

Sygn. akt XII Ga 263/12

ff'

/a

WYROK  
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 września 2012 r.

Sąd Okręgowy w Krakowie Wydział XII Gospodarczy - Odwoławczy

w następującym składzie:

Przewodniczący- Sędzia: SO Janusz Beim (spr.)

Sędzia: SO Andrzej Ganicwski

Sędzia: SR dcl. Agata Picrożyńska

Protokolant: st.sekr.sądowy Ewa Janas

po rozpoznaniu w dniu 19 września 2012 roku w Krakowie

na rozprawie

sprawy ze skargi Krzysztofa Bocho

przy uczestnictwie zamawiającego Szpitala Specjalistycznego im.  
Stefana Żeromskiego Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki  
Zdrowotnej w<sup>T</sup> Krakowie

o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi wniesionej przez skarżącego Krzysztofa Bocho

od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 30 kwietnia 2012 r. sygn. akt KIO 814/12

I. oddala skargę;

II zasądza od skarżącego na rzecz uczestnika koszty  
postępowania skargowego w kwocie 1.200,00 zł (jeden tysiąc  
dwieście złotych)

Na oryginalne własne podpisy  
Zgodność z oryginałem stwierdza

EWrrfntnas  
S^Kret/z Sądowy

XII Ga 263/12

### Uzasadnienie

Szpital Specjalistyczny im. S. Żeromskiego w Krakowie ogłosił przetarg nieograniczony na „Świadczenie usług transportu i przechowywania zwłok pacjentów zmarłych w Szpitalu Specjalistycznym im. S. Żeromskiego SP ZOZ w Krakowie”.

Procedura przetargowa odbywała się na zasadach przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Od decyzji zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty (złożonej przez Sebastiana Rymarczyka) odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej złożył uczestnik procedury przetargowej Krzysztof Bocho (prowadził działalność pod firmą Z.P. „Gloria: Krzysztof Bocho w Sosnowcu”), którego oferta nie została przyjęta.

W odwołaniu odwołujący się zarzucił:

1. nieodrzućenie oferty, której treść nie odpowiada istotnym warunkom zamówienia pomimo, że oferent wzywany do jej uzupełnienia nie sprostął stawianym w SIWZ wymaganiom
2. nieodrzućenie oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia pomimo, że oferent nie wykazał „iż cena ta jest wiarygodna i przystająca do ceny rynkowej”
3. nieodrzućenie oferty, której złożenie stanowi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji polegające na przystąpieniu do przetargu dwóch podmiotów samodzielnie z tym, iż jeden z nich przedstawił wymagane przez zamawiającego dokumenty i oświadczenia, które ściśle związane były z drugim z tych podmiotów.

W ocenie odwołującego, te działania doprowadziły do wyboru nieodrzuconej oferty jako najkorzystniejszej, do dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ustawy, która ma wpływ na wynik postępowania oraz eliminację oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez zamawiającego następujących przepisów:

- art. 82 ust. 1 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej pzp)
- art. 89 pkt. 2 w zw. z art. 22 ust. 1 pzp

- art. 89 pkt. 2 pzp
- art. 89 ust. 4 w zw. z art. 23 ust. 2 pzp.

Podnosząc powyższe zarzuty odwołujący wniósł o:

- unieważnienie zaskarżonej decyzji zamawiającego, tj. wyboru oferty Sebastiana Rymarczyka i rozstrzygnięcie o przyjęciu oferty Krzysztofa Bocho
- obciążenie kosztami odwołania zamawiającego.

W uzasadnieniu odwołania szczegółowo podano na czym polegały wadliwe czynności zamawiającego, w szczególności dotyczące braku należytej weryfikacji dokumentów składanych przez S. Rymarczyka, a dotyczących innego podmiotu, tj. „Prosmęd sp.j. Baran & Gawlik” ( w zakresie sprostania wymogom SIWZ, braku należytej weryfikacji, czy w/w podmioty działają wspólnie w procedurze przetargowej czy osobno, oraz przyjęciu oferty S.Rymarczyka mimo podania w ofercie ceny rażąco niskiej.

Postanowieniem z dnia 30 kwietnia 2012 roku (sygn. KIO 814/12) Krajowa Izba Odwoławcza odrzuciła odwołanie i obciążyła odwołującego kosztami postępowania.

