

Sygn. akt KIO/UZP 291/09

**WYROK**  
**z dnia 25 marca 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Ewa Jankowska

**Członkowie:** Agata Mikołajczyk  
Dagmara Gałczewska-Romek

**Protokolant:** Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 marca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Żabiniec 43, 31-215 Kraków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej im. Dr Józefa Psarskiego, ul. Jana Pawła II 120A, 07-400 Ostrołęka** protestu z dnia 13 lutego 2009 r.

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Impel Cleaning” Sp. z o.o., „Hospital Serwis” Sp. z o.o., Krzysztof Rdes prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EMKA Handel-Uслуги**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Żabiniec 43, 31-215 Kraków i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero

groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Żabiniec 43, 31-215 Kraków,**

- ~~2) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez **XXX** na rzecz **XXX** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx~~
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 0 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Żabiniec 43, 31-215 Kraków.**

## Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej im. Dr. Józefa Psarskiego w Ostrołęce, Al. Jana Pawła II 120A, 07-400 Ostrołęka prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługę kompleksowego utrzymania czystości w Szpitalu, usługi w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego pozostałe, gdzie indziej niesklasyfikowane, transport wewnętrzny oraz usługi dodatkowe.

Postępowanie prowadzone jest w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 roku Nr 171, poz. 1058), zwanej dalej ustawą – Pzp.

Ogłoszenie o postępowaniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr OJ 2009/S 9-011906.

W dniu 13 lutego 2009 roku ISS Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Jordanowska 2a, 04-204 Warszawa wniosła protest czynność Zamawiającego polegającą na zaniechaniu udzielenia odpowiedzi na pytania dotyczące specyfikacji istotnych warunków zamówienia przesłane do Zamawiającego w dniu 4 lutego 2009 roku oraz zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert pomimo istotnego zmodyfikowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Działaniom Zamawiającego Protestujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy – Pzp poprzez zaniechanie udzielenia odpowiedzi na złożone w postępowaniu pytania, przez co Zamawiający uniemożliwia złożenie przez wykonawców rzetelnie skalkulowanych ofert
- 2) art. 38 ust. 6 ustawy – Pzp poprzez zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert

i wniósł o:

1) udzielenie szczegółowych odpowiedzi na złożone zapytania zgodnie z art. 38 ust. 2 ustawy – Pzp

2) wyznaczenie nowego terminu składania ofert, z uwzględnieniem czasu niezbędnego na wprowadzenie zmian w ofertach, który wynosi nie mniej niż 10 dni.

W uzasadnieniu Protestujący wskazał, że w dniu 4 lutego 2009 roku przesłał do Zamawiającego pytania dotyczące siwz. W dniu 12 lutego 2009 roku Zamawiający przesłał odpowiedzi do treści pytań, ale udzielone odpowiedzi nie były wyczerpujące. W szczególności zaniechano odpowiedzi na pytanie o częstotliwość wykonywania czynności dekontaminacji pomieszczeń. Zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy – Pzp wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia winien być składnikiem siwz. Zamawiający w treści specyfikacji nie zawarł żądanej informacji o częstotliwości wykonywania czynności dekontaminacji

pomieszczeń. Czynność ta, w zależności od częstotliwości jej wykonywania, może generować skrajnie różne koszty realizacji usługi. W ocenie Protestującego wykonawca nie jest w takiej sytuacji w stanie rzetelnie skalkulować ceny oferty – nie jest bowiem w stanie oszacować ilości pracowników niezbędnych do wykonania usługi bez informacji o wymaganej częstotliwości świadczenia usługi. Odpowiedź z dnia 12 lutego 2009 roku w żaden sposób nie rozstrzyga tej kwestii. Odesłanie do siwz w sytuacji, gdy siwz nie zawiera tej informacji, nie jest odpowiedzią na zadane pytanie.

