

KANCELARIA RADCOWSKA

E.Guzowska, K.J.Kawecki i S-ka



SPÓŁKA KOMANDYTOWA

Warszawa, dnia 14 sierpnia 2017 roku

Prezes

Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a, 02 – 676 Warszawa

Odwołujący:

**Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo
Budownictwa Przemysłowego S.A.**

Plac Piastów 10, 44 – 100 Gliwice

tel. 032 3397030, fax 032 3397031

e-mail: gbbp@mz.pl

Zamawiający:

**Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej
Zespół Szpitali Miejskich w Chorzowie**

ul. Strzelców Bytomskich 11, 41 – 500 Chorzów

faks: (032) 3499-299

e-mail: zp@zsm.com.pl

Przystępujący:

ERBUD S.A.

ul. Franciszka Klimczaka 1, 02 – 797 Warszawa

reprezentowana przez:

r.pr. Wojciecha Ryczana

adres do doręczeń:

*Kancelaria Radcowska E. Guzowska K.J. Kawecki i
S-ka Sp. K.*

ul. Ogrodowa 37, 00 - 873 Warszawa

tel.: 22 654 74 54, fax: 22 624 17 96

e – mail: wryczan@kgk.com.pl

(adres do korespondencji)

Dotyczy: Przetargu nieograniczonego prowadzonego w celu udzielenia zamówienia publicznego na realizację zadania pod nazwą „Rozbudowa Pawilonu nr I o nową kubaturę wraz z modernizacją wschodniego skrzydła na potrzeby apteki, oddziału AilT wraz z wejściem głównym do budynku szpitala na terenie ZSM w Chorzowie przy ul. Strzelców Bytomskich 11 wraz z wymianą windy w Pawilonie I i dostawą oraz montażem agregatu prądotwórczego na potrzeby szpitala”. Ogłoszenie Nr 547448-N-2017 z dnia 07 lipca 2017 r., Ogłoszenie o zmianie ogłoszenia Nr 500005738-N-2017 z dnia 28 lipca 2017 r. - Nr sprawy: SP ZOZ ZSM/ZP/ 31 /2017

Przystąpienie

do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

1. Działając w imieniu Wykonawcy ERBUD S.A. (zwanego dalej także „Przystępujący” - pełnomocnictwo w załączeniu), na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (dalej „PZP”), **zgłaszam przystąpienie po stronie Zamawiającego – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zespół Szpitali Miejskich w Chorzowie** (zwanego dalej także: „Zamawiający”) do postępowania odwoławczego, które zostało wszczęte na skutek odwołania wniesionego przez wykonawcę **Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A.** (zwanego dalej także „Odwołujący”) w dniu 11 sierpnia 2017 r.
2. Przystępujący kopię odwołania wniesionego przez Odwołującego otrzymał od Zamawiającego w dniu 11 sierpnia 2017 r., a zatem niniejsze przystąpienie jest zgłoszone z zachowaniem terminu wskazanego w art. 185 ust. 2 PZP.

3. Przystępujący ma interes w przystąpieniu do wskazanego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystępujący złożył bowiem ofertę, która w dniu 9 sierpnia 2017 r. została przez Zamawiającego wybrana jako najkorzystniejsza. W konsekwencji Przystępujący ma realną szansę na zawarcie umowy na realizację zamówienia publicznego i uzyskanie korzyści wynikających z realizacji tego zamówienia. Odwołujący w odwołaniu z dnia 11 sierpnia 2017 r. wskazuje m.in. na to, że oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona. Powyższe oznacza, że w przypadku rozstrzygnięcia odwołania na korzyść Odwołującego, Zamawiający byłby zobowiązany do unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. W efekcie oferta Przystępującego mogłaby już nie zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Co więcej, oferta Przystępującego mogłaby potencjalnie zostać nawet odrzucona. Powyższe skutkowałoby szkodą dla Przystępującego, albowiem w takiej sytuacji zostałby on pozbawiony szansy realizacji zamówienia publicznego i poniósłby wynikające z tego szkody. Mając powyższe na uwadze przesłanki skorzystania przez Przystępującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie PZP zostały spełnione.
4. W imieniu Przystępującego wnoszę o:
 - odrzucenie w całości na posiedzeniu niejawnym odwołania z dnia 11 sierpnia 2017 r. wniesionego przez Odwołującego, ewentualnie odrzucenie wskazanego odwołania w całości na posiedzeniu z udziałem Stron i uczestników;
 - oddalenie odwołania z dnia 11 sierpnia 2017 r. wniesionego przez Odwołującego w zakresie przyjętym przez Izbę do rozpoznania, albowiem zarzuty podniesione w tym odwołaniu oraz żądania Odwołującego są nieuzasadnione i jako takie nie zasługują na uwzględnienie.
5. Kopia niniejszego przystąpienia została przesłana Zamawiającemu oraz Odwołującemu zgodnie z art. 185 ust. 2 PZP.