Uzasadniając swoje rozstrzygnięcie KIO stwierdziła, że zaistniała przesłanka skutkująca odrzuceniem odwołania na posiedzeniu niejawnym przewidziana w art. 189 ust. 2 pkt. 6 pzp, bowiem wartość zamówienia była mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp, a odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 pzp.

Wskazała Izba jakie podniósł zarzuty i naruszenie których przepisów pzp zarzucił odwołujący. Stwierdziła, że ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 15 marca 2012 roku pod pozycją 81648 dotyczyło zamówienia, którego wartość jest niższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp.

Wskazała KIO na generalną regułę niedopuszczalności wnoszenia odwołania w postępowaniach, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp, natomiast wyjątki od tej reguły są wyliczone w sposób enumeratywny we wskazanym art. 180 pzp. Podkreśliła Izba wynikające z treści art. 180 ust. 1 pzp rozróżnienie pojęć czynności od zaniechania dokonania czynności. Z treści art. 180 ust. 2 pzp wynika, że nie można wnosić odwołań wobec zaniechania wykluczenia lub odrzucenia oferty innego wykonawcy, wskazując przy tym na utrwalone orzecznictwo KIO i sądów powszechnych.

Uzasadniła również Izba fakt niedopuszczenia do udziału w postępowaniu odwoławczym Sebastiana Rybarczyka z uwagi na spóźnione zgłoszenie przystąpienia (art. 185 ust. 2 pzp).

W skardze na postanowienie KIO Krzysztof Bocho (dalej skarżący) zarzucił;

- naruszenie prawa materialnego tj. art. 189 ust. 2 ustawy pzp przez niewłaściwe jego zastosowanie polegające na przyjęciu że zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania

- naruszenie prawa materialnego tj. art. 180 ust. 2 ustawy pzp poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że zarzuty skarżącego nie podlegały rozpatrzeniu przez Izbę, bowiem nie mieszczą się w katalogu czynności, w stosunku do których służy odwołanie

- naruszenie prawa materialnego tj. art. 190 ust. 1 i 190 ust. 7 ustawy pzp poprzez zupełne pominięcie oceny stanu faktycznego przedstawionego w odwołaniu i kierowanie się jedynie skrótowym przytoczeniem wytknięć oraz artykułów ustawy pzp nie analizując przytoczonych w odwołaniu okoliczności.

Podnosząc powyższe zarzuty skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego orzeczenia KIO i rozstrzygnięcie o przyjęciu oferty skarżącego i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania.

Uzasadniając swoje stanowisko skarżący w szczególności podkreślił, że Izba w żaden sposób nie odniosła się do podanego w odwołaniu stanu faktycznego. W ocenie skarżącego KIO nie dokonało koniecznej w sprawne subsumcji wskazując przy tym na liczne orzeczenia (m.in. wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2011 roku, Lex 10.99161, KIO 2488/11, wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2011 r., sygn. 2625/11, Lex 1102050 i wyrok KIO z 1 grudnia 2011, KIO 2457/11, Lex 1102629).

Nadto skarżący wskazał na stanowisko KIO zawarte w uzasadnieniu wyroku z dnia 29 marca 2010 roku (sygn. KIO/UZP 325/ 10), które w ocenie skarżącego daje podstawę do stwierdzenia, iż wadliwą jest ścisła wykładnia art. 180 ust. 2 ustawy pzp. Zwrócił uwagę skarżący, że treść specyfikacji podanej przez zamawiającego wzbudza wątpliwości. W ocenie skarżącego nieuwzględnienie zarzutów przez KIO narusza w szczególności art. 22 ust. 1 i art. 23 ust. 2 ustawy pzp.

Podniósł skarżący, że Izba nie odniosła się do zarzutu wybrania przez zamawiającego oferty, która nie spełniała wymogów<sup>7</sup> określonych w SIWZ wskazując zarazem, które z wymogów nie zostały spełnione.

W ocenie skarżącego przytoczony w skardze materiał dowodowy oraz stan faktyczny dają wystarczające powody do stwierdzenia, iż przesłanki do skutecznego wniesienia skargi na czynności zamawiającego zostały spełnione, a to przesłanka dotycząca opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków<sup>7</sup> udziału w postępowaniu (art. 180 ust. 2 pkt. 2 pzp).

Nadto skarżący zarzucił, iż lapidarna treść uzasadnienia postanowienia KIO o odrzuceniu odwołania znacznie utrudnia i ogranicza możliwość polemiki z poczynionymi przez KIO ustaleniami.

