



Warszawa, dnia 16 marca 2011 r.

Do
Prezesa
Krajowej Izby
Odwoławczej
ul. Postępu 17 a
02-676 Warszawa

Wnoszący odwołanie (Odwołujący):

ISS Facility Services Sp. z o.o.
Ul. Flisa 2
02-247 Warszawa
Tel: 22 577 42 00
Fax: 22 612 53 45

Zamawiający:

Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach
25-736 Kielce, ul. Grunwaldzka 45
tel: (0-41) 36-71-301,
fax: (041) 366-00-14

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „na usługę żywienia pacjentów Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Kielcach”, nr sprawy EZ/ZP/18/2011, zwane dalej „Postępowaniem”.

Numer ogłoszenia o zamówieniu: **39-064257** - opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 lutego 2011 r.

ODWOŁANIE


Działając na podstawie art. 179 ust. 1 oraz 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „Ustawą”, wnoszę odwołanie wobec niezgodnych z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego, jak też

ISS Facility Services Sp. z o.o.
ul. Flisa 2
02-247 Warszawa

Tel.: +48 (22) 577 42 00
Fax: +48 (22) 612 53 45

iss@issworld.pl
www.pl.issworld.com

KRS: 000004096
Sąd rej. Dł m. St. Warszawy
XII Wydz. Gosp. Kraj. Re. Sąd.
Kapitał zakładowy: 25 500 000 PLN
NIP: 573-17-71-575
REGON: 350850767



zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie przepisów Ustawy.

Wskazując konkretne czynności i zaniechania Zamawiającego, stanowiące podstawę odwołania zarzucam naruszenie następujących przepisów Ustawy:

- 1) art. 186 ust. 2 Ustawy w związku z art. 182 ust. 2 pkt 1 Ustawy poprzez bezzasadne i bezprawne zaniechanie przez Zamawiającego wykonania czynności w Postępowaniu w zakresie zmian treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu wynikających z treści żądań Odwołującego określonych w odwołaniu z dnia 4 marca 2011 r. sygn. akt KIO 446/11, pomimo, iż Zamawiający skorzystał w poprzednim postępowaniu odwoławczym z uprawnienia określonego w przepisie art. 186 ust. 2 i w piśmie z dnia 9 marca 2011 r. stanowiącym odpowiedź Zamawiającego na poprzednie odwołanie „uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu” oraz wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej o umorzenie postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 446/11, co przyniosło skutek w postaci umorzenia postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 446/11 bez faktycznego następczego wykonania przez Zamawiającego obowiązków wynikających z uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu z dnia 4 marca 2011 r. sygn. akt KIO 446/11;
- 2) art. 93 ust. 1 pkt 1 Ustawy w związku z art. 182 ust. 5 Ustawy poprzez pozbawione podstaw faktycznych i prawnych unieważnienie przez Zamawiającego w dniu 10 marca 2011 r. Postępowania, pomimo iż nie zachodziła przesłanka określona w tym przepisie, ponieważ niezłożenie ofert przez Wykonawców w pierwotnym terminie do ich złożenia, czyli w dniu 7 marca 2011 r., wskazane przez Zamawiającego w uzasadnieniu z dnia 10 marca 2011 r. jako przyczyna unieważnienia Postępowania pozostaje w bezpośrednim związku przyczynowym z uprzednią czynnością Zamawiającego dokonaną na podstawie art. 182 ust. 5 Ustawy w zakresie powiadomienia Wykonawców jeszcze przed



upływem pierwotnego terminu składania ofert o przedłużeniu terminu składania i otwarcia ofert oraz wskazaniem w piśmie Zamawiającego z dnia 9 marca 2011 r. na dzień 15 marca 2011 r. jako przedłużony termin składania i otwarcia ofert,

