania się z opisem sposobu dokonywania oceny spełniania warunków SiWZ. Zamawiający odmówił udostępnienia protokołu wraz z załącznikami pomimo tego, że na postawie § 5 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający zobowiązany jest udostępnić niezwłocznie protokół wraz z załącznikami. W związku z powyższym, nie ma możliwości weryfikacji prawidłowości oceny warunków udziału w postępowania przez firmę Ekotrade Sp. z o.o. W dniu 25.10.2011 złożone zostało pismo o udostępnienie całej korespondencji dotyczącej przedmiotu zamówienia na Kompleksowa Ochronę Mienia, na co w odpowiedzi otrzymano m.in. korespondencję pomiędzy Zamawiającym a firmą Ekotrade Sp. z o.o. dotyczącą załącznika nr 5 do SIWZ - na korespondencję złożono pismo przewodnie oraz zmieniony załącznik nr 5 do SIWZ z dnia 18.10.2011r. Z przedstawionej korespondencji wynika, że personel zwiększył się o 3 osoby, z tym że z poprzedniego załączonego do oferty załącznika nr 5 wyłączono pracownika z 2 letnim stażem pracy. Firma Ekotrade Sp. z o.o. wyjaśniła, że w przypadku wyboru oferty EKOTRADE Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej może ulec zmianie skład personalny i ostateczna lista osób przewidzianych do realizacji usługi. Załączenie drugiego wykazu personelu i uznanie go, jako zamiennika pierwotnie załączonego wykazu jest złamaniem art. 87 ust. 1, który mówi m.in., że Zamawiający może żądać od Wykonawców wyjaśnień do treści złożonych ofert, ale nie dopuszcza możliwości zmiany ich poprzez podmienianie załączników. Dodatkowo zwiększenie ilości personelu o 2 osoby nie może zostać bez wpływu na kalkulację kosztów ochrony, co nie zostało wyjaśnione w korespondencji pomiędzy Zamawiającym a firmą Ekotrade Sp. z o.o., niemożliwe więc jest zachowanie ceny oferty przy zwiększeniu o 2 osoby stanu personelu wykonującego potencjalne zamówienie. Z pisma przewodniego wynika, że firma Ekotrade Sp. z o.o. za zgodą Zamawiającego dopuszcza dowolny stan ilościowy personelu wykonującego usługę z brakiem możliwości weryfikacji na dzień dzisiejszy ich kwalifikacji oraz stażu pracy. Treść powyższej korespondencji nie gwarantuje w żaden sposób prawidłowości oraz rzetelności wykonania zamówienia przez firmę Ekotrade Sp. z o.o. Nawiązując do uzasadnienia zarzutów oraz faktu, że Zamawiający w trakcie postępowania na wniosek firmy Ekotrade Sp. z o.o. usunął z SIWZ warunek dostarczenia m.in. umowy o pracę oraz informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej osób biorących udział w wykonaniu zamówienia, zdaniem Odwołującego wydaje się być

wątpliwym, czy firma Ekotrade Sp. z o.o. posiadania wiedzę i doświadczenie oraz dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, co stanowi naruszenie części art. 22 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Ekotrade sp. z o.o. w Warszawie, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania, ustalono i zważono, co następuje:

Postępowanie zostało wszczęte po wejściu w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) – tzw. „małej nowelizacji" oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – tzw. „dużej nowelizacji".

Jak ustalono na podstawie akt sprawy, wartość zamówienia jest niższa od kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy

Prawo zamówień publicznych.

Treść zarzutów sformułowanych w odwołaniu wskazuje, że zostało ono złożone wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Ekotrade spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku a także opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący w odwołaniu – w części określającej kwestionowaną czynność - zakwalifikował ją jako opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wskazał nadto jako podstawę prawną odwołania art. 180 ust. 2 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Całokształt treści odwołania, zawarte w nim zastrzeżenia względem czynności podjętych przez Zamawiającego wskazują, iż dotyczy ono także oceny oferty Ekotrade sp. z o.o. w Warszawie, w tym zaniechania wykluczenia oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy. Odwołujący w odwołaniu podał bowiem, po określeniu kwestionowanej czynności, iż zarzuca Zamawiającemu „niedopełnienia *obowiązków komisji przetargowej w trakcie oceny oferty firmy Ekotrade sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Hallera 107 w Gdańsku",* postawił także wniosek o „stwierdzenie *oferty firmy Ekotrade sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Hallera 107 w Gdańsku (80-416) jako niezgodną ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (SiWZ)".*

Analiza treści odwołania prowadzi do wniosku, iż podlega ono odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z art. 180 ust. 2 pkt 2 oraz art. 182 ust. 2 pkt 2 powołanej ustawy.

