

WYROK
z dnia 20 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Konsorcjum firm: Impel Cleaning sp. z o. o. we Wrocławiu oraz Hospital Serwis Sp. z o. o. we Wrocławiu od czynności zamawiającego Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. M. Kopernika w Łodzi

przy udziale wykonawcy Usługi Wnętrzarskie Utrzymanie Zieleńców Zbigniew Gierańczyk ZPChr w Łodzi, przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: Impel Cleaning sp. z o. o. we Wrocławiu oraz Hospital Serwis Sp. z o. o. we Wrocławiu i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez Konsorcjum firm: Impel Cleaning sp. z o. o. we Wrocławiu oraz Hospital Serwis Sp. z o.o. we Wrocławiu.

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na „*Usługi codziennego sprzątanina, dezynfekcji pomieszczeń, sprzątanina terenów zewnętrznych oraz transportu wewnętrznego na terenie Ośrodka Pediatrycznego im. J. Korczaka w Łodzi dla Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. M. Kopernika w Łodzi*” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, wynosi 133.542,71 EURO (133.542,71 zł).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2010/S 53-078801 w dniu 17 marca 2010r.

Pismami z dnia 30 czerwca 2010r., które doręczono odwołującemu w dniu 1 lipca 2010r. zamawiający powiadomił odwołującego o wynikach oceny ofert, w tym o odrzuceniu jego oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pismo nr EZ/263/21/500/2010 z dnia 30.06.2010r.) a także o unieważnieniu przez Zamawiającego postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy prawo zamówień publicznych (pismo nr EZ/263/21/501/2010 z dnia 30.06.2010r.).

W dniu 9 lipca 2010r. odwołujący wniósł odwołanie, przekazując jednocześnie jego kopię zamawiającemu, od czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu, polegających na:

1) odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych;

2) unieważnieniu postępowania,

zarzucając naruszenie następujących przepisów:

- art. 7 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wadliwe odrzucenie oferty Odwołującego,
- art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wadliwe unieważnienie postępowania.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wniósł o:

1) nakazanie zamawiającemu uchylenia czynności unieważnienia postępowania;

- 2) nakazanie zamawiającemu uchylenia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 3) nakazanie zamawiającemu dokonania oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że odrzucenie jego oferty nastąpiło z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy prawo zamówień publicznych. Nie zgodził się odwołujący z uzasadnieniem odrzucenia jego oferty, zgodnie z którym w załączonej do oferty organizacji pracy odwołujący zadeklarował wykonanie usługi wyłącznie przez 13 osób, a nie przez wymagane 17 etatów plus transport i osobę koordynującą. Podkreślono, że zarówno z treści złożonej oferty, jak również z przedstawionej przez odwołującego tabeli wynika jednoznacznie, że w poszczególnych lokalizacjach szpitala usługę sprzątnięcia będzie realizowało 9 osób przez 5 lub siedem dni w tygodniu, w zależności od odcinka pracy, co daje w sumie 17,17 etatu. Podniósł odwołujący, że do czynności nadzoru wyznaczył jedną osobę w wymiarze 1 etatu, a do obsługi terenu zewnętrznego i transportu łącznie 5,35 etatu. W konsekwencji należało przyjąć, że żadna z osób nie miała pracować siedem dni w tygodniu, a w tabeli zostało wskazane zabezpieczenie osobowe dla poszczególnych jednostek organizacyjnych zamawiającego. Odwołujący sporządził tabelaryczny wykaz godzin pracy i ilości osób, mających realizować zamówienie z przeliczeniem na ilość etatów:

Lokalizacja	Godziny pracy	Ilość osób	Ilość dni w tygodniu	Łączna ilość etatów
Budynek I (Izba Przyjęć)	07.00-19.00	1	7	2,18
	19.00-07.00	1	7	2,18
Budynek I (pozostałe pomieszczenia) + Budynek II	07.00-19.00	1	7	2,18
	14.00-19.00	1	7	0,91
	07.00-15.00	1	5	1,00
Budynek III	07.00-19.00	2	7	4,36
Budynek IV	07.00-19.00	1	7	2,18
Budynek V	07.00-19.00	1	7	2,18
Teren zewnętrzny wraz z transportem wewnętrznym	07.00-15.00	1	5	1,00
	07.00-19.00	1	7	2,18
	19.00-07.00	1	7	2,18
Nadzór	07.00-15.00	1	5	1,00

