

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 października 2009 r

Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy
w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Dariusz Chrapoński (spr.)

Sędziowie: SSO Małgorzata Kowalska

SSO Olga Gornowicz-Owczarek

Protokolant: sekr.sądowy Agnieszka Szwedura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 października 2009 r. w Katowicach

sprawy z odwołania KONSORCJUM: IMPEL CLEANING Spółki

z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu,
HOSPITAL SERWIS Spółki z ograniczoną
odpowiedzialnością we Wrocławiu,

r

przeciwko Szpitalowi Miejskiemu w Siemianowicach Śląskich

z udziałem przystępującego do postępowania po stronie oferenta Spółdzielni
Inwalidów „NAPRZÓD” w Krakowie
o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi odwołującego KONSORCJUM : IMPEL CLEANING Spółki z
ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, HOSPITAL SERWIS Spółki z
ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu,

od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień
Publicznych w Warszawie

z dnia 6 sierpnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP/974/09

1. oddała skargę;
2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3.617 zł (trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego.

stwierdzam

SEKRETA

Sygn. akt XIX Ga 388/09

cpisy

AU:4

UZASADNIENIE

Zaskarżonym postanowieniem z dnia 6 sierpnia 2009 roku Krajowa Izba Odwoławcza (zwana dalej KIO) odrzuciła odwołanie Konsorcjum Impel Cleaning Sp. z o.o. we Wrocławiu i Hospital Serwis Sp. z o.o. we Wrocławiu (zwanego dalej Konsorcjum) od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego - Szpital Miejski w Siemianowicach Śląskich (zwanego dalej Zamawiającym) protestu z dnia 18 czerwca 2009 roku przy udziale Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie (zwanego dalej Wykonawcą) oraz rozstrzygnęło o kosztach postępowania odwoławczego.

KIO ustaliła, że Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na kompleksową usługę sprzątania powierzchni szpitalnych, ciągów komunikacyjnych oraz pomieszczeń biurowych i socjalnych. Dnia 18 czerwca 2009 roku Wykonawca wniósł protest wobec czynności Zamawiającego z dnia wcześniejszego, polegającej na nieuprawnionym wezwaniu go do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007, Nr 223, poz. 1655 ze zm., zwanego dalej p.u.n.). Protestujący bowiem zarzucił, że wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia planu higieny spełniającego warunki Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) jest nieprecyzyjne, gdyż nie określono w nim błędów, które występują w przedłożonym przez niego planie, dołączonym do oferty. Niewskazanie konkretnych uchybień prowadzi do niepewności po stronie Wykonawcy co do elementów złożonego dokumentu, które są błędne w opinii Zamawiającego. Precyzja w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów jest istotna m. in. z uwagi na możliwość jednokrotnego wezwania do uzupełnienia danego dokumentu. W konsekwencji tego, Wykonawca wniósł o uznanie czynności Zamawiającego za bezskuteczną, względnie precyzyjnego wskazania zakresu błędów w żądanym dokumencie wraz z wyznaczeniem nowego terminu na jego uzupełnienie.

Do postępowania protestacyjnego przystąpiło Konsorcjum, podnosząc, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów nastąpiło z naruszeniem art. 26 ust. 3 p.z.p. W jego ocenie charakter stwierdzonych braków w planie higieny złożonym przez Wykonawcę uzasadniał odrzucenie tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

Protest został rozstrzygnięty przez Zamawiającego dnia 30 czerwca 2009 roku poprzez jego oddalenie, jako bezzasadnego.

Z tym rozstrzygnięciem nie zgodziło się Konsorcjum, wnosząc od niego odwołanie, w którym zarzucono naruszenie przez Zamawiającego art. 7 i art. 26 ust. 3 p.z.p., w uzasadnieniu podnosząc te same argumenty, co w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego. Konsorcjum domagało się uchylecia czynności Zamawiającego z dnia 17 czerwca 2009 roku i nakazaniu mu dokonania ponownej oceny ofert i wybór oferty

najkorzystniejszej spośród ofert ważnych.

Mając na względzie te okoliczności KIO uznało, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 2 p.z.p.

