

Sygn. akt: KIO/UZP 1437/09

POSTANOWIENIE
z dnia 20 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Renata Tubisz

Barbara Bettman

Protokolant: Wioleta Wasilewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 19 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **GASTROPOL GROUP Sp. z o.o., 02-097 Warszawa, ul. Banacha 1a** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Szpital Specjalistyczny im. Stefana Żeromskiego, Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie, 31-913 Kraków, os. Na Skarpie 66** protestu z dnia 7 września 2009 r.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża GASTROPOL GROUP Sp. z o.o., 02-097 Warszawa, ul. Banacha 1a i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **GASTROPOL GROUP Sp. z o.o., 02-097 Warszawa, ul. Banacha 1a;**

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 **GASTROPOL GROUP Sp. z o.o., 02-097 Warszawa, ul. Banacha 1a.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Szpital Specjalistyczny im. Stefana Żeromskiego - Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług polegających na zapewnieniu codziennej i kompleksowej obsługi w zakresie żywienia pacjentów (średnio 440 osób dziennie) na bazie przyjętych w dzierżawę pomieszczeń wraz z utylizacją odpadów pokonsumpcyjnych oraz wywozu odpadów komunalnych. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało 23 lipca 2009 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 139-203677.

1 września 2009 r. (pismem z tej samej daty) za pośrednictwem faksu zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655, dalej również: Pzp) wezwał Gastropol Group Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie do uzupełnienia, do 7 września 2009 r. do godz. 11.00 (w Kancelarii Szpitala) dokumentów wskazanych w rozdziale VI pkt 1. B.3 i C.3 oraz w rozdziale VII. 1, 2 i 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które nie zostały złożone wraz z ofertą.

Gastropol Group Sp. z o. o. 7 września 2009 r. (pismem z tej samej daty) wniósł protest, a następnie, wobec oddalenia protestu przez zamawiającego 16 września 2009 r. (pismo z tej samej daty), odwołanie. Odwołanie złożono w Urzędzie Zamówień Publicznych 25 września 2009 r. (pismo z tej samej daty). Spełniony został warunek jednoczesności przekazania kopii odwołania zamawiającemu.

Odwołujący się w proteście podniósł zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust.1 i 26 ust. 3 Pzp przez wezwanie go do uzupełnienia dokumentów z wyznaczeniem rażąco krótkiego terminu, uniemożliwiającego zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W uzasadnieniu protestu wywiódł, że zamawiający, wbrew postanowieniom specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nakazał złożenie dokumentów wyłącznie w formie pisemnej oraz *de facto* wyznaczył mu jednodniowy termin na nadanie na poczcie

brakujących dokumentów. Wniósł o wyznaczenie realnego terminu, umożliwiającego uzupełnienie wskazanych dokumentów, min. do 9 września 2009 r.

W odwołaniu zarzucono naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych przez niezgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych dokonanie czynności polegających na wezwaniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący się zarzucił naruszenie art. 26 ust. 3 oraz art. 7 ust.1 w związku z art. 26 ust. 3 Pzp i wniósł o unieważnienie czynności wezwania go do uzupełnienia wskazanych w wezwaniu dokumentów, ponowną ocenę oferty i wyznaczenie terminu, umożliwiającego uzupełnienie dokumentów, jeśli zaistnieją przesłanki zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 Pzp.

W uzasadnieniu wywiódł, że żądanie uzupełnienia dokumentów z pkt 2 i 4 wezwania t.j. oświadczenia, związanego z polisą ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej oraz opisu koncepcji realizacji usług jest niedopuszczalne, gdyż prowadzi do zmiany treści oferty. W konsekwencji (w pozostałym zakresie) zamawiający nie powinien dokonywać wezwania w zakresie pkt 1, 3, 5, gdyż mimo uzupełnienia dokumentów oferta odwołującego się podlegałaby odrzuceniu.

Na posiedzeniu prowadzonym z udziałem pełnomocników stron Izba ustaliła, że podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 2 Pzp.

Art. 184 ust. 1 Pzp stanowi, że odwołanie wnosi się od rozstrzygnięcia protestu.

De lege lata odwołanie stanowi kontynuację protestu i tylko w takim zakresie podlegać może rozpoznaniu przez Izbę. Ustawodawca dał wyraz tej koncepcji nakazując w art. 187 ust. 4 pkt 2 Pzp odrzucenie odwołanie, które nie było poprzedzone protestem oraz w określając art. 191 ust. 3 Pzp granice rozpatrywania odwołania - stanowiąc, że Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście.

Wskazać należy, że aby nie zaistniała negatywna przesłanka zawarta w przywołanym art. 187 ust. 4 pkt 2 Pzp, odwołanie musi zostać wniesione od rozstrzygnięcia zarzutów podniesionych w proteście. Niedopuszczalne jest kreowanie w odwołaniu zarzutów, do których zamawiający nie miał możliwości ustosunkowania się w rozstrzygnięciu protestu.

W postępowaniu odwoławczym ocenie Izby podlega zasadność zgłoszonego środka odwoławczego, a zatem analizie jest poddawana konkretna czynność zamawiającego w kontekście podniesionych zarzutów wykonawcy.

Zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, ogłoszenia o konkursie, postanowień siwz, regulaminu konkursu, czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu lub konkursie oraz w przypadku zaniechania przez zamawiającego czynności,

podjętych przez zamawiającego w postępowaniu lub w konkursie oraz w przypadku zaniechania przez zamawiającego czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy, można wnieść protest do zamawiającego.

Zarzut protestu lub odwołania stanowi zatem nie tylko przywołanie przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych, którego naruszenia dopuścił się zamawiający, ale również wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie protestu.

Zgodnie z art. 180 ust. 8 Pzp protest winien zawierać m.in. żądanie oraz zwięzłe przytoczenie zarzutów. § 1 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 roku w sprawie regulaminu przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327) wśród elementów, które winno zawierać odwołanie, wymienia m.in. zwięzłe przedstawienie zarzutów oraz wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania (§ 1 ust. 1 pkt 7 i 8). Zarzuty i żądania są w myśl przywołanych przepisów odrębnymi elementami konstytutywnymi środków ochrony prawnej. Zgłoszone żądania powinny jednak wynikać z zarzutu i pozostawać z nim w związku.

Odwołanie wniesione przez odwołującego się nie stanowi kontynuacji zarzutów protestu.

Analiza treści protestu i odwołania prowadzi do ustalenia, że jedynym elementem wspólnym protestu i odwołania jest wskazanie naruszonych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych – art. 7 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 Pzp.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający wzywa w razie zaistnienia wskazanych przesłanek do uzupełnienia w wyznaczonym terminie pełnomocnictw lub oświadczeń i dokumentów, chyba, że mimo ich złożenia, oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W proteście odwołujący się nie podjął próby wzruszenia czynności wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp i nie kwestionował jej dopuszczalności – zgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący się podnosił jedynie wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na zadośćuczynienie wezwaniu, nie kwestionował legalności czynności wezwania, lecz jedynie jej treść.

Tymczasem w odwołaniu zarzucał bezprawność czynności wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp i wywodził, że jej dokonanie jest niedopuszczalne z uwagi na fakt, iż złożona przez niego oferta podlega odrzuceniu. Co więcej, oświadczył podczas posiedzenia, że prawidłowym działaniem zamawianego powinno być odrzucenie oferty, bez konieczności wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, zatem zmierzał do wzruszenia czynności wezwania i wykazywał konieczność odrzucenia własnej oferty. W postępowaniu odwoławczym nie jest możliwa ocena prawidłowości czynności

zamawiającego, przeciwko której nie były skierowane zarzuty protestu. Skoro *de lege lata* odwołanie stanowi kontynuację protestu, zarzuty protestu i odwołania winny być tożsame.

W okolicznościach sprawy zarzut protestu i odwołania różni się tak w zakresie podstawy faktycznej (kwestionowania w proteście treści czynności wezwania - wyznaczonego terminu a w odwołaniu legalności dokonywania czynności wezwania), jak wykazywanych okoliczności prawnych. Powyższa rozbieżność koreluje z żądaniami protestu i zmodyfikowanymi w stosunku do nich żądaniami odwołania.

Protest zawiera wyłącznie żądanie wydłużenia terminu wyznaczonego na uzupełnienie dokumentów. Zasadniczym żądaniem odwołania jest natomiast unieważnienie czynności wezwania dokonanego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, co Izba mogłaby nakazać w razie potwierdzenia zarzutu, iż jej dokonanie jest niedopuszczalne. Żądanie wyznaczenia innego terminu podnoszone jest alternatywnie i jedynie na wypadek uznania przez Izbę, że czynność wezwania została dokonana prawidłowo.

Dopuszczalne jest podnoszenie w odwołaniu nowej argumentacji wskazującej na trafność podniesionych w proteście zarzutów (tak: postanowienie Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 26 listopada 2004 r., sygn. akt VI Ga 107/04 – niepubl).

Użycie w odwołaniu sformułowania, że odwołujący się podtrzymuje zarzuty protestu nie może przesądzać jednak o tożsamości zarzutów protestu i odwołania, jeśli w treści odwołania brak jest jakiegokolwiek nawiązania do wywodów zawartych w proteście.

Analiza treści uzasadnień obu środków ochrony prawnej prowadzi do konstatacji, że wykazywany w proteście zbyt krótki, zdaniem odwołującego się, i dyskryminujący go, termin złożenia dokumentów, nie był przedmiotem zarzutu odwołania. Odpowiednio niedopuszczalność czynności wezwania nie była kwestionowana w proteście. Oprócz wskazania tych samych przepisów ustawa Prawo zamówień publicznych, których naruszenia miałby dopuścić się zamawiający, odwołanie nie nawiązuje do wywodów prawnych protestu. W istocie zarzuty i żądania protestu i odwołania wykluczają się wzajemnie. Uzasadnienie odwołania nie może zatem być uznane za rozwinięcie argumentacji protestu. Przyjęcie poglądu przeciwnego prowadziłoby, w okolicznościach sporu, do obejścia art. 187 ust. 4 pkt 2 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 2 Pzp, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 191 ust. 1 zd. 2 Pzp.

O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*