- 3) art. 182 ust. 5 Ustawy poprzez unieemożliwienie złożenia Odwołującemu oferty, pomimo, iż po wniesieniu odwołania wobec treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający w oparciu o przepis przedłużył termin składania ofert z dnia 7 marca 2011 r. do dnia 15 marca 2011 r.,
- 4) art. 7 ust. 1 Ustawy w związku z art. 93 ust. 1 pkt 1 Ustawy poprzez celowe unieważnienie i przedłużanie Postępowania, a tym samym przesuwanie przez Zamawiającego terminu składania ofert do czasu, kiedy Odwołujący nie będzie już spełniał warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania potencjału technicznego w postaci posiadania dodatkowej kuchni w bliskich okolicach Kielc, w wyniku czego po dniu 30 kwietnia 2011 r. Odwołujący nie będzie mógł złożyć oferty w Postępowaniu, co stanowi rażące naruszenie przez Zamawiającego zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców,
- 5) art. 93 ust. 3 oraz art. 5 ust. 1 Ustawy w związku z art. 93 ust. 1 pkt 1 Ustawy poprzez przyjęcie w treści faktycznego i prawnego uzasadnienia unieważnienia postępowania, że przepis art. 5 w zakresie regulacji dotyczącej możliwości skracania przez Zamawiających minimalnych terminów ustawowych w postępowaniach, których przedmiotem są usługi niepriorytetowe może stanowić wystarczające uzasadnienie unieważnienia przedmiotowego Postępowania oraz poprzez bezpodstawne uznanie przez Zamawiającego, że *„nie wymagane przepisami przedłużenie terminu (składania ofert) uznaje się za niebyłe”*, co świadczy także o zaniechaniu przez Zamawiającego racjonalnej oceny skutków dokonanej uprzednio przez Zamawiającego czynności przedłużenia terminu składania ofert i znaczenia treści tej czynności dla działań podejmowanych przez Wykonawców w postępowaniu, w



szczegółności w zakresie zaniechania złożenia ofert w dniu 7 marca 2011 r.,

- 6) art. 86 ust. 2 oraz art. 43 oraz w związku z art. 93 ust. 1 pkt 1 Ustawy poprzez uniemożliwienie w wyniku bezprawnego unieważnienia Postępowania złożenia przez Odwołującego oferty w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie 15 marca 2011 r., co naraziło Odwołującego na rzeczywistą szkodę w postaci kosztów związanych z przygotowaniem oferty.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania oraz wyznaczenia terminu składania i otwarcia ofert przed dniem 30 kwietnia 2011 r.,
- 2) zmiany treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu zgodnie z treścią zażądań Odwołującego zawartych w odwołaniu z dnia 4 marca 2011 r. sygn. akt KIO 446/11.

Na wypadek nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą powyższych zażądań umożliwiających Odwołującemu złożenie w Postępowaniu przygotowanej już oferty, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu na podstawie art. 93 ust. 4 Ustawy zwrotu uzasadnionych kosztów uczestnictwa w Postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty w wysokości zgodnej z udokumentowanym spisem kosztów, stanowiącym załącznik do odwołania.

Ponadto Odwołujący wnosi o:

- 1) w przypadku skierowania odwołania do rozpoznania - dopuszczenie dowodów z dokumentów wymienionych w treści uzasadnienia odwołania, wskazanych dla potwierdzenia faktów, z których Odwołujący wywodzi skutki prawne.



- 2) zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Odwołujący oświadcza, że ma interes w złożeniu tego odwołania. W celu uzyskania przedmiotowego zamówienia Odwołujący wniósł poprzednie odwołanie i na podstawie informacji o uwzględnieniu przez Zamawiającego wszystkich zarzutów odwoławczych przygotował ofertę, którą zamierzał złożyć w dniu 15 marca 2011 r. Odwołujący poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy poprzez bezprawne unieważnienie postępowania oraz nadużycie przez Zamawiającego instytucji uwzględnienia odwołania, czym wprowadził w błąd Krajową Izbę Odwoławczą i Wykonawców, w tym Odwołującego. Szkada Odwołującego obejmuje utracone korzyści (*lucrum cessans*) poprzez pozbawienie możliwości uzyskania przez Odwołującego zamówienia oraz poniesione przez Odwołującego koszty (*damnum emergens*) przygotowania oferty i koszty poprzedniego postępowania odwoławczego w wysokości kwoty wynagrodzenia pełnomocnika. Stanowi to wystarczającą przesłankę do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 i nast. Ustawy.