Zgodnie z treścią art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W powołanym art. 180 ust. 2 ustawy wskazano natomiast, iż w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:
1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
4) odrzucenia oferty odwołującego.
Ustawodawca zatem, w postępowaniach o zamówienie publiczne o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, ograniczył możliwość kwestionowania czynności i zaniechań zamawiającego do czterech, wymienionych wyżej kategorii zagadnień. Dwie pierwsze z tych kategorii (wybór trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu) wiążą się z brzmieniem ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Pozostałe dwie dotyczą dokonanej przez Zamawiającego oceny oferty wykonawcy odwołującego się, której wynikiem jest wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia lub odrzucenie jego oferty.

Na gruncie analizowanej sprawy, niewątpliwie Odwołujący nie podnosi zarzutów dotyczących wyboru trybu postępowania (art. 180 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy), a i sam tryb przedmiotowego postępowania jest trybem nie mieszczącym się w powołanym przepisie.

W odwołaniu Odwołujący podał (oznaczenie kwestionowanej czynności odwołania, a także pkt 4 odwołania), iż odnosi się ono do opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z brzmieniem art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu to element

specyfikacji istotnych warunków zamówienia - dokonana przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszeniu konkretyzacja warunków wymienionych w sposób ogólny w treści art. 22 ust. 1 ustawy (posiadanie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają

obowiązek ich posiadania, posiadanie wiedzy i doświadczenia, dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz sytuacja ekonomiczna i finansowa). Dotyczy to zatem sfery wyraźnie związanej z kwestią badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak wskazuje się w doktrynie, *specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna zawierać wskazanie warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, jaki precyzuje zamawiający w granicach art. 22 ust. 1 w celu zapewnienia, że wybrany wykonawca będzie zdolny do wykonania zamówienia – będzie posiadał uprawnienia do wykonywania czynności objętych przedmiotem zamówienia (jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień), odpowiednie doświadczenie i wiedzę, potencjał techniczny, ekonomiczny i finansowy, a także będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, oraz że nie zachodzą w stosunku do niego okoliczności skutkujące wykluczeniem z postępowania (art. 24). W specyfikacji zamawiający powinien sprecyzować warunki zamówienia na tyle dokładnie, żeby wykonawca przed przystąpieniem do sporządzania oferty mógł zweryfikować, czy spełnia warunki. Ustawa w zakresie merytorycznego kształtowania warunków pozostawia zamawiającemu pewną swobodę, jednak wyraźnym ograniczeniem tej swobody jest nakaz przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, a w związku z tym obowiązek takiego kształtowania warunków, aby zagwarantować dostęp do zamówienia podmiotom zdolnym do jego wykonania. Ponadto art. 22 ust. 4 ustanawia regułę dokonywania opisu sposobu oceny spełniania warunków tak, aby były one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do przedmiotu zamówienia* (Komentarz do art. 36 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV.). *Warunki udziału w postępowaniu są czym innym niż opis sposobu dokonywania oceny ich spełnienia (art. 36 ust. 1 pkt 6 p.z.p.). chodzi o to, że w odwołaniu wykonawca może kwestionować te drugie, a więc sposób dokonania oceny warunków udziału w postępowaniu np. co do adekwatności żądania dokumentów lub oświadczeń, ale nie może kwestionować opisu samego warunku udziału w postępowaniu. Opis sposobu oceny spełniania „warunków udziału w postępowaniu" to opis metody, za pomocą której zamawiający będzie badał, czy*

przedstawione przez niego warunki zostały spełnione (tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, LexisNexis, Warszawa 2011).

Odwołujący podniósł zarzut niedopełnienia przez Zamawiającego obowiązku zamieszczenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wskazując, że z zapisu zawartego w specyfikacji nie wynika opis sposobu oceny oferty.