Podniósł dalej odwołujący, że nie jest trafna podstawa odrzucenia jego oferty podana przez zamawiającego, zgodnie z którą w ofercie nie został określony co do rodzaju sprzęt do obsługi terenów zewnętrznych oraz że wykazano sprzęt do prac ogrodniczych, które nie wchodzi w zakres zamówienia. Na potwierdzenie załączył odwołujący wykaz sprzętu zamieszczonego w ofercie, podnosząc, że występują w nim wszystkie urządzenia wymagane

przez zamawiającego w punkcie IIIB2 (str. 16 SIWZ). Dodatkowo został w nim umieszczony sprzęt do utrzymania terenu zewnętrznego i prac ogrodniczych, pomimo, że prace ogrodnicze nie są przewidziane w zakresie przedmiotu zamówienia, jednak przewidziano drobne prace z tym związane, np. likwidacja trawy wyrastającej przy krawężnikach, czy spomiędzy płyt chodnikowych.

W zakresie unieważnienia postępowania odwołujący podał, że nie było podstawy do unieważnienia postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy prawo zamówień publicznych. Odwołujący argumentuje, iż wymogiem przepisu art. 97 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych jest, aby protokół wraz z załącznikami był przechowywany w sposób gwarantujący jego nienaruszalność, przy czym odpowiedzialność w tym zakresie spoczywa na zamawiającym, który odpowiada za zniszczenie, zagubienie protokołu oraz załączników, w szczególności złożonych ofert. Ustawa - Prawo zamówień publicznych oraz przepisy dotyczące odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie wskazują co prawda żadnych szczególnych sankcji za uchybienie obowiązkowi przechowywania protokołu w stanie nienaruszonym, odpowiedzialność ta będzie wynikała jednak z przepisów kodeksu karnego, dotyczących przestępstw przeciwko dokumentom, to jest art. 276 k.k., w związku z art. 115 § 14 k.k.

Zdaniem odwołującego, z treści zawiadomienia o unieważnieniu postępowania nie wynika w żaden sposób, aby zamawiający podjął jakiegokolwiek kroki w celu wszechstronnego wyjaśnienia przyczyn zaginięcia części oferty, w tym w szczególności, aby zawiadomił właściwy organ ścigania o konieczności wszczęcia postępowania wyjaśniającego pod kątem możliwości popełnienia przestępstwa wynikającego z przepisu art. 276 k.k.

Czynność unieważnienia postępowania miała zatem, w ocenie odwołującego, charakter przedwczesny wobec braku jednoznacznego wytłumaczenia sprawy zaginionej części oferty wykonawcy. Niezależnie od powyższego, w przypadku dokonania wyboru oferty odwołującego, która niewątpliwie zawiera cenę niższą od oferty wykonawcy, która została przez zamawiającego zagubiona, odpada podnoszona przez zamawiającego rzekoma podstawa unieważnienia postępowania, gdyż uchybienie zamawiającego nie będzie miało wpływu na wynik postępowania.

W ciągu trzech dni od otrzymania kopii odwołania (co miało miejsce w dniu 12 lipca 2010r.), w dniu 15 lipca 2010r. pismem kierowanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Usługi Wnętrzarskie Utrzymanie Zielenców Zbigniew Gierańczyk ZPChr w Łodzi, wykazując interes prawny w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego i podnosząc że odwołujący nie zapewnił minimum 17 etatów do wykonania zamówienia, nie zapewnił także sprzętu do terenu

zewnątrznego, wobec czego odrzucenie jego oferty było zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na rozprawie w dniu 20 lipca 2010r. strony oraz uczestnik postępowania podtrzymały swoje stanowiska.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożone przez wykonawców, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że wobec wszczęcia w dacie 17 marca 2010 (data ogłoszenia o zamówieniu) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, to jest 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 rozpoznawania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r.

Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że do przedmiotowego odwołania zastosowanie znajdują przepisy *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) oraz *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* (Dz. U. Nr 48, poz. 280).