Odwołujący powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania w dniu 10 marca 2011 r. Odwołanie wniesione zostało w dniu 17 marca 2011 roku, czyli w terminie przewidzianym w art. 182 ust. 1 pkt 1) Ustawy.

UZASADNIENIE

Zamawiający Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach ogłosił w dniu 25.02.2011 postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na „Usługę żywienia pacjentów Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Kielcach”, nr sprawy nadany przez Zamawiającego EZ/ZP/18/2011”.

W dniu 4 marca 2011 r. Odwołujący wniósł odwołanie na postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu.



Pomimo, iż odwołanie wpłynęło do Zamawiającego już 4 marca 2011 r. około godz. 14.00 Zamawiający dopiero w dniu 7 marca 2011 r. poinformował Wykonawców o wniesieniu odwołania, zamieszczając kopię odwołania na stronie internetowej. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 Ustawy w związku z art. 29 ust. 2 Ustawy poprzez zawarcie w opisie przedmiotu zamówienia wymagania, aby wykonawcy składający oferty w przedmiotowym postępowaniu wykazali się **„posiadaniem kuchni szpitalnej na terenie miasta Kielce”**, co stanowi naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w sytuacji, gdy taką dodatkową kuchnią dysponuje wyłącznie jeden wykonawca, a jej posiadanie nie jest niezbędne do faktycznej realizacji zamówienia, ponieważ realizacja zamówienia odbywa się w przejętych od Zamawiającego **„w najem / dzierżawę pomieszczeń kuchni”**;
- 2) art. 7 ust. 1 Ustawy w związku z art. 22 ust. 4 Ustawy poprzez zawarcie w warunkach udziału w postępowaniu oraz opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunków następujących postanowień:
 - a. w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia - wymogu wskazania w wykazie usług wyłącznie **„usług w zakresie całodziennego wyżywienia pacjentów zakładu opieki zdrowotnej na bazie wynajmowanych pomieszczeń”**;
 - b. w zakresie dysponowania potencjałem technicznym - wymogu posiadania **„kuchni szpitalnej zabezpieczającej na terenie miasta Kielce na wypadek awarii i na czas remontu”**;

co stanowiło w ocenie Odwołującego naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz naruszenie zasady, iż opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia;



- 3) art. 36 ust 5 Ustawy w związku z art. 29 ust. 2 Ustawy poprzez wykluczenie możliwości korzystania z podwykonawców i braku uzasadnienia przez Zamawiającego tego wykluczenia, w sytuacji gdy specyfika przedmiotu zamówienia nie stoi na przeszkodzie udziałowi podwykonawców, a w niektórych aspektach przedmiotu zamówienia jest konieczna (roboty budowlane).

Odwołujący żądał w odwołaniu dokonania wykreślenia powyższych postanowień zawartych w SIWZ oraz w ogłoszeniu o zamówieniu. Szczególnie istotne dla Odwołującego było usunięcie z opisu przedmiotu zamówienia i opisu sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu zapisów dotyczących posiadania drugiej, zapasowej kuchni na terenie miasta Kielce.

Tak sformułowany warunek uniemożliwiał złożenie oferty w postępowaniu Odwołującemu, który posiada dodatkową kuchnię, ale nie bezpośrednio w Kielcach, a w miejscowości Końskie (około 40 km od Kielc). Nadto Odwołujący wykazywał, że warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania zapasowej kuchni jest zbyteczny i nadmiarowy, ponieważ posiadanie dodatkowej kuchni nie jest niezbędne do faktycznej realizacji zamówienia, ponieważ realizacja zamówienia odbywa się w przejętych od Zamawiającego „w najem i dzierżawę pomieszczeń kuchni”.

Dodatkowo Odwołujący wniósł o usunięcie zapisu dotyczącego wymaganego przez Zamawiającego warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w realizacji „usług w zakresie całodziennego wyżywienia pacjentów zakładu opieki zdrowotnej na bazie wynajmowanych pomieszczeń”.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o przedłużenie terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian do ofert. Na wypadek nie uwzględnienia przez Zamawiającego wniosku w sprawie przedłużenia terminu składania ofert, Odwołujący złożył wniosek ewentualny wobec wniosku o przedłużenie terminu składania ofert, wnosząc o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania, w przypadku, gdyby Zamawiający nie przedłużył terminu składania ofert a odwołanie byłoby rozpatrywane po terminie składania ofert (7 marca 2011 r., godz. 10.00).

