

Sygn. akt: KIO/UZP 432/09

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 17 kwietnia 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz**

**Członkowie: Stanisław Sadowy**  
**Małgorzata Stręciwilk**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 17 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania, wniesionego przez **Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Żabiniec 43, 31-215 Kraków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **106 Szpital Wojskowy z Przychodnią SPZOZ, ul. Zygmunta Starego 20, 44-100 Gliwice** protestu z dnia 12 marca 2009 r.

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego:

1. **Niro Sp. z o.o., ul. Ścinawska 37, 59-300 Lubin** po stronie Zamawiającego,
2. **konsorcjum firm: Impel Cleaning Sp. z o.o., Hospital Serwis Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** po stronie Odwołującego,

**orzeka:**

1. **odrzuca 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 **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Żabiniec 43, 31-215 Kraków,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **12 713 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzysta złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Żabiniec 43, 31-215 Kraków.**

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

W związku ze złożeniem protestu w niniejszej sprawie w dniu 13.03.2009r., tj. w dacie po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), mając na względzie przepis art. 4 ust. 2 przywołanej ustawy, skład orzekający Izby podjął rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie w zakresie stosowania przepisów działu VI ustawy w oparciu o stan prawny po wejściu w życie przepisów nowelizacyjnych.

Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód”, zwana dalej odwołującym lub Spółdzielnią, złożyła protest i odwołanie „na dokonanie przez Zamawiającego czynności niezgodnych z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu”, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 183 ust. 5 ustawy Pzp wobec powtórzenia czynności uznanej – poprzez uwzględnienie protestu – za dokonaną z naruszeniem przepisów ustawowych i dokonanie jej ponownie w ten sam sposób, a zatem również z naruszeniem przepisów ustawowych i niezgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu,
2. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień pomimo, iż jego oferta podlega odrzuceniu,
3. zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy NIRO Sp. z o.o. jako niezgodnej z treścią SIWZ,
4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wobec dokonania przez zamawiającego czynności niezgodnej z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu i naruszenie w ten sposób zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

oraz wnosząc o:

1. uchylenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. powtórzenie oprotestowanej czynności zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu,
3. dokonanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy NIRO Sp. z o.o.,
4. ponowną ocenę ofert i wybór oferty najkorzystniejszej.

Swoje stanowisko o ostatecznym rozstrzygnięciu protestu Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” z dnia 02.01.2009r., poprzez jego uwzględnienie, odwołujący oparł na tym, że:

1. w piśmie z dnia 12.01.2009r. zatytułowanym „Rozstrzygnięcie protestów” zawarto treść: „(...) Zamawiający: 1. uwzględnia protesty Wykonawców ad. I (Spółdzielnia) i ad. II (konsorcjum w składzie: Impel Cleaning Sp. z o.o. oraz Hospital Serwis Sp. z o.o., zwanego dalej konsorcjum); 2. powtórzy czynności badania i oceny ofert (...)”,
2. od rozstrzygnięcia tego protestu nikt nie złożył odwołania.

Rozstrzygnięcie protestów z dnia 12.01.2009r. dotyczyło protestów:

- 1) konsorcjum, domagającego się odrzucenia zarówno oferty NIRO Sp. z o.o., i Spółdzielni Inwalidów „Naprzód”,
- 2) Spółdzielni, domagającej się odrzucenia oferty NIRO Sp. z o.o. również z powodów innych niż wskazane w proteście konsorcjum.

Rozstrzygnięcie protestów z dnia 12.01.2009r. zostało odmiennie zrozumiane przez podmioty te protesty wnoszące. I tak rozstrzygnięcie to Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” uznała za uwzględnienie obu protestów, zaś konsorcjum rozstrzygnięcie to uznało za oddalenie obu protestów.

Od rozstrzygnięcia powyższych protestów wykonawcy ci złożyli odwołania:

- 1) konsorcjum, podnosząc zarzuty i żądania tak jak w proteście (sygn. akt: KIO/UZP 116/09)
- oraz
- 2) Spółdzielnia, wyłącznie w zakresie protestu konsorcjum w sprawie odrzucenia oferty Spółdzielni z powodu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, uznając to rozstrzygnięcie protestu jako jego uwzględnienie (sygn. akt: KIO/UZP 114/09).

Spółdzielnia przystąpiła do postępowania odwoławczego, wywołanego protestem konsorcjum, zaś konsorcjum przystąpiło do postępowania odwoławczego, wywołanego protestem wniesionym przez Spółdzielnię.

Odwołania te zostały połączone do łącznego rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą w dniu 05.02.2009r. w sprawach o sygn. akt: KIO/UZP 114/09 oraz KIO/UZP 116/09.

Na posiedzeniu dotyczącym obu powyższych odwołań, Spółdzielnia wnioskowała o odrzucenie odwołania konsorcjum: „ze względu na to, iż brak przedmiotu zaskarżenia, ponieważ Zamawiający uznał protest wniesiony przez Impel Cleaning.” Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła tego wniosku, uznając, iż: „ (...) Zamawiający deklarując wykonanie czynności ponownego badania i oceny ofert nie sprecyzował, w jaki sposób odniesie się do zarzutów przedstawionych w proteście. W związku z tym obaj Odwołujący mogą mieć uzasadnione wątpliwości, iż deklarowana przez Zamawiającego czynność nie zostanie wykonana zgodnie z ich żądaniami zawartymi odpowiednio w proteście i przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Zatem pomimo faktu, iż oba odwołania wywodzą z czynności rozstrzygnięcia protestu odmienne wnioski, ze względu na zasadę koncentracji środków prawnych, wniesienie obu odwołań jest uzasadnione ze względów formalnych”.