KIO zauważyło, że przepisy p.z.p. kształtują system ochrony praw ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w ten sposób, że na czynność zamawiającego przysługuje protest, który tenże rozpoznaje, a od takiego rozstrzygnięcia przysługuje odwołanie do KIO. Odwołania nie może wnieść wykonawca, który wcześniej nie wniósł protestu. Wyjątkiem od tej zasady jest możliwość wniesienia odwołania przez wykonawcę, który wcześniej skutecznie przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Ustawa wymaga, aby wykonawca zgłaszający przystąpienie do tego postępowania określił swoje żądanie w zakresie zarzutów zawartych w proteście (art. 181 ust. 5 p.z.p.). Nie jest zatem dopuszczalne podnoszenie innych zarzutów niż zawarte w proteście, przez co rozumieć należy nie tylko wskazanie czynności bądź zaniechania zamawiającego oraz powołanie właściwych przepisów, ale i zakres zaskarżenia oraz argumentację.

Przytoczona przez Wykonawcę w proteście argumentacja skupiała się na konieczności precyzyjnego określenia przez Zamawiającego uchybień i konsekwencjach, jaki mogą dla niego płynąć z faktu braku wskazania w wezwaniu nieprawidłowości w złożonych dokumentach. Tymczasem treść przystąpienia do postępowania protestacyjnego przez Konsorcjum, jak i jego odwołanie od rozstrzygnięcia protestu tylko z pozoru dotyczą tego samego zarzutu, zgłoszonego w proteście przez Wykonawcę. W rzeczywistości Konsorcjum zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 i art. 26 ust. 3 p.z.p., kwestionując wezwanie Wykonawcy do uzupełnienia planu higieny, gdyż ten plan jako nie należący do katalogu dokumentów wymienionych w art. 25 ust. 1 p.z.p. nie stanowi dokumentu podlegającego uzupełnieniu w myśl art. 26 ust. 3 p.z.p., a co za tym idzie oferta Wykonawcy winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

Zdaniem KIO w takiej sytuacji zarzut nieuprawnionego wezwania Wykonawcy winien zostać zawarty w odrębnym proteście wniesionym przez Konsorcjum.

Mając to na uwadze KIO odrzuciło na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 2 p.z.p. odwołanie, a o kosztach postępowania orzekło w oparciu o art. 191 ust. 6 i 7 p.z.p.

W skardze na to postanowienie Konsorcjum domagało się jego zmianę poprzez uwzględnienie odwołania i nakazania Zamawiającemu uchylecia czynności wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów oraz dokonanie prawidłowej oceny złożonych ofert w postępowaniu, bez uwzględnienia dostarczonych bezprawnie przez Wykonawcę dokumentów, stanowiących uzupełnienie oferty. Ponadto Konsorcjum wniosło o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego i skargowego.

Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucono naruszenie:

- art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie merytorycznego

rozpoznania zarzutu naruszenia przez Zamawiającego zasady

zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu, oraz

zasady równego traktowania wykonawców;

art. 26 ust. 3 w zw. z art. 87 p.z.p. poprzez zaniechanie

merytorycznego rozpoznania zarzutu wadliwego wezwania

przez Zamawiającego Wykonawcy do uzupełnienia

dokumentów;

art. 180 ust. 1 p.z.p. poprzez uznanie, że zarzut nieuprawnionego wezwania do uzupełnienia dokumentów nie został podniesiony w proteście Wykonawcy, jak również uznaniu, że Konsorcjum winno samodzielnie wnieść protest oparty o zarzut bezprawnego wezwania Wykonawcy;

art. 181 ust. 4 i ust. 5 p.z.p. poprzez uznanie, że złożone przez Konsorcjum przystąpienie do protestu zawiera rozszerzenie zarzutów w odniesieniu do wniesionego protestu;

art. 187 ust. 2 p.z.p. poprzez zaniechanie rozpoznania odwołania na rozprawie;

art. 187 ust. 4 pkt 2 w zw. z art. 181 ust. 4 p.z.p. poprzez uznanie, że odwołanie nie zostało poprzedzone protestem;

art. 188 ust. 7 p.z.p. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów;

art. 190 ust. 2 p.z.p. poprzez wydanie postanowienia bez rozpoznania istoty sprawy;

art. 191 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie wydania wyroku wobec braku podstaw do odrzucenia odwołania;

art. 191 ust. 1 pkt 1 p.z.p. poprzez uznanie, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów p.z.p. nie miało wpływu na wynik postępowania;

art. 191 ust. 2 pkt 2 p.z.p. poprzez zaniechanie w istocie dokonania rozstrzygnięcia wniesionego odwołania;

art. 191 ust. 3 p.z.p. poprzez uznanie, że zarzut nieuprawnionego wezwania Wykonawcy nie może się stać przedmiotem rozpoznania przez KIO;

- art. 191 ust. 6 p.z.p. poprzez błędne rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego.