Jako, że przedłużenie terminu składania ofert na podstawie przepisu art. 182 ust. 5 Ustawy jest czynnością dyspozytywną Zamawiającego, jest więc jego uprawnieniem, a nie obowiązkiem. Stąd kolejność opisanych powyżej żądań Odwołującego była racjonalna i miała na celu faktyczne umożliwienie złożenia oferty Odwołującego w Postępowaniu. Odwołujący składając poprzednie odwołanie nie wiedział przecież, czy Zamawiający przedłuży termin składania ofert.

Skoro Odwołujący w dniu 7 marca 2011 r. nie spełniał warunku udziału w postępowaniu w zakresie „posiadania zapasowej kuchni na terenie Kielc” nie mógł zatem bez konsekwencji np. w postaci utraty wadium złożyć ofertę w postępowaniu. Dopiero przedłużenie przez Zamawiającego terminu składania ofert oraz uwzględnienie zarzutów odwoławczych i wprowadzenie żądanych przez Odwołującego zmian w treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu pozwoliłoby złożyć Odwołującemu ofertę w postępowaniu.

Także w dniu 7 marca 2011 r. Zamawiający poinformował Wykonawców, że **„Na podstawie art. 182 ust. 5 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych, Zamawiający przedłuży termin składania i otwarcia ofert.”** Zamawiający zadeklarował także, że **„O nowych terminach Zamawiający informuje odrębnym pismem.”**

W dniu 8 marca 2011 r. Zamawiający oraz Odwołujący zostali powiadomieni o wyznaczonym na dzień 14 marca 2011 r. terminie rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą (sygn. akt KIO 446/11).

W dniu 9 marca 2011 r. Zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, na podstawie art. 186 ust. 1 i 2 Ustawy, uwzględnił w całości zarzuty postawione w odwołaniu oraz zadeklarował modyfikację SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu zgodnie z żądaniami Odwołującego. Ponadto wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron.

Tego samego dnia, tj. 9 marca 2011 r., w ślad za informacją o wniesionym odwołaniu, Zamawiający podał nowe terminy składania i otwarcia ofert,



wyznaczając termin składania ofert na 15.03.2011 r., godzina 10.00, zaś termin otwarcia ofert na 15.03.2011 r., godzina 10.30.

Trzeba podkreślić, że uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów odwoławczych w całości było przyczyną ostatecznej decyzji Odwoływającego o przystąpieniu do postępowania przetargowego.

W dniu 10 marca 2011 r. Odwoływający oraz Zamawiający zostali powiadomieni pismem Krajowej Izby Odwoławczej, znak UZP/DO/MP/3261/4512/11, iż termin posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej wyznaczony na dzień 14.03.2011 r. zostaje zniesiony, w związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego odwołania.

W tym samym dniu Krajowa Izba Odwoławcza wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 446/11. Przesłanką umorzenia zastosowaną przez KIO był art. 186 ust. 2 Ustawy. Wynik to z uzasadnienia postanowienia:

„Pismem z dnia 9 marca 2011 r., Zamawiający – Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach, odpowiedział na odwołanie, uwzględniając w całości zarzuty zawarte w odwołaniu. Skoro Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że po przeanalizowaniu stanowiska Odwoływającego uznał słuszność argumentacji Odwoływającego i uwzględnił odwołanie to stwierdzić należy, że Zamawiający uznał w pełni zarzuty Odwoływającego.”

Odwoływający zobowiązany był więc po umorzeniu postępowania odwoławczego przez KIO do wykonania czynności zgodnie z żądaniami wynikającymi z treści odwołania. Odwoływający zaniedbał jednak jakichkolwiek czynności wynikających z żądań odwoławczych, czym bezpośrednio naruszył przepis art. 186 ust. 2 Ustawy.

