

A81 Ł.

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 czerwca 2009 r.

**Sąd Okręgowy w Gliwicach, X Wydział Gospodarczy
w składzie**

**Przewodniczący • Sędzia SO Małgorzata Korfanty
Sędzia SO Barbara Przybyła (spr.)**

Sędzia SO Katarzyna Żymelka

Protokolant Katarzyna Cencora

po rozpoznaniu w dniu 5 czerwca 2009 r. w Gliwicach

na rozprawie

sprawy ze skargi Spółdzielni Inwalidów „NAPRZÓD” w Krakowie

**na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej przy Urzędzie Zamówień
Publicznych**

z dnia 17 kwietnia 2009 r.

sygn. akt KIO/UZP 432/09

z udziałem:

zamawiającego: 106 Szpitala Wojskowego z Przychodnią SP ZOZ w Gliwicach

uczestników: 1. NIRO Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Lubinie

2. Konsorcjum Firm: Impel Cleanig Spółki z ograniczoną
odpowiedzialnością oraz Hospital Serwis Spółki z ograniczoną
odpowiedzialnością we Wrocławiu

- 1) oddała skargę;
- 2) zasądza od skarżącego Spółdzielni Inwalidów „NAPRZÓD” w Krakowie na rzecz zamawiającego 106 Szpitala Wojskowego z Przychodnią SP ZOZ w Gliwicach oraz uczestnika NIRO Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Lubinie kwoty po 1 200,00 (jeden tysiąc dwieście 00/100) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu ze skargi.

SSO Katarzyna Żymelka

Na oryginale

Protokolant Sądowy
Kat&ryna^ ancora

Ga 103/09

UZASANIENIE

W proteście wniesionym w dniu 13 marca 2009r. wykonawca Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie żądał uchylecia czynności wyboru oferty spółki z o.o. „Niro”, powtórzenia oprotestowanej czynności zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu z dnia 12 stycznia 2009r. , dokonania odrzucenia oferty wykonawcy „Niro” spółki z o.o., ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej. Podał, iż w dniu 2 stycznia 2009r. wniósł protest na czynność wyboru oferty spółki „Niro”, która winna być odrzucona z uwagi na niezgodność z SIWZ. W związku z tym, wówczas domagał się uchylecia decyzji

W o wyborze oferty, odrzucenia wybranej oferty i dokonania ponownej oceny ofert. Zamawiający rozstrzygając ten protest uwzględnił go w całości i nie skorzystał wówczas z możliwości częściowego uwzględnienia i częściowego oddalenia protestu. Takie rozstrzygnięcie wymagałoby dokładnego wskazania przedmiotu rozstrzygnięcia i wówczas od częściowego oddalenia protestu spółdzielni przysługiwałoby odwołanie. Po wydaniu rozstrzygnięcia z 12 stycznia 2009r., w dniu 15 stycznia zamawiający wezwał spółkę „Niro” do wyjaśnień odnośnie oferty, którą w rozstrzygnięciu z 12 stycznia 2009r. uznał za niezgodną z SIWZ. Tym samym zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 pzp poprzez wezwanie do wyjaśnień wykonawcy, którego oferta winna być odrzucona. Dokonując ponownej oceny ofert zamawiający ponownie zaniechał odrzucenia oferty z uwagi na treść art. 89 ust.1 pkt 2 pzp i zgodnie z uprzednio rozstrzygniętym protestem. Dokonując ponownego wyboru zamawiający naruszył przepis art. 91 ust.1 i 183 ust. 5 pzp.

Rozpoznając protest z 13 marca 2009r. zamawiający odrzucił go jako spóźniony z uwagi na to, że o fakcie wezwania spółki „Niro” do złożenia wyjaśnień Spółdzielnia mogła się dowiedzieć na podstawie akt postępowania o udzielenie zamówienia już 15 stycznia 2009r. Ponadto informacja o tym, iż wezwał tę spółkę do złożenia wyjaśnień, była zawarta w piśmie do KIO, pismo to zostało spółdzielni doręczone na rozprawie w dniu 5 lutego 2009r. Zatem od tej daty ten wykonawca wiedział, o wezwaniu spółki „Niro” do złożenia wyjaśnień. Ponadto wszystkie podnoszone zarzuty były przedmiotem oceny przez KIO, która wydając w dniu 5 lutego 2009r. nie stwierdziła nieprawidłowości. Zamawiający odrzucił protest jako spóźniony na podstawie art. 180 ust. 7 pzp.

Od odrzucenia protestu spółdzielnia wniosła odwołanie podtrzymując żądania protestu. Podniosła, że fakt wezwania spółki „Niro” do złożenia wyjaśnień w dniu 15 stycznia 2009r. nie ma znaczenia dla oceny terminowości złożenia protestu, bowiem jawne są w toku postępowania jedynie oferty nie zaś protokół postępowania o udzielenie zamówienia, a zatem o czynności wezwania do złożenia dokumentów dowiedziała się dopiero w dniu ogłoszenia wyniku postępowania tj. 13.03.2009r. Podtrzymała zarzut , iż skoro zamawiający rozstrzygając protest ze stycznia uwzględnił go w całości, nie korzystając z możliwości częściowego uwzględnienia i częściowego oddalenia protestu to Spółdzielnia nie miała wówczas podstaw do wniesienia odwołania.