Należy jednak dostrzec, że o ile ustawodawca dopuścił możliwość kwestionowania w drodze odwołania składanego do Krajowej Izby Odwoławczej zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszeniu opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 180 ust. 2 pkt 2 ustawy), to odwołanie w tym wypadku także musi zostać złożone w ustawowo określonym terminie. W myśl art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego - także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. W przedmiotowym postępowaniu zamieszczono ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz specyfikację istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 6 października 2011 r. Pięciodniowy termin na wniesienie odwołania na opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu upłynął zatem w dniu 11 października 2011 r. W tym zakresie odwołanie należało zatem uznać za spóźnione. W myśl art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Odwołujący w odwołaniu – w pkt 1- 3 podniósł zarzuty i argumentację wskazujące na

niewłaściwą ocenę oferty wykonawcy Ekotrade spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, w tym niewłaściwe uznanie za spełnione warunków udziału w postępowaniu przez tego wykonawcę, wnosząc zarazem o stwierdzenie oferty tego wykonawcy za niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Odwołanie skierowane wobec oferty innego, aniżeli odwołujący wykonawcy nie mieszczą się w katalogu czynności, wobec których ustawodawca dopuścił możliwość składania odwołania. Przepis art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy prawo zamówień publicznych przewiduje bowiem możliwość złożenia odwołania w zakresie wykluczenia lub odrzucenia oferty wyłącznie wykonawcy odwołującego się, a nie wykonawcy, który złożył konkurencyjną ofertę. Ustawa nie przyznaje zatem ochrony prawnej w postaci odwołania od wyboru oferty wykonawcy (zaniechania wykluczenia tego

wykonawcy lub odrzucenia jego oferty). Z tego względu nie mogły być rozpatrywane te zarzuty odwołania (pkt 1 – 3 odwołania), które wskazują na nieprawidłową ocenę przez Zamawiającego oferty wykonawcy Ekotrade spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie. Ze wskazanych wyżej względów, nie mieszczą się one także w zakresie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu: dokonana przez zamawiającego ocena ofert, w tym ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu nie jest tym samym, co zamieszczony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszeniu opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podobnie – jako wykraczająca poza katalog czynności określonych w art. 180 ust. 2 ustawy – nie mogła być rozpatrywana argumentacja odwołania zawarta w dalszej części pkt 4 odwołania wskazująca na odmowę udostępnienia protokołu wraz z załącznikami, pomimo takiego obowiązku wynikającego z § 5 ust. 5 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego* a także zmianę treści oferty przez Ekotrade spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie niezgodną z brzmieniem art. 87 ust. 1 ustawy oraz niezdolność tego wykonawcy do wykonania zamówienia.

Wyznaczony przez Odwołującego zakres odwołania jest wiążący w postępowaniu odwoławczym. Treść odwołania nie pozwala uznać, by dotyczyło ono czynności wymienionych w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zaś – w odniesieniu do opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu – jest ono złożone po upływie terminu.

Nie przesądzając zatem o zasadności bądź nietrafności przedstawionych w tym zakresie w odwołaniu zarzutów i argumentacji Odwołującego, należało stwierdzić, że odwołanie dotyczące opisanych w nim kwestii nie może podlegać, z mocy brzmienia przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z art. 180 ust. 2 pkt 2 oraz art. 182 ust. 2 pkt 2 powołanej ustawy, rozpatrzeniu.

Uwzględniając powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 *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), tj. stosownie do wyniku postępowania odwoławczego. Orzekając o kosztach uwzględniono wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł a także wskazane w rachunku koszty przejazdu na kwotę 704,42 zł. Złożono w tym

zakresie rachunek - stosownie do *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania,* wymagany dla zasądzenia wynagrodzenia pełnomocnika, do wysokości kwoty 3.600 zł a także innych uzasadnionych kosztów strony. Wysokość kosztów dojazdu na posiedzenie przyjęto zgodnie z rachunkiem, w oparciu o odpowiednie zastosowane przepisów *Rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 19 grudnia 2002 r. w sprawie wysokości oraz warunków ustalania należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej na obszarze kraju* (Dz.U. z 2002 Nr

236 poz. 1990 z późn. zm.) a także *Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy* (Dz.U. 2002 nr 27 poz. 271 z późn. zm.) – tak też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 lipca 2010 r. w spr. KIO 1497/10.

Przewodniczący: