

Sygn. akt: KIO 445/11

**POSTANOWIENIE
z dnia 16 marca 2011 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 16 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Mirosława Walczaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PPHU Eksport – Import MARTINA Mirosław Walczak, 88-400 Żnin, ul. Mickiewicza 37** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Szpital Wojewódzki, 87-800 Włocławek, ul. Wieniecka 49**

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Mirosława Walczaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PPHU Eksport – Import MARTINA Mirosław Walczak, 88-400 Żnin, ul. Mickiewicza 37** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Mirosława Walczaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PPHU Eksport – Import MARTINA Mirosław Walczak, 88-400 Żnin, ul. Mickiewicza 37**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Mirosława Walczaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PPHU Eksport – Import MARTINA Mirosław Walczak, 88-400 Żnin, ul. Mickiewicza 37** na rzecz **Szpitala Wojewódzkiego, 87-800 Włocławek, ul. Wieniecka 49** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Włocławku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Wojewódzki, ul. Wieniecka 49; 87-800 Włocławek, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Świadczenie usług przygotowania, dostarczenia na poszczególne oddziały oraz dystrybucja porcjowanych posiłków dla Szpitala Wojewódzkiego we Włocławku, z siedzibą przy ul. Wienieckiej 49*”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 lutego 2011 r. pod numerem 2011/S 30-049830.

Dnia 25 lutego 2011 roku Zamawiający sprostował odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 21 lutego 2011 roku, w której wyjaśnił, iż wymagał, aby wykonawca wykonał lub wykonywał w okresie ostatnich 3 lat przez upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należycie:

- *minimum 3 usługi, polegające na żywieniu zbiorowym z zastosowaniem diet,*
- *usługi polegające na żywieniu zbiorowym z zastosowaniem diet, trwające minimum rok (każda usługa),*
- *usługi polegające na żywieniu zbiorowym z zastosowaniem diet, na kwotę nie mniej niż 1 500 000,00 PLN brutto (rocznie każda usługa).*

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca Mirosław Walczak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PPHU Eksport- Import „MARTINA” z siedzibą w Żninie, ul. Mickiewicza 37 (zwany dalej „*Odwołującym*”) i dnia 4 marca 2011 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 4 marca 2011 roku.

Zamawiający, dnia 7 marca 2011 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden z wykonawców.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas posiedzenia, Izba stwierdziła, iż odwołanie należało odrzucić na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie po dniu 29 stycznia 2010 r. tj. po wejściu w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu po wejściu w życie wskazanych przepisów.

Przedmiotem zamówienia publicznego jest usługa, której wartość oszacowano na kwotę powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zgodnie z dyspozycją przepisu art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie w postępowaniu, którego wartość jest równa lub większa niż tzw. progi unijne, 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 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej.

Wobec powyższego uznać należy, że ustawowy termin na wniesienie odwołania upływał w dniu 22 lutego 2011 r.

W konsekwencji powyższego odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2011 r. należy uznać za wniesione z uchybieniem ustawowego terminu.

W przedmiotowym postępowaniu istotnym jest stwierdzenie, iż Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytania wykonawcy z dnia 21 lutego 2011 roku, faktycznie nie zmodyfikował treści ogłoszenia o zamówieniu, jak i treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Potwierdzeniem powyższej tezy jest brak czynności Zamawiającego, do których jest zobligowany przepisem art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Przepis powyższy stanowi, że jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający przekazuje Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy stwierdzić należy, że skoro Zamawiający nie wykonał stosownych procedur określonych przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych, dotyczących czynności koniecznych do wykonania w przypadku modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia to oznacza, że modyfikacja s.i.w.z. nie nastąpiła. Zważyć bowiem należy, iż modyfikacja warunków udziału w postępowaniu wraz z opisem spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia stanowi element istotnie ważny w przedmiotowym postępowaniu i w ocenie Izby niedopuszczalnym byłaby jego modyfikacja przez udzielenie wyjaśnień na pytania wykonawców, bez obowiązkowej publikacji takich zmian w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Nadto Izba zwraca uwagę, iż treść pism/odpowiedzi Zamawiającego nie zawierają w swojej treści informacji o dokonanej zmianie/modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tym samym nie mogą stanowić podstawy do takiego uznania.

Powyższe oznacza, iż Odwołujący przez swoje zaniechanie uniemożliwił skuteczne dochodzenie swoich praw z powodu uchybienia terminu na wniesienie odwołania.

W ocenie Izby, sprostowanie Zamawiającego z dnia 25 lutego 2011 roku dotyczące odpowiedzi udzielonej w dniu 21 lutego 2011 roku nie powoduje wzruszenia terminu na wniesienie odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, tym bardziej, że sprostowanie powyższe doprowadziło w rezultacie do stanu postępowania, w którym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia pozostały w formie niezmienionej do pierwotnej ich treści z dnia 12 lutego 2011 roku.

W ocenie Izby, prawidłowym postępowaniem było wniesienie, w określonym przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych terminie, odwołania dotyczącego niezgodnych, w ocenie Odwołującego, postanowień ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych

warunków zamówienia. Z informacji podanych na posiedzeniu przez Odwołującego, taki zamiar Odwołujący posiadał przygotowując się do wniesienia odwołania i wnosząc wpis od odwołania w dniu 21 lutego 2011 roku i dokonując stosownej opłaty skarbowej od pełnomocnictwa procesowego. Jednakże wobec treści udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi z dnia 21 lutego 2011 roku z zamiaru tego Odwołujący zrezygnował, co w ocenie Izby było błędem, który w okolicznościach przedmiotowej sprawy wywołał negatywne skutki w odniesieniu do Odwołującego.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b) 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), uwzględniając koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600,00 zł.

Przewodniczący:

.....