Zaskarżonym postanowieniem Krajowa Izba Odwoławcza odrzuciła odwołanie wykonawcy Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie od odrzucenia przez zamawiającego protestu z dnia 12 marca 2009r. W uzasadnieniu KIO wskazała, iż zamawiający rozstrzygając wcześniej złożony przez spółdzielnię protest z dnia 2 stycznia

2009r. oddalił protest. Wskazała, iż ocena rozstrzygnięcia protestu winna być dokonywana w oparciu o treść sentencji i uzasadnienia rozstrzygnięcia. W rozstrzygnięciu składanego wówczas protestu zabrakło odniesienia do zarzutów dotyczących żądania odrzucenia oferty spółki „Niro”, nie zostały zatem rozstrzygnięte merytorycznie, co wynikało wyraźnie z treści uzasadnienia, w wyniku tego rozstrzygnięcia nie doszło do odrzucenia oferty tej spółki, a tego domagała się wówczas spółdzielnia. Mimo braku zobowiązania się do odrzucenia oferty spółdzielnia od tego rozstrzygnięcia nie wniosła odwołania. Złożenie ponownego protestu w dniu 13 marca 2009r. KIO uznała za spóźnione. Ponadto wniesienie protestu, w którym podnoszone są te same okoliczności co w proteście z dnia 2 stycznia 2009r. jest niedopuszczalne. Zarzut bezprawnego wezwania do uzupełnienia braków oferty KIO uznała za spóźniony, bowiem o tym fakcie spółdzielnia dowiedziała się w dniu na rozprawie przed KIO w dniu 5.02.2009r., gdy rozpoznawane było odwołanie wniesione przez Konsorcjum firm Impel Cleaning spółka z o.o. i Hospital Servis spółka z o.o.

Jako podstawę rozstrzygnięcia KIO wskazała przepis art. 187 ust.4 pkt 4, 181 ust.7, 184 ust. 2 i 180 ust.2 ustawy prawo zamówień publicznych (pzp).

W skardze spółdzielnia podtrzymała zarzuty podnoszone w proteście i odwołaniu.

Rozpoznając skargę sąd zważył co następuje.

Ustalenia i rozstrzygnięcie Krajowej Izby odwoławczej sąd podziela.

Ponad wskazane tam przyczyny odrzucenia protestu należy wskazać, że skarżący

także w skardze nie odniósł się do ustalenia, że o wezwaniu spółki „Niro” do złożenia wyjaśnień dowiedział się na rozprawie przed KIO, już w dniu 5 lutego 2009r. - fakt wezwania wynikał z pisma zamawiającego doręczonego mu na rozprawie. Skoro wówczas dowiedział się o zastosowaniu w stosunku do tej spółki przepisu art. 26 ust. 3 i 4 pzp, to oczywistym było także i to że zamawiający nie dokonał odrzucenia oferty tej spółki zgodnie z żądaniem protestu ze stycznia 2009r., i to nawet wówczas gdyby przyjąć jak chce skarżący, że rozpoznanie tego protestu uwzględniało wszystkie jego zarzuty. W takiej sytuacji także zarzut zaniechania odrzucenia oferty byłby spóźniony. Istotą stanowiska pozwanego jest bowiem twierdzenie, że po rozpoznaniu protestu ze stycznia 2009r. niedopuszczalne było wzywaniem spółki „Niro” do składania wyjaśnień gdyż jej oferta na skutek rozpoznania protestu mogła być tylko odrzucona. Skoro inni wykonawcy mieli być jeszcze wzywani do

W składaniu wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów, a w stosunku do spółki „Niro” takie działanie wg skarżącego było niedopuszczalne (bo powinno nastąpić odrzucenie oferty) to także o tym zaniechaniu skarżący pośrednio dowiedział się z wymienionego pisma. Od wykonawcy wymagana jest należyta staranność przy ustalaniu okoliczności stanowiących podstawę protestu (art. 180 ust.2 pzp) a zamawiający ma obowiązek niezwłocznego wykonania żądania jeśli uwzględnił je w całości (art. 183 ust.5 pkt 2).

