

Sygn. akt: KIO/2763/10

## POSTANOWIENIE

z dnia 5 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Przemysław Dzierzędzki

**Protokolant:** Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 23 grudnia 2010 r. przez **IMPEL CATERING Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „*usługę polegającą na kompleksowym żywieniu pacjentów hospitalizowanych w Wojewódzkim Szpitalu Zespolonym w Elblągu w okresie 72 miesięcy z jednoczesnym przejęciem od Zamawiającego pracowników w trybie art. 23<sup>1</sup> Kodeksu Pracy wraz z dzierżawą i modernizacją pomieszczeń kuchni*”, od czynności zamawiającego, którym jest **Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu, ul. Królewiecka 146, 82-300 Elbląg**

przy udziale **Rebus Sp. z o.o., ul. Lipowa 36D, 05-123 Dąbrowa Chotomowska** zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. odrzucić odwołanie;
2. kosztami postępowania obciążyć **IMPEL CATERING Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** i nakazuje:
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **IMPEL CATERING Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław**, stanowiący koszty postępowania odwoławczego,
  - 2) dokonać wpłaty kwoty 4.440 zł 00 gr (cztery tysiące czterysta czterdzieści złotych zero groszy) przez **IMPEL CATERING Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** na rzecz **Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu, ul. Królewiecka 146, 82-300 Elbląg**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie (rozprawę) Izby.

Stosownie do treści art. 198 a i art. 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Elblągu**.

**Przewodniczący:**

.....

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

Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie po dniu 29 stycznia 2010 r., w którym weszły w życie przepisy ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 223, poz. 1778) do jego rozpoznania mają zastosowanie przepisy tej ustawy w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. (dalej „ustawa Pzp”). Nadto Izba stwierdziła, że do przedmiotowego odwołania zastosowanie znajdują przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. Nr 48, poz. 280) oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41, poz. 238).

Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że odwołujący - IMPEL CATERING sp. z o.o. we Wrocławiu nie przekazał kopii odwołania zamawiającemu - Wojewódzkiemu Szpitalowi Zespolonemu w Elblągu.

Odwołanie zostało złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na *usługę polegającą na kompleksowym żywieniu pacjentów hospitalizowanych w Wojewódzkim Szpitalu Zespolonym w Elblągu w okresie 72 miesięcy z jednoczesnym przejęciem od Zamawiającego pracowników w trybie art. 23 1 Kodeksu Pracy wraz z dzierżawą i modernizacją pomieszczeń kuchni* o wartości szacunkowej zamówienia przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący w dniu 23 grudnia 2010 r. wniósł w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu odwołanie wobec czynności zamawiającego podjętych i zaniechanych w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący w odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp wskutek zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Rebus Sp. z o.o. w Dąbrowie Chotomowskiej, co doprowadziło, zdaniem odwołującego, do bezprawnego wyboru oferty ww. wykonawcy jako najkorzystniejszej. We wniosku (żądaniu) co do rozstrzygnięcia odwołania odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu:

- 1) dokonania ponownego badania i oceny ofert,

- 2) wykluczenia wykonawcy Rebus sp. z o.o.,
- 3) wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Z ostrożności procesowej, na wypadek gdyby zarzuty bezpośredniego wykluczenia wykonawcy Rebus sp. z o.o. nie zostały uwzględnione przez Izbę, odwołujący wnosil o nakazanie zamawiającemu dokonania czynności badania i oceny oferty wykonawcy Rebus sp. z o.o., z zastosowaniem procedur opisanych w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

W dniu 23 grudnia 2010 r. odwołujący, za pośrednictwem faksu, przesłał zamawiającemu pismo zatytułowane „odwołanie”. Na podstawie oryginału ww. pisma Izba stwierdziła, że w piśmie tym, w pkt III, odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 poprzez nierówne traktowanie wykonawców, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp wskutek zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Rebus Sp. z o.o. w Dąbrowie Chotomowskiej, pomimo że nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu a nadto złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Ponadto w piśmie tym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3, 4 i 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wykluczonego oraz oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i zawiera rażąco niską cenę. Odwołujący zarzucił zamawiającemu także naruszenie art. 87 ustawy Pzp, wskutek zaniechania wyjaśnienia powyższych wątpliwości.

