

Sygn. akt KIO/UZP 1243/08

WYROK
z dnia 20 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Członkowie: Luiza Łamejko
Jolanta Markowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 listopada 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Żabiniec 43, 31-215 Kraków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej Powiatowy Szpital Specjalistyczny, ul. Staszica 4, 37-450 Stalowa Wola** protestu z dnia 9 października 2008 r.,

przy udziale wykonawcy **konsorcjum firm: „Impel Cleaning” Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław (pełnomocnik konsorcjum), „Hospital Serwis” Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie,**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Żabiniec 43, 31-215 Kraków i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Żabiniec 43, 31-215 Kraków,**
- 2) ~~dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez **XXX** na rzecz **XXX** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu **XXX**~~
- 3) ~~dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, Żabiniec 43, 31-215 Kraków.**

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

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej Powiatowy Szpital Specjalistyczny w Stalowej Woli prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Całodobowe utrzymanie czystości i świadczenie transportu wewnątrzszpitalnego oraz innych usług towarzyszących w obiektach Powiatowego Szpitala Specjalistycznego w Stalowej Woli”, ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2008 / S 154, poz. 208236 z dnia 9.08.2008 r.

Odwołujący – Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie wniósł w dniu 10.10.2008 r., pismem z dnia 9.10.2008 r., protest na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę – konsorcjum firm: „Impel Cleaning” Sp. z o.o (pełnomocnik) i Hospital Serwis Sp. z o.o., we Wrocławiu, zwanego w dalszej treści konsorcjum Impel, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej w skrócie Pzp:

- art. 93 ust. 1 pkt 4 przez nie dokonanie czynności unieważnienia postępowania,
- art. 24 ust. 2 pkt 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 przez niewykluczenie wykonawcy konsorcjum Impel z postępowania i nieodrzućenie jego oferty,
- naruszenie art. 7 ust. 1, 2 i 3.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o:

- uchylenie decyzji dokonania wyboru oferty konsorcjum Impel, jako najkorzystniejszej,
- wykluczenie tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 i odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2,
- dokonanie powtórzenia czynności oceny z wyborem oferty najkorzystniejszej i dokonanie czynności unieważnienia postępowania w rtybie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Uzasadniając powyższe Odwołujący wskazał, że konsorcjum Impel pomimo zapisania na str. 230 swojej oferty, iż nie zamierza wykonywać czynności prania nakładek i ściereczek we własnym zakresie, nie określiło podwykonawcy na te czynności, choć wymagał tego Zamawiający w SIWZ. Zdaniem Odwołującego, spowodowało to niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, skutkującą koniecznością odrzucenia oferty. Ponadto Odwołujący podniósł, iż cena uznanej za najkorzystniejszą oferty konsorcjum Impel przekracza kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, a którą podał w dniu

otwarcia ofert. W ocenie Odwołującego jest to o tyle istotne, iż Zamawiający w toku postępowania informował wykonawców, iż kwota ta nie może ulec zwiększeniu, gdyż prowadziłoby to do naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Zdaniem Odwołującego, zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia może świadczyć o naruszeniu przepisów art. 7 ust. 1 i 2 Pzp w związku z nierównym traktowaniem wykonawców uczestniczących w postępowaniu. Nawiązując do sytuacji, jaka zaistniała w poprzednio prowadzonych przez tego samego Zamawiającego postępowaniach, w których za najkorzystniejszą ofertę uznawana była oferta Odwołującego, a Zamawiający unieważniał postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, Odwołujący wskazał na możliwość celowego działania Zamawiającego zmierzającego do udzielenia zamówienia konkretnemu wykonawcy. Nadto zdaniem Odwołującego, wykonawca – konsorcjum Impel – uczestniczył w czynnościach bezpośrednio związanych z przygotowaniem postępowania w zakresie związanym z ustaleniem kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, i w związku z tym winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, przystąpiło konsorcjum Impet, zgłaszając przystąpienie pismem z dnia 15.10.2008 r., wnosząc o oddalenie protestu w całości jako oczywiście bezzasadnego. W uzasadnieniu przystąpienia konsorcjum Impel wskazało, iż czynność prania nakładek i ściereczek nie stanowi podwykonawstwa, gdyż nie dotyczy żadnej części przedmiotu zamówienia, a jedynie służy jego realizacji. Ponadto, zdaniem konsorcjum Impel, nieuprawnione jest również żądanie Odwołującego unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Pismem z dnia 17.10.2008 r. Zamawiający oddalił protest w całości. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia wskazał, iż czynności w zakresie prania nakładek i ściereczek, nie mają być wykonywane przez podwykonawców, a przez tzw. pomocników wykonawcy, którzy nie są podwykonawcami, ponieważ nie uczestniczą w realizacji części przedmiotu zamówienia. Dlatego, w ocenie Zamawiającego, konsorcjum Impel nie miało obowiązku określać podwykonawcy w tym zakresie. Odnosząc się natomiast do zarzutu zaniechania unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, Zamawiający wyjaśnił, iż kwota jaką podał

