

Sygn. akt: KIO/UZP 1556 /09

## POSTANOWIENIE

z dnia 17 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Klaudia Szczytowska - Maziarz

**Członkowie:** Barbara Bettman

Ryszard Tetzlaff

**Protokolant:** Wioleta Wasilewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu **17 grudnia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Transportu Samochodowego Łączności "Transpost" S.A., 60-246 Poznań, ul. Winklera 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Pocztę Polską S.A., 00-940 Warszawa, ul. Rakowiecka 26** protestu z dnia **25.09.2009 r.**

**orzeka:**

- 1. Odrzuca odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Transportu Samochodowego Łączności "Transpost" S.A., 60-246 Poznań, ul. Winklera 1**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Przedsiębiorstwo Transportu Samochodowego Łączności "Transpost" S.A., 60-246 Poznań, ul. Winklera 1.**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Transportu Samochodowego Łączności "Transpost" S.A., 60-246 Poznań, ul. Winklera 1.**

### **Uzasadnienie**

Skład orzekający Izby, w celu ustalenia istnienia podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie przepisu art. 187 ust. 4 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, o co wnioskował zamawiający, musiał ustalić, jakie zarzuty odwołujący zawarł w proteście poprzedzającym rozpoznawane przez Izbę odwołanie z dnia 19.10.2009 r., a jakie w samym odwołaniu.

Na podstawie treści protestu z dnia 25.09.2009 r. stwierdzić należy, że odwołujący zawarł w nim zarzut sporządzenia przez zamawiającego postanowień SIWZ (opublikowanej na stronie zamawiającego w dniu 16.09.2009 r.) z naruszeniem przepisu art. 144 ustawy Pzp, poprzez zawarcie w § 15 ust. 1 i 2 wzoru umowy możliwości rozwiązania umowy przez każdą ze stron z zachowaniem 3 miesięcznego okresu wypowiedzenia. Odwołujący zażądał wykreślenia postanowień SIWZ - wzoru umowy w zakresie postanowień § 15 ust. 1 i 2, regulujących wypowiedzenie umowy, ewentualnie zmiany postanowień umownych w zakresie wypowiedzenia umowy.

Powyższe oznacza, że zakresem protestu objęto pierwotną treść SIWZ, zamieszczoną na stronie internetowej zamawiającego w dniu 16.09.2009 r.

Na podstawie zaś treści odwołania z dnia 19.10.2009 r. stwierdzić należy, że odwołujący zawarł w nim zarzut zmiany treści SIWZ w zakresie możliwości wypowiedzenia

umowy przez zamawiającego z naruszeniem przepisu art. 144 ustawy Pzp, poprzez zawarcie w § 15 ust. 1 i 2 wzoru umowy możliwości rozwiązania umowy w przypadkach:

- 1) nabycia przez zamawiającego po terminie zawarcia umowy, poprzez zakup lub leasing, pojazdów dostawczych i ciężarowych w liczbie odpowiadającej ustalonej w umowie, przeznaczonych do realizacji własnej przedmiotu objętego umową,
- 2) zmniejszenia wolumenu obrotu paczkowego powyżej 20%.

W ocenie składu orzekającego Izby zamawiający - wbrew użytemu sformułowaniu zawartemu w samym rozstrzygnięciu protestu - protest uwzględnił w całości, uwzględniając zarzut i czyniąc zadość jednemu z żądań odwołującego.

Stosownie do przepisu art. 183 ust. 5 ustawy Pzp zamawiający powtarza oprotestowaną czynność niezwłocznie - jeżeli uwzględnił wszystkie zgłoszone żądania. Wydawać by się mogło, że nie z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ zamawiający nie uwzględnił jednego z żądań zawartego w proteście, tj. żądania „wykreślenia zapisów SIWZ - umowy w zakresie postanowień § 15 ust. 1 - 2”.

W ocenie składu orzekającego Izby wskazany przepis zakłada nierozzerwalność zarzutu i żądania, tj. zakłada, że uwzględnienie zarzutu jest tożsame z uwzględnieniem żądania (innymi słowy, fakt, że któreś z żądań nie zostało uwzględnione oznacza, że nie został uwzględniony któryś z zarzutów protestu). W przedmiotowej sprawie odwołujący zawarł w proteście jeden zarzut, ale dwa żądania, z których jedno było żądaniem ewentualnym.