Ponadto protestujący podniósł, że w dniu 12 lutego 2009 roku dokonano istotnej modyfikacji swiz poprzez wyjaśnienie przez Zamawiającego, że stan „niepogorszony” rozumie jako „niepogorszony poza normalny stopień zużycia wynikający z prawidłowej eksploatacji”. Do dnia 12 lutego 2009 roku (czyli na 1 dzień przed upływem terminu składania ofert) wykonawcy winni byli przewidzieć w kalkulacji swojej oferty konieczność zwrotu dzierżawionego sprzętu w dniu zakończenia usługi w stanie niepogorszonym, co w praktyce oznaczało konieczność wliczenia w cenę oferty kosztów zakupu nowych urządzeń lub przywrócenia ich do stanu z dnia rozpoczęcia świadczenia usługi – według kalkulacji Protestującego był to koszt rzędu 200.000,00 zł. Tymczasem na jeden dzień przed upływem terminu składania ofert Zamawiający dopuścił możliwość zwrotu sprzętu w stanie niepogorszonym, wynikającym z normalnej eksploatacji. Oznacza to w praktyce, że wykonawcy będą mogli zwrócić dzierżawiony sprzęt bez konieczności dokonywania jakiegokolwiek inwestycji odtworzeniowych. Oczywiście jest wobec tego, że konieczne jest zmodyfikowanie treści przygotowanych już ofert, na co Zamawiający nie przewidział dodatkowego czasu.

W ocenie Protestującego postępowanie nie jest prowadzone zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, co skutkować będzie nieważnością ewentualnie zawartej umowy. Protestujący nie może złożyć rzetelnej oferty, a tym samym nie może ubiegać się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia, co uzasadnia istnienie po jego stronie interesu prawnego w złożeniu protestu na zaniechanie przedłużenia przez Zamawiającego terminu składania ofert i udzielenia przez Zamawiającego wyczerpujących odpowiedzi na pytania z dnia 4 lutego 2009 roku.

W dniu 19 lutego 2009 roku Spółdzielnia Inwalidów „NAPRZÓD” w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków zgłosiła przystąpienie do postępowania protestacyjnego pod stronie ISS Facility Services Sp. z o.o. w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 poprzez zaniechanie udzielenia odpowiedzi na złożone w postępowaniu pytania, przez co Zamawiający uniemożliwia złożenie przez wykonawców rzetelnie skalkulowanych ofert oraz zarzutu naruszenia art. 38 ust. 6 poprzez zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert.

Przystępujący wniósł o uwzględnienie protestu ISS Facility Services Sp. z o.o. w całości jako zasadnego i oświadczył, że posiada interes faktyczny i prawny w przystąpieniu,

ponieważ przez czynność Zamawiającego jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku.

W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 38 ust. 6 ustawy – Pzp Przystępujący podzielił argumenty wskazane przez ISS Facility Services Sp. z o.o.

Jeśli chodzi zaś o zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy – Pzp Przystępujący podniósł, że informacja o częstotliwości wykonywania czynności dekontaminacji pomieszczeń jest niezbędna dla właściwego wykonywania przedmiotowej usługi, co narusza zasadę uczciwej konkurencji. Ponadto Przystępujący podniósł, iż Zamawiający nie udzielił merytorycznej odpowiedzi na szereg pytań dotyczących spraw pracowniczych, które to pytania zadał w ustawowym terminie jeden z wykonawców. Zamawiający udzielił ponadto tych „niepełnych” wyjaśnień dopiero w dniu 12 lutego 2009 roku, podczas gdy termin składania ofert upływał następnego dnia o godzinie 10.45. Zamawiający wyjaśnił, że zwrócił się do wykonawcy obecnie realizującego usługę o przekazanie informacji dotyczących spraw pracowniczych, jednakże do udzielania wyjaśnień ich nie otrzymał. W ocenie Przystępującego Zamawiający ma obowiązek udzielenia wszelkich informacji dotyczących treści swiz i braku odpowiedzi nie usprawiedliwiają jakiegokolwiek okoliczności podawane przez Zamawiającego. Wobec terminu udzielenia wyjaśnień oraz tego, jak ważny w kontekście sporządzenia kalkulacji cenowej (m. In. Prośba o podanie składników wynagrodzenia brutto, stanu wykorzystania urlopów, liczby osób niepełnosprawnych itd.), na które Zamawiający nie udzielił merytorycznej odpowiedzi, można stwierdzić, że Wykonawcy nie mieli szans na rzetelne wyliczenie ceny przedmiotowej usługi i sporządzenie oferty w ciągu tak krótkiego czasu. Zatem zarzut nie udzielenia szczegółowych odpowiedzi na postawione pytania oraz zarzut zaniechania przedłużenia terminu składania ofert łączą się. W efekcie nieuwzględnienie przez Zamawiającego podnoszonych argumentów wywoła wadliwość postępowania, co skutkować będzie niemożnością zawarcia ważnej umowy.

W dniu 19 lutego 2009 roku Konsorcjum IMPEL CLEANING Sp. z o.o., Hospital Serwis Sp. z o.o. oraz Krzysztof Rdest prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą EMKA Handel-Usługi, zgłosiło przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu po stronie Zamawiającego. Przystępujące Konsorcjum oświadczyło, że ma interes prawny we wniesieniu przystąpienia, ponieważ jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą.

W ocenie przystępującego Konsorcjum zarzut zaniechania udzielenia odpowiedzi na pytanie o częstotliwość wykonywania czynności dekontaminacji pomieszczeń ani liczny pracowników mających dokonywać tej czynności jest bezpodstawny. Na pytanie Protestującego Zamawiający udzielił bowiem odpowiedzi stwierdzając, że oczekuje spełnienia wymagań zawartych w siwz. W siwz przedmiotowa kwestia została bowiem dokładnie scharakteryzowana, zatem nie ma potrzeby powtarzać zapisów, do których

Protestujący miał cały czas dostęp i na podstawie których powinien przygotować ofertę. Zgodnie z rozdziałem II pkt 6 SIWZ – specyfika zadania – usługa dekontaminacji powinna być świadczona w godzinach 8.00 – 16.00 i powinna być wykonywana przez co najmniej 2 pracowników za pomocą dwóch urządzeń należących do Zamawiającego.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego rzekomej modyfikacji siwz, przystępujące Konsorcjum podniosło, iż należy uznać go za bezpodstawny. Zamawiający nie dokonał bowiem modyfikacji postanowień siwz, a tym bardziej modyfikacji istotnej, lecz doprecyzował pojęcie „stan niepogorszony”. W świetle art. 705 K.c. po zakończeniu dzierżawy dzierżawca obowiązany jest zwrócić przedmiot dzierżawy w takim stanie, w jakim powinien znajdować się stosownie do przepisów o wykonywaniu dzierżawy. Dzierżawca nie odpowiada za pogorszenie przedmiotu dzierżawy będące przedmiotem używania i użytkowania.

Pismem z dnia 23 lutego 2009 roku Zamawiający rozstrzygnął protest w ten sposób, że protest oddalił. W uzasadnieniu stwierdził, że przedmiot zamówienia opisał w sposób jednoznaczny i wyczerpujący oraz zgodny z art. 29 ust. 1 ustawy – Pzp. Tym samym zarzut dotyczący zaniechania odpowiedzi na pytanie o częstotliwość dekontaminacji pomieszczeń oraz braku możliwości oszacowania ilości pracowników niezbędnych do wykonania tej usługi nie jest zasadny. Zamawiający w siwz określił dokładnie wykonywanie tej usługi, opisując minimalną ilość pracowników, charakter usługi oraz godziny świadczenia tej usługi.

Zatem zaniechanie udzielenia szczegółowych wyjaśnień na pytania nie miało miejsca, ponieważ treść siwz określiła przedmiot zamówienia dokładnie, jednoznacznie, z uwzględnieniem wszelkich wymagań, toteż Wykonawcy mogli rzetelnie dokonać skalkulowania ocen.

Zarzut zaniechania przedłużenia terminu składania ofert przez Zamawiającego również nie znajduje uzasadnienia. Zgodnie z art. 38 ust. 6 ustawy – Pzp Zamawiający przedłużył termin składania ofert, gdy w wyniku zmiany treści siwz niezbędny jest dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach. Zamawiający nie dokonał zmiany treści siwz, wyjaśnił jedynie, co rozumie przez termin „niepogorszony stan sprzętu” i pojęcie to jest zbieżne z treścią art. 705 Kodeksu cywilnego.