bezpośrednio przed otwarciem ofert, nie musiała być tożsama z kwotą, jaką może przeznaczyć na realizację zamówienia. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że pozostałe zarzuty podniesione przez Odwołującego nie mają merytorycznego uzasadnienia.

Od rozstrzygnięcia protestu Odwołujący wniósł pismem z dnia 24.10.2008 r. odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów Pzp:

- art. 93 ust. 1 pkt 4, przez nie dokonanie czynności unieważnienia postępowania,
- art. 24 ust. 2 pkt 1 i art. 89 ust.1 pkt 2 przez niewykluczenie wykonawcy konsorcjum Impet z postępowania i zaniechanie czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy,
- naruszenie art. 7 ust. 1, 2 i 3 Pzp.

Wskazując na powyższe, Odwołujący żąda:

- uchylecia decyzji dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej,
- wykluczenia konsorcjum Impet z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,
- nakazania Zamawiającemu dokonania powtórzenia czynności oceny z wyborem oferty najkorzystniejszej,
- unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 4Pzp.

Odwołujący podtrzymał w całości swoje stanowisko zawarte w proteście. Wyjaśnił ponadto, iż nie kwestionuje zasadności twierdzenia, iż kwota podana przed otwarciem ofert nie jest tożsama z kwotą, jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, natomiast jego celem jest wskazanie faktów mogących świadczyć o dążeniu Zamawiającego do zawarcia umowy z wybranym z góry wykonawcą.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodów potwierdzających jego stanowisko w postaci: dokumentacji z postępowań zakończonych wyrokami KIO z dnia 18 lutego 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 87/08 i z dnia 16 czerwca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 533/08 oraz umowy na świadczenie usługi zawartej w trybie zamówienia z wolnej ręki przez Zamawiającego i Przystępującego do postępowania, w dniu 1.03.2008 r. nr 541 ZP/2008.

Do postępowania odwoławczego przystąpiło konsorcjum Impel, które w złożonym piśmie poparło stanowisko Zamawiającego, twierdząc, że oferta konsorcjum spełnia wszystkie wymagania określone w SIWZ i nie podlega odrzuceniu. Czynności prania nakładek i ściereczek nie stanowią odrębnej części przedmiotu zamówienia, a jedynie umożliwiają wykonywanie tegoż zamówienia. Czynności te będą wykonywane przez tzw. pomocników wykonawcy, którzy nie są podwykonawcami, ponieważ nie uczestniczą w realizacji części

przedmiotu zamówienia - wyrok KIO z dnia 31 lipca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 736/08. Wykonawca stwierdził również, że chybione są zarzuty odwołania dotyczące jego wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp, jak również żądanie unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Podkreślił, że to Zamawiający jest uprawniony do podwyższenia kwoty, którą może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w stosunku do kwoty, jaką podał bezpośrednio przed otwarciem ofert w trybie art. 86 ust. 3 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie oryginalnej dokumentacji postępowania, dostarczonej przez Zamawiającego oraz wyjaśnień stron i uczestnika postępowania złożonych podczas rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący legitymuje się interesem prawnym, jako podstawową przesłanką materialnoprawną do wniesienia odwołania, o której stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

W postępowaniu złożono dwie oferty, które uzyskały następującą punktację, przy zastosowaniu jedyne go kryterium oceny ofert, tj. ceny o znaczeniu 100%:

Odwołującego z ceną 235 515,86 zł – II miejsce,

Konsorcjum Impel z ceną 230 545,60 zł – I miejsce; ceny dotyczą wydatków miesięcznych.