W drugiej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych: skoro odwołanie złożone zostało z zachowaniem wymaganego, dziesięciodniowego terminu, to podlega ono rozpatrzeniu przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, uprawniający go do złożenia odwołania: jego oferta zawierała najniższą cenę w porównaniu do ofert innych wykonawców, wobec czego w razie uwzględnienia jego oferty uznana zostałaby ona za najkorzystniejszą w tym postępowaniu.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, uwzględniając stanowiska stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, z następujących powodów:

Przedmiotem sporu pomiędzy odwołującym, a zamawiającym jest czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego z uwagi na jej niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia a także czynność unieważnienia postępowania.

1. W z pkt. 4.11 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający zawarł następujące wymaganie: „*Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia informacji dotyczących: - organizacji pracy usługi sprzątnia (łącznie z obsadą stanowiskową (...))*”. Zamawiający wskazał dalej, że: „*Informacje z punktu 4.11 powinny stanowić załącznik do oferty pod rygorem odrzucenia oferty*”. Powyższe zapisy nie zostały przez któregośkolwiek z wykonawców zakwestionowane, w związku z czym stały się w postępowaniu wiążące.

Zamawiający nie określił sposobu prezentacji wskazanych informacji, nie narzucił także, poza przytoczonym wymaganiem, zakresu i szczegółowości wymaganych informacji, pozostawiając powyższe swobodzie wykonawców. Zamawiający nie zdefiniował także pojęcia „obsada stanowiskowa”, czy to poprzez określenie, że wymaga wyszczególnienia danych osób mających wykonać zamówienie, czy też ilości tych osób z podaniem kwalifikacji zawodowych bądź innych danych czy też jedynie ogólnego wskazania ilości osób, które będą wykonywać zamówienie w poszczególnych jego zakresach. W innych zapisach specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający zawarł informacje zawierające jego oczekiwania co do sposobu i organizacji wykonania czynności sprzątnia, w tym takie, które niewątpliwie powinny rzutować na zakres informacji zawartych w ofercie w wykonaniu przytoczonego wymagania. Wymagania zawarte w poszczególnych zapisach specyfikacji stanowiły, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, dane bazowe, które wykonawcy winni byli brać pod uwagę oferując wykonanie zamówienia – w analizowanym zakresie wyznaczały one zapotrzebowanie zamawiającego na ilość osób świadczących usługi sprzątnia, ich walory i właściwości osobiste (posiadanie odpowiedniego przeszkolenia). Te zapisy ostatecznie winny były dawać wykonawcom niezbędną wiedzę co do tego, co należy zawrzeć w wymaganych, pod rygorem odrzucenia oferty, w pkt 4.11 specyfikacji

istotnych warunków zamówienia informacjach dotyczących organizacji pracy wraz obsadą stanowiskową.

I tak, w pkt 4.3 specyfikacji zamawiający wymagał, „*aby zespoły sprzątające stanowiła grupa osób na stałe przydzielonych do danego odcinka pracy ze szczególnym uwzględnieniem Bloku Operacyjnego i sali pooperacyjnej, a także posiadające stosowne przeszkolenie*”. Dalej, w pkt 5.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawarto wymaganie, by „*w trakcie trwania usługi ilość personelu sprzątającego była na tyle dostateczna by zapewnić bezpieczne i zgodne z wymogami i standardami epidemiologicznymi świadczenie usługi (minimalna obsada personelu sprzątającego uwzględnia ok. 17 etatów)*”. W odpowiedzi na zadane do tego zapisu specyfikacji istotnych warunków zamówienia zapytanie, zamawiający sprecyzował powyższy zapis, podając, iż rozumie obsadę personelu – 17 etatów jako „*minimalną obsadę osób świadczących usługę sprzątania na terenie pomieszczeń, obsada ta nie uwzględnia transportu i osoby koordynującej*” (vide: pismo zamawiającego z dnia 13 kwietnia 2010r. nr EZ/263/21/178/2010).