Znacznym zaskoczeniem w tym kontekście był dla Odwoływającego fakt, że Zamawiający zamiast wykonać stosowne czynności wynikające z uznania odwołania w dniu 10 marca 2011 r. przesłał Odwoływającemu Informację o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Ustawy ponieważ **„nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu.”** W treści uzasadnienia Zamawiający wskazał, że *„w dniu 07.03.2011 r. miało mieć*

miejsce otwarcie ofert, do którego nie doszło, z uwagi na to, iż nie wpłynęła żadna oferta."

Zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia podejmuje próbę wyjaśnienia motywów swoich działań i wskazania podstaw faktycznych i prawnych unieważnienia postępowania. Jednak analiza treści uzasadnienia utwierdziła Odwołującego w przekonaniu, że czynność unieważnienia postępowania nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach Ustawy:

"Z tej przyczyny, a nadto z powodu złożenia odwołania przez Firmę ISS Facility Services Sp. z o.o. do Prezesa KIO, podjęto decyzję o przedłużeniu terminu składania ofert bez podania daty. Ponieważ pomiędzy dniem, gdy miały być otwarte oferty, a ogłoszeniem o przedłużeniu terminu do składania ofert upłynęły 2 dni, niejako ogłoszenie to stało się bezskuteczne i straciło moc prawną."

Odwołujący podkreśla, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego zawartym w uzasadnieniu „decyzja (Zamawiającego) o przedłużeniu terminu składania ofert bez podania daty” nie zapadła dopiero po bezskutecznym upływie pierwotnego terminu składania ofert, który był wyznaczony przez Zamawiającego na 7 marca 2011 r. na godz. 10.00. Jest to twierdzenie sprzeczne ze stanem faktycznym, ponieważ informacja o przedłużeniu terminu składania ofert bez podania konkretnej daty była dostępna na stronie internetowej Zamawiającego już w dniu 7 marca 2011 r. od godz. 9.55. Oznacza to, że Zamawiający podjął tę decyzję jeszcze wcześniej.

Zamawiający skorzystał w przedmiotowym postępowaniu z uprawnienia wynikającego z przepisu art. 182 ust. 5 Ustawy, na mocy którego w przypadku wniesienia odwołania wobec postanowień SIWZ Zamawiający może przedłużyć termin składania ofert i **przedłużył ten termin do 15 marca 2011 r.**, a ponadto skorzystał z uprawnienia wynikającego z art. 186 ust. 2 i uwzględnił odwołanie w całości. W ocenie Odwołującego wyklucza to możliwość późniejszego unieważnienia przez Zamawiającego postępowania w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt 1 Ustawy, szczególnie gdy Zamawiający odnosi przesłankę braku ofert do nieaktualnego terminu składania ofert (7 marca 2011 r.), skoro Zamawiający uprzednio ten termin przedłużył i poinformował o tym

Wykonawców.

Dodatkowo warto wskazać, że w dniu 7 marca 2011 r. nie wpłynęła żadna oferta, a więc sytuacja proceduralna Zamawiającego stała się jeszcze bardziej komfortowa. Ponadto brak ofert może oznaczać, że Wykonawcy zostali o przedłużonym terminie składania ofert skutecznie poinformowani.

Zgodnie z poglądami doktryny „(...) wniesienie odwołania od treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień SIWZ stanowi samodzielną przesłankę dokonania zmiany treści SIWZ (art. 182 ust. 5). Dopuszczając taką możliwość, ustawa pozwala uniknąć konieczności unieważniania postępowania w sytuacji, gdyby o odwołanie dotyczące postanowień SIWZ lub treści ogłoszenia o zamówieniu wniesione przed terminem składania ofert (wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), które byłoby rozpatrywane po otwarciu ofert (upływie terminu składania wniosków), okazało się zasadne.”¹.

Brak jest logiki i konsekwencji w czynnościach Zamawiającego następujących po wniesieniu odwołania z dnia 4 marca 2011 r., co w konsekwencji przyczyniło się do naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy wskazanych w treści zarzutów odwoławczych.