Niewątpliwie gdyby na skutek uwzględnienia odwołania oferta konsorcjum Impel została wyeliminowana z postępowania, Odwołujący miałby możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i podlega oddaleniu. Nie potwierdził się żaden z trzech zarzutów zawartych w odwołaniu.

Odwołujący podniósł w proteście i w odwołaniu oraz poparł na rozprawie zarzut zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia konsorcjum Impel z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp, podając jedynie, że zarzut ten opiera na fakcie, iż w poprzednio prowadzonych dwóch postępowaniach o udzielenie tożsamego zamówienia publicznego, Zamawiający unieważnił postępowania z powodu braku środków finansowych. Odwołujący powołał się na treść wyroku KIO/UZP 87/08, str. 5, z którego wynika, że projekt planu inwestycyjno-finansowego Zamawiającego na 2008 r. przewidywał kwotę przeznaczoną na realizację usługi w wysokości 2 375 000,00 zł i przy najniższej cenie oferty, która wówczas wynosiła 2 652 325,32 zł, Zamawiający unieważnił postępowanie. W ocenie Odwołującego, w każdym z dwóch poprzednich postępowania, które zostały unieważnione, a także w obecnym

postępowaniu, Zamawiający zaniżał celowo kwotę podawaną bezpośrednio przed otwarciem ofert po to, aby miał możliwość unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, gdy oferta Przystępującego nie była najkorzystniejsza, a wtedy gdy oferta ta była najkorzystniejsza, podwyższał kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia.

Unieważnianie postępowań, a także dostosowywanie przez Zamawiającego kwot podawanych bezpośrednio przed otwarciem ofert, do możliwości finansowych konsorcjum Impel, stanowi, iż konsorcjum to brało udział w czynnościach związanych z przygotowaniem prowadzonego aktualnie postępowania, co wyczerpuje przesłankę zawartą w art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp .

W ocenie KIO, nie ma żadnych podstaw, by z twierdzenia Odwołującego wywieść wniosek, iż wskazane okoliczności odpowiadają treści podanego przepisu, co skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania..., chyba, że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji.... Z orzecznictwa sądowego, arbitrażowego i doktryny wynika, że obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania występuje wówczas, gdy wykonawca przygotowywał postępowanie, brał udział w postępowaniu oraz zachodzi bezpośredni związek pomiędzy rezultatem pracy tegoż wykonawcy, a jej wykorzystaniem przez zamawiającego. Bezpośredni udział w postępowaniu, skutkujący wykluczeniem wykonawcy polega na wykonaniu takich czynności, z których efektów korzysta Zamawiający prowadząc postępowanie, a więc przykładowo przygotowaniu dokumentacji projektowej, opracowaniu SIWZ czy kosztorysu inwestorskiego. Czynności przygotowawcze muszą przynieść wymierny efekt stanowiący bazę wszczęcia postępowania - wyrok KIO z dnia 30 lipca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 730/08 i wyrok Sądu Okręgowego w Słupsku z dnia 30 września 2008 r. sygn. akt VII Ga 36/08. Odwołujący nie wykazał, by konsorcjum Impel, czy nawet pracownicy tegoż konsorcjum, w sposób wskazany w przepisie, brali udział w jakichkolwiek czynnościach przygotowujących prowadzone postępowanie. Natomiast Zamawiający i Przystępujący jednoznacznie potwierdzili, że Przystępujący takich czynności nie wykonywał.

Nie potwierdził się również zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Impel na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ. Na str. 6 SIWZ pkt 5 ostatnie zdanie, Zamawiający opisał, iż „Wykonawca przed realizacją usługi przedstawi Zamawiającemu umowę z Firmą Pralniczą.” Zamawiający potwierdził, że umowę z firmą pralniczą, z której będzie wynikał obowiązek prania nakładek i ściereczek (narzędzi