Po rozpoznaniu skargi Sąd Okręgowy zważył co następuje.  
Skarga jest nieuzasadniona.

Przed wszystkim należy podkreślić, iż postępowanie odwoławcze uregulowane w ustawie pzp jest oparte na zasadzie kontryktoryjności (sporności) i równości stron. Odwołujący sam określa granice żądania, co powoduje, że skład orzekający KIO nie może wyrokować co do spraw, które nie były przedmiotem żądania ani co do zasady zasądzać ponad żądanie (por. J. Jurzykowski; Komentarz do art. 180 ustawy Prawo zamówień

publicznych). Również sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi, związany jest podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie XIXII Ga 416/ 11, LEX nr 1124963).

Zgodnie z treścią art. 189 ust. 2 ustawy pzp, Izba odrzuca odwołanie m.in. jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2.

Jest poza sporem, że wartość zamówienia była niższa niż kwoty podane rozporządzeniu Prezesi Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 roku w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z dnia 28 grudnia 2011 roku).

W takiej sytuacji, zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności;

1. wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę
2. opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu
3. wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia
4. odrzucenia oferty odwołującego.

Nadto odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy (art. 180 ust. 3 pzp). Wskazana regulacja służyć ma ograniczeniu odwołania do najistotniejszych decyzji mogących naruszać interesy wykonawców (por. uzasadnienie uchwały SN z dnia 12 stycznia 2010 roku 111 CZP 119/09).

Skarżący w odwołaniu zarzucił zamawiającemu:

- nieodrzućenie oferty, której treść nie odpowiadała SIWZ
- nieodrzućenie oferty, która zawierała rażąco niską cenę
- nieodrzućenie oferty, której złożenie nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji.

Nadto skarżący w odwołaniu wskazał, że postępowanie zamawiającego naruszyło normy:

- art. 82 ust. 3 pkt. 3 pzp
- art. 89 pkt. 2 w zw.- z art. 22 ust. 1 pzp
- art. 89 pkt. 2 pzp
- art. 89 ust. 3 w zw. z art. 23 ust. 2 pzp.

Biorąc pod uwagę treść art. 180 ust. 2 pzp i treść zarzutów odwołania,

nie ulega wątpliwości, że skarżący nie mógł skutecznie w odwołaniu zarzucić zaniechania odrzucenia oferty.

Dopiero w uzasadnieniu skargi skarżący usiłuje modyfikować swoje stanowisko i podnosi, że w istocie jego odwołanie dotyczy czynności opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Biorąc pod uwagę fakt związania sądu zakresem zarzutów podanych w odwołaniu, taka modyfikacja nie jest oczywiście dopuszczalna.

W tym kontekście należy wskazać na stanowisko prezentowane w judykaturze. W uchwale Sądu Najwyższego z dnia 10 grudnia 2009 roku (III CZP 110/09) stwierdzono, że odwołanie, które przysługuje na podstawie art. 184 ust. 1a pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, nie obejmuje rozstrzygnięcia protestu dotyczącego opisu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast zgodnie z treścią uchwały z dnia 12 stycznia 2010 roku (III CZP 119/09) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego toczącym się na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym do dnia 22 grudnia 2009 roku, odwołanie przewidziane w art. 184 ust. 1a tej ustawy nie przysługuje od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego opisu warunków udziału w postępowaniu. Stanowisko to zachowuje swoją aktualność po noweli ustawy pzp z dnia 5 listopada 2009 roku. Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, iż przepisy ustawy odróżniają instytucję samych warunków udziału w postępowaniu od oceny spełnienia warunków, w związku z czym przepis dotyczący odwołania na opis oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie jest tożsamy z prawem do wnoszenia odwołania na same warunki udziału w postępowaniu. Możliwość wniesienia odwołania wobec czynności opisu sposobu w postępowaniu dotyczy zatem konkretyzacji warunków ogólnie sformułowanych w art. 22 ust. 1a dokonanej przez zamawiającego na potrzebę danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (por. Jerzykowski, Komentarz j.w.). Zatem opis sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to określenie sposobu, w jaki zamawiający będzie ocenił czy dany wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. W zakres tego pojęcia wchodzi jedynie obowiązek przedstawienia metody oceny np. zero - jedynkowej lub odpowiedniej punktacji (por. uzasadnienie uchwały SN z dnia 12 stycznia 2010 roku, III CZP 119/09).