W kontekście tak opisanych warunków, należało uznać, że zamawiający wymagał w analizowanym postępowaniu, by wykonawca w swojej ofercie zawarł informacje dotyczące organizacji pracy w zakresie wykonania zamówienia, przy czym by informacje te obejmowały min. przypisanie osób do zespołów sprzątających na stałe dedykowanych do odpowiednich odcinków pracy (vide: pkt 4.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia), dalej – przypisanie osób do stanowisk (vide: pkt 4.11 specyfikacji, gdzie mówi się wyraźnie o obsadzie stanowiskowej) a wreszcie wskazanie w ramach wskazanej obsady co najmniej 17 osób (vide: pkt 5.1 specyfikacji wraz z udzieloną w tym zakresie odpowiedzią z dnia 13 kwietnia 2010r.). Powyższy wniosek – w zakresie obowiązku podania w ramach wskazanej w pkt 4.11 specyfikacji organizacji pracy wraz z obsadą stanowiskową 17 osób wynika z brzmienia analizowanego pkt 5.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdzie zamawiający zawarł wprost oczekiwanie dotyczące 17 etatów, co literalnie można by utożsamiać z minimalną liczbą stosunków pracy, jakie winny być założone na potrzeby realizacji zamówienia, co przy przyjęciu podstawowego wymiaru czasu pracy, wyznacza tym samym minimalną ilość osób, jaka musi być zaangażowana w realizację zamówienia, by było ono wykonane w sposób bezpieczny i odpowiadający standardom. Należy bowiem przyjąć, że jeśli zamawiający wymagał zaangażowania do wykonania zamówienia minimum 17 etatów, to powyższe oznacza wymóg, że jedna osoba będzie zatrudniona co najwyżej na jednym etacie przy realizacji zamówienia, a w konsekwencji, że osób, które będą świadczyły usługi objęte przedmiotem zamówienia w zakresie sprzątania będzie nie mniej aniżeli 17, przy czym osoby mające wykonywać czynności z zakresu koordynacji oraz transportu miały być – stosownie do odpowiedzi zamawiającego z dnia 13 kwietnia 2010r.

osobno uwzględniane i nie wliczane do limitu 17 osób. Z zapisu analizowanego pkt 5.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika wprost, że zamawiający wskazane 17 etatów odnosił do liczby osób, o czym stanowi użyte sformułowanie „ilość personelu sprząającego”. Z powyższego wynika, że wskazana w ofercie liczba osób ma odpowiadać co najmniej liczbie etatów (wymaganych 17 – przy założeniu zatrudnienia w pełnym wymiarze czasu pracy) lub większej ilości osób, tak by łączny wymiar czasu pracy tych osób obejmował co najmniej 17 etatów. Nie sposób przyjąć, by zamawiający – wskazując wyraźnie na obowiązek zaoferowania ilości osób zapewniających „bezpieczne i zgodne z wymogami i standardami epidemiologicznymi świadczenie usługi” (vide: pkt 5.1 specyfikacji) zakładał wykonanie usługi przez liczbę osób mniejszą aniżeli 17, przy jednoczesnym spełnieniu warunku w zakresie 17 etatów, co by oznaczało świadczenie pracy przez jedną osobę w zakresie więcej niż jednego etatu i było równoważne z naruszaniem przepisów dotyczących czasu pracy pracowników. Tym samym, jeżeli zamawiający wymagał co najmniej 17 etatów, to oznacza, że wymagał zatrudnienia co najmniej 17 osób do realizacji usługi sprzątania. Potwierdzeniem tego jest także odpowiedź udzielona przez zamawiającego na zapytanie wykonawcy co do rozumienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (vide: pismo zamawiającego z dnia 13 kwietnia 2010r. nr EZ/263/21/178/2010), gdzie zamawiający w sposób wyraźny i nie budzący wątpliwości podał, że chodzi tutaj o minimalną obsadę osób świadczących usługę sprzątania, bez osoby koordynującej oraz wskazanej do wykonywania czynności transportu. Z powyższego wynika, że wykonawcy w złożonych ofertach mieli zawrzeć informacje o liczbie osób świadczących usługi sprzątania, przy czym wymagana przez zamawiającego liczba tych osób wynosiła co najmniej 17 etatów, co oznacza obowiązek zaoferowania liczby osób nie mniejszej niż wskazana ilość etatów. Powyższe wynika wprost z przytoczonych wyżej zapisów specyfikacji. Okoliczność powyższa nie była także kwestionowana przez odwołującego, który wywodził, iż z załączonej do jego oferty tabeli tytułowanej „ORGANIZACJA PRACY”, gdzie wskazano w kolumnie „ilość osób” łącznie 13 osób, z czego jedna osoba została wskazana do pełnienia nadzoru, oraz trzy osoby do przypisane do lokalizacji: „Teren zewnętrzny wraz z transportem wewnętrznym” wynika zatrudnienie co najmniej 17 osób. Powyższe oznacza, że odwołujący nie kwestionuje, że w jego ofercie, w wskazanej tabeli wymieniono obsadę na poziomie 13 osób (w tym 9 osób dedykowanych do sprzątania). Nie sposób zgodzić się jednak z argumentacją odwołującego, zgodnie którą powyższe nie przeczy, że zaoferowano zaangażowanie do usług sprzątania co najmniej 17 etatów, co zdaniem odwołującego należałoby wywodzić z liczby dni, ilości wskazanych godzin a nie samego tylko wskazania ilości osób. Odwołujący wywodził na rozprawie, że z tabeli zamieszczonej w jego ofercie „ORGANIZACJA PRACY” wynika, ile osób