W dniu 5 marca 2009 roku Spółdzielnia Inwalidów „NAPRZÓD” w Krakowie Oddział w Łodzi, zwana dalej Odwołującym się, złożyła odwołanie od rozstrzygnięcia protestu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 38 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy - Pzp poprzez zaniechanie udzielenia merytorycznej odpowiedzi na złożone w postępowaniu pytania, przez co Zamawiający uniemożliwił Wykonawcom złożenie rzetelnie skalkulowanych ofert;
- 2) naruszenie art. 15 oraz art. 7 ust. 1 ustawy - Pzp poprzez nieprawidłowe i nierzetelne przygotowanie postępowania, a w związku z tym niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

3) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy - Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy Zamawiający nie dysponował do dnia upływu terminu składania ofert informacjami niezbędnymi dla złożenia przez Wykonawców rzetelnie przygotowanych ofert.

W związku z przedstawionymi powyżej zarzutami oraz faktem, że Zamawiający dokonał czynności otwarcia ofert przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu Odwołujący się wniósł o unieważnienie postępowania na zasadzie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy - Pzp.

Odwołujący się oświadczył, iż posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ złożona przez niego oferta nie mogła zostać prawidłowo skalkulowana w związku z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy, a zatem przez zaniechanie Zamawiającego interes prawny Odwołującego się w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że uczestnicy postępowania prowadzonego pod numerem SZPOZ-ZPP-2/2009 zwrócili się do Zamawiającego na zasadzie art. 38 ust. 1 ustawy – Pzp o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz). Wyjaśnienia złożone przez Zamawiającego nie miały żadnej wartości merytorycznej i świadczyły o nienależytym przygotowaniu postępowania przez jego organizatora. Nadto Zamawiający udzielił pisemnych wyjaśnień na zadane mu pytania dopiero w dniu 12 lutego 2009 roku, zatem zaledwie na jeden dzień przed terminem składania ofert. co obiektywnie uniemożliwiłoby dostosowanie treści ofert do pozyskanych informacji, nawet jeśli informacje te miałyby wartość merytoryczną.

Zgodnie z rozdziałem III pkt 2.3 ogłoszenia o zamówieniu (zdolność techniczna) oraz rozdziału V pkt 3.2 siwz (wykaz oświadczeń i dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu) Zamawiający zażądał od uczestników postępowania załączenia do oferty oświadczenia, w którym wykonawca zobowiązuje się do przejścia około 140 dotychczasowych pracowników od wykonawcy, który w chwili obecnej świadczy przedmiotową usługę w trybie art. 23<sup>1</sup> Kodeksu pracy.

Należy przy tym zauważyć, że zgodnie z wolą Zamawiającego cena jednostkowa zamówienia netto za metr kwadratowy powierzchni użytkowej miała zawierać wszelkie koszty wykonania usługi.

W przypadku przedmiotowego zamówienia zasadniczymi kosztami wykonania usługi były koszty pracownicze. Z tego względu do Zamawiającego zostało skierowane pytanie dotyczące składników wynagrodzenia brutto dla każdego przejmowanego pracownika, a także pytania dotyczące innych kwestii mających wpływ na wysokość kosztów pracowniczych m.in. ewentualnej niepełnosprawności pracowników, obowiązywania układów zbiorowych pracy, długotrwałych zwolnień lekarskich, urlopów macierzyńskich, wychowawczych, wykorzystania urlopów wypoczynkowych, zaległości pracodawcy z tytułu

stosunku pracy, postępowań sądowych w sprawach pracowniczych. Zamawiający został również poproszony o udostępnienie i przestanie obowiązujących w stosunku do przejmowanych pracowników regulaminów pracy, wynagradzania, premiowania. Wszystkie w/w informacje pozwoliłyby wykonawcom na prawidłowe skalkulowanie ceny ofertowej.