Zamawiający, jak i Wykonawca wnieśli o oddalenie skargi i zasądzenie kosztów postępowania skargowego.

Sąd Okręgowy ustalił i zważył, co następuje:

Skarga nie zasługuje na uwzględnienie z następujących przyczyn.

W pierwszej kolejności należy w sposób ogólny omówić system środków ochrony prawnej zawarty w Dziale VI Prawa zamówień publicznych. Stosownie do zasad ogólnych wynikających z art. 179 ust. 1 p.z.p. środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w

uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Pierwszym w kolejności środkiem tej ochrony jest protest wnoszony na czynności, o których mowa w art. 180 ust. 1 p.z.p., który to rozstrzyga sam zamawiający. Zgodnie z art. 184 ust. 1 p.z.p. od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie do KIO, a od orzeczenia tego organu skarga do sądu (art. 194 ust. 1 p.z.p.). Przyjęty przez omawianą ustawę system środków ochrony prawnej uczestników postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego opiera się zatem na dwustopniowości wnoszenia środków odwoławczych - przed skargą do sądu. Innymi słowy, odwołanie od rozstrzygnięcia protestu może wnieść tylko podmiot, który wniósł protest. Odwołanie wniesione przez inny podmiot jako wniesione bez zachowania trybu określonego przez ustawę podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 2 p.z.p. - chyba, że zostało ono wniesione przez wykonawcę, który przystąpił do postępowania pro te stacyj nego.

W myśl art. 181 ust. 5 p.z.p. wykonawca zgłasza przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku w wniesienia protestu, wskazując swój interes prawny w przystąpieniu i określając swoje żądanie w zakresie zarzutów zawartych w proteście. Istota zagadnienia, jakie stanowisko zajmuje w tym postępowaniu, tkwi w tym, jaka jest treść protestu, a zatem jaki jest przedmiot tego postępowania. Zgodnie z art. 180 ust. 8 p.z.p. protest powinien wskazywać oprotestowaną czynność lub zaniechanie zamawiającego, a także zawierać żądanie, zwięzłe przytoczenie zarzutów oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie protestu. Zakres przedmiotowy postępowania protestacyjnego określają zatem następujące czynniki:

- oznaczenie zaskarżonej czynności lub zaniechania zamawiającego;
- żądanie zawarte w proteście, co do sposobu jego załatwienia;
- zarzuty przeciwko czynności lub zaniechaniu zamawiającego;
- przytoczenie okoliczności faktycznych lub prawnych uzasadniających protest.

W tym stanie rzeczy, przystępujący do postępowania protestacyjnego - wypełniając dyspozycję cytowanego powyżej art. 181 ust. 5 p.z.p. winien się odnieść do przedmiotu postępowania, tj. czy popiera stanowisko protestującego, czy też się z nim nie zgadza. W rzeczy samej, przystępując do postępowania protestacyjnego, wykonawca przystępuje do protestującego, popierając jego stanowisko w sprawie, względnie do zamawiającego, co oznacza, że uznaje jego czynność lub zaniechanie za prawidłowe. Istota bowiem przystąpienia wykonawcy do postępowania protestacyjnego polega na tym, aby to postępowanie ze względu na jego interes prawny zakończyło się na korzyść jednej ze stron tego postępowania. Jako przystępujący to tego postępowania po jednej ze stron, jest związany zakreślonymi wcześniej czterema czynnikami, określającymi ramy tego postępowania, bez możliwości rozszerzenia jego granic w którymkolwiek elemencie, wpływających na jego zakres. Inne okoliczności faktyczne i prawne, zarzuty, twierdzenia, tudzież żądania mogą stanowić samodzielny protest przystępującego, o ile rzecz jasna spełnione zostaną warunki art. 179 ust. 1 p.z.p.

Zakres postępowania protestacyjnego determinuje zakres jego rozstrzygnięcia, a także zakres odwołania do KIO. Wyjście ponad przedmiot postępowania protestacyjnego przez przystępującego do protestu jest niedopuszczalne, a zatem, jako bez zachowania trybu określającego środki ochronne uczestników postępowania podlega odrzuceniu.

Powyższe wywody należy dla oceny zasadności skargi Konsorcjum

przenieść na grunt stanu faktycznego niniejszej sprawy.