będzie jednocześnie na oddziale, a nie ile etatów zostało w tym zakresie desygnowanych; przykładowo w części I - budynek „Izba Przyjęć”, wskazano godziny pracy 7.00 – 19.00 i podając ilość osób – 1 oraz ilość dni w tygodniu – 7 co ma oznaczać, że obsada stanowiskowa we wskazanych godzinach w podanych dniach tygodnia obejmuje ciągłą obecność i świadczenie usług przez jedną osobę w podanym budynku. Odwołujący podkreślał w tym zakresie, że nigdzie nie wskazano w jego ofercie, ile to daje razem etatów.

Po pierwsze, w analizowanej tabeli wprost wskazano w kolumnie „liczba osób” odpowiednie ilości osób przypisane do poszczególnych lokalizacji, gdzie miały być realizowane usługi sprzątania. Łącznie tych osób wskazano 13, co przy pominięciu osoby sprawującej nadzór oraz osób (w liczbie trzech) przypisanych do lokalizacji „Teren zewnętrzny wraz z transportem wewnętrznym”, daje 9 osób przypisanych niewątpliwie do realizacji usługi sprzątania. Nie sposób zgodzić się z argumentacją podniesioną w odwołaniu oraz na rozprawie przez odwołującego, zgodnie z którą powyższe wskazania osób odnoszą się tylko do liczby osób, jakie w danym momencie będą dostępne przy realizacji usług, i że skoro w ramach wskazanych czasów pracy od 7.00 do 19.00, gdzie wskazano ilość osób – 1 i ilość dni tygodnia wykonywania usługi – 7 dni, to oznacza to, że w tym zakresie w ofercie, we wskazanym załączniku uwzględniono wykonanie usługi w ramach więcej niż jednego etatu. Powyższemu wnioskowi przeczy wprost brzmienie wskazanej tabeli, gdzie wyraźnie podano ilości osób. Zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyraźnie odnosiły się w analizowanym zakresie do minimalnej obsady personelu w zakresie sprzątania wskazując ją na liczbę 17 osób, co oznacza, że nie dotyczyło to sytuacji na dany moment, a pełnej obsady personelu dedykowanego do wykonania zamówienia.

Podkreślenia dalej wymaga – w kontekście zarzutu zawartego w odwołaniu (zobrazowanego tabelą) i podtrzymanego na rozprawie, zgodnie z którym wskazane ilości osób, w zestawieniu z ilością dni oraz podanymi godzinami pracy wskazywały na zaoferowanie większej ilości osób, to jest łącznie na 17,17 etatu, że powyższy zamiar odwołującego nie został wyrażony w treści oferty to jest załączonego do niej wykazu określonego jako „ORGANIZACJA PRACY”. Zamawiający nie może bowiem domyślać się ani prowadzić wnioskowania co do treści oferty (w tym składających się na nią załączników), szczególnie gdy byłoby ono sprzeczne z zapisami oferty (tu: jednoznacznym w treści brzmieniem wskazanego załącznika, w części dotyczącej ilości wskazanych osób). Takie działanie musiałoby być bowiem potraktowane jako arbitralne a przy tym naruszające zasadę równego traktowania wykonawców. Skoro zatem w treści wskazanego załącznika wyszczególniono 13 osób dedykowanych do wykonania zamówienia, z czego po pominięciu osób mającej zajmować się nadzorem oraz terenem zewnętrznym i transportem zewnętrznym pozostaje 9 osób do wykonywania usług sprzątania, to