„Przedmiotowe postępowanie oparte na przepisie art. 2a Ustawy Prawo Zamówień Publicznych mające charakter niepriorytetowy, do którego ma zastosowanie art. 5 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych nie wymagało stosowania przepisów dotyczących terminów składania ofert, toteż w sytuacji braku ofert w wyznaczonym dniu unieważnienie przedmiotowego postępowania jest zasadne, a nie wymagane przepisami przedłużenie terminu uznaje się za niebyłe.”

¹ Jarosław Jerzykowski, PZP Komentarz, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, str. 764



Powyższe stanowisko Zamawiającego jest błędne. Postanowienia przepisu art. 5 dotyczą możliwości skracania minimalnych terminów przewidzianych w Ustawie dla różnych czynności Zamawiającego. W przypadku usług niepriorytetowych Zamawiający nie jest zobligowany np. do stosowania przy modyfikacji SIWZ i ogłoszenia terminów określonych w art. 12 a Ustawy.

Zgodnie z art. 12a ust. 2 pkt 1 Ustawy, jeżeli zmiana treści ogłoszenia jest istotna, w szczególności dotyczy określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania, Zamawiający przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian we wnioskach lub ofertach, z tym że w postępowaniach, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin składania ofert nie może być krótszy niż 22 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich - w trybie przetargu nieograniczonego.

W żadnym przypadku, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, przepis art. 5 nie daje Zamawiającemu niczym nieograniczonej swobody, co do „uznania za niebyłą” czynności przedłużenia terminu składania i otwarcia ofert.

Ponadto analiza przepisów Ustawy, w tym m.in. art. 38, art. 186 ust. 2 oraz art. 182 ust. 5 prowadzi do wniosku, że uwzględnienie przez Zamawiającego w całości odwołania na treść SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu musi być powiązane z przedłużeniem terminu składania ofert. Zmiany ogłoszenia i SIWZ nie są, co do zasady, możliwe po upływie terminu składania ofert. Jeżeli Zamawiający nie miał zamiaru przedłużyć terminu składania ofert, nie powinien również uwzględniać odwołania w całości, ponieważ uwzględnienie zarzutów dotyczących treści SIWZ i ogłoszenia implikuje konieczność przedłużenia terminów składania i otwarcia ofert. Tylko wtedy możliwe jest złożenie oferty zgodnie z treścią zmienionej SIWZ.

Opis prawidłowego postępowania Zamawiającego i obowiązków Zamawiającego wynikających z zastosowania procedury uwzględnienia



zarzutów odwoławczych określonej w art. 186 ust. 2 Ustawy zawiera np. uzasadnienie postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 grudnia 2010 r., sygn akt KIO 2590/10.

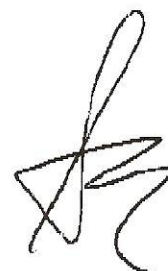
„(...) Zgodnie z art. 186 ust. 2 p.z.p. w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Użyty w przywołanym przepisie czasownik „może” wskazuje na etap postępowania odwoławczego, na jakim Izba może wydać postanowienie o umorzeniu postępowania. Zgodnie z art. 186 ust.1 p.z.p. zamawiający może wnieść odpowiedź na odwołanie. Odpowiedź na odwołanie wnosi się na piśmie lub ustnie do protokołu. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie dają Izbie możliwości kontrolowania oświadczeń stron o cofnięciu odwołania lub uwzględnienia w całości zarzutów odwołania pod kątem ich zgodności z przepisami prawa. W postępowaniu odwoławczym nie stosuje się art. 213 § 2 kodeksu postępowania cywilnego, W konsekwencji oświadczenie zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania wyczerpuje dyspozycję art. 186 ust. 2 zd. 1 p. z. p. i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego. Zarzuty i żądania stanowią dwie odrębne kategorie prawne, z mocy art. 180 ust. 3 p.z.p. oraz § 4 ust. 1 pkt 6) i 7) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280). Izba przy rozpoznawaniu odwołania związana jest wyłącznie zarzutami, nie zaś żądaniami odwołania zgodnie z art. 192 ust. 7 p.z.p. **Skoro zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości, zobowiązany jest po umorzeniu postępowania odwoławczego do wykonania czynności zgodnie z żądaniami wynikającymi z treści odwołania. Przeciwnie działanie narusza art. 186 ust. 2 zd. 2 p.z.p.”.**