i urządzeń), którymi będzie posługiwał się wykonawca, należy przedstawić przed datą zawarcia umowy, nie zaś na etapie składania ofert. Ponadto w pkt 2., str. 5 SIWZ Zamawiający określił, że ekipa transportowa powinna być podzielona na transport brudny i transport czysty. W wybranej ofercie na str. 230 pkt 2., 6 tiret, konsorcjum Impel wskazało, iż transport brudnych nakładek i ściereczek Wykonawcy odbędzie się do Punktu odbioru przez Firmę Pralniczą z Oddziałów, Przychodni i Zakładów. W formularzu ofertowym str. 3-5 konsorcjum Impel wskazał podwykonawców – Inter Serwis – Technika Sp. z o.o. w zakresie prac budowlanych i instalacyjnych. Wykonawca nie wskazał podwykonawców w zakresie prania nakładek i ściereczek. Podczas rozprawy Zamawiający i Przystępujący do postępowania zgodnie wyjaśnili, iż pranie nakładek i ściereczek, jako pranie narzędzi i urządzeń służących do wykonania przedmiotu zamówienia, nie stanowi nawet części tego zamówienia i zgodnie z wydanym już w podobnej sprawie wyrokiem KIO z dnia 31 lipca 2008 r. sygn. akt 736/08, czynności prania są to czynności umożliwiające wykonanie zamówienia tzw. czynności pomocnicze, nie zaś czynności będące wykonaniem tegoż zamówienia. Czynności takie są wykonywane przez tzw. pomocników wykonawcy, którzy nie są podwykonawcami, ponieważ nie uczestniczą w realizacji części przedmiotu zamówienia.

W ocenie KIO, pranie nakładek i ściereczek nie stanowi czynności podwykonawczych. Skład orzekający w pełni podziela argumentację zawartą we wskazanym wyroku KIO z dnia 31 lipca 2008 r., gdyż utrzymanie w czystości i w odpowiednim stopniu zdezynfekowania nakładek i ściereczek, czy innych narzędzi i urządzeń, jest to czynność wykonawcy realizującego zamówienie, nie objęta przedmiotem prowadzonego postępowania.

Nie potwierdził się również trzeci zarzut odwołania dotyczący zaniechania przez Zamawiającego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, który stanowi, że Zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający nie ma możliwości przeznaczenia wymaganej kwoty na realizację zamówienia, zgodnie z wybraną ofertą konsorcjum Impel. Kwota, jaką Zamawiający podał bezpośrednio przed otwarciem ofert, jako kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 86 ust. 3 Pzp), to kwota 8 000 000 zł, przeznaczona na cały okres realizacji zamówienia, tj. na 36 miesięcy (3 lata). W wybranej ofercie podano cenę 230 545,60 zł za miesiąc. Zatem, koszt realizacji zamówienia w ciągu 36 miesięcy (3 lat) wyniesie 8 299 638,60 zł. Kwota ta jest więc wyższa niż kwota, jaką Zamawiający podał bezpośrednio przed otwarciem ofert. Zamawiający złożył na rozprawie wyjaśnienia w przedmiocie poczynionych w tym roku oszczędności na rzecz wydatków na sprzątnięcie i załączył do akt sprawy projekt planu inwestycyjno-finansowego wydatków na 2009 r., z którego z poz. 9 wynika, iż na Zakup usług utrzymania czystości (sprzątnięcie)

przeznacza miesięcznie kwotę 230 833 zł i 2 770 000 zł rocznie. Zamawiający podjął więc czynności zwiększenia środków finansowych na realizację zamówienia i wykazał, że ma możliwości finansowe w tym zakresie, co stanowi negatywną przesłankę zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, gdyż obowiązek unieważnienia postępowania występuje wówczas, gdy Zamawiający nie może przeznaczyć wyższej kwoty na sfinansowanie zamówienia niż ta, którą podał bezpośrednio przed otwarciem ofert.

Odwołujący stanowisko swoje przedstawione w odwołaniu i potwierdzone na rozprawie oparł w znacznej części na doświadczeniu uzyskanemu w wyniku uczestniczenia w poprzednich postępowaniach, prowadzonych przez tego samego Zamawiającego i dotyczących tego samego przedmiotu zamówienia.

Skład orzekający Izby orzekł w rozpoznawanej sprawie wyłącznie na podstawie dokumentów przedstawionych, jako dowody związane z tym postępowaniem. Uwzględnił ustalenia dokonane wyrokami KIO z dnia 18 lutego 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 87/08 i z dnia 16 czerwca sygn. akt KIO/UZP 533/08, również wyrokiem Sądu Okręgowego w Tarnobrzegu z dnia 18 kwietnia 2008 r., sygn. akt IV Ga 10/08, rozpoznającego skargę Odwołującego na wyrok KIO z dnia 18 lutego 2008 r.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, orzeczono jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Tarnobrzegu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*