zamawiający nie miał podstaw do kwestionowania tak podanych informacji, wbrew jednoznaczemu i wyraźnemu brzmieniu wskazanego załącznika. Podkreślenia dalej wymaga, że to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania zamawiającemu, że jego oferta odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zamawiający nie może wykonawcy w realizacji tego obowiązku zastępować, domyślając się zamiaru wykonawcy, wbrew literalnemu brzmieniu oferty. To wykonawca winien był w złożonej ofercie zawrzeć takie informacje, które by przekonywały, że do wykonania zamówienia, w części dotyczącej sprzątnięcia, zamierza desygnować co najmniej 17 osób – tak jak wymagał tego zamawiający - przy czym informacje te musiały być jednoznaczne a nie być wynikiem dedukcji lub przypuszczeń zamawiającego dokonywanych wbrew brzmieniu oferty, gdzie wskazano przecież 13 osób.

Z powyższych względów należało uznać, że zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego jako niezgodną ze specyfikacją, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Zgodnie z pkt. 4.11 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający zawarł następujące wymaganie: „Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia informacji dotyczących: - (...), - wykazu sprzętu i urządzeń służących do wykonania usługi z podaniem rodzaju i ilości (...)”. Powyższe zapisy nie zostały przez któregokolwiek z wykonawców zakwestionowane, w związku z czym stały się w postępowaniu wiążące. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, uznając że załączony do oferty odwołującego wykaz sprzętu i urządzeń służących do wykonania usługi nie zawiera wykazu takiego sprzętu w odniesieniu do sprzątnięcia powierzchni zewnętrznych, bowiem ujęty w pkt 11 tego wykazu zapis „Sprzęt do utrzymania terenu zewnętrznego i prac ogrodniczych – 2 kpl.” nie zawiera wyszczególnienia sprzętu tylko jego ogólne określenie. W punkcie 7.1 i 7.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawarto szczegółowy opis, co mieści się w zakresie sprzątnięcia terenów zewnętrznych, wskazując, że obejmują one obszar 9.250 m² (wyłącznie jezdnie i chodnik) oraz jakie czynności obejmować ma sprzątnięcie terenów zewnętrznych wraz z transportem.

Poddając ocenie powyższą czynność zamawiającego w kontekście wymagania postawionego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dostrzec należało, że zamawiający – poza przytoczonym wyżej wymaganiem zawartym w pkt 4.11 specyfikacji nie określił zakresu wykazu sprzętu i urządzeń służących do wykonania usługi z podaniem rodzaju i ilości, nie wskazał także stopnia szczegółowości tego wykazu, przykładowo poprzez określenie formularza, w którym wykonawcy zamieszczą odpowiednie urządzenia, przypisując je do odpowiednich, istotnych dla zamawiającego części (zewnętrznej, wewnątrz odpowiednich bloków, podlegających szczególnym zasadom higieny). Zamawiający nie określił także metod ani technicznych środków

