

WYROK
z dnia 14 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 grudnia 2012 r.** w Warszawie odwołania z dnia **6 grudnia 2012 r.** wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia **[1] Spółdzielnia Inwalidów Naprzód z siedzibą w Krakowie (pełnomocnik)** i **[2] „Izan+” Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Specjalistyczny Szpital Dziecięcy, ul. Żołnierska 18, 10-561 Olsztyn**

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje dokonanie:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;
- 3) dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Wojewódzki Specjalistyczny Szpital Dziecięcy, ul. Żołnierska 18, 10-561 Olsztyn

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia **[1] Spółdzielnia Inwalidów Naprzód z siedzibą w Krakowie (pełnomocnik)** i **[2] „Izan+” Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;

- 2) dokonać wpłaty kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez zamawiającego **Wojewódzki Specjalistyczny Szpital Dziecięcy, ul. Żołnierska 18, 10-561 Olsztyn** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia [1] **Spółdzielnia Inwalidów Naprzód z siedzibą w Krakowie (pełnomocnik)** i [2] **„Izan+” Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający **Wojewódzki Specjalistyczny Szpital Dziecięcy, ul. Żołnierska 18, 10-561 Olsztyn** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »utrzymanie czystości i higieny oraz świadczenie prac pomocniczych personelu pomocniczego – niższego w Wojewódzkim Specjalistycznym Szpitalu Dziecięcym w Olsztynie z jednoczesnym przejściem od dotychczasowego Wykonawcy usług pracowników w trybie art. 23¹ Kodeksu pracy«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **26.09.2012 r.** pod nrem **2012/S 185-304639**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 **oraz z 2012 r. poz. 769**) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **26.11.2012 r.** o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (pełnomocnik) i [2] Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia **[1] Spółdzielnia Inwalidów Naprzód z siedzibą w Krakowie (pełnomocnik) i [2] „Izan+” Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków**, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia **[1] Spółdzielnia Inwalidów Naprzód z siedzibą w Krakowie (pełnomocnik) i [2] „Izan+” Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł **06.12.2012 r.** do Prezesa KIO odwołanie na odrzucenie przez zamawiającego oferty odwołującego.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, gdyż oferta ta nie odpowiada treści specyfikacji;
- 2) art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) art. 7 ust 1 Pzp przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;
- 3) dokonanie ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Argumentacja odwołującego

Zamawiający 16 listopada 2012 roku wezwał odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, bo cena ryczałtowa w ofercie odwołującego za całe zamówienie nie odpowiadała iloczynowi okresu świadczenia usługi (36 miesięcy) i łącznych miesięcznych wartości za poszczególne usługi w odniesieniu do Działu, Oddziału – łącznie za sprzątnięcie, dezynfekcję transport i wszystkie rodzaje czynności porządkowych i czynności pomocowych przy pacjencie określonych w tabeli formularza ofertowego.

19 listopada 2012 roku odwołujący złożył wyjaśnienia.

26 listopada 2012 roku zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu oferty odwołującego uznając, że nie odpowiada ona treści specyfikacji.

Z takim rozstrzygnięciem odwołujący nie zgadza się i podnosi, co następuje:

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do specyfikacji punkt 3.1 wykonawcy mieli w formularzu ofertowym określić cenę brutto i netto, która będzie stanowić wynagrodzenie ryczałtowe za usługi stanowiące przedmiot zamówienia.

Wykonawcy mieli wskazać również cenę ryczałtową brutto oraz netto za jeden miesiąc. Ponadto w formularzu ofertowym wykonawcy mieli określić w tabelach cenę netto i brutto za poszczególne usługi w odniesieniu do Działu, Oddziału – łącznie za sprzątnięcie, dezynfekcję transport i wszystkie rodzaje czynności porządkowych i czynności pomocowych przy pacjencie za każdy miesiąc.

Odwołujący podnosi, że z żadnego postanowienia specyfikacji nie wynika, aby cena ryczałtowa za przedmiot zamówienia powinna odpowiadać iloczynowi okresu świadczenia usług (36 miesięcy) oraz łącznych miesięcznych wartości poszczególnych usług świadczonych w Dziale, Oddziale Szpitala, które należało podać w tabelach umieszczonych w formularzu cenowym.

Wręcz przeciwnie sformułowanie „łącznie za sprzątanie, dezynfekcję transport i wszystkie rodzaje czynności porządkowych i czynności pomocowych przy pacjencie” wskazuje, że tabela powinna obejmować tylko część wynagrodzenia odnoszącą się do czynności sprzątania, dezynfekcji transportu i czynności pomocowych. Odwołujący w tabeli formularza ofertowego przewidział koszty odnoszące się do czynności sprzątania, dezynfekcji, transportu i czynności pomocowych.

Natomiast istnieją inne rodzaje wydatków, które składają się na wynagrodzenie odwołującego, takie jak koszty nadzoru pracowników, przy których pomocy odwołujący będzie realizował usługę, koszty obsługi kadrowo-płacowej tych pracowników itd.

Ponadto, zgodnie utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, istotę wynagrodzenia ryczałtowego stanowi określenie wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów. Zatem poza zakresem badania zamawiającego powinny pozostać dane wyjściowe przyjęte przez odwołującego przy obliczaniu przez niego ceny ofertowej (wyrok KIO z 1 października 2012 roku; sygn. akt KIO 1994/12).

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **06.12.2012 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **07.12.2012 r.** (art. 185 ust. 1 Pzp).

Żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez odrzucenie oferty odwołującego, gdyż oferta ta nie odpowiada treści specyfikacji – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający żądał, aby w ofercie wykonawcy wpisali cenę ofertową oraz cyt. „w tym” wypełnili tabelę z cenami miesięcznymi za usługę świadczoną w poszczególnych działach, oddziałach, czyli ogólnie jednostkach organizacyjnych zamawiającego. Ponadto zamawiający nie wykazał, aby w jakimkolwiek miejscu specyfikacji wymagał żeby wykonawca rozbił całą cenę ofertową na ceny częściowe za świadczenie usług w poszczególnych jednostkach organizacyjnych zamawiającego w taki sposób, aby suma częściowych cen miesięcznych równała się cenie ofertowej za jeden miesiąc świadczenia usługi. Mimo to zamawiający wziął pod uwagę treść rozdz. VIII pkt 20 specyfikacji, gdzie ogólnie przedstawił, że w przypadku wyłączenia niektórych jednostek organizacyjnych szpitala z pracy, np. w wyniku remontu, epidemii czy innych zdarzeń losowych będzie mógł pomniejszyć zapłatę o odpowiednią kwotę, jeśli wyłączenie będzie trwało jeden miesiąc czy wielokrotność jednego miesiąca, wtedy można łatwo pomniejszyć kwotę należną wykonawcy o odpowiednie dane z tabeli zawartej w ofercie ze szczegółowymi cenami, a jeżeli krócej, wówczas będzie należało przemnożyć kwotę o odpowiedni wskaźnik procentowy i pomniejszyć kwotę wynagrodzenia.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający nigdzie w specyfikacji nie zażądał od odwołującego, aby odwołujący przedstawił w tabeli zawartej w formularzu oferty wszystkie składniki ceny ofertowej za jeden miesiąc świadczenia usługi i ich suma po przemnożeniu przez 36 (liczba miesięcy świadczenia usługi) równała się cenie ofertowej. Dlatego odwołujący ani inni wykonawcy nie byli obowiązani do trzymania się jakichś ram rachunkowych, poza ogólną regułą, że suma kosztów wszystkich usług częściowych wykazanych w tabeli formularza oferty jako zawierająca się w ogólnej cenie ofertowej („w tym”) nie powinna (po przemnożeniu przez liczbę miesięcy) przekraczać ceny ofertowej.

Skład orzekający Izby również zauważa również co było podnoszone na rozprawie jako argument odwołującego, że zamawiający nigdzie w żądaniu wyjaśnień nie zażądał od odwołującego, aby odwołujący wyjaśnił z jakiego powodu wszystkie składniki ceny ofertowej

za jeden miesiąc świadczenia usługi i ich suma po przemnożeniu przez 36 równała się cenie ofertowej. Wtedy odwołujący, zgodnie z jego deklaracją złożoną na rozprawie, udzieliby zadowolającego zamawiającego wyjaśnień, wynikających z treści oferty. Wystarczyło sumę poszczególnych składników powiększyć o 40% (i pomnożyć przez 36), aby uzyskany wynik równał się ogólnej cenie ofertowej. Z przedstawionego stanu można wysnuć ogólny wniosek, że zamawiający powinien precyzyjnie formułować swoje żądania kierowane do wykonawców odnośnie wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Ale również wykonawca, do którego zostało wystosowane żądanie udzielenia wyjaśnień, powinien możliwie najobszerniej udzielić tych wyjaśnień, a nawet może zwrócić się do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie celu zażądania wyjaśnień.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp – przez dokonanie nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej – zasługuje na uwzględnienie.

W związku z bezpodstawnym odrzuceniem oferty odwołującego (o czym wyżej) i dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej spośród zbyt wąskiego kręgu ofert, zdaniem składu orzekającego Izby, zarzut dokonania nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej zasługuje na uwzględnienie, gdyż miało to bezpośredni wpływ na wynik postępowania.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 7 ust 1 Pzp – przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu – nie zasługuje na uwzględnienie.

Od dnia wejścia w życie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, które nastąpiło 2 marca 2004 r. przestał obowiązywać przepis art. 79 ust. 3 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (ostatnie miejsce publikacji Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664, Nr 113, poz. 984 i Nr 197, poz. 1661 oraz z 2003 r. Nr 2, poz. 16, Nr 130, poz. 1188 i Nr 165, poz. 1591). Przepis ten brzmiał: *»Dostawcom lub wykonawcom, których interes prawny doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego określonych w ustawie zasad udzielania zamówień, przysługują środki odwoławcze przewidziane w niniejszym rozdziale«.*

Do 1 marca 2004 r. obowiązywały przepisy ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych. Odwołujący w odwołaniu [i w proteście] mieli obowiązek wykazać naruszenie którejś z zasad udzielania zamówień. W tej ustawie rozdział 3 pt. „Zasady udzielania zamówień publicznych” zawierał 28 artykułów – od art. 12a do art. 27d (w 2004 r.).

Jednak obecnie obowiązuje art. 179 ust. 1 Pzp o brzmieniu *»Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także*

innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy». Dlatego odwołujący nie musi obecnie wykazywać naruszenia zasad zamówień publicznych (zamieszczonych w 4 artykułach). Mimo braku wykazania naruszenia zasad zamówień publicznych odwołanie podlega rozpoznaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Odwołujący przywołał tylko naruszenie ogólnej zasady art. 7 ust. 1 Pzp bez uzasadnienia faktycznego. W związku z tym ogólny zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 Pzp.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....