Ogólnikowość żądania ewentualnego sformułowanego przez odwołującego w proteście („warunkiem koniecznym wprowadzenia zmian będzie obwarowanie tej możliwości opisem uwarunkowań, w jakich te zmiany mogą być dokonane, z uwzględnieniem interpretacji, zgodnie z którą przedmiotowy przepis nie pozwala na jakiegokolwiek zmiany, ale zmiany, których podłożem mają być okoliczności wyjątkowe”), przy braku choćby zakreślenia konkretnych ram zmian § 15 ust. 1 - 2 wzoru umowy, dawała zamawiającemu bardzo szeroki zakres swobody, z której zamawiający skorzystał.

Wobec wskazanego charakteru żądania odwołującego zawartego w proteście uznać należy, że zamawiający żądaniu odwołującego uczynił zadość i nie sposób uznać, że protest odwołującego nie został rozstrzygnięty w sposób zgodny z oczekiwaniem odwołującego.

Skład orzekający Izby stanął zatem na stanowisku, że uwzględnienie przez zamawiającego zarzutu oraz jednego z żądań, tj. żądania ewentualnego pozwala przyjąć, że protest został uwzględniony w całości. Bez znaczenia pozostaje w tym przypadku fakt literalnego brzmienia części wstępnej protestu, tj. posłużenia się przez zamawiającego sformułowaniem „częściowego uwzględnienia protestu”.

Zamawiający uznał zasadność zarzutu, w wyniku czego postanowił również uczynić zadość żądaniu zmiany treści wzoru umowy.

Stosownie do przepisu art. 183 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający mógł niezwłocznie powtórzyć oprotestowaną czynność, polegającą w tym przypadku na ponownym sporządzeniu SIWZ w zakresie § 15 wzoru umowy, tj. mógł dokonać modyfikacji SIWZ.

Zamawiający modyfikacji tej dokonał już w samym rozstrzygnięciu protestu (o czym świadczy treść: „zamawiający (...) dokonuje modyfikacji postanowień wzoru umowy” oraz „zamawiający (...) modyfikuje załącznik nr 4 do SIWZ (wzór umowy) poprzez zmianę zapisów zawartych w § 15 umowy, które uzyskują następujące brzmienie: (...)). Działanie takie skład orzekający Izby uznaje za dopuszczalne, wobec braku ustawowego zakazu w tej materii.

Stwierdzić zatem należy, że rozstrzygając protest z dnia 08.10.2009 r. zamawiający wykonał jednocześnie nową czynność, tj. nadał nową treść SIWZ w zakresie § 15 wzoru umowy, która to czynność podlega zaskarżeniu w terminach określonych w przepisie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Przyjęcie, jak chciałby tego odwołujący, że modyfikacja SIWZ „technicznie” dokonana w rozstrzygnięciu protestu stanowi rozstrzygnięcie protestu, od którego przysługuje mu odwołanie jest nie do pogodzenia z zasadą koncentracji środków ochrony prawnej, wyrażoną w art. 181 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Zwrócić bowiem należy szczególną uwagę na fakt, że przyznanie odwołującemu prawa do wniesienia odwołania od rozstrzygnięcia protestu w części, która w istocie stanowi nową czynność (modyfikację SIWZ), oznaczałoby jednocześnie pozbawienie innych wykonawców możliwości złożenia środków ochrony prawnej w tym zakresie, skoro wykonawcy ci na etapie rozstrzygnięcia protestu, zgodnie z zasadą koncentracji ochrony środków ochrony prawnej, nie mogą już przystąpić do postępowania odwoławczego, ponieważ wcześniej nie skorzystali z prawa przystąpienia do postępowania protestacyjnego. Na etapie postępowania protestacyjnego decyzję o przystąpieniu do tego postępowania wykonawcy mogli zaś podjąć wyłącznie na podstawie treści protestu.

Reasumując, w ocenie składu orzekającego Izby odwołanie z dnia 19.10.2009 r. nie zostało poprzedzone protestem, w którym odwołujący zakwestionowałby nową czynność - nowe brzmienie treści SIWZ, co przesądza o jego odrzuceniu na podstawie przepisu art. 187 ust. 4 pkt 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....