wykonania tej części zamówienia, co oznacza, że przyjmował także „ręczne” wykonanie usług sprzątanego i utrzymania terenu na zewnątrz, z przewagą czynnika ludzkiego, wymagającego zaangażowania relatywnie prostych narzędzi. Biorąc pod uwagę zakres zamówienia, okres jego trwania, złożony charakter usług sprzątanego szpitala, na które z jednej strony składały się kwalifikowane czynności na bloku operacyjnym, wymagające zachowania szczególnych rygorów w zakresie higieny, z drugiej zaś podstawowe prace z zakresu utrzymania porządku na zewnątrz szpitala jak zmiatanego ale także malowanie znaków pionowych na jezdni, przy braku określenia minimalnej zawartości oraz skonkretyzowania stopnia szczegółowości wspomnianego wykazu, należało uznać, że realizacja przez odwołującego wynikającego z pkt 4.11 specyfikacji istotnych warunków zamówienia *obowiązku podania wykazu sprzętu i urządzeń służących do wykonania usługi z podaniem rodzaju i ilości* poprzez wyszczególnienie go w 13 punktach, z czego tylko jeden dotyczy usług utrzymania czystości na zewnątrz wyczerpuje postawiony warunek. Odwołujący wymienił w tym zakresie dwa komplety sprzętu do utrzymania terenu zewnętrznego i prac ogrodniczych, nie wymieniając szczegółowo, co wchodzi w skład tych kompletów. Przy jednoczesnym braku narzucenia przez zamawiającego sposobu wykonania zamówienia w zakresie utrzymania terenu zewnętrznego, a także wobec niezamieszczenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagań co do zakresu wykazu oraz stopnia jego dokładności i szczegółowości, wskazanie dwóch kompletów sprzętu do utrzymania terenu zewnętrznego bez szczegółowego precyzowania co wchodzi w ich skład należało uznać za wyczerpujące wymaganie postawione w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z tego względu, brak było podstaw do odrzucenia oferty odwołującego z powyższego powodu, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Skoro jednak oferta odwołującego podlegała odrzuceniu z powodów opisanych w pkt 1 uzasadnienia, należało uznać, że powyższe naruszenie przepisów postępowania, nie miało wpływu na wynik postępowania o zamówienie publiczne, co jest – w świetle brzmienia art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – warunkiem niezbędnym dla uwzględnienia odwołania.

3. Poddając analizie i ocenie zarzut odwołania co do bezpodstawnego unieważnienia przez zamawiającego unieważnienia postępowania, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych należało uznać, że postępowanie zasadnie zostało unieważnione.

Podkreślenia wymaga, że przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, w brzmieniu nadanym nowelizacją ustawy (*ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw*, Dz. U. Nr 223, poz. 1778) wskazuje, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w sytuacji gdy postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu

umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podstawy unieważnienia umowy specyfikuje art. 146 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób następujący: 1) zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki; 2) zamawiający nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich; 3) zawarto umowę z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy; 4) zamawiający uniemożliwił składanie ofert orientacyjnych wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwił wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w ramach tego systemu; 5) udzielono zamówienia na podstawie umowy ramowej przed upływem terminu określonego w art. 94 ust. 1, jeżeli nastąpiło naruszenie art. 101 ust. 1 pkt 2; 6) z naruszeniem przepisów ustawy zastosowano tryb zapytania o cenę.

Wytyczne co do rozumienia wskazanego przepisu zawiera uzasadnienie wspomnianej nowelizacji: „*W ww. przypadkach unieważnienia umowy będzie mógł żądać każdy, kto ma w tym interes (art. 179 ustawy). Unieważnienie umowy w przypadkach określonych w ust. 1 art. 146 będzie dokonywane w postępowaniu toczącym się przed Krajową Izbą Odwoławczą lub sądem, w związku ze złożeniem odpowiednio odwołania lub skargi do sądu (art. 192 ust. 3 pkt 2 i art. 198f ust. 2 ustawy). Prezes Urzędu będzie też uprawniony do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania (art. 146 ust. 6). Należy podkreślić, że zaproponowane sformułowanie tego przepisu, tj. "mogło mieć wpływ" służyć ma umożliwieniu unieważnienia umowy w przypadku braku możliwości formalnego dowodowo wykazania wpływu naruszenia przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych na wynik postępowania. Na podstawie tego przepisu będzie można unieważnić umowę w przypadku uprawdopodobnienia, iż stwierdzone naruszenie ustawy - Prawo zamówień publicznych mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Przedmiotowe sformułowanie jest stosowane w innych przepisach ustawy - Prawo zamówień publicznych (np. art. 191 ust. 1a) oraz przepisach proceduralnych. Zatem w zakresie wzruszania umowy w sprawie zamówienia publicznego można rozróżnić możliwość unieważnienia umowy z inicjatywy podmiotów bezpośrednio zainteresowanych (wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego) oraz Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych jako centralnego organu administracji publicznej właściwego w sprawach zamówień publicznych. I tak Prezes Urzędu Zamówień Publicznych będzie legitymowany do wystąpienia z samodzielnym powództwem o unieważnienie umowy w sprawie zamówienia, niezależnie od stosownych uprawnień stron samej umowy. Przy czym dopuszczalne jest tutaj rozróżnienie legitymacji czynnej samego Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Uprawnienie wykonawców*

ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego do unieważnienia umowy może być zatem realizowane w przypadku podjęcia obrony swojego interesu prawnego w ramach środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie - Prawo zamówień publicznych (art. 192 ust. 3 pkt 2 projektu ustawy). Poza tym trybem wyłączona będzie możliwość unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego z przyczyn odnoszących się do wad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez same strony tej umowy. Powyższe nie będzie jednak wyłączać legitymacji stron umowy (także każdego innego podmiotu posiadającego interes prawny) do stwierdzenia nieważności umowy z innych przyczyn na podstawie art. 189 K.p.c (art. 146 ust. 4). W szczególności, w związku z ust. 5 w art. 146, będzie istniała możliwość żądania przez zamawiającego unieważnienia umowy na podstawie art. 70⁵ Kodeksu cywilnego.”.

Z powyższego wynika, że dostrzeżenie przez zamawiającego naruszenia przepisów postępowania, które skutkuje, że postępowanie to obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, obejmuje wskazane w art. 146 ust. 1 ustawy podstawy unieważnienia umowy ale także inne przyczyny, które prowadzą do skutku w postaci możliwości unieważnienia umowy – dotyczy to dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, gdzie wyłączną legitymację do wystąpienia o unieważnienie umowy posiada Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Na gruncie analizowanej sprawy należało uznać, że dopuszczenie przez zamawiającego do sytuacji w której nastąpiło zaginięcie na etapie badania i oceny ofert istotnej części jednej ze złożonych ofert (200 stron oferty, na które składały się karty charakterystyk), co istotne – drugiej w kolejności jeśli chodzi o cenę, stanowiącą jedyne kryterium wyboru oferty, która to oferta nie została poddana analizie w zakresie zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w zestawieniu z faktem, że poza nią brak jest innych nie podlegających odrzuceniu ofert (oferta odwołującego podlegała odrzuceniu z przyczyn opisanych w pkt 1 uzasadnienia), które by były od niej korzystniejsze, stanowi podstawę do unieważnienia postępowania. Skoro bowiem ta oferta nie może być odtworzona bez zagwarantowania tożsamości jej zawartości z zagubioną częścią, nie została odnaleziona, zaś jedyna korzystniejsza od niej oferta podlegała odrzuceniu, to nie sposób dokonywać porównania ofert pomiędzy pozostałymi, jeśli nie przesądzono o jej zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz braku podstaw do jej odrzucenia w zakresie zagubionej części. Zarówno pominięcie tej oferty przy ocenie ofert jak i dokonanie takiej oceny z jej uwzględnieniem stanowiłoby naruszenie kardynalnej zasady udzielania zamówień publicznych, to jest wyrażonej w art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Nie przesądzając zatem o

okolicznościach i przyczynach zaginięcia wspomnianej części oferty (powyższe pozostawiono zamawiającemu w ramach zobowiązania do zawiadomienia organu ścigania) należało uznać, że nie jest możliwe dalsze prowadzenie postępowania z uwzględnieniem tej oferty, skoro jest ono niepełna i to w istotnym dla postępowania zakresie, jak również całkowite jej pominięcie i uznanie za niebyłą. Powyższe naruszenie przepisów niewątpliwie miałyby istotny wpływ na wynik postępowania, o którym mowa w art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, zaistniała zatem przesłanka do unieważnienia przez zamawiającego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nie potwierdził się zatem podnoszony w powyższym zakresie zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Praw zamówień publicznych, jak również zarzut naruszenia art. 7 tej ustawy.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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). Nie uwzględniono wniosku pełnomocnika zamawiającego o zasądzenie wynagrodzenia pełnomocnika „według norm przepisanych” – zgodnie bowiem z treścią rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, zasądzenie wskazanego wynagrodzenia pełnomocnika, do wysokości kwoty 3.600 zł wymaga złożenia rachunku przedłożonego do akt sprawy. Skoro taki rachunek nie został złożony, wskazane wynagrodzenie pełnomocnika nie mogło zostać zasądzone, nie jest także możliwe uzupełnienie wskazanego rachunku po zamknięciu rozprawy i wydaniu wyroku.

Przewodniczący:

.....