Innymi słowy w odwołaniu, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt. 2 ustawy pzp odwołujący winien zarzucić wadliwość zaistniałą w procesie konkretyzacji warunków ogólnie sformułowanych na potrzebę danego zamówienia. Odwołujący winien zarzucić błąd w metodzie oceny lub ewentualnie bezzasadne pominięcie przez zamawiającego przyjętej metody oceny lub zastosowanie kryteriów sprzecznych z podanymi warunkami. W ocenie Sądu Okręgowego tak skonstruowane zarzuty w odwołaniu, w świetle treści art. 180 ust. 2 pkt. 2 pzp stwarzałyby podstawę do oceny czynności zamawiającego przez KIO.

Można zgodzić się ze skarżącym, że zarówno treść dokumentów przedłożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (np. dotyczących wykazania warunków wiedzy i doświadczenia, treści dokumentów zawierających pieczęcie firmowe różnych podmiotów) czy też nawet kwestia ceny zawartej w ofercie podmiotu, której oferta została wybrana przez zamawiającego budzą wątpliwości. Nie zmienia to jednak faktu, że odwołujący się, oceniając przebieg postępowania i działania zamawiającego, nie sformułował w odwołaniu zarzutu odpowiadającego wymogom art. 180 ust. 2 pkt. 2 pzp. Jak zaznaczono wcześniej, to odwołujący się określa granice żądania. Odwołujący w uzasadnieniu odwołania niewątpliwie wskazał, które z dokumentów przedłożonych w ofercie podmiotu wygrywającego budziły jego zastrzeżenia podkreślił, że

zamawiający nie wyjaśnił kwestii, czy podmiot wygrywający działał w istocie sam, czy łącznie z innym podmiotem, zarzucił podanie w ofercie ceny rażąco niskiej, ale nie podał jakie uchybienia zamawiającego związane z konkretyzacją warunków udziału naruszyły jego interes, nie podał jakie kryteria sposobu oceny warunków nie były adekwatne do podanych w opisie warunków (vide uzasadnienie uchwały SN z dnia 12 stycznia 2010 roku III CZP 119/09). Brak tak skonkretyzowanego zarzutu nabiera szczególnego znaczenia w sytuacji, gdy jedynym kryterium oceny ofert podanym w SIUZ (pkt. XV. 1) było kryterium ceny.

Nie można zatem uznać za trafne zarzuty naruszenia przez Izbę wskazanych w skardze norm ustawy pzp. Jest rzeczą oczywistą, że z chwilą wniesienia odwołania obowiązkiem Izby było badanie czy' zachodzą ewentualne przesłanki negatywne dla skuteczności odwołania.

Skoro odwołanie nie dotyczyło czynności en umera tywnie wskazanej w<sup>7</sup> art. 180 ust. 2 ustawy pzp, to zasadnie Izba odwołanie odrzuciła.

Nadto należy<sup>7</sup> podkreślić, że wskazane w skardze stanowiska KIO (w konkretnie podanych przez skarżącego orzeczeniach) a odnoszące się do istoty konstruowania zarzutu, w żadnej mierze\* nie przesądzają o zasadności zarzutów<sup>7</sup> zgłoszonych w skardze. W istocie potwierdzają stanowisko prezentowane przez KIO w uzasadnieniu postanowienia z dnia 30 kwietnia 2012 roku. Rzeczą odwołującego się było sformułowanie w odwołaniu zarzutów spełniających wymogi art. 180 ust. 2 pzp. Zgodnie z zasadą równości stron, nie mogła KIO, badając przedstawiony stan faktyczny, samodzielnie konstruować zarzutu, który spełniałby np. wymogi pkt. 2 wskazanej normy, nie mogła samodzielnie skonkretyzować tę czynność zamawiającego, którą następnie uzna za niezgodną z przepisami ustawy.

Podobnie nie mógł tego uczynić sąd rozpoznający skargę. Takie działania w sposób nie budzący wątpliwości naruszałyby zasadę kontrydiktoryjności, równości stron oraz wskazane normy pzp (art. 180 ust. 2 i 189 ust.2).

Dlatego też skarga jako nieuzasadniona podlegała oddaleniu (art. 198f ust. 2 pzp). O kosztach orzeczono w myśl zasady wynikającej z treści art. 98 kpc w zw. z art. 198a ust. 2 pzp).

Na oryginale właścio podpisy  
Zgodność z oryginał stwierdza

st

10