Uzasadnienie

Zarzuty podniesione w odwołaniu dotyczące rzekomego naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy PZP oraz wywodzone z nich żądania odwołania są nieuzasadnione i jako takie nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadniając wniosek o odrzucenie odwołania wskazuję zgodnie z poniższym:

1. Treść wniesionego odwołania jednoznacznie wskazuje, że w odwołaniu został w istocie postawiony zarzut zaniechania przez Zamawiającego dokonania czynności odrzucenia oferty Przystępującego. Jedynie dla pozoru Odwołujący podnosi, że kwestionuje czynność wyboru najkorzystniejszej oferty. Podkreślenia wymaga, że na gruncie art. 180 ust. 2 PZP, w odniesieniu do postępowań przetargowych „podprogowych”, wnoszenie odwołań jest dopuszczalne wyłącznie w przypadkach wskazanych konkretnie w art. 180 ust. 2 PZP (wskazuje na to m.in. użycie przez ustawodawcę w redakcji tego przepisu słowa „wyłącznie”). **Wskazana regulacja nie przewiduje natomiast wnoszenia odwołań od „zaniechania dokonania czynności” przez zamawiającego.** Nie budzi przy tym żadnych wątpliwości, że czym innym jest „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty”, a czym innym jest „zaniechanie dokonania czynności” przez zamawiającego. **W konsekwencji stwierdzić należy, że na podstawie treści art. 180 ust. 2 PZP nie jest dopuszczalne wniesienie odwołania na ewentualne zaniechanie dokonania czynności przez Zamawiającego ani wprost, ani też pod pozorem kwestionowania innej czynności Zamawiającego (np. czynności wyboru najkorzystniejszej oferty).** Takie działanie Odwołującego nie zasługuje na aprobatę, albowiem prowadziłoby do niedopuszczalnej wykładni rozszerzającej art. 180 ust. 2 PZP i w konsekwencji do wnoszenia odwołań w sytuacjach, gdy nie jest to dopuszczalne.
2. Na wskazaną kwestię wielokrotnie zwracała uwagę zarówno KIO, jak i sądy powszechne. W uzasadnieniu postanowienia z dnia 05 września 2016 r. (sygn. akt KIO 1599/16) KIO wskazała, że **„Odwołanie dotyczy zaniechania odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą z powodu jej niezgodności z zapisami SIWZ. Z powodu braku tego typu czynności w katalogu pomieszczonym w art. 180 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) stwierdzić należy, iż wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie przyznaje ochrony prawnej w postaci odwołania odnośnie takiego rozstrzygnięcia.”** Ponadto w uzasadnieniu wskazanego postanowienia KIO wskazała, że **„Analiza**

znowelizowanego przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych i użycia w nim przez ustawodawcę sformułowania „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” prowadzi do wniosku, że pod pojęciem tym nie kryje się zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania i zaniechanie czynności odrzucenia oferty, a jedynie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ.”. Podobnie wskazał Sąd Okręgowy w Płocku w uzasadnieniu wyroku z dnia 01 lutego 2017 r. (sygn. akt IV Ca 1051/16) wskazując, że „Zamiarem ustawodawcy nowelizującego przepisy było dopuszczenie możliwości wnoszenia odwołań wobec ściśle ustanowionych czynności zamawiającego i sprzeczne z celem tego unormowania jest stosowanie wykładni rozszerzającej. (...) Dodany ustawą nowelizującą z dnia 22 czerwca 2016 r. do art. 180 ust. 2 Prawo Zamówień Publicznych punkt 6., który przewiduje możliwość wniesienia odwołania wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie należy interpretować w taki sposób, że podciągać pod niego wszystkie czynności zamawiającego dokonywane w ramach badania i oceny ofert prowadzące do wyboru oferty najkorzystniejszej.”. Przedstawione powyżej fragmenty uzasadnień orzeczeń KIO i sądowych jednoznacznie wskazują na niedopuszczalność wniesienia przez Odwołującego odwołania z dnia 11 sierpnia 2017 r.

3. Powyższe oznacza, że w okolicznościach niniejszej sprawy zachodzą przesłanki uzasadniające odrzucenie odwołania zgodnie z treścią art. 189 ust. 2 pkt 6 PZP. Do tego bowiem, aby weryfikować rzekome „zaniechanie dokonania czynności” przez Zamawiającego, należy wnieść odwołanie od tego zaniechania, co jednak w postępowaniu „podprogowym” nie jest możliwe i stanowiłoby naruszenie art. 180 ust. 2 PZP. Z tych względów Odwołujący pozoruje odwołanie od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego, a pod tym pretekstem w istocie usiłuje kwestionować rzekome „zaniechanie dokonania czynności” przez Zamawiającego. Takie działania Odwołującego nie zasługują na aprobatę.

Jednocześnie informuję, że w przypadku nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie odwołania wniesionego przez Odwołującego z dnia 11 sierpnia 2017 r. stanowisko merytoryczne Przystępującego w kwestii oddalenia odwołania zostanie szczegółowo przedstawione na rozprawie.

Mając na uwadze wszystkie wskazane powyżej okoliczności, w imieniu Przystępującego wnoszę jak na wstępie.

W załączeniu:

1. pełnomocnictwo od ERBUD S.A.;
2. odpis pełny z KRS dot. ERBUD S.A.;
3. informacja z KRS dot. ERBUD S.A.;
4. dowody przekazania kopii przystąpienia Zamawiającemu i Odwołującemu.


Wojciech Ryczan
radca prawny
WA-8029