Odnosząc się do odwołania Spółdzielni, aktualnie rozpoznawanego przez Krajową Izbę Odwoławczą, skład orzekający Izby stwierdza, że faktycznie rozstrzygnięciem protestów z dnia 12.01.2009r. nastąpiło ostateczne rozstrzygnięcie protestu Spółdzielni. Spółdzielnia bowiem od wskazanego rozstrzygnięcia dotyczącego jej protestu nie złożyła odwołania. Takiego odwołania nie wniósł również żaden inny wykonawca. Odwołanie złożone przez Spółdzielnię dotyczyło bowiem rozstrzygnięcia protestu konsorcjum w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Spółdzielni.

W ocenie składu orzekającego Izby, rozstrzygnięcie protestu Spółdzielni nastąpiło poprzez jego oddalenie. Przy ocenie rozstrzygnięcia protestu przez zamawiającego należy brać pod uwagę całość treści tego rozstrzygnięcia, tj. zarówno jego sentencję, jak i uzasadnienie. Z treści tego rozstrzygnięcia wyraźnie wynika, że zamawiający rozstrzygnął merytorycznie zarzuty dotyczące protestu konsorcjum w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Spółdzielni, natomiast pozostałe zarzuty zawarte w proteście konsorcjum, jak i wszystkie zarzuty zawarte w proteście Spółdzielni nie zostały przez niego rozpatrzone merytorycznie. O powyższym świadczą następujące sformułowania z treści przywoływanego rozstrzygnięcia protestów: „(...) dokona adekwatnych czynności w sprawie, kierując się zasadą równości i jawności wobec wszystkich Wykonawców, biorących udział w postępowaniu. (...) wszystkie pozostałe zarzuty Protestujących nie były badane pod względem merytorycznym, jako przedwczesne, gdyż zostaną objęte analizą Zamawiającego w trakcie ponownego badania i oceny ofert”.

W istocie więc zamawiający nie odniósł się do stawianych mu zarzutów i żądań odnośnie odrzucenia oferty Niro Sp. z o.o., a zatem brak jest podstaw do przyjęcia, że w wyniku tego rozstrzygnięcia nastąpiło odrzucenie tej oferty lub, że zamawiający zobowiązał się do jej odrzucenia w wyniku ponownej oceny ofert. Uwzględniając powyższe uznać należy, że zamawiający oddalił protest Spółdzielni, zatem Spółdzielnia powinna od tego rozstrzygnięcia złożyć odwołanie na ówczesnym etapie postępowania, podobnie jak uczyniło to konsorcjum. Spółdzielnia nie skorzystała jednak z tego uprawnienia. Złożenie protestu, poprzedzającego rozpoznawane przez Izbę odwołanie, w dniu 13 marca 2009r. należy uznać za spóźnione, co przesądza o niedopuszczalności rozpoznania niniejszego odwołania na rozprawie w świetle przepisu art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp

Dodatkowo skład orzekający Izby zauważa, że zgodnie z przepisem art. 181 ust. 7 ustawy Pzp niedopuszczalny jest protest, w którym powoływane są te same okoliczności. W niniejszej sprawie Spółdzielnia powołuje się bowiem na okoliczności związane z odrzuceniem oferty Niro Sp. o.o., co było objęte protestem z dnia 02.01.2009 r.

Skład orzekający Izby za spóźniony uznał także zarzut bezprawnego wezwania wykonawcy NIRO Sp z o.o. do złożenia wyjaśnień.

O wezwaniu wykonawcy NIRO Sp. z o.o. przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień odwołujący mógł powziąć wiadomość najpóźniej na rozprawie KIO w dniu 05.02.2009r., kiedy to zamawiający powoływał się na wezwanie wykonawców do złożenia wyjaśnień pismami z dnia 15.01.2009r. oraz na uzyskane w dniu 19.01.2009r. odpowiedzi, o czym świadczy treść protokołu postępowania w sprawach KIO/UZP 114/09 i KIO/UZP 116/09.

Pomimo takich informacji odwołujący nie złożył protestu na czynność wezwania do złożenia wyjaśnień wykonawcy NIRO Sp. z o.o.

Oznacza to, że podniesienie zarzutu bezprawnego wezwania do złożenia wyjaśnień wykonawcy NIRO Sp. z o.o. w proteście z dnia 12.03.2009r. i odwołaniu z dnia 01.04.2009r. jest spóźnione, ponieważ dokonane z przekroczeniem terminów, o których mowa w art. 180 ust. 2 oraz 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Termin na złożenie protestu zaczął swój bieg w dniu 06.02.2009r. tj. w dniu następnym po dniu posiedzenia KIO i upłynął w dniu 16.02.2009r.

Złożenie protestu po tej dacie jest niezgodne z przepisem art. 180 ust. 2 ustawy Pzp i przesądza o niedopuszczalności rozpoznania odwołania na rozprawie.

Skład orzekający Izby wziął przy tym pod uwagę fakt, że odwołujący w żaden sposób nie kwestionował skutków tego wezwania, tj. uwzględnienia przez zamawiającego złożonych

wyjaśnień i uznania zgodności oferty wykonawcy NIRO Sp. z o.o. z treścią SIWZ. Z tego powodu skład orzekający Izby uznał, że zakresem odwołania została objęta wyłączenia czynność wezwania do złożenia wyjaśnień, której bezprawność odwołujący łączył wyłącznie z rzekomym obowiązkiem odrzucenia przez zamawiającego oferty wykonawcy NIRO Sp. z o.o. w następstwie rozstrzygnięcia z dnia 12.01.2009r.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby postanowił odrzucić odwołanie na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp, tj. z tego powodu, że protest i odwołanie zostały wniesione z uchybieniem terminów określonych w ustawie 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 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 **Gliwicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*