Sąd podziela jednak stanowisko KIO, iż w istocie zamawiający rozpoznając protest ze stycznia 2009r. w istocie nie uwzględnił zarzutu dotyczącego żądania odrzucenia oferty spółki „Niro” jako niespełniającej wymagań SIWZ. Nie mogą odnieść skutku zarzuty, iż gdyby zamawiający rozpoznając protest skorzystał z możliwości częściowego oddalenia protestu, co wymagałoby dokładnego określenia zakresu rozstrzygnięcia, to wówczas tylko wykonawca mógłby wnieść odwołanie. Z rozstrzygnięcia protestu ze stycznia 2009r. w żadnym zakresie nie wynika aby zamawiający uznał ofertę „Niro” za niezgodną z SIWZ - przeciwnie, już z sentencji rozstrzygnięcia wynika jedynie, że uwzględniając protesty zamawiający zobowiązał się jedynie do „powtórzenia czynności badania i oceny ofert, zaś powtórzenie czynności badania konsumuje wszystkie inne czynności jakie w tym celu zamawiający musi dokonać”- (tę część rozstrzygnięcia skarżący w swoich pismach konsekwentnie pomija). Skoro ani z rozstrzygnięcia, ani z uzasadnienia nie wynikało, aby zamawiający odniósł się do zarzutu dotyczącego niezgodności oferty z SIWZ, to brak podstaw do uznania, że co do tego zarzutu i żądania odrzucenia oferty zamawiający zajął jakiegokolwiek stanowisko.

^Słusznie podnosi skarżący, iż wykonawca nie skorzystał z możliwości częściowego oddalenia i częściowego uwzględnienia protestu. Jednakże zgodnie z art. 183 ust.3 pzp brak

rozstrzygnięcia protestu uważa się za jego oddalenie. Zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty nie zostały rozstrzygnięte. Zamawiający zobowiązał się do dokonania ponownej oceny ofert, jednakże brak podstaw do przyjęcia, że zobowiązał się do odrzucenia oferty spółki „Niro” skoro tego żądania nie rozpoznał. Żądanie to musi być traktowane jako oddalone. Przy takim rozstrzygnięciu, zaniechanie wezwania spółki naraziłoby zamawiającego na zarzuty ze strony spółki „Niro”, gdyż z rozstrzygnięcia protestu nie wynika, aby spółka ta została wykluczona z procedury ponownej oceny jej oferty.

Przepisy ustawy w odniesieniu do składania i rozstrzygania protestów nie odsyłają w żadnym zakresie do przepisów procedury cywilnej. Postępowanie wywołane protestem jest w całości uregulowane w ustawie. Brak zatem podstaw, aby do rozstrzygnięcia dokonywanego przez zamawiającego stosować takie same reguły jak do orzeczeń sądowych - gdzie istotnie o zakresie rozstrzygnięcia decyduje sentencja orzeczenia, ale też przewidziane są procedury uzupełnienia i wykładni orzeczenia. Ustawa pzp nakazuje, aby rozstrzygnięcie protestu zawierało uzasadnienie (art. 183 ust.4). Protest z kolei musi wskazywać oprotestowaną czynność lub zaniechanie, zawierać żądanie, przytoczenie zarzutów oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienia protestu. Zatem rozstrzygnięcie, w wypadku wskazania kilku czynności bądź zaniechań powinno zawierać stanowisko zamawiającego co do wszystkich żądań i zarzutów. Tylko wówczas możliwa będzie decyzja innych uczestników postępowania protestacyjnego, co do dalszych działań po rozstrzygnięciu protestu. Samo rozstrzygnięcie o brzmieniu „uwzględnić protest w całości” z jednoczesnym zobowiązaniem do ponownej oceny ofert nie daje podstaw, jak chce skarżący do uznania, także przez samą spółkę „Niro”, że na skutek rozstrzygnięcia protestu jej oferta zostanie odrzucona a tylko pozostałe oferty będą poddane ponownej ocenie.

Z uzasadnienia rozstrzygnięcia protestu natomiast wynikało wprost, iż według zamawiającego czynność ponownego badania ofert ma charakter najszerzy i konsumuje wszystkie inne czynności wynikające z ustawy i dlatego pozostałe zarzuty nie były badane pod względem merytorycznym jako przedwczesne. Zatem sam zamawiający w uzasadnieniu wskazał, że nie rozpoznał części zarzutów. Jak wyżej wskazano

nierozpoznanie zarzutów musi być zgodnie z ustawą traktowane jako ich oddalenie.

W proteście z dnia 13 marca 2009r. skarżący poza zarzutem niezasadnego wezwania spółki „Niro” do złożenia wyjaśnień nie zgłaszał zarzutów dotyczących prawidłowości i skuteczności procedury ponownej oceny badania ofert. Żądanie odrzucenia oferty opierało się w istocie na identycznych przyczynach jak podnoszone w poprzednim proteście, co słusznie wskazała KIO powołując się na przepis art. 181 ust. 7 pzp.^_

Z uwagi na powyższe sąd podzielając stanowisko zawarte w zaskarżonym postanowieniu oddalił skargę bezzasadną zgodnie z art. 198 ustawy pzp i orzekł o kosztach postępowania zgodnie z art. 98 Kpc w związku z art. 194 ust.2 pzp.

SSO Katarzyna Żymelka

SSO Małgorzata Korfanty

SSO Barbara Przybyła

Na a ginale
4aśęfw'podpisy
Gospodarczy
tokółant Sądowy