W tym postępowaniu Odwołujący wskazuje, że zaangażował duże siły i środki, aby jego oferta była profesjonalnie przygotowana i spełniała wszystkie wymagania Zamawiającego, zawarte m. in. w poniższych zapisach SIWZ:

- 1) *Zamawiający wymaga, aby Wykonawca przeprowadził na własny koszt inwestycję budowlaną w zakresie określonym przez Zamawiającego. Szacunkowa wartość inwestycji wynosi 600.000,00 zł netto.*
- 2) *Zamawiający wymaga, aby oferent dołączył do oferty opis realizacji usługi w postaci ogólnej koncepcji sporządzony przez Wykonawcę zawierający w szczególności przykładowy jadłospis dekadowy na cztery dekady dla niżej wymienionych diet: podstawowej, lekkostrawnej, cukrzycowej.*
- 3) *Zamawiający wymaga dołączenia do wniosku projektu technologicznego kuchni, w tym uwzględniającego całość planowanego wyposażenia sprzętu. Projekt musi zawierać wszelkie wymagania sanitarno – epidemiologiczne i być podpisany przez osobę uprawnioną do sporządzania i zatwierdzania tego typu projektów.*

Tak określone wymagania Zamawiającego powodują, że przygotowanie oferty było bardzo kosztochłonne ze względu na konieczność zaangażowania specjalistów z różnych dziedzin oraz zlecenia opracowania projektu technologicznego kuchni. Koszt samego projektu kuchni to kwota około 10 000 zł netto. W wyniku bezprawnego unieważnienia postępowania Odwołujący poniósł więc rzeczywistą szkodę, za której powstanie i zakres bezpośrednio odpowiedzialny jest Zamawiający. Jeśli Odwołujący nie będzie mógł w wyniku nieuwzględnienia wszystkich zarzutów zawartych w tym odwołaniu złożyć przygotowanej już oferty, Zamawiający powinien na podstawie art. 93 ust. 4 zwrócić wszelkie koszty przygotowania oferty poniesione przez Odwołującego.



Ponadto Odwołujący informuje, iż jeśli Zamawiający ponownie uwzględni odwołanie, co doprowadzi do kolejnego umorzenia postępowania odwoławczego przez Krajową Izbę Odwoławczą, a następnie po raz kolejny nie wykona czynności wynikających z zarzutów odwoławczych Odwołujący poinformuje dodatkowo o tej niezgodnej z przepisami Ustawy praktyce Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i zwróci się z wnioskiem o przeprowadzenie przez UZP kontroli doraźnej tego postępowania o udzielenie zamówienia.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nadużył instytucji uwzględnienia odwołania. Zamawiający nie poniósł kosztów poprzedniego postępowania odwoławczego, a jednocześnie naraził Odwołującego na znaczne wydatki związane z przygotowaniem oferty oraz tak licznych załączników koniecznych do przygotowania przez Wykonawcę w tak krótkim czasie, który jedynie obecnemu wykonawcy pozwolił na przygotowanie powyższych materiałów bez dodatkowych kosztów ekspresowych), która miała być złożona w dniu 15 marca 2011 r. Ponadto Odwołujący ma prawo na podstawie uzyskanych od pracowników Zamawiającego informacji przypuszczać, iż Zamawiający zadziałał w pełni świadomie, a działania Zamawiającego zmierzają do uniemożliwienia złożenia przez Odwołującego oferty w ewentualnym kolejnym postępowaniu na żywienie.

W tym stanie rzeczy, wobec oczywistego uchybienia przez Zamawiającego przepisom Ustawy, Odwołujący wnosi jak na wstępie.


ISS FACILITY SERVICES
Sp. z o.o.
Kryświcka 10, 01-005 Warszawa
Specjalista ds. Zamówień Publicznych
(podpis osoby upoważnionej)

W załączeniu:

1. Pełnomocnictwo
2. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.
3. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.
4. KRS Odwołującego
5. Załącznik spis kosztów poniesionych przez Odwołującego na przygotowanie oferty.