Odpowiedź Zamawiającego na każde z zadanych pytań brzmiała: "Zamawiający oczekuje spełnienia wymagań siwz. Zamawiający zwrócił się z prośbą do wykonawcy obecnie realizującego usługę o przekazanie informacji dotyczących spraw pracowniczych, jednakże do chwili obecnej ich nie otrzymał". Należy przy tym podkreślić, że po pierwsze siwz nie zawiera żadnych informacji w w/w sprawach, a po drugie – to na Zamawiającym - gospodarzu przetargu – ciąży obowiązek odpowiedniej organizacji postępowania i przekazania wykonawcom informacji pozwalających przeprowadzić kalkulację ceny. Z powyższego wynika, iż Zamawiający nie był przygotowany do przeprowadzenia postępowania, nie pozyskał przed wszczęciem niezbędnych danych i dokumentów i nie udzielił wyjaśnień na złożone pytania. Pomimo tego Zamawiający nie uwzględnił złożonego protestu i nie przedłużył terminu składania ofert do dnia kiedy takich wyjaśnień mógł udzielić. Jeśli zaś Zamawiający miał świadomość, że nie będzie dysponował niezbędnymi danymi -powinien był unieważnić postępowanie przetargowe. W żadnym razie Zamawiający nie miał prawa dokonać czynności otwarcia ofert, zwłaszcza, że protest Protestującego nie został ostatecznie rozstrzygnięty. W aktualnym stanie sprawy Odwołujący się nie może wnosić o przedłużenie terminu składania ofert – tak jak wnosił w przystąpieniu do postępowania protestującego, ponieważ Zamawiający dokonał już czynności otwarcia ofert. Zatem korzystając z przysługujących środków ochrony prawnej Odwołujący wnosi o unieważnienie postępowania Ponadto Zamawiający nie udzielił merytorycznej odpowiedzi na pytanie dotyczące częstotliwości dokonywania czynności dekontaminacji pomieszczeń (Zestaw 2 pkt 3 wyjaśnień z dnia 12.02.2009). Informacja ta jest niezbędna dla właściwego oszacowania ilości pracowników niezbędnych do wykonywania przedmiotowej usługi. Usługa ta, zgodnie z rozdziałem II pkt 6 siwz, musi być świadczona przez co najmniej dwóch pracowników. Jednak właściwe oszacowanie kosztów świadczenia tej usługi wymaga poznania częstotliwości, z jaką ma być ona świadczona. Brak takiej informacji w siwz, a także uchylenie się od odpowiedzi na zapytanie w tym przedmiocie powoduje niemożność właściwego skalkulowania ceny ofertowej.

Złożona z ostrożności oferta Odwołującego się (na wypadek gdyby postępowanie nie zostało unieważnione), nie mogła zawierać rzetelnie skalkulowanej ceny. Odwołujący się (podobnie jak inni Wykonawcy) musiał zastosować w wyliczeniach wartości hipotetyczne i doliczyć do ceny ofertowej dodatkowe koszty tak, by w przypadku realizacji przedmiotu zamówienia nie generować strat. Oferta Odwołującego się musiała zatem zawierać cenę zawyżoną. W przypadku dopełnienia przez Zamawiającego obowiązków wynikających z



przepisów prawa i rzetelnego przygotowania oraz przeprowadzenia postępowania (a tym samym udzielenia wyjaśnień na zadane pytania w sposób prawidłowy i w odpowiednim terminie) cena ustalona przez Odwołującego się byłaby odpowiednio wyliczona, nieobciążona hipotetycznymi kosztami i mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

W ocenie Odwołującego się przedmiotowe postępowanie winno być unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy – Pzp jako obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, gdyż zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy – Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie (art. 38 ust. 1, art. 7 ust. 1, art. 15 ustawy – Pzp), które miało wpływ na wynik postępowania.

Stanowisko swe Odwołujący się poparł wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 3 sierpnia 2007 roku, sygn. akt: UZP/ZO/0-939/07, wydanym w analogicznej sprawie. Zespół Arbitrów w sposób niebudzący wątpliwości wypowiedział się co do konieczności unieważnienia postępowania w przypadku, kiedy Zamawiający nie dysponował dokumentacją dotyczącą kosztów pracowniczych związanych z przejściem pracowników na zasadzie art. 23<sup>1</sup> Kodeksu pracy, która nie została udostępniona przez aktualnego wykonawcę usługi.

W dniu 17 marca 2009 roku Konsorcjum Impet Cleaning Sp. z o.o., Hospital Serwis Sp. z o.o., Krzysztof Rdest, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**Skład orzekający Izby na rozprawie z udziałem właściwie umocowanych pełnomocników stron, przeprowadził dowody z dokumentacji akt sprawy, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia i oferty Odwołującego się, nadto rozważył stanowiska stron złożone do akt sprawy, ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie jest niezasadne.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący się stał się uczestnikiem postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu wniesionego przez ISS Facility Services Sp. z o.o. Zarzuty zawarte w proteście obejmowały naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy – Pzp polegającego na zaniechaniu udzielenia odpowiedzi na złożone w postępowaniu pytania, przez co Zamawiający uniemożliwił złożenie przez wykonawców rzetelnie skalkulowanych ofert oraz art. 38 ust. 6 ustawy – Pzp polegającego na zaniechaniu przedłużenia terminu składania ofert.