Pismem z dnia 17 czerwca 2009 roku Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p. wezwał Wykonawcę do przedłożenia wymaganych przez niego dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p. w związku z pkt 9 ppkt 1 SIWZ, tj. planu higieny spełniającego wymogi SIWZ w terminie do dnia 19 czerwca 2009 roku do godz. 12:00. Następnego dnia Wykonawca złożył protest na tę czynność i zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 i art. 26 ust. 3 p.z.p. wniósł, o uznanie tej czynności za bezskuteczną, względnie o precyzyjne wskazanie zakresu błędu lub błędów w żądanym dokumencie wraz z wyznaczeniem nowego terminu na jego uzupełnienie. Jego zdaniem wezwanie Zamawiającego jest nieprecyzyjne i nie zawiera wskazania błędów, które występują w przedłożonym planie. Niewskazanie konkretnych uchybień prowadzi do sytuacji, kiedy niejasne staje się, które elementy zawarte w planie są błędne, a które prawidłowe. Brak wyraźnego określenia błędów powoduje, że nie jest możliwym ocena poprawności czynności Zamawiającego, jak i jej wykonanie. Ramy postępowania protestacyjnego, pomijając żądanie wyznaczają okoliczności faktyczne i prawne zasadzające się na twierdzeniu, że Zamawiający naruszył wspomniane powyżej przepisy, albowiem jego czynność z dnia 17 czerwca 2009 roku nie jest precyzyjna co do tego w jaki sposób Wykonawca ma wykonać polecenie w niej zawarte, wobec czego wnosi o jej uznanie za bezskuteczną, względnie o jej sprecyzowanie.

Konsorcjum przystąpiło do postępowania protestacyjnego, domagając się jego uwzględnienia, co wskazywałoby, że przystąpiło ono do tego postępowania po stronie Wykonawcy. Jego zdaniem czynność z dnia 26 czerwca 2009 roku narusza art. 26 ust. 3 p.z.p., ale nie dlatego, że jest ona, tak jak twierdzi Wykonawca nieprecyzyjna, ale, że jego oferta w zakresie planu higieny nie odpowiada treści SIWZ, a wobec czego Zamawiający w tym trybie nie mógł go wzywać do przedłożenia dokumentów, a na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. winien tę ofertę odrzucić.

W konkluzji stwierdzić należy, że Konsorcjum w postępowaniu protestacyjnym zajęło pozycję niezależną w stosunku do twierdzeń i zarzutów Wykonawcy, a także nie przystąpiło do Zamawiającego, gdyż zakwestionowało prawidłowość jego czynności. Nastąpiło więc w niniejszej sprawie przekroczenie zakresu przedmiotowego postępowania

protestacyjnego, gdyż *de facto* zmierza ono do jej zakwestionowania, nie dlatego, że jest ona nieprecyzyjna, lecz, że w ogóle Wykonawca nie powinien był jej podjąć, że względu na konieczność odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Zarzuty tego rodzaju, powtórzone w odwołaniu, przekroczyły zakres przedmiotowy postępowania protestacyjnego, wywołanego przez innego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, albowiem mają one charakter od nich niezależny i odmienny. Tego rodzaju zarzuty i twierdzenia mogłyby być podstawą własnego protestu Konsorcjum, którego tenże nie wniósł.

Podniesienie zarzutów nieobjętych przedmiotem postępowania protestacyjnego Wykonawcy w odwołaniu od rozstrzygnięcia protestu wywołuje skutek, że zostało ono wniesione bez uprzedniego wniesienia protestu, w którym Konsorcjum mogłoby podnieść prezentowane przez siebie zarzuty i twierdzenia (art. 187 ust. 4 pkt 2 p.z.p.). Zasadnie zatem KIO odrzuciło odwołanie Konsorcjum jako niedopuszczalne. W istocie ich rozpoznanie powodowałoby orzekanie co do zarzutów niezawartych w proteście (art. 191 ust. 3 p.z.p.).

Wykładnia powyżej wskazanych przepisów jest wystarczająca do rozstrzygnięcia skargi, bez analizy poszczególnych zarzutów w niej zawartych. Analiza ich zasadności zmierzała by do oceny *meritum*

argumentów w niej podniesionych, co jest niedopuszczalne w sytuacji gdy odwołanie z przyczyn formalnych podlegało odrzuceniu.

Mając powyższe wywody orzeczono jak na wstępie (art. 198 ust. 2 p.z.p. i art. 194 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 98 k.p.c.).

Na oryginale właściwe podpisy
ZGODNOŚĆ Z /ORYGINAŁEM

stwierdzam
SE KR O ARZ

Baroafa Sojka