We wniosku (żądaniu) co do rozstrzygnięcia odwołania, zawartym w pkt V analizowanego pisma, odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) dokonania ponownego badania i oceny ofert,
- 3) wykluczenia wykonawcy Rebus sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty,
- 4) wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Z ostrożności procesowej, na wypadek gdyby zarzuty bezpośredniego wykluczenia wykonawcy Rebus sp. z o.o. nie zostały uwzględnione przez Izbę odwołujący wnosil o nakazanie zamawiającemu dokonania czynności badania i oceny oferty wykonawcy Rebus sp. z o.o., z zastosowaniem procedur opisanych w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że pomiędzy treścią odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej a treścią pisma zatytułowanego „odwołanie”, przekazanego zamawiającemu zachodzą istotne różnice. W pierwszej kolejności różnice te dotyczyły zakresu podniesionych zarzutów. W drugim z wymienionych pism pojawiły się bowiem, nie podniesione w pierwszym z nich, zarzuty naruszenia przez zamawiającego przepisów

art. 89 ust. 1 pkt 3, 4 i 5 oraz art. 87 ustawy Pzp. Po drugie, odrębności występowały również w zakresie wniosków (żądań) odwołującego co do rozstrzygnięcia odwołania. W drugim z wymienionych pism pojawiło się względem pierwszego dodatkowo żądanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i żądanie odrzucenia oferty wykonawcy Rebus sp. z o.o. Po trzecie rozbieżności dotyczyły znacznych fragmentów uzasadnienia wniesionego odwołania.

Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp obowiązkiem odwołującego jest przekazanie zamawiającemu kopii odwołania w ten sposób aby mógł on zapoznać się z jego treścią. Przepis ten odgrywa istotną rolę w postępowaniu odwoławczym. Na podstawie przekazanej kopii odwołania zamawiający może opracować odpowiedź na odwołanie, rozważyć decyzję o uwzględnieniu zarzutów w całości (art. 186 ust. 1 i 2 ustawy Pzp). Inni wykonawcy biorący udział w postępowaniu, po analizie przesłanej przez zamawiającego kopii odwołania, mogą podjąć decyzję o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 ustawy pzp). Przepis art. 180 ust. 5 ustawy pzp nie precyzuje co należy rozumieć przez pojęcie „kopia odwołania”, lecz nie ulega wątpliwości iż nie chodzi tu o identyczną formę lecz o zgodność merytoryczną obu dokumentów, a więc przekazanie zamawiającemu i Izbie pism o tej samej treści. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby, w celu ustalenia pojęcia treść odwołania, należy posilkować się przepisem art. 180 ust. 3 ustawy Pzp i § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, które wymieniają zasadnicze elementy odwołania. Zgodnie z przywoływanymi przepisami odwołanie zawierać musi między innymi:

- a) przedstawienie zarzutów,
- b) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania,
- c) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

Ponieważ określenie zarzutów, żądania co do sposobu rozstrzygnięcia, wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania ”tworzy” treść odwołania, to stwierdzić należy, że przesłanie zamawiającemu pisma różniącego się co do istotnej treści od odwołania wniesionego do Prezesa KIO oznacza iż odwołujący nie uczynił zadość obowiązkowi wynikającemu z przepisu art. 180 ust. 5 ustawy Pzp., albowiem nie przekazał zamawiającemu kopii odwołania.

W konsekwencji tego zaniechania odwołującego Izba jest zobligowana przepisem art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp do odrzucenia odwołania.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41, poz. 238). Działając na podstawie § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 4.440,00 zł, uznając za uzasadnione koszty zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600,00 zł oraz z tytułu dojazdu na rozprawę w kwocie 840 zł, na podstawie złożonych do akt sprawy rachunków.

**Przewodniczący:**

.....