Wykładnia przepisu art. 191 ust. 3 ustawy – Pzp pozwala na wniosek, iż zarzuty zawarte w odwołaniu winny być tożsame z zarzutami zgłoszonymi w proteście. Tymczasem Odwołujący się zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 38 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy - Pzp poprzez zaniechanie udzielenia merytorycznej odpowiedzi na złożone w postępowaniu pytania, przez co Zamawiający uniemożliwił Wykonawcom złożenie rzetelnie skalkulowanych ofert;
- 2) naruszenie art. 15 oraz art. 7 ust. 1 ustawy - Pzp poprzez nieprawidłowe i nierzetelne przygotowanie postępowania, a w związku z tym niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 3) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy - Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy Zamawiający nie dysponował do dnia upływu terminu składania ofert informacjami niezbędnymi dla złożenia przez Wykonawców rzetelnie przygotowanych ofert.

Z powyższego wynika, iż zarzuty naruszenia art. 38 ust. 1, art. 15 oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy – Pzp Odwołujący się zgłosił dopiero w odwołaniu. Z tego względu, w oparciu o art. 191 ust. 3 ustawy – Pzp, Izba nie mogła orzec co do tych zarzutów, albowiem nie zostały one zgłoszone w proteście.

Wyrażony w art. 191 ust. 3 ustawy - Pzp zakaz orzekania co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście, powinien być bowiem rozumiany jako zakaz orzekania ponad żądanie zawarte w proteście. Zakaz ten ma podwójny wymiar. Po pierwsze, skład orzekający, co do zasady, musi orzekać w zakresie żądania strony odwołującej, albo uwzględniając je, albo oddalając. Po drugie, czynność (zaniechanie), która nie została zaskarżona protestem, nie może być przedmiotem postępowania odwoławczego.

Jedynym zarzutem, który zawarty został zarówno w proteście i odwołaniu, był zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy – Pzp, zgodnie z którym Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równie traktowanie wykonawców.

Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. Ustawa wskazuje na zapewnienie równego dostępu do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, zawiera nakaz dokonywania oceny warunków oraz oceny ofert według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie dokumentów przedłożonych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofercie, nie zaś innej wiedzy zamawiającego.

Z kolei obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji przez zamawiającego zarówno na etapie przygotowania, jak i prowadzenia postępowania znajduje swój wyraz w przepisach odnoszących się do poszczególnych instytucji i rozwiązań ustawowych i dotyczy takich sytuacji, jak np. próby ograniczenia konkurencji przez zawężenie kręgu wykonawców

ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego realizacji bądź też może polegać na wskazaniu wąskiej grupy (bądź jednego) produktów lub usług, nieuzasadnionym celem udzielania zamówienia. Zachowaniu uczciwej konkurencji służy też wiele rozwiązań mających na celu dotarcie z informacją o wszczynanym postępowaniu do kręgu wykonawców mogących je wykonać, takich jak publikacja ogłoszeń o zamówieniu w określonych publikatorach, a w przypadku dopuszczalnego ograniczenia konkurencji poprzez zastosowanie trybów „nieprzetargowych” - określenie minimalnej liczby wykonawców, jakich zamawiający powinien zaprosić do postępowania.

W przedmiotowej sprawie Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy – Pzp. Wszyscy wykonawcy uczestniczyli w postępowaniu na jednakowych zasadach, działaniom Zamawiającego nie można również zarzucić, iż miały one charakter utrudniający uczciwą konkurencję. Izba nie stwierdziła bowiem, by Zamawiający w sposób preferencyjny traktował wybranych wykonawców, Odwołujący się nie sprecyzował zaś, dlaczego w jego przekonaniu fakt nie udzielenia rzetelnych odpowiedzi na zadane w trakcie postępowania pytania miałyby utrudnić uczciwą konkurencję, skoro wszyscy wykonawcy dysponowali takimi samymi informacjami.

Biorąc pod uwagę powyższe należało orzec jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 i 2 i ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 oraz Dz. U. z 2008 roku Nr 182, poz. 1122).

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 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Ostrołęce**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

\_\_\_\_\_

\* *niepotrzebne skreślić*